

DERECHO PENAL
ECONÓMICO

Parte especial

Volumen III



INSTITUTO PACÍFICO

Percy García Caveró

DERECHO PENAL ECONÓMICO

Parte especial

Volumen III

DELITOS CONTRA LA INTERVENCIÓN
DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

Delitos tributarios, delitos aduaneros, delitos contra el mercado de valores, delitos contra el mercado de créditos, delitos contra el orden económico, fraude de subvenciones, delitos contra los derechos de los trabajadores

Segunda edición
completamente actualizada y aumentada



INSTITUTO
PACÍFICO

Primera edición: 2010
Segunda edición: Enero 2016

DERECHO PENAL ECONÓMICO
Parte Especial
Volumen III

Autor:
Percy García Caveró

Copyright 2016
© Instituto Pacífico S.A.C.
© Percy García Caveró

Diseño, diagramación y montaje:

Luis Ruiz Martínez
Diego Camasca Borja
Georgina Condori Choque
Ricardo de la Peña Malpartida
José Carrascal Quispe
Anyela Aranda Rojas

Edición a cargo de:

Instituto Pacífico S.A.C. - 2016
Jr. Castrovirreyna N° 224 - Breña
Central: 332-5766
E-mail: prepresa@aempresarial.com

Tiraje: 1 000 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial : 11501051600012

ISBN : 978-612-4265-73-0

Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° : 2016-00330

Impresión a cargo de:

Pacífico Editores S.A.C.
Jr. Castrovirreyna N° 224 - Breña
Central: 330-3642

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

ÍNDICE DEL VOLUMEN III

<i>Introducción a la segunda edición</i>	1219
<i>Introducción a la primera edición</i>	1221
<i>Abreviaturas</i>	1223

DELITOS CONTRA LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

Intervención del Estado en la economía	1229
--	------

Título I DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONÓMICO

Cuestiones preliminares	1237
-------------------------------	------

Capítulo I Delitos contra el control de precios

I. Introducción	1241
II. El delito de especulación de bienes de primera necesidad (primer párrafo del artículo 234 del CP)	1242
1. El bien jurídico penalmente protegido	1243
2. Elementos constitutivos del delito.....	1244
A. Los sujetos del delito	1244
B. La conducta típica.....	1246
a. Los elementos típicos	1246
b. La remisión a disposiciones administrativas	1248
C. El tipo subjetivo.....	1250
D. Consumación y tentativa.....	1251
E. Intervención delictiva.....	1252
F. Penalidad	1252
III. El delito de usura (artículo 214 del CP)	1252
1. La usura en el Derecho penal peruano	1253
A. El reproche social de la usura.....	1253
B. Antecedentes legislativos	1256

C.	La regulación de la usura en el actual Código Penal peruano.....	1258
a.	El bien jurídico penalmente protegido.....	1258
b.	La incriminación de la usura	1263
2.	Análisis del tipo penal de usura.....	1267
A.	Tipo penal básico.....	1267
a.	Los sujetos del delito	1267
b.	La conducta típica.....	1268
c.	El tipo subjetivo	1275
aa)	El dolo	1275
bb)	El elemento subjetivo especial.....	1276
d.	Consumación y tentativa.....	1277
e.	Intervención delictiva.....	1279
f.	Penalidad	1280
B.	Fraude a la ley penal y negocio aparente	1280
C.	Tipo agravado	1282
D.	Situaciones de concurso	1284

Capítulo II

Los delitos contra el orden monetario

I.	Introducción	1285
II.	El bien jurídico penalmente protegido	1286
III.	Las conductas delictivas.....	1288
1.	El delito de emisión ilegal de numerario (artículo 258 del CP).....	1288
A.	Los sujetos del delito	1288
B.	La conducta típica.....	1290
C.	El elemento subjetivo	1292
D.	La consumación	1292
E.	Penalidad	1292
2.	El delito de uso ilegal de divisas (artículo 259 del CP).....	1293
A.	Los sujetos del delito	1293
B.	La conducta típica.....	1294
C.	El elemento subjetivo	1295
D.	La consumación	1296
E.	La penalidad	1296
3.	El delito de incumplimiento del deber de poner a disposición las divisas (artículo 260 del CP).....	1296
A.	Los sujetos del delito	1297
B.	La conducta típica.....	1297
C.	El elemento subjetivo	1298
D.	Consumación.....	1299
E.	Penalidad	1299

Índice del volumen III

Título II
DELITOS CONTRA LOS ACTOS DE CORRECCIÓN
ESTATAL EN LA ECONOMÍA

Cuestiones preliminares	1303
-------------------------------	------

Capítulo I
Los delitos contra los derechos de los trabajadores

I. Introducción	1305
II. El delito de violación de la libertad de trabajo	1308
1. La protección penal del trabajo	1308
2. El bien jurídico penalmente protegido	1310
3. Técnica legislativa	1312
4. Las modalidades de realización delictiva	1314
A. La coacción laboral	1314
a. La libertad sindical	1317
b. La retribución correspondiente	1318
B. La desobediencia a la autoridad laboral	1320
C. Atentados contra la existencia de las relaciones laborales	1323
a. La disminución o distorsión de la producción	1325
b. La simulación de causales de cierre del centro de trabajo	1325
c. El abandono del centro del trabajo	1326
D. El incumplimiento del deber de prevención de los riesgos laborales ..	1326
a. Los sujetos del delito: el sujeto legalmente obligado y los	
trabajadores	1329
b. La conducta típica	1336
c. La imputación del riesgo al trabajador	1342
d. El resultado típico	1345
e. El dolo	1348
f. La pena y su agravación por la cualificación del resultado	1351
III. Aspectos procesales	1352

Capítulo II
Venta ilegal de mercaderías

I. Introducción	1355
II. Bien jurídico penalmente protegido	1355
III. El tipo penal	1356
1. El tipo penal básico	1357
A. Los sujetos del delito	1357
B. La conducta típica	1358
C. El elemento subjetivo	1361
D. Consumación	1361

E. Penalidad	1361
F. Concurso	1362
2. El tipo penal agravado	1362

Capítulo III

Los delitos de malversación de subvenciones

I. Introducción	1365
II. El bien jurídico penalmente protegido	1369
III. El delito de malversación de subvenciones para la importación de mercancías (artículo 243 del CP)	1371
1. El delito de malversación de subvención del tipo de cambio preferencial por venta de mercancías a precios superiores	1372
A. Los sujetos del delito	1372
B. La conducta típica	1373
C. El elemento subjetivo	1377
D. Consumación	1377
E. Penalidad	1377
2. El delito de malversación de subvención de tipo de cambio preferencial o de régimen tributario especial por aplicación de las mercancías importadas a finalidad distinta	1378
A. Los sujetos del delito	1378
B. La conducta típica	1379
C. El elemento subjetivo	1380
D. Consumación	1381
E. Penalidad	1381
IV. Delito de malversación de subvención en zona de tratamiento tributario especial (segundo párrafo del artículo 237 del CP)	1381
1. Los sujetos del delito	1382
2. La conducta típica	1383
3. El elemento subjetivo	1385
4. Consumación	1385
5. Penalidad	1385
6. Concurso	1386
V. Delito de malversación de crédito promocional (artículo 251 del CP)	1386
1. Los sujetos del delito	1387
2. La conducta típica	1387
3. El tipo subjetivo	1388
4. Consumación y tentativa	1389
5. Causas de justificación	1389
6. Penalidad	1389

Título III
DELITOS CONTRA LA ACTIVIDAD
FINANCIERA DEL ESTADO

Cuestiones preliminares	1393
-------------------------------	------

Capítulo I
Los delitos tributarios

I. Introducción	1395
II. Los delitos tributarios en el sistema tributario	1396
III. El fundamento jurídico-penal de los delitos tributarios	1398
1. El bien jurídico penalmente protegido	1398
2. La constitución de los delitos tributarios como delitos de dominio o de infracción de un deber	1402
IV. Los tipos penales	1406
1. El delito de defraudación tributaria.....	1407
A. El tipo penal básico de defraudación tributaria	1409
a. Los sujetos del delito	1410
b. La conducta típica.....	1414
aa) Generalidades.....	1414
bb) La punibilidad de las conductas de fraude a la ley tributaria.....	1419
c. El objeto del delito: ley penal en blanco.....	1422
d. El resultado típico	1432
e. Los elementos subjetivos	1437
aa) El dolo	1437
bb) El elemento subjetivo especial.....	1439
f. Consumación y tentativa.....	1439
g. La intervención delictiva	1446
h. Concursos.....	1449
i. La penalidad	1452
B. Modalidades especiales de defraudación tributaria	1453
a. Ocultación y falsación de datos tributariamente relevantes... ..	1453
aa) Elementos constitutivos.....	1453
bb) La inexigibilidad del cumplimiento del deber de información	1457
cc) Concurso con el delito de infracción de deberes contables tributarios.....	1458
b. Incumplimiento de entrega de tributos percibidos o retenidos.....	1459
C. Las defraudaciones tributarias agravadas	1463
a. La obtención fraudulenta de ventajas tributarias	1464
b. La insolvencia patrimonial fraudulenta.....	1467
c. La utilización de interpósita persona.....	1470
d. La gravedad del monto defraudado.....	1471

e.	La integración de una organización delictiva.....	1472
D.	Los delitos tributarios de preparación	1473
a.	El delito de infracción de deberes contables tributarios	1473
aa)	Los sujetos del delito	1473
bb)	La conducta típica.....	1476
cc)	El elemento subjetivo	1481
dd)	Consumación.....	1483
ee)	Intervención delictiva.....	1483
ff)	Concursos.....	1484
gg)	Penalidad	1485
b.	El delito de falsedades relacionadas con el Registro Único de Contribuyente (RUC)	1486
aa)	Los sujetos del delito.....	1486
bb)	La conducta típica.....	1487
cc)	El elemento subjetivo	1487
dd)	Consumación.....	1488
ee)	Concurso	1488
ff)	Penalidad	1489
c.	El delito de almacenamiento ilegal de bienes.....	1489
aa)	Los sujetos del delito	1490
bb)	La conducta típica.....	1490
cc)	El elemento subjetivo	1491
dd)	Consumación.....	1492
ee)	Penalidad	1492
d.	El delito de elaboración o entrega ilegal de documentos tributarios	1493
aa)	Los sujetos del delito	1493
bb)	La conducta típica.....	1493
cc)	El elemento subjetivo	1495
dd)	Consumación.....	1495
ee)	Penalidad	1496
E.	Las consecuencias jurídicas aplicables a los delitos de defraudación tributaria.....	1496
a.	La pena.....	1496
b.	Las consecuencias accesorias	1498
c.	La reparación civil.....	1500
F.	La regularización tributaria.....	1501
a.	Definición.....	1501
b.	Fundamento	1502
c.	Naturaleza jurídico-penal	1506
d.	Ámbito de aplicación	1508
e.	Requisitos	1510
f.	Efectos.....	1513
G.	Cuestiones procesales	1514
H.	Derecho penal premial	1518

Índice del volumen III

2. Los delitos tributarios de elaboración y comercio clandestino de productos.....	1518
A. Elaboración clandestina de productos.....	1519
a. Elaboración clandestina de mercancías gravadas.....	1520
b. Elaboración con maquinarias, equipos o instalaciones no comunicadas	1522
c. Encubrimiento de mercancías gravadas	1523
B. Comercio clandestino de productos.....	1524
a. Comercio clandestino.....	1524
b. Comercio de productos sin acreditación del pago de tributos	1526
c. Aprovechamiento indebido de la exoneración tributaria de productos.....	1527
d. Evasión del control fiscal	1528
e. Utilización de rutas informales	1529
f. Agravantes	1530

Capítulo II **Los delitos aduaneros**

I. Introducción	1533
II. La legislación aduanera.....	1534
III. La ley de los delitos aduaneros	1541
1. Bien jurídico penalmente protegido.....	1542
2. Figuras delictivas	1544
A. El delito de contrabando	1545
a. Los sujetos del delito	1546
b. La conducta típica.....	1546
c. El objeto material del delito	1549
d. El resultado típico	1553
e. El elemento subjetivo	1554
f. Consumación y tentativa.....	1554
g. Intervención delictiva.....	1557
h. Concursos.....	1558
i. Penalidad	1560
j. Modalidades especiales	1560
aa) Disposición de mercancías en la zona primaria.....	1561
bb) Disposición de mercancías en el traslado para su reconocimiento físico	1563
cc) Internamiento de mercancías provenientes de zonas de privilegio aduanero.....	1564
dd) Participación en el agotamiento del delito.....	1565
ee) Fraude documental aduanero.....	1566
B. El delito de defraudación de rentas de aduanas	1567
a. Los sujetos del delito	1568
b. La conducta típica.....	1569

c.	El objeto material del delito	1572
d.	El resultado típico	1572
e.	El elemento subjetivo	1574
f.	Consumación y tentativa.....	1574
g.	Intervención delictiva.....	1576
h.	Concurso	1577
i.	Penalidad	1578
j.	Modalidades especiales	1579
aa)	Importación fraudulenta	1579
bb)	Simulación de operación de comercio exterior	1581
cc)	Fraude en el precio o cantidad de las mercancías.....	1582
dd)	Alteración o modificación de la información contenida en las mercancías.....	1583
ee)	Uso indebido de mercancías en tránsito o reembarque ..	1585
C.	El delito de receptación aduanera	1586
a.	Los sujetos del delito	1587
b.	La conducta típica.....	1588
c.	El objeto material del delito	1590
d.	El elemento subjetivo	1592
e.	Consumación y tentativa.....	1593
f.	Intervención delictiva.....	1593
g.	Penalidad	1594
D.	El delito de financiamiento de delitos aduaneros.....	1594
a.	Los sujetos del delito	1595
b.	La conducta típica.....	1595
c.	El elemento subjetivo	1597
d.	Consumación y tentativa.....	1597
e.	Intervención delictiva.....	1598
f.	Concurso	1598
g.	Penalidad	1598
E.	El delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas	1599
a.	Los sujetos del delito	1599
b.	La conducta típica.....	1600
c.	El objeto material del delito	1602
d.	El elemento subjetivo	1603
e.	Consumación y tentativa.....	1604
f.	Penalidad	1605
3.	Circunstancias de agravación de la pena de los delitos aduaneros.....	1606
A.	Por la calidad del sujeto activo del delito	1607
B.	Por el modo de comisión.....	1609
C.	Por el objeto material del delito.....	1611
D.	Por la extensión del daño.....	1613
E.	Por el concurso de personas.....	1613
4.	La regulación especial de la tentativa.....	1615
5.	Las consecuencias jurídicas del delito	1615

Índice del volumen III

A.	La pena de expulsión de extranjeros.....	1616
B.	Consecuencias accesorias.....	1616
a.	El decomiso	1616
b.	Las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas ..	1618
C.	La reparación civil.....	1620
6.	La delimitación con las infracciones aduaneras administrativas.....	1621
7.	Cuestiones procesales especiales	1624
A.	El inicio de la investigación	1624
B.	Beneficios por regularización, por colaboración y conclusión anticipada del proceso	1625
C.	Los informes técnicos y contables de los funcionarios de la administración aduanera	1626

Título IV

DELITOS COMETIDOS EN SECTORES ECONÓMICOS SUPERVISADOS

Cuestiones preliminares	1631
-------------------------------	------

Capítulo I

El delito de obstaculización de las labores de control económico

I.	Introducción	1633
II.	El bien jurídico penalmente protegido	1634
III.	Los elementos constitutivos del delito	1638
1.	Los sujetos del delito	1638
2.	La conducta típica	1641
3.	El elemento subjetivo	1643
4.	La consumación	1644
IV.	Situación de inexigibilidad	1644
V.	La concurrencia de sanción administrativa y pena	1645

Capítulo II

Los delitos contra el mercado crediticio

I.	Introducción	1647
II.	La regulación del mercado crediticio.....	1649
1.	Evolución legislativa	1649
2.	Aspectos esenciales de la regulación actual del mercado crediticio	1655
III.	Los delitos contra el mercado crediticio	1657
1.	El bien jurídico penalmente protegido	1658
2.	Los tipos penales	1660
A.	El delito de concentración crediticia (artículo 244 del CP)	1660
a.	Los sujetos del delito	1660
b.	La conducta típica.....	1662
c.	El elemento subjetivo	1665

d.	Consumación y tentativa.....	1665
e.	Intervención delictiva.....	1666
f.	Penalidad y agravantes.....	1667
B.	El delito de condicionamiento de créditos (artículo 248 del CP).....	1669
a.	Los sujetos del delito.....	1670
b.	La conducta típica.....	1671
c.	El tipo subjetivo.....	1673
d.	Consumación y tentativa.....	1673
e.	Intervención delictiva.....	1674
f.	Penalidad.....	1674
C.	El delito de omisión de provisiones específicas (artículo 250 del CP).....	1675
a.	Los sujetos del delito.....	1676
b.	La conducta típica.....	1677
c.	El elemento subjetivo.....	1679
d.	Consumación y tentativa.....	1680
e.	Intervención delictiva.....	1680
f.	Penalidad.....	1681
D.	El delito de obstaculización de las labores de supervisión en el sistema financiero (artículo 245 del CP).....	1681
a.	Los sujetos del delito.....	1683
b.	La conducta típica.....	1685
c.	El elemento subjetivo.....	1687
d.	Consumación y tentativa.....	1687
e.	Penalidad.....	1687
f.	Concursos.....	1688
E.	El delito de instituciones financieras ilegales (artículo 246 del CP).....	1688
a.	Los sujetos del delito.....	1689
b.	La conducta típica.....	1689
c.	El elemento subjetivo.....	1692
d.	Consumación y tentativa.....	1692
e.	Penalidad y agravación.....	1693
F.	El delito de pánico financiero (artículo 249 del CP).....	1693
a.	Los sujetos del delito.....	1694
b.	La conducta típica.....	1695
c.	El resultado típico.....	1696
d.	El elemento subjetivo.....	1697
e.	Consumación y tentativa.....	1697
f.	Penalidad y agravantes.....	1698
3.	Situaciones de <i>bis in idem</i>	1699
4.	El informe técnico.....	1700

Capítulo III
Los delitos contra el mercado de valores

I.	Introducción	1703
II.	La regulación del mercado de valores	1705
	1. La evolución legislativa	1705
	2. Aspectos esenciales de la regulación actual del mercado de valores	1708
	A. Los principios ordenadores del mercado de valores	1709
	a. El principio de eficiencia	1709
	b. El principio de protección del inversionista	1711
	B. Los intervinientes en el mercado de valores.....	1711
	C. La bolsa de valores	1712
	D. Los valores mobiliarios y las operaciones en el mercado de valores .	1713
	E. La supervisión estatal	1713
III.	Los delitos contra el mercado de valores.....	1714
	1. El bien jurídico penalmente protegido	1715
	2. Los tipos penales	1716
	A. El delito de uso de información privilegiada (artículo 251-A del CP).....	1716
	a. Los sujetos del delito	1720
	b. La conducta típica.....	1723
	c. El objeto material del delito	1727
	d. El resultado típico	1732
	e. El elemento subjetivo	1734
	f. Consumación y tentativa.....	1735
	g. Intervención delictiva.....	1736
	h. Penalidad y agravación	1737
	B. El delito de manipulación de precios en el mercado de valores (artículo 251 B del CP).....	1739
	a. Los sujetos del delito	1742
	b. La conducta típica.....	1743
	c. El resultado típico	1749
	d. El elemento subjetivo	1750
	e. La consumación y la condición objetiva de punibilidad	1751
	f. Intervención delictiva.....	1752
	g. Penalidad	1753
	h. Modalidad especial de la manipulación de precios en el mercado de valores por parte de inversionistas institucionales ...	1753
	i. Los concursos.....	1755
	C. El delito de intermediación transaccional fraudulenta	1756
	a. Los sujetos del delito	1757
	b. La conducta típica.....	1759
	c. El elemento subjetivo	1760
	d. Consumación y condición objetiva de punibilidad.....	1761
	e. Penalidad	1761
	f. Concursos.....	1761

D.	El delito de falsa información suministrada por sociedades emisoras de valores (artículo 245 A del CP)	1762
a.	Los sujetos del delito	1763
b.	La conducta típica	1764
c.	El elemento subjetivo	1765
d.	La consumación	1766
e.	Penalidad y agravación	1766
IV.	La concurrencia de sanciones	1767
V.	Los informes técnicos	1770

Capítulo IV

El delito de explotación ilegal de juegos de casino y máquinas tragamonedas

I.	Introducción	1773
II.	La regulación de la explotación de los juegos de casino y las máquinas tragamonedas	1775
III.	El delito de explotación ilegal de juegos de casino y máquinas tragamonedas (artículo 243 C del CP)	1784
1.	El bien jurídico penalmente protegido	1784
2.	El tipo penal	1785
A.	Los sujetos del delito	1785
B.	La conducta típica	1786
C.	El elemento subjetivo	1788
D.	Consumación y tentativa	1788
E.	Penalidad	1789
	BIBLIOGRAFÍA	1791
	ÍNDICE ANALÍTICO DE LOS TRES VOLUMENES	1819

INTRODUCCIÓN A LA SEGUNDA EDICIÓN

En el año 2007 publiqué la primera edición de mi trabajo *Derecho penal económico. Parte especial*. Como lo indiqué en la presentación introductoria de esa obra, en dicha edición no iba a agotar el estudio de todos los delitos económicos en particular, por lo que me comprometí a elaborar un tomo adicional con el que abarcar toda la Parte Especial del Derecho Penal Económico. Hoy, casi ocho años después, honro mi compromiso con una segunda edición que se ocupa de todos los delitos que, desde mi particular perspectiva, pueden ser calificados de delitos económicos. Estos delitos los ordeno utilizando como criterio de separación los dos grandes pilares sobre los que se construye el sistema económico actual: El libre mercado y la intervención del Estado en la economía. En los dos primeros volúmenes se abordan los delitos que afectan o se cometen en el marco de instituciones, condiciones o intereses derivados del libre mercado. En el tercer volumen se hará lo propio con los delitos que frustran o entorpecen la intervención del Estado en la economía.

Renuevo mis agradecimientos a las personas e instituciones que han contribuido de muy diversas formas a mi actividad de investigación que se materializa en el presente trabajo, esto es, la Universidad de Piura, mi maestro Jesús María Silva Sánchez, la Fundación Alexander von Humboldt, mi socio Augusto Loli y fundamentalmente mi familia: Martha, Esteban, Roser y Fátima. Además, quisiera agradecer a la casa que apoya ahora la labor editorial para la publicación de mis trabajos de investigación, el Instituto Pacífico, representado por su gerente general Alejandro Rojas Buleje.

Piura, 27 de octubre de 2015

Percy García Caveró

Profesor Ordinario Principal
Universidad de Piura

INTRODUCCIÓN A LA PRIMERA EDICIÓN

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 N.º 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 Mo-yano 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 N.º 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, 18 de junio de 2007

Percy García Cavero

Profesor de Derecho penal
Universidad de Piura

ABREVIATURAS

ADPCP	<i>Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales</i> (citada por año)
ADPE	<i>Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa</i> (citada por número y año)
AFP	Administradora de Fondos de Pensiones
AGG	Aktiengesellschaftsgesetz (Ley de la Sociedad por Acciones)
AP	<i>Actualidad Penal</i> (citado por número y año)
Art.	Artículo
AT	Allgemeiner Teil (Parte General)
Aufl	Auflage (Edición)
BB	<i>Betriebs-Berater</i> (citada por año)
BCR	Banco Central de Reserva
BT	Besonderer Teil (Parte Especial)
Cap.	Capítulo
Cfr.	Confróntese
Cit.	Citado
coord.	coordinador
CP	Código penal
CPC	<i>Cuadernos de Política Criminal</i> (cit. por número y año).
CPDC	Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley N.º 29571)
Diss.	Dissertation (tesis doctoral)
dr.	Director
ed.	Editor
EF	Economía y Finanzas
EPC	<i>Estudios Penales y Criminológicos</i> (cit. por número y año)
espec.	especialmente

Exp.	Expediente
FS	Festschrift (Libro homenaje)
GA	<i>Goltdammer's Archiv für Strafrecht</i> (citada por año)
GJ	<i>Gaceta Jurídica</i> (España, citada por número y año)
GmbHG	Gesellschaft mit beschränkter Haftung Gesetz (Ley de la Sociedad de Responsabilidad Limitada)
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	<i>Juristische Arbeitsblätter</i> (citada por año)
JR	<i>Juristische Rundschau</i> (citada por año)
Jura	<i>Juristische Ausbildung</i> (citada por año)
JuS	<i>Juristische Schulung</i> (cit. por año)
JZ	<i>Juristenzeitung</i> (citada por año)
KJ	<i>Kritische Justiz</i> (citada por año)
KritV	<i>Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft</i> (citada por año)
LDA	Ley de los Delitos Aduaneros (Ley N.º 28008)
LDI	Ley de Delitos Informáticos (Ley N.º 30096)
LG	Landesgericht (Tribunal del Land)
LGA	Ley General del Ambiente (Ley N.º 28611)
LGAd	Ley General de Aduanas (Decreto Legislativo N.º 1053)
LGS	Ley General de Sociedades (Ley N.º 26887)
LGSF	Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley N.º 26702)
LGSC	Ley General del Sistema Concursal (Ley N.º 27809)
LH	Libro homenaje
LK	Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch
LMV	Ley del Mercado de Valores (TUO, D. S. 093-2002-EF)
LPCLA	Decreto Legislativo de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y Otros Delitos Relacionados a la Minería Informal y Crimen Organizado (Decreto Legislativo N.º 1106)

Abreviaturas

LPI	Ley de Propiedad Industrial
LTV	Ley de Títulos Valores (Ley N.º 27287)
MEF	Ministerio de Economía y Finanzas
MüKo	Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch
NDP	<i>Nueva Doctrina Penal</i> (citada por año)
NK	<i>Nomos Kommentar</i>
n.m.	Número marginal
NStZ	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht</i> (citada por año)
NuR	<i>Natur und Recht</i> . Alemania (citada por año)
op. cit.	Obra citada
p.	página
PE	Parte especial
p. e.	Por ejemplo
PG	Parte general
PJ	<i>Revista del Poder Judicial</i> (España, citada por número)
pp.	Páginas
RDPC	<i>Revista de Derecho Penal y Criminología</i> (citada por número y año).
RDM	<i>Revista de Derecho Mercantil</i> (España, citada por número y año)
RECPC	<i>Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología</i> (citado por número y año)
REDUP	<i>Revista de Derecho</i> (Universidad de Piura) (citado por año)
Rev. DP	<i>Revista de Derecho Penal</i> (Valladolid, España) (citado por número y año).
RPDE	<i>Revista Peruana de Derecho de la Empresa</i> (citada por número y año)
RPCP	<i>Revista Peruana de Ciencias Penales</i> (citada por número).
RPDJP	<i>Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales</i> (citada por número y año)
RPMV	Registro Público del Mercado de Valores
RTDPE	<i>Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia</i> (citada por número y año)
SBS	Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones
SchwZStR	<i>Schweizerischer Zeitschrift für Strafrecht</i> (citada por año).

SMV	Superintendencia del Mercado de Valores
SUNARP	Superintendencia Nacional de Registros Públicos
SUNAT	Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria
ss.	siguientes
StGB	Strafgesetzbuch (Código penal alemán)
TLC	Tratado de Libre Comercio Perú-Estados Unidos
trad.	traductor
UIF	Unidad de Inteligencia Financiera
UIT	Unidad impositiva tributaria
UPR	<i>Umwelt und Planungsrecht</i> (citada por año)
V.	Volumen
VV.AA.	Varios autores
Wistra	<i>Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht</i> (cit. por año)
WPR	<i>Wettbewerb in Recht und Praxis</i> (citada por año)
ZGR	<i>Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht</i> (citado por año)
ZHR	<i>Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht</i> (citada por número y año)
ZStW	<i>Zeitschrift für das gesamte Strafrechtswissenschaft</i> (citada por número y año).

DELITOS CONTRA LA
INTERVENCIÓN DEL ESTADO
EN LA ECONOMÍA

INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

Nuestro sistema económico no se sustenta únicamente en el libre mercado. Si bien la economía parte de un mercado que se desarrolla libremente sin planificación estatal, esta situación no excluye que el Estado se vea obligado a intervenir en determinadas situaciones de necesidad. De manera general, puede decirse que la injerencia estatal en el ámbito económico se encuentra justificada en dos supuestos: para corregir los excesos a los que llega el libre mercado y para cubrir necesidades sociales mínimas que, por sí misma, una economía de libre mercado no puede solventar de manera satisfactoria¹. De lo que se acaba de decir se desprende, entonces, que el otro pilar fundamental sobre el que se estructura el sistema económico de nuestra sociedad es la intervención del Estado.

La expresión más elemental de la intervención del Estado en la economía tiene lugar con la formulación de lo que se ha venido a llamar “orden económico”, esto es, el conjunto de disposiciones emitidas por el Estado sobre ciertos aspectos de la economía que no se pueden dejar sometidos a un desarrollo espontáneo. Debe quedar claro que no se trata de hacer una planificación sobre cómo debe desarrollarse el sistema económico –lo que significaría terminar asumiendo un modelo de planificación de la economía–, sino de regular ciertos aspectos del sistema económico en los que el libre mercado no lleva a resultados eficientes. Distintas son las expresiones que tiene el orden económico en la economía nacional actual.

¹ Vid., en este sentido, la dirección económica estatal como parte del Derecho penal económico,

² ACHENBACH, *Festgabe aus der Wissenschaft*, IV, p. 608; BAIGÚN, *LH-Maier*, pp. 17 y ss.

En primer lugar, cabe mencionar el establecimiento de una política de fijación de precios o de topes en la adquisición de ciertos bienes o servicios. Esta fijación no se hace ordinariamente, sino que se reserva para los casos en los que la vigencia eficiente de la ley de la oferta y la demanda se encuentra excluida o sustancialmente afectada, lo que se presenta usualmente en momentos de necesidad o de crisis, o cuando se trata de productos o servicios con una forma de oferta y demanda especial². No hay duda que esta actividad reguladora del Estado requiere de un refuerzo punitivo, lo que ha dado lugar a que en nuestra legislación penal se haya incorporado el delito de especulación de productos de primera necesidad y el delito de usura.

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 repercuta negativamente en la conformación del precio de los bienes en el mercado³. La necesidad de asegurar este orden monetario ha llevado a la creación de los llamados delitos monetarios. Sin embargo, no todos los delitos monetarios apuntan específicamente a este fin. Concretamente, el delito monetario de falsificación de moneda está estructurado bajo la lógica de la confianza en los medios de pago, por lo que su fin de protección no es garantizar propiamente el mantenimiento del orden monetario dispuesto por el Estado, a diferencia del delito de emisión ilegal de billetes que sí lo hace y que, por lo tanto, debe ser considerado como un delito contra la intervención del Estado en la economía⁴. Dado que el orden monetario incluye el manejo de las divisas, el legislador penal tipifica también como un delito contra el orden monetario el uso ilegal de divisas y su falta de entrega cuando corresponda.

Otro ámbito del sistema económico que está sometido a un orden estatalmente establecido es el tráfico internacional de los bienes. Los privados no pueden decidir libremente lo que ingresan o retiran del país, sino que deben ajustarse a una normativa aduanera que establece qué productos

2 TIEDEMANN, *JuS* 1989, p. 692; EL MISMO, *Poder económico*, p. 19; EL MISMO, *Lecciones*, pp. 42 y s.; BAJO FERNÁNDEZ/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 13.

3 El orden económico abarca el orden monetario como lo señala DÜRR, *El papel del Estado en la planificación económica*, p. 2.

4 Así, la perspectiva estatal que acentúan en los delitos monetarios MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 132; BAJO FERNÁNDEZ/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 13.

puede ser comercializados internacionalmente y bajo qué condiciones. Este orden estatal debe ser asegurado mediante deberes de declaración de lo que se introduce o retira del país. El Derecho penal cumple una función de apoyo a este orden económico específico mediante la tipificación de los delitos aduaneros de contrabando, tráfico de mercancías prohibidas o restringidas, financiamiento de delito aduanero y receptación aduanera.

La intervención del Estado en la economía puede tener lugar también mediante el desarrollo de una política de apoyo o estímulo a ciertos sectores sociales que lo demanden. Esta política se manifiesta de dos formas. Por un lado, está el despliegue de una labor social por parte del Estado en favor de ciertos sectores sociales desfavorecidos, como es el caso de los trabajadores y las clases sociales en extrema pobreza o en situaciones de necesidad⁵. Para asegurar que esta política social alcance los objetivos procurados, se recurre al Derecho penal como refuerzo punitivo, sancionando penalmente las conductas que se aprovechen de la debilidad de estos sectores sociales o de los beneficios dispuestos a su favor. Es así como se explica la incorporación en el texto punitivo nacional de los delitos contra los derechos de los trabajadores y del delito de venta ilícita de mercaderías. Por otro lado, la intervención estatal puede estar orientada también a fomentar determinadas actividades consideradas esenciales o estratégicas mediante el desarrollo de una política de subsidios o subvenciones. Para evitar que los particulares se aprovechen indebidamente de los subsidios o tratamientos especiales ofrecidos por el Estado, se ha incorporado en el Código Penal el delito de malversación de subvenciones para la importación de mercancías, el delito de malversación de zona de tratamiento tributario especial y el delito de malversación de crédito promocional.

Dado que el Estado necesita contar con recursos económicos que le permitan mantener su estructura e intervenir en la economía, tiene que desplegar también una actividad financiera dentro del sistema económico para generar ingresos propios con los que cubrir el considerable gasto público. Una de las principales fuentes de financiamiento es la imposición a los particulares de deberes de contribución económica⁶. Para asegurar el éxito en

5 Vid., CARMONA, *Premesse*, p. 88.

6 Nos referimos aquí fundamentalmente a la creación de impuestos que no solo sirven para obtener recursos financieros, sino también constituyen, en la actual vida económica, medios indirectos de la dirección económica. En este sentido, TIEDEMANN, *JuS* 1989, p. 692.

la obtención de estos recursos financieros, debe someterse a amenaza penal los actos dirigidos a frustrar la recaudación estatal. Esta incriminación da lugar a los delitos contra la economía financiera estatal⁷, entre los que están los delitos tributarios y ciertos delitos aduaneros, concretamente el delito de defraudación de rentas de aduanas, pues, como ya se indicó, varios delitos aduaneros apuntan, más bien, a 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 económicos socialmente sensibles. Si bien la creación de empresas no se encuentra sometida a control por parte del Estado en consonancia con el postulado liberal de la libertad de empresa⁸, existen sectores de actuación, en los que los intereses colectivos en juego justifican una actividad de regulación y control estatal de la entrada y actuación de las empresas intervinientes. El Estado asume aquí la labor de supervisar a los agentes económicos más importantes (fundamentalmente empresas), mediante determinados organismos especializados, a los que les reconoce, entre otras facultades, la potestad de requerir a las empresas supervisadas la información económica o financiera que estimen necesaria. Para reforzar esta función de supervisión estatal se echa mano del Derecho penal con la creación de un tipo penal que sanciona, de manera general, la obstaculización de las funciones de los organismos de supervisión económica.

Al refuerzo penal general en los sectores económicos supervisados se debe sumar los que tienen lugar específicamente en cada uno de dichos sectores. El caso más claro es el del sistema financiero, dentro del cual cabe diferenciar el mercado crediticio y el mercado de valores. En el primero, la amplia participación de los agentes económicos (reforzada por el llamado proceso de bancarización), hace necesaria la introducción de reglas especiales de garantía, transparencia y adecuada actuación en este sector. El Derecho penal asegura la vigencia de estos aspectos esenciales por medio de los delitos contra el mercado crediticio. En el mercado de valores se hace esen-

7 Vid., igualmente, TIEDEMANN, *JuS* 1989, p. 692; LAMPE, en *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft*, Albers y otros (Hrsg.), pp. 310 y ss.; OTTO, *ZStW* 96 (1984), p. 352; SCHLÜCHTER, *Zweites Gesetz*, p. 6; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 132.

8 Vid., así, TIEDEMANN, *Einführung*, p. 13.

cialmente lo mismo por medio de los delitos contra el mercado de valores, los que están dirigidos a proteger especialmente la integridad y transparencia del mercado de valores. Aunque por medio de una regulación bastante discutible, se protege también el regular funcionamiento de la actividad económica de explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas, sancionado penalmente el desarrollo de dicha actividad sin haber obtenido previamente la autorización expresa correspondiente.

TÍTULO I

DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONÓMICO

CUESTIONES PRELIMINARES

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 abuso de poder económico, la publicidad engañosa, la competencia desleal, el fraude de subvenciones, los cárteles de licitación, entre otros. Si bien la incorporación de estas nuevas figuras delictivas en el Código Penal debe 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 con el funcionamiento general del sistema económico⁹, lo que traería como consecuencia principal que todos los delitos económicos serían delitos contra el orden económico. Pese a la viabilidad gramatical de esta opción interpretativa, una amplitud tal de su alcance de significación

9 Así, BAIGÚN, *LH-Maier*, p. 14, quien señala que el orden económico importa la consideración de un funcionamiento articulado de los distintos componentes de la actividad económica. Anteriormente, BRAMONT ARIAS, *Temas de Derecho penal*, 5 p. 69, consideraba delitos contra el orden económico los cometidos en las fases de producción, circulación y distribución de bienes, 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”.

tendría la desventaja de reducir la utilidad del concepto “orden económico” a simplemente hacer referencia al ámbito social de aparición de la criminalidad económica en general. De esta manera, el orden económico dejaría de tener una función de legitimación como bien jurídico penalmente protegido de ciertos delitos económicos, convirtiéndose, en cierto modo, en un concepto puramente descriptivo. Para decirlo en otros términos: el orden económico no tendría una función dogmática, sino, más bien, criminológica.

Podría sostenerse también que el Código Penal le ha asignado al término “orden económico” una función fundamentalmente agrupadora, en la medida que bajo dicho título se incluyen delitos económicos de raigambres completamente diferentes. No obstante, también es verdad que crímenes 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 los 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 dogmáticamente útil, 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 sobre ciertos ámbitos de la economía. El libre mercado parte de la premisa de la autorregulación de las relaciones económicas, de manera tal que no se requiere de una intervención estatal. Sin embargo, la falta de un mercado perfecto hace necesario que el Estado deba establecer ciertas medidas obligatorias (por eso, el uso del término “orden”) para evitar las distorsiones a las que el libre mercado puede llevar¹⁰. A partir de estas consideraciones, el orden económico estará constituido por aquellas disposiciones estatales que configuran determinados aspectos del sistema económico que se sustraen de la decisión de los privados con la finalidad de asegurar una situación de equilibrio en la economía.

La ordenación del Estado puede tener lugar en diversos ámbitos de la economía de manera permanente o en ciertas épocas de crisis. Un orden económico permanente se presenta, por ejemplo, en relación con el orden

¹⁰ Vid., TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 6, n.m. 244.

monetario (emisión de moneda y uso de las divisas), pues el valor de la moneda como medio de pago depende del respaldo oficial que le da el Estado. Por lo tanto, es necesario contar con una entidad estatal encargada de emitir la moneda y de desarrollar una política monetaria que asegure la estabilidad de su valor. La situación es la misma en el ámbito del tráfico internacional de bienes, en la medida que el Estado no deja a la voluntad de los particulares lo que puede entrar o salir al territorio nacional, sino que regula cuando es posible realizar un acto de comercio exterior y bajo qué condiciones. En épocas de crisis, lo que hace el Estado es asumir la regulación de ciertos aspectos del sistema económico que están sometidos al libre mercado. Estos aspectos están referidos, por lo general, a la decisión de los bienes que se van a producir, los precios de venta, las cuotas de producción, entre otros. El orden económico conformado en estos casos es de carácter temporal y se mantendrá hasta que no se supere la situación de excepción que impide que el mercado funcione adecuadamente con las reglas de la oferta y la demanda.

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, el adecuado ordenamiento de la política monetaria se constituye igualmente en objeto de protección con los delitos monetarios de emisión ilegal de billetes y uso indebido de divisas. El orden económico en el tráfico internacional de bienes también se asegura penalmente con algunos de los llamados delitos aduaneros¹¹. Sin embargo, dentro de los delitos aduaneros se incluyen también delitos que están dirigidos a proteger, más bien, la actividad financiera del Estado (como es el caso del delito de defraudación de rentas de aduanas) e incluso delitos que protegen ambos aspectos (como el delito de financiamiento de delito aduanero y el delito de recepción aduanera). Por esta razón, consideramos que lo más conveniente es dejar el tratamiento de todos los delitos aduaneros para el título encargado de abordar los delitos contra la actividad financiera del Estado.

¹¹ En el mismo sentido, BORINSKY, *Derecho penal económico*, p. 28.

Capítulo I

DELITOS CONTRA EL CONTROL DE PRECIOS

I. Introducción

La intervención del Estado en la configuración del precio de los bienes o servicios es propio de un sistema de economía dirigida, pero en un sistema económico asentado sobre el libre mercado resulta, más bien, la excepción¹². 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 existentes. Esta autorregulación del mercado no excluye, sin embargo, que en situaciones excepcionales la intervención estatal sea necesaria para fijar los precios, establecer un precio mínimo o máximo, o precisar los parámetros para determinarlo. Así, por ejemplo, en épocas de crisis originadas por guerras o catástrofes naturales lo usual es 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 servicios¹³. Pero, además, es conocido que el sistema económico no cuenta con un mercado perfecto, lo que obliga al Estado a intervenir en determinados ámbitos o 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 casos de excepción como los descritos, resulta inevitable

12 Vid., así, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 6, n.m. 244.

13 Vid., MALAMUD GOTI, *Derecho penal de la competencia*, pp. 21 y ss.

que el Estado despliegue un control sobre los precios para evitar aprovechamientos injustos.

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 dadas al respecto. Para evitar la generalización de estas conductas y, por tanto, la pérdida de la autoridad estatal, resulta necesario prever la imposición de sanciones si se incumple con la política de control de precios. Estas sanciones pueden llegar a tener carácter penal en casos especialmente graves. 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 castiga a los fabricantes o comerciantes que vendan bienes de primera necesidad a precios superiores a los establecidos por la autoridad competente. Por otro lado, cabe mencionar al delito de usura, en la medida que tiene su sustento 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 estatal de carácter excepcional de controlar los precios en el mercado.

II. El delito de especulación de bienes de primera necesidad (primer párrafo del artículo 234 del CP)

En la tradición legislativa peruana el delito de especulación se agrupó como delito contra el orden económico junto con los delitos de acaparamiento y adulteración¹⁴. Incluso en el actual Código Penal 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 Estado¹⁵. El resto de supuestos del delito de especulación,

14 Vid., así en referencia al Decreto Legislativo N.º 123, BRAMONT ARIAS, *Temas de Derecho penal*, 5, pp. 69 y ss.

15 Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 222.

el delito de acaparamiento y el delito de adulteración constituyen, más bien, delitos que afectan a los consumidores, sin requerir la infracción de disposiciones específicas establecidas por el Estado sobre el precio de los bienes o servicios. 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 excepcionalmente por el Estado.

1. El bien jurídico penalmente protegido

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 correspondiente¹⁶. El 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 demanda¹⁷. Puede ser incluso que el precio establecido para el producto de primera necesidad termine siendo inferior al que surgiría del libre juego de la oferta y la demanda. Desde este orden de ideas, el bien jurídico protegido no puede incardinarse en la lógica del consumidor, sino en la ordenación económica dispuesta por el Estado en relación con el precio de los bienes de primera necesidad.

La regla es que 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 produciría 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

16 Así, destacando los intereses de los consumidores, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, pp. 110 y ss.

17 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 especial es más clara (p. 222).

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 adquirirlos. Esta situación explica que se haya elevado a la categoría de delito la especulación de bienes de primera necesidad.

Con base en lo anterior, podría sostenerse que el bien jurídico es el orden económico dispuesto por el Estado en relación con el precio de los bienes de primera necesidad¹⁸. Esta perspectiva tiene el defecto, sin embargo, de concebir el bien jurídico como una realidad que el delito lesiona, lo que, de ser así, no podría ser lo que el Derecho penal protege. Por ello, lo que corresponde es asumir, más bien, una perspectiva funcional que entienda que el bien jurídico penalmente protegido por el delito de especulación de bienes de primera necesidad está constituido por la expectativa normativa de una conformación equilibrada del precio de los bienes de primera necesidad¹⁹. 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 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.

2. Elementos constitutivos del delito

A. Los sujetos del delito

El delito de especulación de bienes de primera necesidad constituye un delito especial²⁰, en la medida que el círculo de autores se reduce al productor, fabricante o comerciante que pone en venta productos de primera necesidad. El primero es un concepto amplio que incluye a todo el que produce, extrae, industrializa o transforma bienes para proveérselos a los

18 Similarmente, BRAMONT ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, pp. 441 y ss.

19 TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 13, n.m. 246, alude a un interés social en precios equilibrados.

20 Vid., en este sentido, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 113. Igualmente en el Derecho penal alemán, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 6, n.m. 247.

consumidores. El fabricante es también un productor, pero que se caracteriza por elaborar el bien con base en una materia prima y por medio de la conjunción de otros elementos para su preparación²¹. Por el contrario, el productor puede no ser un fabricante, lo que tiene lugar cuando el bien que ofrece a los consumidores no ha pasado por un proceso de fabricación (p.e. el agricultor, pescador, ganadero, etc.). El comerciante, por su parte, es aquel que de forma habitual vende o provee de bienes a los consumidores.

Para tener la calidad de productor, fabricante o comerciante exigida por el tipo penal para poder ser autor, no interesa si la actividad productiva o comercial se realiza de forma dependiente o como actividad secundaria²², pues para acceder a alguno de estos estatus solamente es necesario realizar la actividad productiva o comercial. En este orden de ideas, no habrá ningún problema para incluir también dentro del tipo penal a los productores o comerciantes informales²³. Su informalidad no los exime de observar el resto de disposiciones que reglamentan la venta de los productos. Fuera del círculo de autores quedarán, por el contrario, aquellos particulares que realizan aisladamente una venta sobrevaluada de un producto de primera necesidad²⁴.

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 CP 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 cuentan con el dominio social del hecho. No obstante, nuestra regulación del actuar en lugar de otro se mantiene en la teoría de la representación, lo que significa que quien actúa en lugar de la

21 Vid., PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 113.

22 Igualmente, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 6, n.m. 247.

23 Vid., así, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 6, n.m. 247.

24 Así, considera necesaria la habitualidad de las actividades industriales o comerciales, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 224.

persona jurídica no solo debe tener el dominio del hecho, sino también la calidad de representante del ente colectivo.

Dado que los bienes de primera necesidad son adquiridos por consumidores, podría sostenerse que ellos son el sujeto pasivo del delito. Sin embargo, no debe olvidarse que lo que sustenta el injusto penal es la inobservancia de la política de fijación de precios realizada por el Estado, aun cuando sea en favor de los consumidores. En este orden de ideas, el sujeto pasivo del delito será el Estado²⁵, pues el delito de especulación de bienes de primera necesidad es, en primer orden, una violación al establecimiento estatal de precios oficiales para estos productos de carácter esencial.

B. La conducta típica

Conforme al tenor del primer párrafo del artículo 234 del CP, 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 una 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. Los 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 se encuentran en el ámbito de lo penalmente prohibido. Podría considerarse que los bienes de primera necesidad representan un concepto indeterminado, en la me-

25 PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 114, sostiene que el sujeto pasivo inmediato son los consumidores y mediatamente lo será el Estado. En todo caso, parece ser que el orden debería ser el inverso.

dida que no se sabe con claridad a qué bienes concretamente se alude con esta denominación. Este cuestionamiento parte de una visión demasiado estrecha del mandato de certeza, pues el tipo penal no tiene que hacer una determinación detallista, 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 aquellos que resultan esenciales para la subsistencia de la persona²⁶. Con base en esta definición se pueden excluir del ámbito de protección aquellos productos que están destinados a satisfacer necesidades secundarias o simplemente de lujo²⁷. 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 productos²⁸. 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 puedan abarcar otras formas contractuales. Si bien el juez penal está en capacidad de poder utilizar el tipo penal para reprimir las

26 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.

27 En la normativa alemana se excluyen los bienes suntuosos o de lujo. Vid., así, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 6, n.m. 247.

28 Igualmente, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 114.

diversas conductas que afectan el fin de protección, siempre debe hacerlo respetando el tenor literal de la ley penal. Si el tipo penal hiciere alusión solamente a “poner en venta”, no habría problema para poder definir el término compraventa en un sentido material como cualquier transferencia de un bien a título oneroso²⁹. Sin embargo, el tipo penal hace mención también al precio, lo que circunscribe 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 de primera necesidad deben entenderse los bienes que sirven a la satisfacción de necesidades elementales 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 (agua, luz, 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 no previstas en el tipo penal.

b. La 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 ninguna eficacia³⁰. En segundo lugar, la accesoriedad administrativa vincula la interpretación del juez penal, de manera que no podrá considerar

29 Así, lo interpreta, por ejemplo, BRAMONT ARIAS, *Temas de Derecho penal*, 5, p. 74.

30 Similarmente, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 115.

bienes de primera necesidad a aquellos que no se encuentren expresamente previstos como tales 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 del precio de los bienes de primera necesidad por parte del Estado ha dejado de hacerse a partir del llamado sinceramiento de precios. En efecto, los Decretos Supremos N.ºs 226-90-EF y 234-90 EF desterraron de la economía peruana 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 N.º 757 (Ley Marco para el crecimiento de la actividad privada), en donde se establece que solo 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 blanco³¹. Esto significa que la especificación de la conducta prohibida se lleva a cabo mediante una remisión a la normativa administrativa, lo que no dependerá del juez, sino de lo dispuesto por la autoridad administrativa competente. En consecuencia, el juez no podrá apartarse, en su labor de interpretación del tipo penal, de la concreción administrativamente realizada, aun cuando pueda considerar que hay otros productos de primera necesidad que debieron ser considerados por la autoridad administrativa o que el precio establecido para dichos productos no es el adecuado. 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 mismo tipo penal.

Una situación discutida se presenta cuando, luego de cometido el delito, se modifican los precios de los bienes de primera necesidad en una medida tal que el precio cobrado por el autor no supera el nuevo precio oficialmente establecido. Para algunos la mera variación o supresión de los precios establecidos no releva de pena a quien los infringió mientras estuvieron vigen-

31 Igualmente, BRAMONT ARIAS, *Temas de Derecho penal*, 5, p. 75.

tes³². Para otros, lo anterior no sería correcto, si se suprime el sistema de fijación de precios, pues, en dicho caso, habría un cambio en la valoración del legislador³³. La respuesta a esta problemática depende de la comprensión del tipo penal de especulación de bienes de primera necesidad como una ley penal temporal. Si una ley penal en blanco está sujeta a un tiempo de vigencia debido a un plazo fijado expresamente por sus normas extrapenales de remisión, no habrá ningún inconveniente para considerarla también una ley temporal con todos los efectos jurídico-penales previstos³⁴. 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. La única posibilidad de levantar el castigo sería si la sociedad llegara al convencimiento de que, en ningún momento o contexto especial, es conveniente fijar precios oficiales para bienes de primera necesidad.

C. El tipo subjetivo

El delito de especulación de bienes de primera necesidad se castiga a título de dolo³⁵. 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 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 eventual³⁶.

32 Vid., así, BORINSKY, *Derecho penal económico*, p. 311.

33 Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, pp. 225 y ss.

34 Vid., en este sentido, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 66.

35 Vid., así, BRAMONT ARIAS, *Temas de Derecho penal*, 5, p. 75; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 225.

36 De otra opinión, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 225.

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 económico³⁷, 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 emprendimiento trae como consecuencia dogmática que no se pueda admitir una tentativa punible³⁸. 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.

³⁷ Como lo exige, BRAMONT ARIAS, *Temas de Derecho penal*, 5, p. 75.

³⁸ Igualmente BRAMONT ARIAS, *Temas de Derecho penal*, 5, p. 75; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 224

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. Intervención delictiva

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, el 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 reconocen 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 estos 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 incrementa a no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa. Además de la pena, es posible la aplicación de otras consecuencias jurídicas del delito, como el decomiso de los bienes o las consecuencias accesorias para la persona jurídica, si es que los actos de producción o comercialización se hacen a través de un ente colectivo que puede mantener cierta continuidad delictiva.

III. El delito de usura (artículo 214 del CP)

Como un delito económico que cabe enmarcar dentro de la política estatal de fijación de precios entra, sin duda, la usura, pues este delito se configura cuando se cobra intereses por encima de los límites fijados por el Estado. Sin embargo, la usura presenta la particularidad de que no castiga el simple pacto de intereses por encima de los legalmente permitidos, sino que

resulta necesario una cierta injerencia sobre la persona que acepta pagarlos. En este sentido, aunque el delito de usura se pueda englobar dentro de la política de control de precios establecida por el Estado, su lesividad está centrada en el perjuicio causado a quien se le obliga a aceptar intereses excesivos.

1. La usura en el Derecho penal peruano

A. El reproche social de la usura

El cobro de intereses por el otorgamiento de un crédito no ha contado con idéntico juicio de valor sobre su permisión a lo largo de la historia³⁹. Su enjuiciamiento ha dependido de la evolución histórica de las ideas y, en algunos momentos, de ciertos rasgos culturales⁴⁰. Por ejemplo, en los diversos pueblos civilizados de la edad antigua se presentaron posiciones encontradas respecto de la legalidad o no del cobro de intereses. Así, mientras los musulmanes y los hebreos prohibían la usura⁴¹, en la Grecia antigua imperó un régimen de libertad absoluta en el cobro de intereses⁴². 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 cobro⁴³. 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.

39 Vid., CARRARA, *Programa*, PE, V. IV, p. 464; AMMIRATI, *Il delitto di usura*, pp. 7 y ss.; BERNSMANN, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), V 3, n.m. 1.

40 Vid., PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 753; RISCO VALERA, *Themis* 35, p. 88.

41 Vid., LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 15, nota 14 y ss. 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 solo 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*, pp. 9 y ss.

42 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*, pp. 55 y ss.

43 Vid., con detalle, LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, pp. 17 y ss.; BERGERO, *La represión de la usura*, pp. 24 y ss.

En la Edad Media, por el contrario, la influencia extendida de las leyes canónicas que consideraron la usura un pecado mortal sancionado con la pena del fuego eterno⁴⁴, 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 oneroso⁴⁵. Ilustrativo es, por ejemplo, el sistema prohibitivo impuesto por las Partidas Alfonsinas, el cual si bien afectó en un primer momento solo a los cristianos, fue ampliado posteriormente a moros y judíos⁴⁶. 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 intereses⁴⁷. 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 reintegro⁴⁸. La posibilidad de cobro por los mencionados conceptos se consideró lícita sobre todo en los préstamos utilizados para ganar dinero (préstamos a la producción)⁴⁹, entendiéndoseles como una forma de participar en los beneficios obtenidos⁵⁰.

El liberalismo económico de la Edad Moderna trajo consigo, como es lógico, la defensa de una libertad absoluta en el cobro de intereses⁵¹. El precio de estos últimos debía someterse, como todo, a la ley de la oferta y

44 Vid., CORZO/SINFÓN, *Ius et veritas* 11, p. 145.

45 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.

46 Vid., VALLÉS Y PUJALS, *Del préstamo*, pp. 64 y ss.; LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, pp. 21 y ss.

47 Vid., BERGERO, *La represión de la usura*, p. 34.

48 Vid., VALLÉS Y PUJALS, *Del préstamo*, pp. 62 y ss.; 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.

49 Sobre estos préstamos en oposición a los llamados préstamos de necesidad, VALLÉS Y PUJALS, *Del préstamo*, p. 89.

50 Vid., VALLÉS Y PUJALS, *Del préstamo*, p. 89; CARMONA/GONZÁLEZ/CUEVA/POLAINO, *Manual*, PE, II, p. 352.

51 Vid., VALLÉS Y PUJALS, *Del préstamo*, p. 91; LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, pp. 25 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual*, PE, p. 459 y s.; CARMONA/GONZÁLEZ/CUEVA/POLAINO, *Manual*, PE, II, p. 352; PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 755.

la demanda⁵², siendo cualquier intento por imponer unilateralmente tasas de interés una traba al libre desarrollo de la economía⁵³. 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 usurarios⁵⁴. Esta postura liberal se mantuvo en la legislación penal de los países europeos en el siglo XIX, en donde solo se castigó el préstamo usurario con aprovechamiento de la debilidad y pasiones de un menor como una forma de estafa⁵⁵. 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 usurarios⁵⁶. 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 XX⁵⁷.

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, por ejemplo, el nuevo Código Penal español de 1995⁵⁸ y parcialmente nuestra propia legislación penal⁵⁹. Incluso en los países en los que sigue estando tipificado el delito de usura, la vigencia real de esta prohibición se pone se-

52 Vid., VALLÉS Y PUJALS, *Del préstamo*, p. 85.

53 Vid., más detalladamente, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, PE, t. III, p. 245 y ss.; LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, pp. 27 y ss.

54 Vid., con mayores referencias, VALLÉS Y PUJALS, *Del préstamo*, p. 84; LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, pp. 27 y ss.; PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 756; BERGERO, *La represión de la usura*, p. 37.

55 Vid., referido al Derecho español, LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, pp. 30 y ss.

56 Vid., LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 33.

57 Vid., VALLÉS Y PUJALS, *Del préstamo*, p. 92; LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, pp. 43 y ss.; BENITES SÁNCHEZ, *Derecho penal peruano*, p. 108; BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual*, PE, p. 460.

58 En la doctrina española, GARCÍA ARÁN, *RFDUC* VI, 1983, p. 318; BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual*, PE, p. 461.

59 * De manera radical contra la penalización de la usura, GHERSI, *Themis* 32, pp. 114 y ss.

riamente en tela de juicio, como lo atestigua la expresión de que el usurero debe temer tan poco a una condena como que le caiga un rayo en un paseo⁶⁰.

B. 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 N.º 2760 de junio de 1918, en donde además de indicarse la nulidad de los contratos, prestamos o similares que impusiesen intereses por encima de ciertos límites establecidos por cantidades en la propia ley (artículos 7 y 8)⁶¹, 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 típica se orientaba más a la habitualidad que al hecho usurario en sí⁶², lo que significaba asumir un criterio de autor en lugar de un criterio de acto. Por ello, puede decirse que si bien la Ley N.º 2760 permitía imponer una multa al usurero, no se trataba propiamente de una sanción penal, sino de una corrección disciplinaria atribuida a los tribunales civiles⁶³.

La promulgación del Código Penal de 1924 no trajo consigo la decisión de criminalizar la usura, reprimiéndose solo los casos de abuso de las necesidades, pasiones o inexperiencias de un menor o incapaz para hacerle

60 Vid., BERNSMANN, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), V 3, n.m. 6.

61 Vid., OSTERLING PARODI/CASTILLO FREYRE, *Tratado*, t. V, pp. 509 y ss.; YON RUESTA, *Ius et veritas* 22, p. 225; GARCÍA NAVARRO, *Derecho Penal*, PE, p. 77. 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 prestamos con intereses notablemente superiores al normal. Vid., con mayor detalle, VALLÉS Y PUJALS, *Del préstamo*, pp. 122 y ss.; LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, pp. 33, 76 y ss.; CARMONA/GONZÁLEZ/CUEVA/POLAINO, *Manual*, PE, II, p. 353; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 425, nota 417.

62 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, pp. 466 y ss.

63 Similarmente en la Ley española de Represión de la Usura, vid., VALLÉS Y PUJALS, *Del préstamo*, p. 127.

firmar un documento generador de un perjuicio (artículo 246 inciso 2)⁶⁴. Solo en el año de 1949 se decidió criminalizar finalmente el cobro desmedido de intereses con la promulgación del Decreto Ley N.º 11078⁶⁵, en cuyos considerandos se hacía referencia a la insatisfacción de la Ley N.º 2760 en la lucha contra las conductas de agio y usura⁶⁶. Mediante la nueva ley se incluyó el delito de agio y usura dentro de las formas punibles establecidas en el Decreto Ley N.º 10906 de diciembre de 1948, el cual regulaba los delitos de especulación y acaparamiento⁶⁷. 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 establezcan un interés mayor al fijado por la Ley de Bancos⁶⁸. 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 N.º 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 N.º 10906 sin hacer mención alguna a las figuras del agio y la usura incorporadas por el Decreto Ley N.º 11078. Por otra parte, se susti-

64 Vid., ROY FREYRE, *Derecho penal peruano*, PE, III, pp. 214 y ss. La referencia también en LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 59.

65 Vid., BENITES SÁNCHEZ, *Derecho penal peruano*, p. 109; OSTERLING PARODI/CASTILLO FREYRE, *Tratado*, IV, p. 510; YON RUESTA, *Ius et veritas* 22, p. 225.

66 Vid., RISCO VALERA, *Themis* 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.

67 Vid., BENITES SÁNCHEZ, *Derecho penal peruano*, p. 109.

68 Vid. RISCO VALERA, *Themis* 35, p. 94.

tuyó progresivamente desde 1971 el sistema de tasa fija de los intereses por un sistema dinámico encargado al Banco Central de Reserva⁶⁹, 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 N.º 10906 nunca fue expresamente derogado⁷⁰, 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 1991⁷¹. 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.

C. 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 años 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 forma de incriminación de la 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 individual⁷². Por el contrario, en la usura social el agente se aprovecha de una situación de necesidad social⁷³. A par-

69 Vid., con mayores referencia legislativas, YON RUESTA, *Ius et veritas* 22, pp. 225 y ss.

70 Vid., en este sentido, DE LA PUENTE Y LAVALLE, *Themis* 12, p. 63.

71 Vid., CORZO/SINFÓN, *Ius et veritas* 11, p. 151; RISCO VALERA, *Themis* 35, p. 94.

72 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.

73 STREE/HEINE, *Schönke/Schröder StGB-Kommentar*, § 291, n.m. 2; TRÖNDLE/FISCHER, *StGB*, § 291, n.m. 3; LACKNER/KÜHL, *StGB*, § 291, n.m. 1.

tir de esta diferenciación, se señala que, en el caso de la usura individual, se protegen los intereses individuales del deudor, mientras que, en la usura social, lo que se protege es un bien jurídico colectivo como, por ejemplo, la economía popular⁷⁴. En este sentido, no puede hablarse de un mismo bien jurídico, sino que ello dependerá del tipo de usura del que se trate⁷⁵.

Nuestro Código Penal tipifica en líneas generales las dos formas de usura, aunque no utiliza en ambos casos la misma denominación. 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 pública. 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 individual⁷⁶. 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 texto punitivo califica como usura solamente a esta segunda forma de manifestación, la pregunta sobre el bien jurídico protegido se va a limitar a la usura individual.

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, siguiendo esta comprensión, que el bien jurídico protegido es el patrimonio del deudor⁷⁷. No obstante, un sector minoritario opina que la usura no nece-

74 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.

75 Vid., así, BERGERO, *La represión de la usura*, p. 57.

76 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.

77 Vid., en este sentido, CARRARA, *Programa*, PE, V. IV, pp. 465 y ss.; 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 ss.; CREUS, *Derecho penal*, PE, I, p. 542; BERGERO, *La represión de la usura*, p. 97; PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 760;

sariamente afecta el patrimonio del prestatario, pues este delito no requiere un perjuicio patrimonial efectivo para su configuración. Con la celebración de un préstamo usurario se estaría lesionando, más bien, la libre voluntad del prestatario, lo cual constituiría finalmente el bien jurídico protegido⁷⁸.

A la visión tradicional del bien jurídico protegido en la usura individual se le puede cuestionar ser un planteamiento poco compatible con nuestra regulación positiva, pues el legislador penal de 1991 no ha incluido esta figura delictiva dentro de los delitos 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 patrimonial⁷⁹, abandonándose la esfera de protección patrimonial del individuo⁸⁰. 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 general⁸¹.

Las diferencias de enfoque que pueden advertirse de las opiniones doctrinales acabadas de exponer 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 el tratamiento del tema del 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.

EZAINE CHÁVEZ, *Diccionario*, Voz: Usura, 2, p. 1441. Críticamente, BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual*, PE, p. 463; RISCO VALERA, *Themis* 35, p. 98.

78 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.

79 Vid., OSTERLING PARODI/CASTILLO FREYRE, *Tratado*, IV, p. 513; RISCO VALERA, *Themis* 35, p. 98.

80 Vid., REYNA ALFARO, *Manual*, p. 379.

81 Vid., así, BRAMONT-ARIAS/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 427; REYNA ALFARO, *Manual*, p. 379; PÉREZ LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (septiembre de 2013), p. 155. Críticamente LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, pp. 100 y ss. Por una pluriofensividad que incluiría el aspecto colectivo (sistema crediticio) y el aspecto individual (la libertad prestataria) se pronuncia GARCÍA NAVARRO, *Derecho Penal*, PE, p. 80.

En cuanto a la primera cuestión hay que partir del hecho de que el delito de usura se encuentra incardinado en el Derecho penal 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 dinero⁸². 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 prestamos 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 ámbito⁸³. El control administrativo que ejerce el Estado sobre los agentes financieros y la necesidad de los bancos de poner su dinero en circulación, parecerían ser los factores que garantizarían, en general, que estos sujetos no abusarán, 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

82 Vid., CORZO/SINFÓN, *Ius et veritas* 11, p. 149.

83 Vid., OSTERLING PARODI/CASTILLO FREYRE, *Tratado*, IV, p. 512; CORZO/SINFÓN, *Ius et veritas* 11, p. 149; RISCO VALERA, *Themis* 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*, pp. 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, pp. 466 y ss.

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 criminalización⁸⁴.

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 préstamos dinerarios⁸⁵. 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.

84 Vid. RISCO VALERA, *Themis* 35, p. 107; YON RUESTA *Ius et veritas* 22, p. 231. A favor de una liberalización de las tasas de interés también para agentes ajenos al sistema financiero, JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, *Revista Jurídica del Perú* 21 (2001), p. 75.

85 Ven el bien jurídico en la libertad de contratación, KINDHÄUSER, *NStZ* 1994, p. 106; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 6, n.m. 258.

b. *La incriminación de la usura*

Con base en el bien jurídico penalmente protegido se puede definir 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 prestamos usurarios⁸⁶. Así, por ejemplo, en la Ley N.º 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 unos años se castigaba la usura en razón de su habitualidad⁸⁷. 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 solo 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 ser descrita por 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 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 (prestamos, alquiler de vivienda, atención médica, etc.), o en la intermediación de estas prestaciones (intermediación usuraria)⁸⁸. Como puede verse, el exceso que configura el aprovechamiento injusto puede tener

86 Vid., la referencia al sistema francés, CARRARA, *Programa*, PE, V. IV, pp. 462 y ss.; LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, pp. 147 y ss.

87 Vid., LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, pp. 147 y ss.

88 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*, pp. 116 y ss.

lugar en cualquier aspecto de la prestación que debe satisfacer el deudor⁸⁹. 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 solo al otorgamiento o concesión de un préstamo. Por consiguiente, la obtención de la ventaja patrimonial desproporcionada se encontrará limitada solo 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 precisarse 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 excesivos⁹⁰ 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 legal⁹¹, sino que requiere cierta ingerencia sobre la voluntad 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 ofrece⁹². 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)⁹³, 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)⁹⁴. Para

89 Vid., STREE/HEINE, en *Schönke/Schröder StGB*, § 291, n.m. 10.

90 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 a los intereses a partir de los cuales siempre son usurarios. Vid., CRISTOFANO, *Usura*, p. 84.

91 Igualmente en el Derecho penal alemán, BERNSMANN, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), V 3, n.m. 31.

92 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.

93 Vid., la referencia, PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, pp. 763 y ss.; RISCO VALERA, *Themis* 35, pp. 92 y ss.; JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, *Revista Jurídica del Perú* 21 (2001), p. 72.

94 Vid., VÁSQUEZ VÁSQUEZ, *Gaceta Jurídica* 81 B (2000), p. 44; BRAMONT-ARIAS TORRES, *Gaceta Jurídica* 83 B (2000), p. 54.

imponer una sanción penal, por el contrario, será necesario la existencia de otros elementos cualificantes del hecho⁹⁵.

El elemento adicional que aumenta el desvalor del hecho se ha encontrado, por lo general, en el condicionamiento de la voluntad del deudor⁹⁶. 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 usurarios⁹⁷. Se trata de un condicionamiento que el sujeto activo del delito hace como condición para el otorgamiento o negociación del crédito⁹⁸. 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 de vista penal no deberá producir ninguna consecuencia punitiva⁹⁹. Solo cuando el acreedor tenga una injerencia 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 prestatario¹⁰⁰. 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 autor¹⁰¹. 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 solo participa activamente en la voluntad de contratar del deudor, sino que se aprovecha de la situación de

95 Sobre la necesidad de diferenciar los simples ilícitos civiles del delito de usura, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 426.

96 Vid., CARMONA/GONZÁLEZ/CUEVA/POLAINO, *Manual*, PE, II, p. 354.

97 En nuestra doctrina se le ha calificado de "coacción contractual". Vid., así, RISCO VALERA, *Themis* 35, p. 98; REYNA ALFARO, *Manual*, p. 380.

98 Vid. RISCO VALERA, *Themis* 35 pp. 98 y ss.

99 Vid., en este sentido, RISCO VALERA, *Themis* 35, p. 99.

100 Esta forma de usura es la llamada usura subjetiva, a diferencia de la usura objetiva en la que solo se pacta intereses usurarios. Vid., sobre esto, CARMONA/GONZÁLEZ/CUEVA/POLAINO, *Manual*, PE, II, p. 353.

101 Entiende que este condicionamiento es el asumido por nuestro Código Penal, VÁSQUEZ VÁSQUEZ, *Gaceta Jurídica* 81-B (2000), p. 44.

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 DIAZ¹⁰². 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 menor¹⁰³. En esta línea se encontraba, por ejemplo, la anterior regulación penal española, en donde se castigaban solo 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 autor¹⁰⁴.

De entre los distintos modelos de criminalización de la usura nuestro legislador penal ha seguido aquel que califica como usura los casos en los que el autor determina a la víctima a pagarle intereses superiores a los legalmente establecidos¹⁰⁵. No se criminaliza, por tanto, el libre pacto de obligaciones usurarias, con independencia, claro está, de sus consecuencias jurídico-civiles¹⁰⁶. 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 usura¹⁰⁷.

102 *El delito de usura*, pp. 140, 146 y ss.

103 Vid., BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual*, PE, p. 461; CARMONA/GONZÁLEZ/CUEVA/POLAINO, *Manual*, PE, II, p. 351.

104 Vid., LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 131.

105 Vid., BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 427.

106 Vid., BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 3426. 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), pp. 65 y ss.].

107 Así, utilizando la distinción de usura objetiva y usura subjetiva, GARCÍA NAVARRO, *Derecho Penal*, PE, p. 88.

2. Análisis del tipo penal de usura

A. Tipo penal básico

a. Los sujetos del delito

Una primera lectura del artículo 214 del CP parece llevar a la conclusión de que se trata de un delito común¹⁰⁸, 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 círculo de posibles autores y 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 conceptos¹⁰⁹. Tal contexto normativo llevaría a la conclusión de que el delito de usura solamente podrá ser cometido por sujetos ajenos al sistema financiero¹¹⁰.

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 puntualmente 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

108 En este sentido, PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 765; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 427; REYNA ALFARO, *Manual*, p. 379; GARCÍA NAVARRO, *Derecho Penal*, PE, p. 81.

109 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).

110 Vid., CORZO/SINFÓN, *Ius et veritas* 11, p. 151; YON RUESTA, *Ius et veritas* 22, p. 227; PÉREZ LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (setiembre 2013), p. 156; GARCÍA NAVARRO, *Derecho Penal*, PE, p. 81. En este sentido, igualmente, la sentencia del Exp. 3228-98/Lima, en *Jurisprudencia penal*, T.III, Gaceta Jurídica, p. 399

arreglo a lo previsto en su Ley Orgánica¹¹¹. En este sentido, la única condición necesaria para la criminalización de la usura en el sistema financiero será la fijación excepcional de límites por parte del 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 actualmente 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 del contrato de préstamo usurario¹¹². No obstante, resulta posible que el sujeto pasivo sea una persona distinta a quien aparece como deudor, lo que tendrá lugar, por ejemplo, cuando se trata de la actuación en nombre de una persona jurídica¹¹³. 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. La conducta 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 se ha dicho, 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 prime-

111 Vid. RISCO VALERA, *Themis* 35, p. 92.

112 Por el contrario la doctrina nacional mayoritaria sostiene, en consonancia con una perspectiva colectiva del bien jurídico, que el sujeto pasivo es la sociedad. Vid., al respecto, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 427; PÉREZ LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (setiembre 2013), p. 156; GARCÍA NAVARRO, *Derecho Penal*, PE, p. 82.

113 Igualmente, BERNSMANN, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), V 3, n.m. 20.

ro acepte pagar intereses excesivos¹¹⁴. 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 acordados¹¹⁵. La exigencia de una injerencia 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 adeudada¹¹⁶. 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 préstamo¹¹⁷, 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)¹¹⁸. Si bien muchas legislaciones penales limitan la sanción penal a los casos de usura crediticia¹¹⁹, no apreciamos razones de fondo para dejar fuera del ámbito de lo punible supuestos de usura real¹²⁰, sobre todo los casos de cobro excesivo de intereses que se imponen por el retraso en el pago de obligaciones de tracto sucesivo,

114 Vid., PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 767; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 428; GARCÍA NAVARRO, *Derecho Penal*, PE, pp. 84 y ss.; LÓPEZ PÉREZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (setiembre 2013), p. 157. 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), pp. 65 y ss.].

115 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 injerencia del prestamista sobre el prestatario (vid., igualmente, BERNSMANN, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrs.), V 3, n.m. 46).

116 Vid., BERGERO, *La represión de la usura*, p. 54; EZAINE CHÁVEZ, *Diccionario*, Voz: Usura, 2, p. 1439.

117 Vid., LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 141; PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 767.

118 Vid., BERGERO, *La represión de la usura*, pp. 49 y ss.; 54 y ss.; EZAINE CHÁVEZ, *Diccionario*, Voz: Usura, 2, p. 1438.

119 Vid., en la anterior regulación española, BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual*, PE, p. 467.

120 Igualmente, BERGERO, *La represión de la usura*, p. 55; EZAINE CHÁVEZ, *Diccionario*, Voz: Usura, 2, p. 1439.

en los que se amenaza con suspender el servicio en caso de no pagar la deuda global. Ejemplos cotidianos de estos 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 solo los casos de usura crediticia¹²¹. 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 dinero¹²². En principio parecería ser que, desde el punto de vista del fin de protección de la norma, los prestamos 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 dinero¹²³. En este sentido, la interpretación gramatical de los elementos del tipo penal de usura obligaría a exigir como origen de los intereses una deuda dineraria. Lo que no presenta mayor problema es la posibilidad de abarcar el crédito que no se otorga en un contexto de legalidad, por lo que podrán castigarse como usura los casos en los que el préstamo dinerario se enmarca en otro delito, como la defraudación tributaria, el lavado de activos o la banca paralela¹²⁴.

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 patrimonial¹²⁵. La ley penal se ha puesto, por ejemplo, en el supuesto de prórroga del

121 Vid., en este sentido, PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 763; LÓPEZ PÉREZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (setiembre 2013), p. 159.

122 Vid., EZAINE CHÁVEZ, *Diccionario*, Voz: Usura, 2, p. 1437.

123 Vid., así, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 427; RISCO VALERA, *Themis* 35, p. 102; TRÖNDLE/FISCHER, *StGB*, § 291, n.m. 6.

124 Vid., así, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 6, n.m. 259.

125 Vid., BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 428; GARCÍA NAVARRO, *Derecho Penal*, PE, pp. 83 y ss.

plazo de pago del crédito, es decir, en la postergación de la fecha a partir de la cual es exigible el crédito¹²⁶. 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 que, antes de su vencimiento, 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 solo 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 patrimonial¹²⁷, 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 ejemplo, “interés notablemente superior al normal” o “intereses manifestamente desproporcionados”), con el que pueda el juez valorar el caso concreto y determinar con criterios propios si los intereses pactados resultan excesivos o no¹²⁸. La ventaja de este modelo de determinación reside

126 Vid., PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 769; YON RUESTA, *Ius et veritas* 22, p. 227.

127 Vid., así, en el Derecho penal alemán, BERNSMANN, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), V 3, n.m. 14.

128 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*, pp. 76 y ss.; BAJO FER-

en el amplio margen de valoración que se le otorga al juez y que le permite ajustar mejor su decisión a las circunstancias del caso concreto¹²⁹. 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 aquí 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 blanco¹³⁰, en donde se utiliza el criterio porcentual de la tasa, pero determinado por leyes administrativas a las que el tipo penal se remite¹³¹. De esta forma se procura tener criterios de determinación sin excesivos márgenes de discreción y se facilita una mayor adaptación de las tasas a las concretas circunstancias económicas por medio de la remisión a normativas dinámicas¹³².

Nuestro Código Penal sigue el modelo de determinación intermedio, en tanto establece que, en el delito de usura, el autor debe haber obligado o hecho prometer al deudor el pago de un interés “superior al fijado por ley”¹³³. Sin embargo, el Código Civil no hace la determinación de las tasas máximas de interés compensatorio y moratorio, sino que se remite, más bien, a lo que establece el Banco Central de Reserva mediante circulares¹³⁴. 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.

NÁNDEZ/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.

129 Vid., STREE/HEINE, en *Schönke/Schröder StGB*, § 291, n.m. 16.

130 Así, el delito de usura en el Código Penal italiano, AMMIRATI, *Il delitto di usura*, p. 73; CRISTOFANO, *Usura*, pp. 95 y ss.

131 Vid., BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, pp. 427 y ss.

132 Vid., AMMIRATI, *Il delitto di usura*, p. 74.

133 Vid., GARCÍA NAVARRO, *Derecho Penal*, PE, pp. 85 y ss.

134 Vid., YON RUESTA, *Ius et veritas* 22, p. 234.

La Ley N.º 26702 (Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros), siguiendo la línea trazada por su antecesora, el Decreto Legislativo N.º 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, en principio, 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 que actualiza diariamente la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS)¹³⁵. 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 prohibida¹³⁶. 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 promedio del sistema financiero para créditos a microempresas. La falta de determinación 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 estos 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

135 A este respecto se debe tener en cuenta la Circular N.º 021-2007-BCRP emitida por el BCR sobre las tasas de interés. En esta circular un elemento central para determinar los topes a los intereses para operaciones entre personas ajenas al sistema financiero es la tasa promedio del sistema financiero para créditos a la microempresa. Sobre estas tasas promedio, vid., con mayor detalle, JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, *Revista Jurídica del Perú* 21 (2001), pp. 74 y ss.; RISCO VALERA, *Themis* 35, pp. 90 y ss.; YON RUESTA, *Ius et veritas* 22, p. 231.

136 Vid., YON RUESTA, *Ius et veritas* 22, p. 236.

intereses, el Código Civil establece un régimen de fijación de límites de las tasas de interés, delegando tal facultad de determinación al BCR¹³⁷. 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, solo cabe considerar que el límite legal de los intereses estará determinado por el indicador de la tasa promedio 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 tasas 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 tasa promedio del sector financiero para créditos a microempresas del día anterior y posteriormente resulta que la tasa promedio 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 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.

137 Vid., GÓMEZ APAC/BOZA ALZAMÓRA, *Advocatus*, N.º 7, p. 457.

c. *El tipo subjetivo*

aa) *El dolo*

El delito de usura se castiga, en función del artículo 12 del CP, solo a título de dolo, incluido el dolo eventual¹³⁸. 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 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 prestamos dinerarios¹³⁹. Resulta lógico que si una persona decide realizar una actividad lucrativa en un determinado ámbito social, le competirá 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 prestamos con intereses¹⁴⁰.

Más discutible se presenta la imputación del conocimiento para personas que deciden eventualmente prestar dinero a otros a cambio del pago

138 En este sentido, BERNSMANN, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrs.), V 3, n.m. 47.

139 Vid., así, CRISTOFANO, *Usura*, p. 100.

140 Vid., CRISTOFANO, *Usura*, p. 101.

de intereses. Si se considera que cualquier persona que decide realizar un contrato de mutuo o préstamo debe recibir previamente asesoría legal o financiera, 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 cuando el tipo de operación lo exige (por ejemplo, el préstamo de considerable entidad) o la situación concreta del autor le imponga acceder al conocimiento requerido (por ejemplo, un abogado que decide prestar sus ahorros a un amigo). De no ser posible la imputación de conocimiento al 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 existe¹⁴¹.

bb) El 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 especial¹⁴². El autor debe actuar “con el fin de obtener una ventaja patrimonial para sí o para otro”¹⁴³. 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 resulta atribuible al autor con la imputación del conocimiento de la relevancia de su acción, por lo que se tratará de un elemento que solamente hará decaer la imputación subjetiva si puede desvirtuarse en el caso concreto la ausencia de tal intención de beneficio patrimonial.

141 Vid., BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 429.

142 Vid., BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 429; REYNA ALFARO, *Manual*, p. 381; GARCÍA NAVARRO, *Derecho Penal*, PE, p. 89. Por el contrario, LÓPEZ PÉREZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (setiembre 2013), p. 161, sostiene que no se trata de un elemento trascendente ajeno al dolo.

143 Sobre la exigencia general en la usura de un ánimo de lucro, LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, pp. 212 y ss.

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 altruista”, 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 tercero¹⁴⁴. 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 cometido¹⁴⁵. En cualquier caso, siempre cabe la posibilidad de castigarlo como inductor o cooperador del delito. Por el contrario, no cabrá la imposición de sanciones penales si el tercero beneficiario es una persona jurídica¹⁴⁶, aunque, de ser el caso, podrá aplicarse contra ella las consecuencias accesorias del artículo 105 del CP. 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)¹⁴⁷, si bien su intervención puede configurar perfectamente una participación punible en el delito en grado de complicidad¹⁴⁸.

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. Simplemente basta con que el autor obligue o haga prometer al deudor el pago de los intereses usurarios¹⁴⁹. La cuestión se centra, así, en determinar si se trata de un delito de

144 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.

145 Vid., STREE/HEINE, en Schönke/Schröder *StGB*, § 291, n.m. 39; PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 765.

146 Vid., LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, p. 126.

147 Vid. EZAINE CHÁVEZ, *Diccionario*, Voz: Usura, 2, p. 1439. Distinta la concepción de BERGERO, *La represión de la usura*, pp. 52 y ss., para quien la usura impropia sería lo que nosotros consideramos la intermediación usuraria.

148 Vid., STREE/HEINE, en Schönke/Schröder *StGB*, § 291, n.m. 39.

149 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), pp. 222 y ss.].

* Por el contrario, resulta errónea la sentencia de la Sala Superior Exp. 377-93 de 30 de enero 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 actividad¹⁵⁰. Pero debe hacerse la puntualización de que esa actividad debe ser peligrosa para los intereses patrimoniales del deudor, por lo que se trata de un delito de peligro abstracto¹⁵¹. Si bien no resulta necesario demostrar la existencia de un 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 ilegales¹⁵², pero siempre y cuando presente una idoneidad general para perjudicar patrimonialmente al deudor.

La doctrina penal entiende, por otra parte, que el delito de usura es un delito instantáneo¹⁵³, lo que significa que su consumación tiene lugar instantáneamente en el momento en que se celebra el préstamo con intereses ilegales. Si bien esta conducta puede producir efectos permanentes¹⁵⁴, su realización no se mantiene a lo largo del tiempo, sino que se produce instantáneamente con el otorgamiento o negociación del crédito usurario. Esta situación del tipo penal de usura tiene consecuencias dogmáticas impor-

1998 [*Diálogo con la Jurisprudencia* 14 (noviembre de 1999), pp. 169 y ss.], que exige como elemento constitutivo del delito el cobro y el pago de los intereses usurarios.

150 Vid., LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, pp. 203 y ss.; PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 770; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 430; RISCO VALERA, *Themis* 35, p. 101; REYNA ALFARO, *Manual*, p. 381; GARCÍA NAVARRO, *Derecho Penal*, PE, p. 90.

151 Como delito de peligro concreto en el Derecho penal argentino lo define, BERGERO, *La represión de la usura*, p. 158.

152 Vid. RISCO VALERA, *Themis* 35, p. 103.

153 Vid., con mayores referencias, LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, pp. 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.

154 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 (...)”.

tantes en el marco de la autoría y la participación, así como en el inicio del cómputo de los plazos de prescripción.

En cuanto a la tentativa, la usura parece no admitir esta forma imperfecta de realización¹⁵⁵, en la medida que se trata de un delito de peligro abstracto. Como sabemos en los delitos de peligro abstracto no cabe, por lo general, una infracción de competencias previa a la realización completa de la conducta típica¹⁵⁶. 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 solo considerado en la medición de la pena (artículo 46.1 literal f del CP)¹⁵⁷.

e. Intervención delictiva

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 dinero¹⁵⁸. En este sentido, autor del delito es quien obliga a la víctima a aceptar el pago de intereses por encima de lo legalmente permitido. No hay ninguna limitación para que el delito pueda ser cometido en coautoría si existe una división vinculante del trabajo. Del mismo modo, es también posible que, en la comisión de este delito, se presenten supuestos de instigación o complicidad, cuya punibilidad podrá sustentarse con las normas generales establecidas en los artículos 24 y 25 del CP¹⁵⁹.

155 Vid. RISCO VALERA, *Themis* 35, p. 103; GARCÍA NAVARRO, *Derecho Penal*, PE, p. 90.

156 Vid., GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, I, pp. 800 y ss. Rechazan la tentativa en el delito de usura, PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 771; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 430. Por el contrario, la admite BERGERO, *La represión de la usura*, pp. 160 y ss.

157 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.

158 Siguen este parecer, GARCÍA NAVARRO, *Derecho Penal*, PE, p. 81; PÉREZ LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (setiembre 2013), p. 156.

159 Igualmente, GARCÍA NAVARRO, *Derecho Penal*, PE, p. 91.

En la doctrina penal se califica al delito de usura como un delito de intervención necesaria¹⁶⁰, 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 a ella el resultado o fundamentar algún tipo de responsabilidad. El fundamento de dicha irrelevancia penal se 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 excesivos¹⁶¹. Así, por ejemplo, no podría considerarse instigador 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-multa¹⁶². De la redacción del tipo penal se desprende que no se trata de penas alternativas, sino que estas 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 encubierta¹⁶³, es decir, aquellos casos que no aparecen formalmente como contrato de mutuo o préstamo, sino bajo otra modalidad de negocio que evita su existencia y permite, por tanto, afirmar la atipicidad de la conducta¹⁶⁴. Se trata de supuestos especiales de fraude a la

160 Vid., así, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 6, n.m. 275.

161 Vid., en el mismo sentido, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 6, n.m. 275.

162 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*, pp. 244 y ss.

163 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*, pp. 162 y ss.

164 Sobre las formas de usura encubierta, CARRARA, *Programa*, PE, V. IV, pp. 467 y ss.; BERGERO, *La represión de la usura*, pp. 52 y ss. *

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 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 casos¹⁶⁵. 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 parte 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 injusto¹⁶⁶. Pero la pregunta es si el Derecho penal puede, mediante una interpretación fáctica, considerar estos otros conceptos, por más que sean excesivos, como intereses del capital prestado.

165 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*, pp. 111 y ss.; LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, pp. 87 y ss.

166 El tipo penal de usura en el Código Penal italiano para la determinación de los intereses usuarios incluye las comisiones o remuneraciones por cualquier título unidas a la concesión del crédito. Vid., AMMIRATI, *Il delitto di usura*, p. 75.

Y aquí nos parece 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 deudor¹⁶⁷. 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 probatorio, de manera que si se demuestra que el dinero recibido fue menor al declarado, procederá a aplicar el artículo 1664 del Código Civil que establece que el contrato se entiende celebrado sobre la cantidad efectivamente recibida¹⁶⁸. 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, 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 subjetiva¹⁶⁹. 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,

167 En una orientación similar, la cláusula de adición en el delito de usura alemán, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 6, n.m. 272.

168 Vid., PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, pp. 763 y ss. 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 N.º 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.

169 Vid., CARMONA/GONZÁLEZ/CUEVA/POLAINO, *Manual*, PE, II, p. 353.

resulta pertinente destacar que para que la pena agravada pueda imponerse al autor, este debe conocer las circunstancias de debilidad negocial del deudor¹⁷⁰. Su desconocimiento, por el contrario, permitiría solamente una imputación del delito mediante el tipo penal básico, conforme lo dispone el artículo 14 del primer párrafo del CP.

La incapacidad del agraviado no debe entenderse en el sentido de inimputabilidad penal¹⁷¹, sino de incapacidad civil, es decir, como persona con falta de facultades para poder negociar y disponer de su patrimonio de manera responsable¹⁷². Un estado de necesidad, en cambio, se presenta cuando el sujeto pasivo requiere el dinero para satisfacer una necesidad urgente¹⁷³. No tiene que entenderse como tal, por ejemplo, una situación que compromete la existencia del deudor y ni siquiera una situación de total carencia económica¹⁷⁴. Puede que el deudor sea propietario de bienes diversos, pero necesite inmediatamente de cierta liquidez económica para 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

170 Vid., igualmente, GARCÍA NAVARRO, *Derecho Penal*, PE, pp. 92 y ss.

171 Como parecen defender, por el contrario, PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-B, p. 772; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 430.

172 Vid., en este sentido, RISCO VALERA, *Themis* 35, p. 102.

173 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.

174 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. Otra opinión parecen tener ciertos tribunales superiores como lo pone de manifiesto la Resolución Expedida en el Exp. N.º 7061-97 emitido por la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios de Reos Libres de la Corte Superior de Lima: "Este estado debe ser extremo, además de actual e inmediato (...)", citado por LÓPEZ PÉREZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51 (setiembre 2013), p. 164.

la figura agravada solo 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 amenaza¹⁷⁵. 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 solo entra a tallar en caso de que otros tipos penales no se realicen (tipo penal de recogida).

En concurso de delitos la usura puede aparecer con cualquier otro delito, pero, por lo general, estos 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 tienen 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.

¹⁷⁵ Vid., así, RISCO VALERA, *Themis* 35, p: 102.

Capítulo II

LOS DELITOS CONTRA EL ORDEN MONETARIO

I. Introducción

Al estudiar los delitos contra la confianza en la validez del dinero como medio de pago, se puso de manifiesto que, dentro de las figuras delictivas que el Código Penal agrupa bajo la denominación de delitos monetarios, pueden diferenciarse dos grupos de delitos. Por un lado, los delitos de falsificación o alteración del dinero que menoscaban la confianza en este medio de pago y, por el otro, los delitos que trastocan el orden monetario dispuesto por el Estado. El primer grupo de delitos monetarios fue estudiado dentro de los delitos económicos referidos al libre mercado, pues su desvalor penal reside en la afectación a la confianza del dinero como medio de pago válido en el sistema económico. Por el contrario, el segundo grupo de delitos monetarios se analizarán en este capítulo, como parte de los delitos económicos que respaldan la intervención estatal en la economía. Al Estado le corresponde desarrollar la política monetaria necesaria para mantener estable el valor del dinero, lo que se refuerza penalmente castigando aquellas conductas graves que están en capacidad de distorsionar el orden monetario oficialmente dispuesto.

El sistema monetario se determina por ley¹⁷⁶, tal como lo dispone el artículo 83 de la Constitución Política. En razón de ello, la Ley N.º 25295

176 La asunción por parte del Estado peruano del orden monetario no es de larga data. Durante el oncenio de Leguía se quiso crear un Banco de la Nación para regular el circulante, labor que hasta entonces era realizada por los bancos comerciales o privados. El proyecto no prosperó. Recién el 9 de marzo de 1922 se aprobó el funcionamiento de un Banco de Reserva para organizar el sistema crediticio y la emisión monetaria, por lo que es a partir de ese momento que puede hablarse de una moneda nacional en el Perú. El Banco de Reserva debía emitir billetes respaldados

establece que la unidad monetaria en el país es el nuevo sol. La ordenación del sistema monetario lo lleva a cabo al Estado a través de un organismo especializado que, conforme al mandato constitucional, es el Banco Central de Reserva del Perú (en adelante BCR), al que le asigna la finalidad de preservar la estabilidad monetaria. Para el cumplimiento de dicha finalidad, a esta institución estatal se le otorga diversas funciones, dentro de las cuales cabe destacar principalmente las siguientes: El monopolio en la emisión de billetes y monedas, la regulación de la cantidad de dinero y el crédito financiero, la administración de las reservas internacionales y la información sobre las finanzas nacionales (artículo 2 de su Ley Orgánica)¹⁷⁷. Existe, pues, un orden monetario dispuesto por el BCR que debe resguardarse de conductas que lo desconocen y repercuten, de esta manera, en la misma estabilidad monetaria.

II. El bien jurídico penalmente protegido

Como su propia denominación lo revela, los delitos contra el orden monetario afectan al mismo orden monetario. Este orden le está encargado al Estado, quien tiene el monopolio en la emisión del dinero y respalda, por lo tanto, el valor que el dinero expresa nominalmente. El primer aspecto que ese orden conlleva es que el Estado obligue a los particulares a aceptar el dinero emitido como medio de pago en las operaciones económicas. Sin embargo, lo que el Estado no puede hacer es mantener forzosamente el valor de cambio del dinero, pues eso depende de las riquezas que respaldan la emisión del dinero. Por lo tanto, al Estado le corresponde mantener esa correspondencia entre el dinero emitido y los respaldos en riqueza. Si se emiten monedas por encima de la riqueza que se tienen a disposición o se les da un valor más alto del que puede ser respaldado, entonces la moneda se deprecia, es decir, su valor real termina siendo menor que el nominal. Por el contrario, si la moneda cuenta con el debido respaldo en riquezas, entonces se produce una mayor demanda por esa moneda, lo que lleva a su revaluación.

por oro físico, fondos efectivos en dólares y en libras esterlinas, no menores del 50% del monto de dichos billetes. Vid., al respecto, ORREGO PENAGOS, *Breve historia de la banca en Lima hasta 1950*, 01/01/12, (www.blog.pucp.edu.pe).

¹⁷⁷ Destaca la importancia de la independencia del Banco de Reserva frente al gobierno para asegurar un manejo técnico de la política monetaria, DÜRR, *El papel del Estado en la planificación económica*, pp. 4 y ss.

Uno de los factores que influye decisivamente en la estabilidad del valor de la moneda es mantener el tipo de cambio con otras divisas, es decir, el dinero emitido por otros países que es aceptado internacionalmente como medio de pago. El BCR cuenta con divisas extranjeras dentro de las reservas internacionales que sirven precisamente para hacer frente a situaciones de crisis económica o de falta de liquidez, pero que también puede manejar de cara a mantener estable el tipo de cambio de la moneda nacional. Si la necesidad de divisas excede las reservas internacionales y se carece de un financiamiento exterior, al Estado le queda tomar fundamentalmente dos decisiones: mantener la libertad en el tipo de cambio y dejar que la moneda se deprecie, o establecer mecanismos de control para el cambio o la utilización de las divisas. Como puede verse, el control de las divisas resulta también relevante para la propia estabilidad monetaria.

Lo que se acaba de explicar, de manera ciertamente muy elemental, es lo que justifica la criminalización de los delitos monetarios que se analizan en el presente capítulo. Por lo tanto, si se piensa en el bien jurídico como criterio de legitimación, no hay mayor objeción para sostener que aquí lo es el orden monetario. No obstante, se debe tener en consideración que la estabilidad monetaria no es algo plenamente conseguido en el sistema económico, sino una situación deseable que debe ser procurada siguiendo las pautas establecidas por el Estado. Por lo tanto, puede decirse que lo que constituye propiamente el bien jurídico penalmente protegido es la expectativa normativa de conducta de que los sujetos obligados cumplan con las disposiciones estatales del orden económico, de manera tal que la moneda mantenga estable su valor en el mercado.

Si se le quiere dar al bien jurídico una función de interpretación del tipo penal, resulta necesario ir más allá de la caracterización del orden monetario como una situación ideal cuya materialización se asegura por medio de la pena y entrar en la forma en la que los tipos penales materializan su protección. Solo de esta manera se podrá dar contornos más precisos a los criterios de imputación a utilizar en sede penal. En este orden de ideas, el orden monetario debe ser contextualizado jurídicamente como un deber para cuyo cumplimiento existe el Estado¹⁷⁸. Este deber se asigna, en aspectos

¹⁷⁸ Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 29, n.m. 76; EL MISMO, *La imputación penal*, p. 52; MÜSSIG, *Teoría de los sistemas* (Gómez-Jara ed.), pp. 212 y ss.

concretos, a los funcionarios públicos encargados de gestionar los diversos ámbitos que inciden en la estabilidad monetaria, pero también puede extenderse a ciertos particulares por la posición estratégica en la que pudiesen encontrarse. De esta manera, el orden monetario se expresa penalmente como una situación socialmente deseable que debe conformarse con base en el cumplimiento de deberes específicos asignados a funcionarios públicos y eventualmente a ciertos particulares. En atención a lo dicho, puede decirse que los delitos contra el orden monetario están configurados como delitos de infracción de un deber de contribuir a la estabilidad monetaria.

III. Las conductas delictivas

1. El delito de emisión ilegal de numerario (artículo 258 del CP)

El artículo 258 del CP sanciona al funcionario del Banco Central de Reserva del Perú que emite numerario por encima de las cantidades autorizadas. Este delito se contextualiza claramente en la función asignada al Estado de emitir el dinero en atención a la política monetaria asumida con la finalidad de mantener la estabilidad de la moneda. Es específicamente el BCR el organismo público encargado de tomar la decisión, con base en razones de orden técnico, de emitir la moneda nacional y, en caso de hacerlo, establecer la cantidad que debe ser emitida. La emisión de dinero en la cantidad autorizada es ejecutada por los funcionarios públicos que trabajan para el BCR. El delito se realiza cuando estos funcionarios públicos, en contra la decisión tomada por la institución, incumplen el deber de ajustar la emisión del dinero a las cantidades autorizadas.

A. Los sujetos del delito

Desde el punto de vista de los posibles autores del delito, el delito de emisión ilegal de numerario es un delito especial que limita el círculo de autores a los funcionarios públicos del BCR¹⁷⁹. Pero no se trata de cualquier funcionario de esta institución estatal, sino solamente de aquellos que participan en la emisión del numerario destinado a circular en el tráfico moneta-

179 Vid., PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 421.

rio. Por lo tanto, si un funcionario del BCR que se ocupa de labores ajenas a la función emisora consigue, de alguna manera, la emisión de un numerario mayor al dispuesto por la institución, cometerá un delito de usurpación de funciones, pero no de emisión ilegal de numerario. Este delito solamente puede imputarse al funcionario del BCR con el deber funcional específico de emitir el dinero.

Conforme al artículo 24 literal h) de la Ley Orgánica del BCR, a su directorio le corresponde la decisión de determinar la emisión de billetes y monedas que se ponen en circulación. Lo anterior pone en claro que los miembros del directorio no pueden cometer el delito de emisión ilegal de numerario, pues ellos tienen plena capacidad para decidir la cantidad de dinero a emitir por el BCR¹⁸⁰. Si los directores del BCR toman una decisión de emisión que resulta técnicamente discutible o incluso manifiestamente incorrecta, podrán responder por algún delito funcional, pero no por el delito monetario bajo comentario. Este delito parte de la decisión del directorio que autoriza la emisión de dinero, por lo que la etapa de decisión está al margen de su ámbito de aplicación. La decisión tomada por el directorio de emitir dinero se pone en conocimiento del Gerente General del BCR, el que se encargará de ejecutarla en sus propios términos. A partir del momento en que se pone en conocimiento a los funcionarios del BCR la decisión del directorio de emitir dinero, cualquier funcionario que interviene en la materialización de esta decisión podrá cometer el delito, si consigue que se emita numerario superior al autorizado por el directorio.

Lo anterior no debe llevar a la conclusión de que el funcionario público debe estar incardinado formalmente en la estructura organizativa del BCR. El artículo 425 del CP asume una concepción amplia de funcionario público, calificando como tal al que, aun cuando no esté incorporado en el escalafón administrativo de la institución, desarrolla por alguna vinculación contractual o de cualquier otra naturaleza funciones en la institución u organismo público correspondiente. Desde estas consideraciones, si el BCR encarga, por alguna razón, a una institución pública o privada la emisión del dinero en base a ciertos parámetros cuantitativos, entonces a estas personas

180 De otro parecer, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, pp. 421 y ss., quien considera que solamente los directores pueden cometer el delito de emisión ilegal de numerario.

encargadas se les podrá considerar funcionarios públicos de cara a la imputación del delito de emisión ilegal de numerario.

El delito de emisión ilegal de numerario es materialmente un delito de infracción de un deber. Esta configuración típica tiene como principal consecuencia dogmática que el funcionario público poseedor del deber específico responderá siempre como autor, con independencia del aporte cuantitativo que realice sobre el hecho. Lo decisivo es que incumpla, de alguna manera, el deber de emitir el dinero con base en lo autorizado por la institución. Puede ser incluso que el funcionario público no intervenga físicamente en el proceso de fabricación del dinero, lo que no impide que sea responsabilizado como autor si ha influido igualmente en la emisión irregular. Por otra parte, los particulares que participen de alguna manera en la emisión ilegal del dinero no podrán ser responsabilizados con base en el tipo penal en comentario, pues sobre ellos no recae el deber institucional específico sobre el que se sustenta el injusto penal. Esta situación no impide, sin embargo, que su aporte se pueda ajustar a un delito por el que podrían ser responsables en razón de una competencia por organización.

El sujeto pasivo del delito es el Estado¹⁸¹, en tanto el funcionario público defrauda la confianza estatal sobre el cumplimiento adecuado de la función de emitir dinero encomendada. La infracción del deber del funcionario público frustra el fin estatal de mantener la estabilidad de la moneda y, de esta forma, le resta vigencia efectiva a la institución del Estado en cuanto al cumplimiento de uno de los fines que justifica su existencia. El Estado es representado en este delito por el BCR, el que está habilitado para intervenir en el proceso penal como agraviado.

B. La conducta típica

Para poder contextualizar la conducta típica resulta necesario tener en consideración que el BCR tiene que garantizar el suministro oportuno y adecuado de la demanda de numerario para facilitar la fluidez de las transacciones en efectivo que realice el público. Dos son, por lo tanto, las situaciones que deberían llevarle a emitir dinero: La demanda para transacciones

181 Vid., PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 422.

(que está en función al dinamismo de la economía¹⁸²) y la demanda para reposición (que se genera por el reemplazo de los billetes o monedas deteriorados). Sobre la base de estos criterios, este organismo estatal decide la emisión de dinero en determinada cantidad, calidad y tipos de denominaciones. El numerario está compuesto por la cantidad de billetes y monedas que se decide emitir.

El delito se configura cuando el funcionario público que interviene en alguna de las etapas de ejecución de la decisión del directorio del BCR y al emitir dinero en cierta cantidad, consigue una emisión por encima de esa cantidad. No se establece alguna forma específica para conseguir la emisión en exceso del numerario, por lo que, en este punto, el tipo penal es abierto y admite, por lo tanto, cualquier forma idónea para conseguirlo. Por otro lado, el tipo penal tampoco establece algún criterio cuantitativo para determinar el exceso del numerario penalmente relevante, por lo que cualquier exceso realizará el tipo penal¹⁸³, más aún si el tipo penal está estructurado como un delito de infracción de un deber. Finalmente, la irregularidad de la emisión se limita a la que es superior a la autorizada, de manera tal que una emisión menor no podrá sancionarse penalmente, aunque se pueda considerar igualmente perjudicial para la estabilidad monetaria.

Si bien el tipo penal en comentario se formula en términos de emisión de dinero, la equiparación que hace el artículo 261 del CP permitiría sancionar también los casos de emisión en exceso de títulos de la deuda pública, bonos, cupones, cédulas, libramientos, acciones y otros valores que el BCR pueda emitir con base en sus atribuciones legales. En efecto, en el marco de sus funciones financieras a mercado abierto con sus propios títulos (artículo 62 del la LOBCR), el BCR puede emitir los mencionados títulos valores, por lo que también se podrá sancionar al funcionario correspondiente por la emisión de estos títulos en número mayor al autorizado.

182 Como lo indica DÜRR, *El papel del Estado en la planificación económica*, p. 2, la tasa de crecimiento monetario se ajusta a la tasa de crecimiento de la producción real de la economía.

183 Por el contrario, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 424, exige un número significativo.

C. El elemento subjetivo

En el plano subjetivo, el delito se castiga a título de dolo en cualquiera de sus formas¹⁸⁴. Sin embargo, la actuación culposa no es pasible de sanción penal, con independencia de la responsabilidad disciplinaria que pudiese recaer sobre el funcionario público responsable de la distorsión. Dada la limitación del castigo a la realización dolosa, las situaciones de error de tipo (por ejemplo, en cuanto a la cantidad que se ha autorizado emitir) llevarán siempre a la impunidad del comportamiento, pues aún en el caso de un error vencible, no será posible el castigo por la exclusión de la culpa del ámbito de lo punible.

D. La consumación

El delito de emisión ilegal de numerario es un delito de infracción de un deber que sanciona la sola infracción del deber sin que a ella se le ate normativamente algún resultado. Por lo tanto, se trata de un delito de mera conducta que se consume con la sola emisión del numerario en exceso. El tipo penal no exige que el dinero se haya puesto en circulación, ni mucho menos que se haya desestabilizado el valor de la moneda¹⁸⁵. El injusto del delito se completa con la infracción del deber del funcionario público de emitir una cantidad de dinero, siguiendo la decisión técnica del directorio del BCR. No existe un espacio para una tentativa del delito y consiguientemente tampoco para un desistimiento, en la medida que la emisión del dinero solamente se tornará en típica apenas se haya superado el numerario autorizado.

E. Penalidad

La pena prevista para el delito de emisión ilegal de numerario es una pena conjunta de dos clases: una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años y una pena de inhabilitación de uno a cuatro años conforme al artículo 36° incisos 1 y 2.

184 Igualmente, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 427.

185 Vid., la misma situación en la regulación penal argentina, BUOMPADRE, *Tratado de Derecho Penal*, PE, 3, p. 580.

2. El delito de uso ilegal de divisas (artículo 259 del CP)

El artículo 259 del CP sanciona a aquel que destina las divisas asignadas por el BCR a fin distinto del señalado y autorizado. Este tipo penal se contextualiza en la gestión de las divisas que forman parte de las reservas internacionales que administra el BCR. Si en el mercado monetario interno los particulares no cuentan con divisas para realizar operaciones en el mercado internacional, puede ser que el BCR les asigne las que tiene consigo, en la medida que considere que esas operaciones resultan imprescindibles. Por lo general, las divisas son asignadas por el BCR para fines educativos en el exterior, para importaciones de bienes o insumos indispensables, entre otros. Sin embargo, en la actualidad la existencia de una gran oferta de dólares en nuestro mercado interno hace que los particulares puedan acceder sin mayor problema a las divisas que requieren para sus operaciones con el exterior, por lo que no existe una política ordinaria de asignación de divisas por parte del BCR¹⁸⁶. La situación es distinta en países como Venezuela o Argentina por el modelo económico que estos países han asumido en los últimos años.

A. Los sujetos del delito

El delito de uso ilegal de divisas es un delito especial, en la medida que no cualquiera puede cometerlo. Si bien la redacción legal utiliza el término “el que”, una lectura global del artículo 259 del CP permite advertir claramente ciertas condiciones para poder ser autor del delito¹⁸⁷. Autor de este delito solamente puede ser la persona a la que el BCR le ha asignado divisas para ser utilizadas en una determinada finalidad. Si se trata de una persona jurídica, habrá que acudir al artículo 27 del CP para poder incluir al representante orgánico que dispone finalmente de las divisas asignadas, pero también es cierto que una interpretación fáctica del tenor legal permitiría sancionar al que actúa en lugar de la persona sin tener que recurrir a la cláusula del actuar en lugar de otro¹⁸⁸. El tipo penal simplemente exige una

186 Igualmente, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 431.

187 En atención a la redacción legal, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 432, sostiene que cualquier persona puede ser autor del delito.

188 Esto es lo que se conoce como actuaciones en lugar de otro impropias. Vid., al respecto, GARCÍA CAVERO, *El actuar en lugar de otro en el Derecho Penal Peruano*, pp. 86 y ss.

asignación de las divisas, pero no que al autor del delito sea al que formalmente se le hayan asignado.

El delito de uso ilegal de divisas es materialmente un delito de infracción de un deber, aun cuando el tipo penal no circunscriba el círculo de autores a ciertos funcionarios públicos. Podría alegarse que los encargados de llevar a cabo la política monetaria son los funcionarios del BCR, de manera tal que solamente respecto de ellos cabría hablar de un delito de infracción de un deber. Sin embargo, una de las características del Estado moderno es la incorporación de los particulares en el cumplimiento de los fines estatales. En este sentido, el particular que recibe divisas para ser utilizadas en determinado fin estatalmente establecido, entra en una posición quasi-institucional que lo vincula con el cumplimiento estatal de una adecuada gestión de las divisas que forman parte de las reservas internacionales. A este particular se le castigará entonces como autor del delito si infringe el deber especial de usar las divisas para el fin establecido. Por el contrario, si algún otro particular ayuda a la realización del delito (por ejemplo, el que le vende mercancías al titular de las divisas sabiendo que se le asignaron para otro fin), no podrá ser responsabilizado penalmente con este tipo penal.

El sujeto pasivo del delito es el Estado, en tanto resulta afectado en su política de administración de las reservas internacionales. El autor del delito defrauda la confianza del Estado que le asignó una cantidad de divisas para ser utilizadas en determinado fin estimado valioso, al incumplir, en contra de lo esperado, el compromiso asumido de usar las divisas asignadas conforme a lo dispuesto por el Estado. De esta manera, el Estado sacrifica el fondo que tiene en sus reservas internacionales para fines que entiende igualmente valiosos, siendo el particular beneficiado finalmente termina destinando las divisas para otros fines. Esta situación hace razonable que la Ley N.º 26992 haya establecido que el Banco Central de Reserva del Perú sea considerado el agraviado en este delito monetario.

B. La conducta típica

La conducta típica consiste en destinar las divisas asignadas por el BCR a un fin distinto al establecido y autorizado. La realización de este delito presupone una asignación de divisas por parte del BCR, lo cual se hace en función de lo que señala el particular en su solicitud de asignación de divisas. El

BCR emite un acto administrativo asignando las divisas al particular para el fin solicitado y poniéndoselas a su disposición. Si el particular dispone de las divisas para un fin distinto, el delito se configura. No interesa si solamente una parte de las divisas se afectan a un fin distinto. Tampoco si el fin al que finalmente se destinan es igualmente valioso, tanto así que seguramente el BCR también se las habría asignado de habersele solicitado. El injusto penal reside exclusivamente en el incumplimiento del deber asumido por el particular de usar las divisas para el fin establecido por el BCR.

El segundo párrafo del artículo 259 del CP amplía la posición institucional a los directores, gerentes y funcionarios del Banco Central de Reserva u otros funcionarios públicos que faciliten la comisión del delito por parte del particular. Como se dijo, el obligado institucional es, en principio, el particular que recibe las divisas por parte del BCR. Sin embargo, la normativa legal considera que también a los funcionarios públicos que intervienen de alguna manera en el uso de las divisas por los particulares autorizados les corresponde un deber de aseguramiento de que las divisas se usen conforme a los fines dispuestos por el BCR. No se trata de una participación en el delito del beneficiado con la asignación de las divisas como podría entenderse bajo la lógica de la competencia por organización¹⁸⁹, sino de un delito autónomo de infracción de un deber de los funcionarios públicos antes mencionados. No interesa la relevancia cuantitativa que signifique el aporte del funcionario público en la utilización de las divisas para una finalidad distinta, sino el que haya incumplido su deber específico en la asignación de divisas a los particulares. Por poner algunos ejemplos: responderán como autores del delito tanto el funcionario que asigna las divisas con conocimiento de que se desviarán a otros fines, como el funcionario que se hace de la vista gorda frente a una manifiesta situación de desvío.

C. El elemento subjetivo

El delito bajo comentario se castiga únicamente a título de dolo. No es posible, por lo tanto, una imputación penal con base en la culpa del autor. En este orden de ideas, la asunción errónea de que la autorización de uso incluía

189 A diferencia de cómo lo entiende PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 432, al extremo de decir que esta ampliación es innecesaria, pues el artículo 25 del CP lo permite de forma general.

también el destino que finalmente se le dio a las divisas, llevará siempre a la ausencia de castigo, pues aún en el caso de un error vencible, no será posible imponer una pena al estar negada la posibilidad de una actuación culposa penalmente relevante.

D. La consumación

El delito está configurado como un delito de mera conducta, pues el solo desvío de las divisas a una finalidad distinta lesiona el orden monetario. No es necesario que la aplicación de las divisas a una finalidad distinta haya generado algún tipo de resultado lesivo. Bajo estas consideraciones, el castigo de una tentativa no encuentra espacio, así como tampoco un desistimiento. La realización de la conducta típica consume completamente el tipo penal sin que sea posible realizaciones parciales penalmente relevantes.

E. La penalidad

El delito se castiga con tres clases de penas que deben ser impuestas conjuntamente. Por un lado, cabe sancionar al autor con una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de diez años. A esta pena se le suma primeramente una pena de multa de ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días-multa y, finalmente, una pena de inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4. Las dos primeras formas de inhabilitación están dirigidas a funciones públicas, mientras que la tercera a los particulares que ejercen un oficio, profesión o comercio.

3. El delito de incumplimiento del deber de poner a disposición las divisas (artículo 260 del CP)

El artículo 260 del CP sanciona al que, teniendo obligación de hacerlo, no entrega, indebidamente, al Banco Central de Reserva las divisas generadas por exportaciones o las retiene, injustificadamente, luego de vencido el plazo establecido. Este delito parte de una obligación legal de poner a disposición del BCR las divisas que se obtengan por las exportaciones. Esta situación se presenta generalmente cuando las reservas internacionales no son suficientes para hacer frente a las obligaciones internacionales, por lo

que el Estado le exige al privado la entrega de las divisas que obtenga por los actos de comercio exterior que realice. Sin embargo, el BCR cuenta en la actualidad con suficientes reservas internacionales, por lo que no se ve en la necesidad de obligar a los exportadores a hacer entrega de las divisas obtenidas. Bajo estas circunstancias, no se daría el presupuesto necesario para la vigencia efectiva del tipo penal que castiga el incumplimiento del deber de poner a disposición de BCR las divisas.

A. Los sujetos del delito

El sujeto activo del delito solo puede serlo quien está obligado a entregar las divisas generadas por una actividad exportadora, lo que usualmente recaerá en el exportador. Si se trata de una persona jurídica, resultará aplicable el artículo 27 del CP para responsabilizar a su representante legal¹⁹⁰. Esta situación de obligación de entrega de divisas se presenta cuando el régimen cambiario no otorga una disponibilidad absoluta de las divisas obtenidas por las exportaciones. De esta manera, el BCR procura proveerse de las divisas que necesita para cubrir sus compromisos internacionales. El sujeto pasivo del delito es el Estado¹⁹¹, representado por el BCR, en la medida que la conducta afecta la política cambiaria instaurada respecto de la disponibilidad de las divisas por parte de los exportadores.

B. La conducta típica

La conducta típica contempla dos formas distintas de realización¹⁹². Por lo tanto, para la configuración del delito bastará solamente con la plena ejecución de una sola de las modalidades de realización. La relación entre ambas modalidades de realización no es alternativa, sino cumulativa, por lo que su realización conjunta dará lugar a delitos independientes en situación de concurso.

190 Igualmente, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 438, aunque de manera discutible considera que se trata de un delito común.

191 Vid., PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 439.

192 PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 441, considera que no hay mayor diferencia entre una y otra.

La primera modalidad de realización del delito castiga al agente que, teniendo la obligación de hacerlo, no entrega al BCR las divisas generadas por las exportaciones. Esta modalidad tiene lugar cuando la obligación de entrega de las divisas al Estado debe de ser inmediata, es decir, cuando el exportador está obligado a entregarlas al BCR conforme las tenga en su poder. No habrá delito, por el contrario, si la obligación solo exige el retorno de las divisas al país. El tipo penal exige además como elemento de valoración global del hecho que la falta de entrega de las divisas se haga “indebidamente”, lo que significa que el exportador debe actuar en contra de la normativa cambiaria que establece el deber de entrega. Por lo tanto, si la falta de entrega se hace en virtud de lo dispuesto por la propia regulación cambiaria, entonces no será indebida y, por lo tanto, carecerá de relevancia típica.

La segunda modalidad de realización del delito castiga a quien retiene injustificadamente las divisas generadas por las exportaciones, luego de vencido el plazo para su entrega. Esta modalidad tiene lugar cuando la obligación de entregar las divisas no es inmediata, sino que, luego de recibidas, se cuenta con un plazo para hacer efectiva su entrega. La retención de las divisas acaece en el momento en que se vence el plazo de entrega de las divisas sin que el exportador las haya entregado al BCR. Esta modalidad cuenta también con un elemento de valoración global: “injustificadamente”. Este elemento de valoración global permite excluir del ámbito típico los distintos supuestos en los que la retención de las divisas se hace justificadamente, lo que va desde la incapacidad material hasta las situaciones de justificación penal (estado de necesidad) y extrapenal (permisiones por la normativa administrativa correspondiente).

C. El elemento subjetivo

El autor del delito tiene que actuar dolosamente, lo que significa que debe conocer los aspectos objetivos que le dan relevancia penal a su comportamiento. En especial, debe saber que está obligado a entregar las divisas que obtiene por las exportaciones realizadas. El castigo a un proceder culposamente no está previsto, por lo que solo si el autor sabe con certeza o con una alta probabilidad que está obligado a entregar las divisas al BCR, se cumplirá con la exigencia típica en el plano de la imputación subjetiva.

D. Consumación

Por la posición quasi-institucional del exportador para contribuir a una adecuada administración de las reservas internacionales, el delito está configurado materialmente como delito de infracción de un deber. En este sentido, el delito se consuma con la sola infracción del deber de no entregar las divisas obtenidas por las exportaciones realizadas, sea inmediatamente o luego del plazo establecido. No es posible, por lo tanto, la realización en grado de tentativa¹⁹³, ni tampoco un desistimiento que levante la imputación penal. En consecuencia, si se cumple tardíamente con la entrega de las divisas, esa actuación será un arrepentimiento activo que influirá en la pena a imponer, pero que no excluirá la responsabilidad de obligado institucional.

E. Penalidad

Las dos modalidades de realización del delito se castigan cumulativamente con tres clases de penas. En primer lugar, se prevé una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años. En segundo lugar, se debe aplicar una pena de multa de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Y, finalmente, cabrá aplicar también la pena de inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4 del CP.

193 Igualmente, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 443.

TÍTULO II

DELITOS CONTRA LOS ACTOS DE CORRECCIÓN ESTATAL EN LA ECONOMÍA

CUESTIONES PRELIMINARES

La intervención del Estado en la economía puede darse también bajo la forma de actos que procuran revertir o paliar situaciones de desigualdad o carencia que no resuelve espontáneamente el mercado. No se trata, a diferencia de los delitos estudiados en el título anterior, de la regulación estatal de ciertos aspectos del sistema económico, sino de medidas específicas de corrección o compensación tomadas por el Estado. Dentro de estos actos estatales cabe destacar primeramente la promulgación de una legislación especialmente protectora con mecanismos administrativos de control para determinados grupos sociales con poco poder de imposición en sus relaciones económicas como es el caso de los trabajadores¹⁹⁴. También puede incluirse aquí la realización de prestaciones económicas a favor de cierta parte de la población poco beneficiada por el sistema económico, lo que tiene lugar fundamentalmente con la ejecución de programas sociales o actividades de apoyo social. Del mismo modo, se tiene que considerar también el favorecimiento de determinado tipo de actividades beneficiosas para el desarrollo del sistema económico por medio del manejo de las subvenciones u otros beneficios económicos¹⁹⁵.

Con la finalidad de asegurar que los actos correctivos realizados por el Estado en la economía alcancen sus objetivos, el legislador penal ha tomado

194 En este sentido, BAJO /S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, pp. 682 y ss., se refieren a normas que pretenden lograr un correcto equilibrio de fuerzas en la libertad de contratación dentro del mercado de trabajo.

195 Destaca la vinculación de la actividad estatal de subvención con la intervención del Estado en la economía, TIEDEMANN, *ZStW* 86 (1974), p. 897; SÁNCHEZ LÓPEZ, *El delito de fraude de subvenciones*, p. 85.

la decisión de darles un refuerzo punitivo. Esta decisión ha tenido lugar en los ámbitos del sistema económico antes referidos. Posiblemente el ámbito más visible sea la necesidad de equilibrar la relación laboral, lo que sustenta la decisión de castigar penalmente las conductas que violan gravemente los derechos de los trabajadores como un sector social estructuralmente débil. Pero lo mismo ha tenido lugar en relación con los programas de apoyo social como lo pone de manifiesto la decisión legislativa de incriminar la venta o negociación de bienes que han sido recibidos para ser entregados gratuitamente. También la política estatal de subsidio goza de un refuerzo punitivo, al castigarse penalmente a los particulares que se aprovechan indebidamente de la política de subvenciones llevada a cabo por el Estado para favorecer o estimular ciertas actividades económicas socialmente necesarias o útiles. Todos los delitos configurados en estos ámbitos económicos específicos se abordarán en el presente título.

Capítulo I

LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

I. Introducción

El Código Penal de 1991 trajo consigo diversas innovaciones en la Parte Especial. Una de las más destacadas fue la incorporación del delito de violación de la libertad de trabajo dentro del título referido a los delitos contra la libertad, lo que constituyó, tal como se puso de manifiesto en la propia exposición de motivos, la materialización de la protección constitucional de los derechos laborales en el Código Penal¹⁹⁶. Debe señalarse, sin embargo, que esta incorporación no carecía de antecedentes legislativos en la normativa penal peruana¹⁹⁷. Si bien el Código Penal de 1924 no contó con una figura delictiva específica de violación de la libertad de trabajo, durante el gobierno militar de Francisco Morales Bermúdez se expidió el Decreto Ley N.º 22126 con el objeto de poner en vigencia un régimen de estabilidad laboral que se reforzó penalmente con la tipificación del delito de desobediencia a las resoluciones firmes de la autoridad laboral en el artículo 21 y del delito de cierre fraudulento o abandono del centro de trabajo para extinguir la relación laboral con los trabajadores en el artículo 22¹⁹⁸. Este Decreto Ley fue posteriormente derogado durante el primer gobierno de Alan García Pérez por la Ley N.º 24514, la que se

196 En los proyectos de Código Penal elaborados antes de la aprobación del Código Penal de 1991, los delitos contra los trabajadores ocupó siempre un lugar importante, como lo pone de manifiesto, ASMAT COELLO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 47 (mayo 2013), p. 157.

197 Vid., CARO CORIA, en www.ccfirma.com, s/p. Igualmente destacan los antecedentes legislativos de los delitos laborales, LAMAS PUCCIO, *Derecho penal económico*, pp. 140 y ss.; REYNA ALFARO, *Revista Jurídica Electrónica Cajamarca*, 3, (abril-junio de 2001), s/p.

198 Vid., UGÁZ SÁNCHEZ-MORENO, *Themis* 26 (1993), p. 103. Como antecedente anterior, sin embargo, REYNA ALFARO, *Revista Jurídica Electrónica Cajamarca*, 3, (abril-junio de 2001), s/p, destaca que el Decreto Ley N.º 18471, si bien no preveía tipos penales específicos, hacía

encargó de ajustar el derecho a la estabilidad en el trabajo a los parámetros establecidos en el artículo 48 de la Constitución Política de 1979. Los delitos previstos en la ley derogada se mantuvieron en la nueva ley laboral (artículos 27 y 35), aunque con algunos cambios sustanciales en cuanto a su alcance. Con la entrada en vigencia del Código Penal de 1991 los dispositivos penales de la Ley N.º 24514 quedaron tácitamente derogados, al regularse los delitos laborales en el artículo 168 del CP.

La redacción original del artículo 168 del CP tipificó diversas modalidades de realización del delito, las cuales fueron clasificados por la doctrina penal nacional en dos grupos diferenciados¹⁹⁹. Por un lado, estaban las conductas lesivas de los derechos laborales que tenían como elemento común la coacción (primer párrafo del artículo 168 del CP). En concreto, se sancionaba el uso de la coacción para obligar a una persona a integrar o no un sindicato, a laborar sin la debida retribución o sin las condiciones de seguridad e higiene industriales, y a celebrar contrato de trabajo o a adquirir materias primas o productos industriales o agrícolas. Por otro lado, se tipificaron conductas lesivas de diversos bienes jurídicos relacionados con la actividad laboral, en las que no se exigía el uso de la violencia o la intimidación (segundo párrafo del artículo 168 del CP). Sin embargo, al interior de este segundo grupo, cuyo único rasgo común era la ausencia de coacción, era posible distinguir dos subgrupos con acentos particulares. Por una parte, las modalidades que afectaban la vigencia efectiva de los derechos laborales, como la retención indebida de las remuneraciones o indemnizaciones de los trabajadores y el incumplimiento de las resoluciones firmes de la autoridad laboral; y, por la otra, las modalidades dirigidas a extinguir las relaciones laborales como la distorsión dolosa de la producción, la simulación de las causales de cierre o el abandono del centro de trabajo. Como puede verse, el legislador penal se decidió por una protección penal amplia de los derechos de los trabajadores.

El tenor original del artículo 168 del CP ha sufrido diversas modificaciones con la finalidad de modular el alcance de las distintas modalidades de realización del delito. En un primer momento, la modificación se hizo

la indicación que agotada la vía administrativa se podía acudir a la figura del delito de desobediencia y resistencia a la autoridad.

199 Así, CARO CORIA, en www.ccfirma.com, s/p; BRAMONT-ARIAS/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 226.

para evitar un desbordamiento de la protección penal de los derechos laborales, excluyendo algunas de las modalidades previstas o restringiendo, de alguna forma, su alcance. Es así que el Decreto Legislativo N.º 857 del 04/10/96 modificó, por una parte, la redacción de la modalidad de coacción a trabajar sin la “debida” retribución para sustituir el término “debida” por “correspondiente”, y eliminó, por otra parte, ciertas modalidades como la coacción para celebrar contrato de trabajo o adquirir materias primas o productos industriales o agrícolas, la retención de remuneraciones o indemnizaciones de los trabajadores y la no entrega al destinatario de las efectuadas por mandato legal o judicial. En un segundo momento, la modificación a la regulación del delito de violación de la libertad de trabajo apuntó a hacer más efectiva la seguridad de los trabajadores (Ley N.º 29783 del 20/08/2011), al incorporar el artículo 168 A del CP que sancionaba al empleador por no tomar las medidas idóneas para proteger la integridad de los trabajadores y prescindir del elemento de la coacción que se había mantenido desde la aprobación del Código Penal. La amplia protección dada a la seguridad de los trabajadores con este dispositivo penal, ha sido dejada de lado, sin embargo, por la modificación operada por la Ley N.º 30222 del 10/07/2014, ya que, al establecer ciertas exigencias típicas adicionales para la realización del delito previsto en el artículo 168 A del CP, lo ha convertido en prácticamente inaplicable²⁰⁰.

Del breve recuento de las modificaciones realizadas sobre los delitos contra los derechos de los trabajadores, se tiene que, en la actualidad, existen cuatro grupos diferenciados de modalidades de realización del delito: las que precisan coacción, las que afectan la efectiva vigencia de los derechos laborales, las que apuntan a extinguir las relaciones laborales y las que sancionan la inobservancia del deber tomar medidas de seguridad para los trabajadores. Todas ellas se agrupan legislativamente bajo la denominación común de delito de violación de la libertad de trabajo, pero, tal como se verá, sus diferencias estructurales aconsejan hacer finalmente un análisis diferenciado.

200 Críticamente también, PEÑA CABRERA FREYRE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 62 (agosto 2014), p. 122; VILLEGAS PAIVA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 63 (agosto 2014), pp. 23 y ss.

II. El delito de violación de la libertad de trabajo

1. La protección penal del trabajo

No hay que discutir mucho para llegar a la conclusión de que el trabajo constituye un factor importantísimo para el desarrollo de la persona y el bienestar de la comunidad. Además de ser el medio más primario con el que el ser humano cuenta para subsistir, el trabajo compromete íntegramente a quien lo realiza, por lo que se relaciona estrechamente con su dignidad humana²⁰¹. Por otro lado, constituye la vía más usual de establecimiento de las relaciones humanas y de participación en la vida pública, lo que contribuye finalmente a la integración social de la persona. En esta línea de ideas, la Constitución Política establece en su artículo 22 que el trabajo es un medio de realización de la persona y constituye la base del bienestar social. El desarrollo de las actividades laborales forma parte de la identidad normativa de la sociedad actual, por lo que resulta necesario asegurar las condiciones básicas para que pueda tener lugar normalmente.

El vínculo laboral surge de una relación económica elemental, en la que una persona, llamada trabajador, aporta trabajo a otra, llamada empleador, recibiendo como contraprestación una suma de dinero. El empleador asume el costo de la remuneración, a cambio de recibir los beneficios de la actividad desarrollada por el trabajador. Si en el marco de la relación laboral se suscitan situaciones especialmente problemáticas entre el empleador y el trabajador que no pueden resolverse por la propia voluntad de las partes o por otros mecanismos de solución extrapenales, resulta razonable que el Derecho Penal intervenga para mantener las condiciones esenciales para el desarrollo de la actividad laboral. Cómo tiene lugar esa intervención del Derecho Penal, depende del posicionamiento tomado por el Estado en relación con la resolución de las discrepancias laborales.

En Estados autoritarios, por ejemplo, es común que la normativa penal tome partido fundamentalmente por los intereses del empleador, criminalizándose los instrumentos obreros de autotutela, especialmente la sindicalización y la huelga. Así sucedió, por ejemplo, con la tipificación de un delito

201 Vid., estas ideas en ORTUBAY FUENTES, *Tutela penal de las condiciones de trabajo*, pp. 214 y ss.

por el ejercicio de la huelga en el Código Penal Español de 1944²⁰². Por el contrario, una configuración liberal del Estado lleva a dejar en manos de las propias partes la solución de los problemas laborales, sin dar una protección penal especial a ninguna de ellas. La intervención penal solamente se podría justificar si el conflicto laboral llega a los niveles de una conducta delictiva general como la realización de un delito de lesiones, daños, coacciones, falsificaciones, etc.

La situación se torna distinta en un Estado que asume una economía social de mercado. Si bien el punto de partida es el libre mercado, se reconoce la necesidad de corregir los desajustes que produce la libre configuración de la economía. Es así que, en el ámbito concreto de las relaciones laborales, el Estado ve con claridad el desequilibrio estructural a favor del empleador, lo que le lleva a implementar diversos mecanismos jurídicos para evitar el aprovechamiento de dicho desequilibrio²⁰³. Buena muestra de ello es la conformación de una normativa tutelar de los derechos del trabajador al margen de las reglas del Código Civil, así como la existencia de un organismo administrativo (el Ministerio de Trabajo) encargado de reglamentar administrativamente la protección de los intereses de los trabajadores y darles resguardo en los casos concretos (en especial la SUNAFIL). Pero la protección jurídica de los derechos de los trabajadores no se queda en el ámbito administrativo, sino que llega a tener lugar también a través del Derecho penal en los casos especialmente graves²⁰⁴.

El legislador penal nacional otorga protección penal a los derechos de los trabajadores, sancionando ciertas conductas que van en claro detrimento de estos derechos bajo la denominación de violación de la libertad de trabajo. Algunos se han mostrado críticos frente a esta decisión político-criminal, pues entienden que una adecuada articulación de los mecanismos de control informales o formales extrapenales sería suficiente para solventar los conflictos laborales y, por lo tanto, razones de subsidiariedad aconseja-

202 Vid., TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, p. 95. Así, BAJO/BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 681, destacan como un rasgo del Derecho penal decimonónico que el trabajador sea considerado, más bien, sujeto activo de los delitos.

203 HORTAL IBARRA, RCSP 13/2003, p. 80; ORTUBAY FUENTES, *Tutela penal de las condiciones de trabajo*, p. 291.

204 Vid., GÁLVEZ VILLEGAS/DELGADO TOVAR, *Derecho Penal*, PE, II, p. 342.

rían no recurrir a la reacción punitiva²⁰⁵. Sin negar la fuerza vinculante de la mínima intervención del Derecho Penal, no parece conveniente dejar a los trabajadores al margen de la protección penal, pues la realidad muestra una situación absolutamente injusta e intolerable de abuso de los empleadores por la necesidad de los trabajadores que, en muchos casos, no puede ser atajada por los mecanismos de reacción laborales o administrativos²⁰⁶. A lo que no cabe negarle razón es que la pena prevista originalmente para los delitos laborales (una pena privativa de libertad no mayor de dos años), resulta a todas luces insuficiente para que el Derecho Penal tenga una función más allá de la meramente simbólica²⁰⁷. Esta situación pareció cambiar con la incorporación del artículo 168-A del CP²⁰⁸, pero la última modificación hecha a este dispositivo penal lo ha convertido también en un tipo penal de carácter fundamentalmente simbólico.

2. El bien jurídico penalmente protegido

Si se sigue el tenor utilizado por el Código Penal de “violación de la libertad de trabajo” para agrupar los distintos atentados contra los derechos de los trabajadores, el bien jurídico penalmente protegido tendría que ser tal libertad de trabajo. Y no hay duda de que el punto de arranque de los derechos laborales es, sin duda, la libre decisión del trabajador de trabajar (artículo 2 inciso 15 de la Constitución). Sin embargo, al trabajador se le reconoce diversos derechos relacionados con su actividad laboral, más allá del derecho a trabajar libremente. Por un lado están los derechos laborales propiamente tales que están referidos a las condiciones propias del contrato de trabajo que aseguran un mínimo aceptable para los trabajadores como

205 Vid., así, CARO CORIA, en www.ccfirma.com, s/p; RODRÍGUEZ DELGADO, *Actualidad Laboral* 235 (enero de 1996), p. 15. A favor de una mayor eficacia preventiva de la normativa administrativa en el ámbito del trabajo se pronuncia ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, RECPC 10-10 (2008), p. 10: 8.

206 Así, tempranamente en la legislación penal española, SAINZ CANTERO, *Estudios Penales y Criminológicos*, I, 1976-77, p. 338. Una exposición extensa sobre las razones que, desde consideraciones de merecimiento y necesidad de pena, justifican la criminalización de los delitos contra los derechos de los trabajadores, ORTUBAY FUENTES, *Tutela penal de las condiciones de trabajo*, p. 295.

207 En este sentido, CARO CORIA, en www.ccfirma.com, s/p.

208 Destaca igualmente esta situación en la represión de los delitos contra la seguridad de los trabajadores, HORTAL IBARRA, en *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Hortal Ibarra (coord.), pp. 79 y ss.

el salario mínimo, la jornada de trabajo, la estabilidad laboral, etc. Por otro lado se presentan los derechos fundamentales específicos que apuntan a democratizar la dirección política y económica de la empresa, lo que tiene que ver fundamentalmente con la organización sindical y los derechos colectivos del trabajo (libertad sindical, negociación colectiva, huelga, etc.). En tercer lugar se encuentran los derechos fundamentales inespecíficos que parten de reconocer a los trabajadores como ciudadanos y, por lo tanto, procuran asegurarles un trato digno (intimidación, integridad, libertad de expresión, no discriminación, etc.)²⁰⁹.

Como puede verse, el universo de los derechos laborales es vasto, por lo que cabe preguntarse si la protección penal, siguiendo el tenor literal, se queda únicamente en la libertad de trabajo en sentido estricto (es decir, la decisión libre de trabajar) o si se extiende a otros derechos laborales. Basta una revisión al alcance de los artículos 168 y 168-A del CP para poder concluir sin mayor cuestionamiento que la protección penal no se limita a la libertad de trabajo, sino que abarca derechos laborales específicos como la libertad sindical e incluso inespecíficos como la integridad del trabajador²¹⁰. En este orden de ideas, el bien jurídico penalmente protegido está constituido por diversos derechos laborales que resultan afectados por conductas especialmente reprochables. En el análisis de cada modalidad de realización del delito, se hará indicación al concreto derecho laboral penalmente protegido.

Lo que en la doctrina nacional se ha discutido específicamente es si el bien jurídico penalmente protegido por las distintas modalidades del delito de violación de la libertad de trabajo, tiene una naturaleza individual o colectiva. Un sector de la doctrina va en la línea de sostener que se trata de bienes jurídicos individuales del trabajador²¹¹, mientras que otros autores entienden que se trata de un bien jurídico colectivo cuyo titular es el grupo social de los trabajadores sin consideración a cada situación individual²¹². En

209 Vid., UGARTE CATALDO, *Revista de Derecho*, vol. XX, N.º 2 (2007), p. 52.

210 Vid., sobre la estrechez del término "libertad de trabajo" para englobar lo penalmente protegido por el artículo 168 del CP; CARO CORIA, en www.ccfirma.com, s/p; SALINAS SICCHA, *Derecho Penal*, PE, p. 655; GÁLVEZ VILLEGAS/DELGADO TOVAR, *Derecho Penal*, PE, II, p. 345.

211 Vid., en este sentido, PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho Penal*, PE, I, p. 651.

212 Vid., así, BRAMONT-ARIAS/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 225; CARO CORIA, en www.ccfirma.com, s/p; REYNA ALFARO, *Revista Jurídica Electrónica Cajamarca*, 3, (abril-junio de 2001), s/p; UGÁZ SÁNCHEZ-MORENO, *Thémis* 26 (1993), p. 104. En la doctrina española, igualmente, BAJO/BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 682.

mi opinión, ambas posturas tienen algo de razón, en la medida que los derechos de los trabajadores son de carácter individual, pero están contextualizados en las relaciones laborales que caracterizan la dinámica económica de nuestra sociedad. Por lo tanto, aunque la naturaleza del bien jurídico protegido es individual, no puede ser interpretado adecuadamente si no se hace en el marco socioeconómico en el que tienen lugar los contratos de trabajo.

3. Técnica legislativa

En relación con la protección de los derechos de los trabajadores, algunas legislaciones penales parten de la idea de que tal protección no precisa tipos penales específicos, por lo que puede llevarse a cabo con los tipos penales generales²¹³. Por ejemplo, las conductas del empleador que afecten la libertad de trabajo, la libertad sindical o el derecho de huelga pueden subsumirse en el delito de coacciones. De la misma manera, la no reposición del trabajador en su puesto de trabajo, cuando así lo dispone la autoridad competente, podría ser sancionada como un delito de desobediencia a la autoridad. A su vez, el incumplimiento de las condiciones de seguridad o higiene en el trabajo podría también castigarse con los tipos penales de lesiones u homicidio si el trabajador resulta afectado, mientras que el incumplimiento del pago de los aportes a la seguridad social o al fondo de jubilación, podría ser pasible de una sanción penal por medio del delito de apropiación ilícita. En suma, no sería necesario crear un Derecho penal del trabajo, sino aplicar, en este ámbito, los tipos penales generales de homicidio, lesiones, coacciones, apropiación ilícita o desobediencia a la autoridad.

En otros países, se ha considerado, por el contrario, que la cobertura que ofrecen los tipos penales generales es insuficiente, por lo que deben incorporarse tipos penales específicamente referidos a los derechos de los trabajadores. No obstante, estos tipos penales no renuncian a la estructura básica de los delitos comunes, por lo que, en el fondo, lo único que hacen es contextualizar los delitos comunes en el ámbito de la relación laboral. Si bien no se parte de la existencia de vacíos de punibilidad, se considera necesario, por razones comunicativas, que se castigue con una tipificación específica las

²¹³ Esta sería la situación de la legislación penal argentina, como lo pone de manifiesto BERRUEZO, en *Derecho penal laboral*, p. 10; GALLO, en *Derecho Penal Laboral*, 2.ª ed., p. 44, así como también de la legislación penal chilena, como lo indica HERNÁNDEZ BASUALTO, en *Derecho penal laboral*, pp. 48 y ss.

conductas realizadas en el ámbito de la actividad laboral que son, en general, penalmente relevantes. Esta opción legislativa la siguió el tenor original del delito de violación de la libertad de trabajo del Código Penal de 1991, en el que se tipificaron supuestos específicos de coacción (la coacción laboral) y de desobediencia a la autoridad (el incumplimiento de las resoluciones firmes de la autoridad laboral).

En los últimos tiempos, la tendencia legislativa que opta por una protección específica, ha ido identificando conductas que tienen un claro sentido defraudatorio de los derechos de los trabajadores, pero que no pueden castigarse, o solo en muy contados casos, con los tipos penales generales o concretados en el ámbito específico de la relación laboral. Por ejemplo, la realización de una actividad laboral sin las condiciones indispensables de seguridad o higiene en el trabajo solamente podría sancionarse con los tipos penales de homicidio o lesiones si se produce la muerte o una lesión del trabajador, pues, como se trata por lo general de una imputación culposa, el tipo penal requiere de la producción de un resultado. Del mismo modo, la falta de depósito de los aportes de los trabajadores al seguro social o al fondo de jubilación no calza necesariamente en el tipo de apropiación ilícita, ya que el empleador no recibe el dinero del trabajador para hacer una aplicación determinada²¹⁴. Por estas razones, diversas legislaciones penales han tomado la decisión político-criminal de incorporar tipos penales específicos por la violación de los derechos de los trabajadores con una estructuración típica propia.

En nuestro país, la regulación del delito de violación de la libertad de trabajo ha pasado de una tipificación que especificaba delitos generales en el ámbito de la relación laboral, a una normativa que admite también la configuración de delitos propiamente laborales. En consecuencia, en la regulación penal actual conviven tipos penales que sancionan en el ámbito laboral conductas que, en general, están criminalizadas (como la coacción laboral o la desobediencia a la autoridad laboral), junto con otros que castigan la afectación de derechos laborales de una forma específica (como el delito contra la seguridad e higiene laborales). En lo que sigue se hará un análisis de todas estas modalidades de realización del delito.

214 Así, se ha tipificado en la legislación penal alemana el delito de retención y defraudación de beneficios laborales en el § 266a del StGB (vid., al respecto, KINDHÄUSER, *StGB Lehr- und Praxiscommentar*, § 266a, n.m. 1 y ss.).

4. Las modalidades de realización delictiva

Los artículos 168 y 168-A del CP establecen cuáles son las conductas penalmente sancionadas como violación de la libertad de trabajo, aunque, como ya se indicó, se trata de figuras delictivas que afectan diversos derechos laborales más allá de la libertad de trabajo. En este sentido, mucho más preciso es hablar de delitos contra los derechos de los trabajadores que simplemente de un delito de violación de la libertad de trabajo. Pese a la tendencia extensiva de la protección penal de los derechos laborales, se echa en falta la tipificación del incumplimiento del depósito de la CTS, el seguro social o el fondo de jubilación del trabajador²¹⁵, en la medida que la figura de la apropiación ilícita resulta inadecuada por la falta del elemento de la recepción previa del dinero por parte del empleador²¹⁶. En todo caso, existe un importante avance en cuanto a la protección de los derechos de los trabajadores, por lo que resulta necesario establecer el alcance de la regulación penal de los delitos laborales. Como ya se expuso, las distintas modalidades de realización del delito que se encuentran tipificadas, se pueden agrupar en cuatro grupos distintos por la forma de afectación de los derechos de los trabajadores: La coacción laboral, la desobediencia a la autoridad laboral, los atentados contra la existencia de las relaciones laborales y el incumplimiento del deber de adoptar las condiciones de seguridad e higiene industriales. En lo que sigue, la exposición seguirá esta ordenación de las conductas penalmente relevantes.

A. La coacción laboral

El primer párrafo del artículo 168 del CP regula la figura de la coacción laboral. Se castiga con una pena privativa de libertad no mayor de dos años al que obliga a otro, mediante violencia o intimidación, a renunciar al ejercicio de ciertos derechos laborales. En la redacción originaria se contemplaban cuatro derechos laborales como pasibles de coacción: la libertad sindical, el derecho a la retribución correspondiente, el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo y la libertad laboral. Actualmente, la coacción laboral

215 Aunque actualmente se encuentra ingresado en el Congreso de la República el Proyecto de Ley 1425/2012-CR que apunta a incorporar el artículo 190-A al Código penal para tipificar la apropiación de los fondos pensionarios, de salud o de seguros.

216 Vid., al respecto, HERNÁNDEZ BASUALTO, en *Derecho penal laboral*, pp. 52 y ss.

está referida exclusivamente a dos derechos laborales: La libertad sindical y el derecho a la retribución correspondiente.

La coacción laboral puede ser cometida, en principio, por cualquier persona, pues el tipo penal es abierto en cuanto a los posibles sujetos activos del delito²¹⁷. Esto no impide, sin embargo, reconocer que, por lo general, el autor del delito es el empleador. Si se trata de una persona jurídica, autor del delito será el órgano o representante que ejerce la coacción sobre el trabajador. Dado que el delito aquí analizado se configura con una coacción que incide en el ejercicio de un derecho laboral, la calidad de sujeto pasivo recaerá sobre el trabajador que tiene la titularidad de tal derecho²¹⁸.

La coacción se expresa típicamente con la acción de “obligar”, esto es, compeler a una persona a hacer lo que la ley no manda o impedirle hacer lo que ella no prohíbe²¹⁹. Los medios típicamente previstos para coaccionar son la violencia (o *vis absoluta*) y la intimidación (*vis compulsiva*), de manera tal que si se lleva al trabajador a actuar en contra de su voluntad con un medio distinto, como el engaño (por ejemplo, una promesa incumplida de aumento de sueldo), la conducta no será típica²²⁰. Tanto la violencia como la intimidación deben tener la idoneidad *ex ante* para poder doblegar la voluntad del trabajador. Si, por el contrario, el trabajador actúa voluntariamente, no cabrá una coacción laboral²²¹, aun cuando el empleador, por ejemplo, se

217 Vid., CARO CORIA, en www.ccfirma.com, s/p.; CALDERÓN VALVERDE, *Derecho penal laboral*, p. 15.

218 Por el contrario, habla de un sujeto pasivo colectivo, CALDERÓN VALVERDE, *Derecho penal laboral*, p. 20.

219 Algunos autores como BRAMONT-ARIAS/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 228; SALINAS SICCHA, *Derecho Penal*, PE, p. 650, vinculan el término “obligar” a la idea de una subordinación que permite imponerles ciertas condiciones a los trabajadores por una situación de superioridad o necesidad. Esta interpretación no se desprende, sin embargo, del tenor del tipo penal, en tanto no precisa que la obligación se imponga en una relación de subordinación. La coacción se puede provocar sin relación de subordinación (por ejemplo entre trabajadores), aunque es cierto que muchas veces la seriedad de la intimidación es posible por la existencia de una situación de superioridad o necesidad.

220 Similarmente, BRAMONT-ARIAS/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 228; GÁLVEZ VILLEGAS/DELGADO TOVAR, *Derecho Penal*, PE, II, p. 348; CALDERÓN VALVERDE, *Derecho penal laboral*, p. 18. Distinta es la situación en la normativa penal española que admite que la imposición se haga por engaño o abuso de la situación de necesidad de los trabajadores, como lo indican MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, pp. 711 y ss.; BAJO/BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, pp. 684 y ss.

221 Vid., SALINAS SICCHA, *Derecho Penal*, PE, p. 650.

haya esforzado exitosamente en persuadirlo con diversos argumentos. Siguiendo la regla general establecida en el artículo 12 del CP, la coacción laboral solamente puede castigarse a título de dolo.

En la doctrina penal existe consenso respecto a la posibilidad de que el delito de coacción laboral se pueda cometer a través de una omisión²²². Efectivamente, no existe ninguna limitación en cuanto a la aplicación del artículo 13 del CP en caso se trate de un garante. La pregunta que surge aquí es si el empleador es garante respecto de la efectiva vigencia de los derechos laborales, de manera tal que si no impide la coacción laboral ejercida contra un trabajador podría responder como autor del delito en comisión por omisión. En principio, no cabe hacer una afirmación absoluta, sino que depende del concreto derecho laboral en juego. En el caso de la libertad sindical, no parece ser que el empleador tenga una posición de garantía, de modo tal que si, por ejemplo, un trabajador coacciona a otro a integrar un sindicato, la inactividad del empleador que presencia esa situación no le hace penalmente responsable por el delito de coacción laboral en comisión por omisión. La situación se torna distinta en el caso del derecho a la correspondiente retribución, pues en este caso el empleador sí es garante de que el trabajador reciba la remuneración que le corresponde legalmente. Por lo tanto, si el empleador observa que el capataz hace trabajar coactivamente a un operario sin el pago de su remuneración, podrá responder penalmente en comisión por omisión.

La figura delictiva de la coacción laboral está estructurada típicamente como un delito de mera conducta, es decir, que se configura con el acto de la coacción sin que se precise de un resultado diferenciable de la coacción. Es evidente que la realización de la coacción lesiona los derechos de los trabajadores, pero esa lesión se produce con el acto mismo de la coacción sin que puedan distinguirse espacio-temporalmente. Lo anterior lleva a reducir sustancialmente la posibilidad de una tentativa, pues la realización de la conducta consuma el delito sin que sea necesario esperar la producción adicional de un resultado lesivo. Por otra parte, dado que la coacción laboral no está configurada típicamente como un delito complejo de dos actos,

222 Así, CARO CORIA, en www.ccfirma.com, s/p; BRAMONT-ARIAS/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 228.

tampoco será posible plantear una tentativa por la realización parcial de la conducta típica.

Los derechos laborales que pueden ser afectados por la conducta típica de coacción son, en la actualidad, dos: la libertad sindical y la retribución correspondiente. Cada una de ellas presenta sus propias dificultades interpretativas, por lo que conviene hacer una exposición diferenciada.

a. La libertad sindical

Si bien el delito de coacción laboral lo puede cometer cualquier persona, en el caso de la libertad sindical será, por lo general, el empleador el que tenga interés en afectar dicha libertad con la finalidad de que los trabajadores no se organicen para la defensa colectiva de sus derechos. Pero también es posible que la afectación a la libertad sindical proceda de otro trabajador²²³ o de una persona a la que se le ha encargado impedir que el trabajador se integre en un sindicato. En consecuencia, autor de la coacción laboral que afecta el ejercicio de la libertad sindical puede ser cualquier persona, sea que actúe en interés del empleador o no. Si el empleador ha encargado a otra persona o trabajador a coaccionar al trabajador en el ejercicio de su libertad sindical, entonces podrá responder como instigador con base en el artículo 24 del CP.

El derecho a la libre sindicalización autoriza a todo trabajador a fundar sindicatos y asociarse en ellos para la defensa de sus intereses. La afectación específica a este derecho que está criminalizado como una forma de coacción laboral, está referida a la facultad que tiene el trabajador de formar parte de un sindicato, pues solamente se sanciona la coacción que se hace para obligarle, contra su voluntad, a integrar o no un sindicato. No se reprime penalmente, por el contrario, la coacción que se hace sobre otras expresiones de la libertad sindical, como el derecho a constituir un sindicato, establecer sus estatutos, elegir a los dirigentes sindicales o reunirse en asambleas sindicales. Absolutamente al margen de la protección penal está el ejercicio de otros derechos laborales de autotutela como el derecho de huelga²²⁴. En estos

223 Así, BRAMONT-ARIAS/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 228; GÁLVEZ VILLEGAS/DELGADO TOVAR, *Derecho Penal*, PE, II, p. 348.

224 Distinta es la regulación penal española al abarcar también el ejercicio del derecho de huelga. Vid., con mayores detalles, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, pp. 766 y ss.

casos, sin embargo, dado que se afecta el ejercicio de derechos no criminalizados específicamente por el delito de coacción laboral, cabrá recurrir a la figura delictiva general de la coacción (artículo 151 del CP).

Por principio de legalidad, tampoco podrían subsumirse en el tipo penal del artículo 168 inciso 1 del CP, las coacciones que apunten a obligar a un trabajador a integrar o no otro tipo de organización de defensa de los intereses laborales que no sea propiamente un sindicato. Mientras estas organizaciones no cumplan las exigencias que la normativa laboral establece para poder ser considerados un sindicato, los actos de coacción para integrar o no una organización de trabajadores no sindical, no podrán dar pie a un delito de coacción laboral; en todo caso, podrá acudirse, como ya se dijo, al delito de coacción general. Lo mismo cabe decir de las asociaciones de empleadores para la defensa de sus intereses, pues la coacción que se haga a un empleador para afectar su decisión de integrar o no una asociación tal, tampoco entra dentro del tenor literal del delito de coacción laboral²²⁵.

b. La retribución correspondiente

La segunda forma de coacción laboral está referida al derecho de todo trabajador a percibir por su trabajo la retribución correspondiente. Originalmente, el legislador penal utilizó el término “debida retribución”, lo que tenía el riesgo interpretativo de incluir los casos en los que, más allá de cumplir con el pago de lo legalmente establecido, la remuneración no se consideraba justa en términos del valor del mercado. La actual regulación habla de la “retribución correspondiente”, lo que evidentemente hace referencia a la remuneración que el empleador debe pagar conforme al contrato y la normativa laboral aplicable. Se trata de un elemento normativo del tipo²²⁶ que requiere determinarse en atención a lo establecido en el contrato de trabajo y la normativa laboral que establece los conceptos remunerativos obligatorios²²⁷.

225 De distinto parecer, sin embargo, CALDERÓN VALVERDE, *Derecho penal laboral*, p. 17.

226 Así, expresamente, ARÉVALO VELA, *La criminalización en el ámbito de las relaciones laborales*, p. 51.

227 Vid., REYNA ALFARO, *Revista Jurídica Electrónica Cajamarca*, 3, (abril-junio de 2001), s/p.

Sobre la base de lo anterior, el delito se comete primeramente si se obliga a trabajar a una persona sin el pago de ningún tipo de remuneración. Pero también puede realizarse si se obliga al trabajador a prestar servicios a cambio de un pago remunerativo por debajo de lo que corresponde²²⁸. Si existe un contrato de trabajo que establece una remuneración por encima del mínimo legal, entonces el pago debe ajustarse a la remuneración contractualmente establecida. Si no hay contrato o, habiéndolo, el monto establecido no supera el mínimo legal, entonces el acto de coacción que obligue a trabajar a una persona a cambio de un monto por debajo de la remuneración mínima vital, podrá configurar también una coacción laboral²²⁹. Debe tenerse presente que la remuneración debe cubrir también los conceptos legalmente establecidos como las gratificaciones o las asignaciones obligatorias. Si se obliga a trabajar a cambio de un pago por debajo de estos conceptos, el delito de coacción laboral se configurará igualmente.

Dado que el elemento que define la conducta típica es la coacción, es necesario que se obligue a una persona a trabajar sin la retribución correspondiente mediante violencia o intimidación. El uso de la violencia para obligar a trabajar a una persona, lleva por lo general a una restricción de la libertad ambulatoria, por lo que, en atención al nivel de afectación de la libertad, podrá determinarse si lo que corresponde aplicar es el tipo penal de secuestro (artículo 152 del CP) o de trata de personas con fines de explotación laboral (artículo 153 del CP). Por el contrario, el uso de la intimidación es lo más usual en este tipo de coacción laboral, tal como sucede, por ejemplo, en el caso de aquellas personas que tienen una situación irregular en el país y, por lo tanto, son susceptibles de ser constreñidos a trabajar bajo la amenaza de ser denunciados ante las autoridades migratorias. En estos casos, la coacción laboral se configurará con independencia de la responsabilidad penal que corresponda a quien haya realizado el acto de tráfico de inmigrantes para introducirlos ilegalmente en el país (artículo 303-A del CP).

228 Así, CARO CORIA, en *www.ccfirma.com*, s/p; REYNA ALFARO, *Revista Jurídica Electrónica Cajamarca*, 3, (abril-junio de 2001), s/p.; GÁLVEZ VILLEGAS/DELGADO TOVAR, *Derecho Penal*, PE, II, p. 350.

229 Recurre igualmente a la remuneración mínima vital para establecer la remuneración correspondiente, SALINAS SICCHA, *Derecho Penal*, PE, p. 594; CALDERÓN VALVERDE, *Derecho penal * laboral*, p. 21.

Se ha discutido sobre la posibilidad de incluir en el supuesto de coacción laboral analizado los casos en los que no se paga la correspondiente retribución por el trabajo independiente. Un sector de la doctrina penal señala que, en la medida que el tipo penal hace mención al término “retribución”, el delito de coacción laboral no debería restringirse a los trabajadores dependientes, sino que debería abarcar también a cualquier persona que pone a disposición su prestación personal²³⁰. Esta interpretación, pese a su posible compatibilidad con el tenor literal del artículo 168 del CP, no se corresponde con el fin de protección de dicho tipo penal, pues de lo que se trata es de resguardar de los abusos a la parte débil de la relación laboral, lo que se circunscribe evidentemente al llamado trabajo dependiente. Si se obliga mediante violencia o amenaza a realizar un trabajo que no se hace en relación de dependencia, entonces lo que habrá es una coacción común, pero no una coacción laboral. Está claro que si el trabajo dependiente se disfraza de trabajo independiente, el delito de coacción laboral será plenamente aplicable por primacía de la realidad.

B. La desobediencia a la autoridad laboral

En el segundo párrafo del artículo 168 del CP, se regula la figura delictiva de la desobediencia a la autoridad laboral. Conforme al tenor literal, se castiga con la misma pena prevista para la coacción laboral, al que incumple las resoluciones consentidas o ejecutoriadas dictadas por la autoridad competente²³¹. Lo primero que cabe plantearse es qué relación hay entre este delito y el delito de desobediencia a la autoridad previsto en el artículo 368 del CP. Una primera respuesta podría ser que el delito laboral sanciona un acto de desobediencia a la autoridad en el ámbito específico de la protección jurídica que se dispensa a los trabajadores²³², por lo que habría un concurso de leyes que, por principio de especialidad, se resolvería con la aplicación del tipo penal regulado en el segundo párrafo del artículo 168 del CP. A esta

230 Al parecer, en este sentido, LAMAS PUCCIO, *Derecho penal económico*, p. 148.

231 Sin embargo, SALINAS SICCHA, *Derecho Penal*, PE, pp. 654 y ss., sostiene que el delito de desobediencia a la autoridad laboral ha quedado derogado por la Ley N.º 29783, pero lo cierto es que este dispositivo legal lo que derogó fue el inciso 3 del artículo 168 del CP, no su último párrafo, por lo que el delito de desobediencia a la autoridad laboral sigue estando en vigencia.

232 En este sentido parece ir la posición de CALDERÓN VALVERDE, *Derecho penal laboral*, p. 22.

opinión podría oponerse la idea de que ambos delitos protegen bienes jurídicos distintos (los derechos de los trabajadores, por un lado, y el correcto funcionamiento de la Administración Pública, por el otro), lo que debería llevar a sostener, más bien, un concurso ideal de delitos, es decir, que la misma conducta afectaría a dos bienes jurídicos distintos. Ante esta disyuntiva habrá que decidir cuál posición resulta más razonable.

Si se sostiene la tesis del concurso de leyes, el delito de desobediencia a la autoridad laboral cumpliría una función meramente simbólica, pues la pena prevista para este delito es igual a la que contempla el delito de desobediencia a la autoridad en general. Por lo tanto, la tipificación específica de la desobediencia a la autoridad laboral no cubriría ningún vacío de punibilidad, ni establecería una agravación a la pena prevista por el artículo 368 del CP. Por el contrario, la tesis del concurso de delitos hace más razonable la creación específica del delito de desobediencia a la autoridad laboral, pues este delito no se encargaría de proteger la eficacia de la función asignada a la Administración Pública, sino la vigencia de los derechos laborales que la autoridad competente resguarda a través de una resolución firme que ordena cumplir. La pena a imponer por el incumplimiento de lo decretado por la autoridad competente, no respondería al acto de desobediencia en sí, sino a la afectación a los derechos laborales que supone.

Lo anterior tiene una incidencia importantísima para definir los contornos normativos del delito de desobediencia a la autoridad laboral.

- En primer lugar, este delito no castiga un mero acto de desobediencia, sino el incumplimiento de una decisión de la autoridad laboral que trae consigo la falta de vigencia efectiva de los derechos laborales (estabilidad laboral, pago de beneficios sociales, etc.). Por lo tanto, si el incumplimiento de lo dispuesto por la autoridad laboral no repercute en los derechos del trabajador, este incumplimiento dará pie solamente a un delito de desobediencia a la autoridad, pero no a un delito contra los derechos de los trabajadores. El desvalor de la desobediencia a la autoridad laboral está en que no se hacen efectivos los derechos del trabajador por la inobservancia de las decisiones emitidas por la autoridad laboral.
- En segundo lugar, el delito de desobediencia a la autoridad laboral no precisa, a diferencia del delito de desobediencia a la autoridad,

que al obligado a cumplir con la resolución se le haya hecho un apercibimiento previo de ser denunciado penalmente en caso de incumplimiento de lo dispuesto. Por lo tanto, si la resolución emitida por la autoridad laboral no contiene el apercibimiento previo, no se podrá procesar por el delito de desobediencia a la autoridad por la ausencia de este requisito de procedibilidad, pero esto no repercutirá, en lo absoluto, en la viabilidad de un procesamiento y una eventual condena por el delito de desobediencia a la autoridad laboral. La doctrina jurisprudencial del apercibimiento previo²³³ no es de recibo en el ámbito de los delitos laborales.

- En tercer lugar, alcanza pleno sentido la exigencia prevista en el delito de desobediencia a la autoridad laboral de que la resolución incumplida sea firme²³⁴. Dado que se trata de la defensa de los derechos laborales y no de la eficacia de las decisiones de la autoridad competente, el tipo penal del segundo párrafo del artículo 168 del CP precisa que la decisión tomada haya alcanzado la calidad de cosa juzgada (formal o material). En consecuencia, el incumplimiento de una resolución de la autoridad laboral que no alcanza aún firmeza (por ejemplo, al ordenarse la ejecución provisional de una decisión aunque esté pendiente de resolver un recurso impugnativo), solamente podrá dar lugar a un delito de desobediencia a la autoridad, pero no a un delito laboral.
- En cuarto lugar, la autoridad competente a la que hace mención el delito de desobediencia a la autoridad laboral no debe quedarse en la autoridad administrativa de trabajo, sino que debe alcanzar también al juez laboral o constitucional²³⁵. Como se dijo, la consideración del trabajador como la parte estructuralmente débil en la relación laboral, motiva la creación de una normativa especial para la protección de sus intereses, a la vez que se establece un organismo administrativo que sirva de apoyo a los trabajadores frente a

233 En la misma línea con referencias jurisprudenciales, SALINAS SICCHA, *Derecho Penal*, PE, 3.^a ed., pp. 596 y ss.; REYNA ALFARO, *Revista Jurídica Electrónica Cajamarca*, 3, (abril-junio de 2001), s/p.

234 Exige la firmeza de la resolución, CALDERÓN VALVERDE, *Derecho penal laboral*, p. 23.

235 Similarmente, SEIJAS RENGIFO, *Actualidad Jurídica* 94 (2001), p. 28; CALDERÓN VALVERDE, *Derecho penal laboral*, pp. 24 y ss.

los eventuales abusos del empleador. De esta manera, el trabajador cuenta con una vía judicial laboral (ordinaria o excepcional), así como con una protección laboral-administrativa a la que puede recurrir en defensa de sus intereses. Si en alguna de estas dos vías la autoridad judicial o administrativa emite una resolución firme que ordena a alguien la realización o no de determinada conducta en relación con los intereses del trabajador, el incumplimiento de la orden judicial dará lugar al delito de desobediencia a la autoridad laboral²³⁶.

Con base en lo anterior, puede decirse que lo que se castiga como un delito de desobediencia a la autoridad laboral es el incumplimiento de las resoluciones firmes emitidas por la autoridad administrativa o judicial en relación con derechos laborales. Autor del delito será aquella persona a la que la resolución de la autoridad competente le exige el cumplimiento de algo. Si el requerimiento se hace a una persona jurídica, entonces la imputación penal recaerá sobre el representante que debe gestionar el cumplimiento de lo dispuesto por la autoridad. El delito se consuma instantáneamente cuando haya transcurrido el plazo establecido por la resolución sin que se haya cumplido con lo ordenado²³⁷. Dado que se trata de un delito de omisión pura, no es posible una tentativa. A nivel subjetivo, el autor del delito debe haber actuado dolosamente²³⁸.

C. Atentados contra la existencia de las relaciones laborales

El segundo párrafo del artículo 168 del CP contempla como delito laboral tres formas de conductas que tienen como elemento estructural común estar dirigidas a afectar la existencia de las relaciones laborales: La disminución o distorsión de la producción, la simulación de causales para el cierre

236 Igualmente, SALINAS SICCHA, *Derecho Penal*, PE, 3ª ed., p. 597; REYNA ALFARO, *Revista Jurídica Electrónica Cajamarca*, 3, (abril-junio de 2001), s/p. Por el contrario, CARO CORIA, en www.ccfirma.com, s/p, considera que este delito laboral solamente es aplicable a las resoluciones administrativas, pues en relación con las judiciales lo que resulta aplicable es el delito de desobediencia a la autoridad del artículo 368 del CP.

237 Similarmente, CALDERÓN VALVERDE, *Derecho penal laboral*, p. 25.

238 * Vid., CALDERÓN VALVERDE, *Derecho penal laboral*, p. 25.

del centro de trabajo y el abandono del centro de trabajo²³⁹. La realización de cualquiera de estas conductas, en la medida que estén dirigidas a extinguir las relaciones laborales, configura un atentado punible contra la existencia de las relaciones laborales (tipo penal mixto). Entre las conductas previstas no hay una relación de alternatividad, sino de acumulación, por lo que la realización de más de una ellas debe ser tratada como un concurso de delitos. Lo que se protege con este delito laboral es el mantenimiento del puesto de trabajo, el cual no puede ser eliminado si es que no se presenta una razón justificada. En esta medida, se sanciona conductas que aparentan una situación justificada para extinguir las relaciones laborales o que simplemente las extinguen de facto.

En cuanto a su estructuración típica, los distintos atentados contra la existencia de las relaciones laborales están configurados como un delito de peligro abstracto, ya que se sanciona conductas que, en general, son idóneas para afectar la existencia de las relaciones laborales, aunque no se exige que estas se hayan puesto efectivamente en peligro o realmente extinguido. A la conducta objetiva de peligro abstracto, el tipo penal agrega la necesidad de un elemento subjetivo de tendencia trascendente, en el sentido de que la conducta peligrosa debe estar dirigida, conforme a la finalidad del autor, a extinguir las relaciones laborales existentes²⁴⁰.

Si bien las diversas conductas que atentan contra la existencia de la relación laboral están formuladas típicamente como un delito común, el contexto en el que se presenta cada una de ellas, lleva a concluir razonablemente que el autor del delito es, en principio, el empleador que procura extinguir las relaciones laborales existentes o parte de ellas²⁴¹. En el caso de que se trate de una persona jurídica que actúa a través de sus órganos de representación, no será necesario aplicar el artículo 27 del CP para castigar a dichos órganos²⁴², pues al estar este delito laboral formalmente configurado como un

239 También respecto de este delito laboral, SALINAS SICCHA, *Derecho Penal*, PE, pp. 654 y ss., sostiene que ha sido derogado por la Ley N.º 29783, lo que, como ya se vio, no es correcto.

240 Vid., GÁLVEZ VILLEGAS/DELGADO TOVAR, *Derecho Penal*, PE, II, p. 359.

241 Igualmente, CALDERÓN VALVERDE, *Derecho penal laboral*, p. 28.

242 Vid., CARO CORIA, en www.ccfirma.com, s/p. De otro parecer, BRAMONT-ARIAS/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 229; SALINAS SICCHA, *Derecho Penal*, PE, 3ª ed., p. 600.

delito común, no habrá ningún impedimento formal para sancionar como autor al representante de la persona jurídica que realiza el tipo penal.

a. La disminución o distorsión de la producción

La disminución o distorsión de la producción está referida a una alteración de los niveles de producción manejada por el empleador para reducir los ingresos de la actividad empresarial y justificar, de esta manera, la necesidad de una terminación colectiva de los contratos de trabajo. Se provoca una menor actividad productiva, pero la causa no está en condiciones ajenas al empleador (reducción de los mercados, insuficiencia de materias primas, restricciones estatales, etc.), sino en una decisión operativa del empleador de disminuir el proceso productivo (como la reducción de los horarios de producción o la no reparación de la maquinaria de producción) o de distorsionar la producción manipulando los factores que la condicionan (como la disminución de la cantidad de insumos adquiridos, el establecimiento de filtros de control de calidad más exigentes, etc.). Se trata de una conducta que genera las condiciones para sustentar problemas económicos en la empresa y, por lo tanto, la necesidad de una terminación total o parcial de las relaciones laborales.

b. La simulación de causales de cierre del centro de trabajo

La simulación de causales para el cierre del centro de trabajo, a diferencia de la forma de conducta anterior, no consiste en provocar artificialmente la situación para extinguir las relaciones laborales, sino en aparentar situaciones no reales para justificar el cierre del centro de trabajo y extinguir, por tanto, las relaciones laborales. Se trata de aparentar una causal de cierre del centro de trabajo, como el caso fortuito, la fuerza mayor, motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, la disolución de la empresa o su sometimiento a un procedimiento concursal. Estas causales de cierre se encuentran fijadas por la legislación laboral, en donde se establece además el procedimiento para que conlleven la terminación de los contratos de trabajo. En este sentido, el elemento típico "causales para el cierre del centro de trabajo" es un elemento normativo que requiere ser determinado conforme a los parámetros establecidos en la normativa laboral. Sin embargo, por razones de legalidad, esta modalidad delictiva no se configurará si es que la

simulación de la causal se hace solamente para una terminación parcial de las relaciones laborales, pues al exigir el tipo penal que deba tratarse de una causal de cierre del centro de trabajo, solamente será subsumible la simulación de una causal que extinga la relación laboral con todos los trabajadores.

c. El abandono del centro del trabajo

El abandono del centro del trabajo más que un supuesto jurídicamente regulado de terminación de los contratos de trabajo²⁴³, es una situación fáctica que afecta la permanencia de la relación laboral. Sin un empleador que administre el negocio y se ocupe de cumplir con las condiciones laborales remunerativas y no remunerativas, el contrato de trabajo deja de tener vigencia real. Este supuesto delictivo no debe confundirse con lo que se conoce como *lock out* o cierre patronal, pues, en este caso, el empleador no abandona el centro de trabajo, sino que lo cierra y deja al resto afuera. Se trata de una medida de protesta o presión contra los trabajadores o incluso contra el Estado que no tiene como finalidad la extinción de las relaciones laborales²⁴⁴. Si bien hay una paralización de la actividad productiva, el cierre patronal no implica un abandono del centro de trabajo, pues el empresario se mantiene generalmente en dicho centro, solo que cierra las puertas de acceso como medida de protesta. Queda entonces claro que la modalidad de abandono del centro de trabajo está referida a la actuación del empleador que no se presenta más, con la finalidad de extinguir, por la vía de los hechos, la relación con los trabajadores.

D. El incumplimiento del deber de prevención de los riesgos laborales

La redacción original del artículo 168 del CP sancionaba en el inciso 3 de su primer párrafo, como una forma de coacción laboral, al que obligaba a trabajar a otro sin las condiciones de seguridad e higiene industriales determinadas por la autoridad. No hay duda que la protección penal estaba referida a la vida e integridad de los trabajadores, pero tal protección se encontraba vinculada con la libertad laboral, pues el tenor utilizado dejaba

243 Vid., GÁLVEZ VILLEGAS/DELGADO TOVAR, *Derecho Penal*, PE, II, p. 358.

244 Igualmente, MORALES CORRALES, *Revista Peruana de Derecho de la Empresa* 24 (1987), p. 80; LAMAS PUCCIO, *Derecho penal económico*, pp. 157 y ss.

claro también que si el trabajador aceptaba trabajar libremente sin las condiciones de seguridad, la situación de peligro a la que se exponía no alcanzaba, por el solo riesgo, relevancia penal²⁴⁵. Solo si se producía la muerte o la lesión del trabajador por la infracción de algún deber de cuidado del empleador, el trabajo voluntariamente realizado en carencia de las condiciones de seguridad podía alcanzar relevancia penal como un delito de homicidio o lesiones culposas. Como puede verse, la intervención punitiva en relación con la seguridad personal de los trabajadores únicamente se activaba si es que era posible atribuir al empleador la decisión del trabajador de trabajar sin las medidas de seguridad (coacción) o si se producía la muerte o lesión del trabajador que pudiese reconducirse objetivamente al ámbito de responsabilidad del empleador.

La situación cambió sustancialmente con la entrada en vigencia de la Ley N.º 29783, la llamada Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante LSST), la que eliminó el inciso tercero del primer párrafo del artículo 168 e incorporó el artículo 168-A en el Código Penal. Bajo este nuevo escenario legislativo, los atentados contra la seguridad personal de los trabajadores no requerían del elemento de la coacción²⁴⁶, ni tampoco que se haya lesionado efectivamente la vida o la integridad física de alguno de ellos. El solo hecho de haber provocado un peligro concreto para la vida o la salud del trabajador por no haber adoptado las medidas de prevención legalmente requeridas, era suficiente para sustentar la respuesta penal contra el empleador. Con esta nueva configuración del tipo penal, la protección penal se restringió a la vida e integridad física de los trabajadores sin que sea necesaria una afectación a la libertad de trabajo²⁴⁷.

245 Vid., BERRUEZO, en *Derecho penal laboral*, p. 10. No obstante, SALINAS SICCHA, *Derecho Penal*, PE, p. 595, señalaba que el consentimiento del trabajador era irrelevante, pues en un país con carencia de puestos de trabajo en la oferta de trabajo en condiciones ilegales subyace la amenaza de “o aceptas en estas condiciones, o no hay trabajo”.

246 Así, ASMAT COELLO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 47 (mayo 2013), p. 157; MONTOYA VIVANCO, *LH-Hurtado Pozo*, p. 539.

247 Se inclina igualmente por ubicar el bien jurídico protegido en la vida, salud e integridad física de los trabajadores, VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 41 (noviembre 2012), p. 156. Otro sector de la doctrina penal nacional opta por la seguridad en el trabajo como bien jurídico colectivo, ORÉ SOSA, *Boletín* 33 (19 de septiembre de 2011) Estudio Oré Guardia, p. 3; ASMAT COELLO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 47 (mayo 2013), p. 159; MONTOYA VIVANCO, *LH-Hurtado Pozo*, pp. 540 y ss. Una posición ecléctica que mezcla aspectos individuales con colectivos es asumida por CALDERÓN VALVERDE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 32 (febrero

El cambio legislativo duró poco tiempo, pues a través de la Ley N.º 30222 del 11/07/2014 se modificó la redacción original del artículo 168-A del CP con la clara finalidad de restringir sustancialmente el ámbito de aplicación del delito de incumplimiento del deber de prevención de los riesgos laborales, para lo cual se añadieron diversas exigencias típicas tanto en el plano objetivo, como en el subjetivo. Si bien el tipo penal se sigue estructurando sobre la falta de adopción de medidas de prevención de los riesgos laborales, el empleador responderá penalmente solo si su actuación encierra un despropósito mayúsculo en relación con la seguridad de los trabajadores. No hay duda que la presión de los grupos empresariales surtió efecto por lo sustancial del cambio de la normativa penal.

Pese al cambio legislativo acaecido, no hay duda que la protección penal se mantiene vinculada a la vida y a la integridad de los trabajadores, por lo que puede decirse que estos intereses de los trabajadores siguen siendo el bien jurídico penalmente protegido. La discusión doctrinal se presenta, más bien, al momento de definir si dicho bien jurídico tiene una naturaleza individual o colectiva. El mismo debate que tiene lugar a nivel de los delitos laborales en general, se replica en el tipo penal referido específicamente a la seguridad e higiene en el trabajo. Mientras que un sector de la doctrina penal sostiene que el bien jurídico protegido es de naturaleza individual (la vida o la integridad del trabajador), otro sector toma partido por una naturaleza colectiva del bien jurídico protegido (la seguridad en el trabajo)²⁴⁸. Existe incluso una tercera propuesta interpretativa que procura integrar la perspectiva individual con la colectiva²⁴⁹. Por nuestra parte, nos parece que esta discusión solamente se suscita si se asume una perspectiva estática del bien jurídico como una realidad dada que debe mantenerse incólume con las prohibiciones penales. Pero como se ha repetido incesantemente, la pena no despliega sus efectos en el plano empírico de la evitación, sino en el normativo del mantenimiento, por lo que puede decirse que el bien jurídico penalmente protegido es la expectativa normativa de conducta de los traba-

de 2012), p. 123; PEÑA CABRERA FREYRE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 42 (diciembre 2012), pp. 155 y ss.

248 Sobre esta discusión con referencias doctrinales a una u otra posición, HORTAL IBARRA, RCSP 13/2003, pp. 76 y ss.; BERRUEZO, en *Derecho penal laboral*, pp. 12 y ss.

249 Así, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, pp. 704 y ss., 775, con la categoría del bien jurídico institucionalizado o espiritualizado.

jadores de que contarán con condiciones de seguridad e higiene en el trabajo que los preserven de los riesgos laborales.

En cuanto al criterio de la imputación penal, debe señalarse que la responsabilidad del empleador por el incumplimiento de sus deberes de prevención de los riesgos laborales no se sustenta en un acto de organización que expone al trabajador a una situación de peligro, sino en la infracción de un deber específico de prevenir los riesgos para la vida, salud o integridad física de los trabajadores en el desarrollo de la prestación laboral. En efecto, el delito previsto en el artículo 168-A del CP no precisa de un acto de coacción sobre el trabajador o que el resultado de lesión o muerte del trabajador tenga que reconducirse objetivamente a un acto organizativo del empleador, sino que se configura con la infracción del deber legalmente impuesto al empleador de prevenir los riesgos contra la vida o la salud de sus trabajadores. El sustento del deber positivo atribuido al empleador es su vinculación institucional con el trabajador que obliga al primero a resguardar la integridad física del segundo²⁵⁰. Esta vinculación institucional surge concretamente de la institución social de la confianza especial, pues al ofrecer el empleador un puesto de trabajo al trabajador, hace surgir una situación de confianza especial en este último sobre la seguridad de las condiciones en las que va a desarrollar su prestación laboral. En razón de ello, el trabajador renuncia consecuentemente a sus mecanismos de autoprotección, correspondiéndole al empleador la obligación de preservar el centro de trabajo de cualquier riesgo previsible para la vida o la salud de los trabajadores.

a. Los sujetos del delito: el sujeto legalmente obligado y los trabajadores

La modalidad delictiva de incumplimiento del deber de prevención de los riesgos laborales, está configurada como un delito especial, pues limita el círculo de autor a los que están “legalmente obligados” a adoptar las medidas

250 Igualmente en la regulación penal española, GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa*, p. 255; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 777. De otra opinión, GÓMEZ MARTÍN, en *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Hortal Ibarra (coord.), p. 237, quien califica al delito contra la seguridad de los trabajadores como un delito especial de posición social no institucionalizada, o sea, en un delito especial de dominio.

de prevención de los riesgos laborales²⁵¹. Para determinar sobre quién recae este deber de prevención, el tipo penal se remite a la normativa extrapenal²⁵². La doctrina penal sostiene que el término “legalmente” no debe entenderse en un sentido amplio, sino que debe limitarse a una ley en sentido estricto²⁵³, a lo que debe agregarse, en mi opinión, que se trate de la ley de la materia, esto es, la que regula los deberes en relación con la seguridad y salud en el trabajo (LSST).

Al respecto debe tenerse presente que el artículo IX del Título Preliminar de la LSST regula el llamado principio de protección, conforme al cual el Estado y los empleadores están obligados a asegurar condiciones de trabajo dignas que garanticen a los trabajadores un estado continuo de vida saludable en lo físico, mental y social. La materialización de este principio, se hace mediante funciones diferenciadas según los sujetos obligados. Mientras que al Estado le corresponde la formulación de una Política Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, así como la ejecución de labores de control y fiscalización, a los empleadores se les asigna el cumplimiento de un *deber de prevención* de los riesgos laborales (artículo I del Título Preliminar de la LSST). Dado que el delito laboral previsto en el artículo 168-A de CP se sustenta en el incumplimiento del *deber de prevención*, el sujeto legalmente obligado lo será el empleador²⁵⁴. Por el contrario, el incumplimiento de las funciones de regulación y fiscalización atribuidas a los funcionarios públicos encargados del sector del trabajo, podrá dar pie, en todo caso, a un delito de incumplimiento de deberes funcionariales (artículo 377 del CP)²⁵⁵.

251 Igualmente, en la regulación anterior, CALDERÓN VALVERDE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 32 (febrero de 2012), p. 123; MONTOYA VIVANCO, *LH-Hurtado Pozo*, p. 542.

252 Críticamente con la utilización de la técnica legislativa de la ley penal en blanco para determinar el círculo de autores del delito contra la seguridad de los trabajadores por la falta de necesidad, LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Hortal Ibarra (coord.), pp. 204 y ss.; GARCÍA FIGUEROA, *Los sujetos activos de los delitos contra la seguridad y salud en el trabajo*, pp. 59 y ss.

253 Así, GARCÍA FIGUEROA, *Los sujetos activos de los delitos contra la seguridad y salud en el trabajo*, pp. 59 y ss.

254 Vid., así, en relación con la regulación anterior, ORÉ SOSA, en *Boletín* 33 (19 de septiembre de 2011) Estudio Oré Guardia, p. 4.

255 Igualmente en el Derecho penal español se defiende el parecer que los funcionarios públicos con labores de fiscalización no pueden realizar el delito contra la seguridad laboral. Vid., en este sentido, GARCÍA FIGUEROA, *Los sujetos activos de los delitos contra la seguridad y salud en*

El artículo 26 de la LSST les atribuye expresamente a los empleadores el deber de prevención de los riesgos en el trabajo. El alcance del término “empleador” no se circunscribe a quien es formalmente la contraparte del trabajador en un contrato de trabajo, sino que incluye a quien ejerce realmente un poder de dirección en la prestación de una actividad remunerada²⁵⁶. Si el empleador es una persona jurídica, el cumplimiento de este deber se transferirá al representante legal de la empresa, en atención a lo dispuesto en el artículo 27 del CP²⁵⁷. En caso que la persona jurídica sea una sociedad anónima, la representación orgánica recaerá sobre el gerente, pues a este órgano de la sociedad anónima le corresponde la gestión ordinaria de la sociedad, dentro de la que se encuentra indudablemente el desarrollo de las actividades laborales (artículo 188 inciso de la LGS). Al directorio le alcanzará excepcionalmente el deber de prevención de riesgos laborales si entra a gestionar este ámbito de la sociedad, por ejemplo, al definir aspectos de la gestión de la seguridad o salud de los trabajadores en la empresa. Si la persona jurídica está jurídicamente organizada como una sociedad comercial de responsabilidad limitada, el deber de prevención de riesgos laborales recaerá sobre el gerente. Si son varios los representantes de la persona jurídica a los que se les transfiere el deber de prevención, la responsabilidad de cada uno será autónoma, pues, al tratarse de un delito de infracción de un deber, no cabe una coautoría.

Otro de los aspectos que regula el artículo 26 de la LSST y que resulta de particular importancia para la imputación penal es la posibilidad que tiene el empleador de delegar el cumplimiento del deber de prevención de los riesgos laborales²⁵⁸. Esta delegación puede tener lugar tanto interna como externamente. En el primer caso, el empleador –o, en el caso de una persona jurídica, el representante que se ocupa de la gestión de la seguridad

el trabajo, pp. 115 y ss.; COMPAÑY CATALÁ, *La protección penal de la seguridad y salud en el trabajo*, pp. 158 y ss.

256 En el mismo sentido, GALLO, en *Derecho penal laboral*, 2.ª ed., pp. 47 y ss.

257 Así, respecto de los delitos de infracción de un deber, GARCÍA CAVERO, *El actuar en lugar de otro*, pp. 70 y ss.

258 Esta delegación requiere de ciertas condiciones para ser válida, pues, de lo contrario, la competencia penal se mantendrá plenamente en el delegante. Sobre las condiciones necesarias para una delegación en el ámbito de la empresa, vid., en general, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, pp. 599 y ss.; de manera específica para el delito de incumplimiento del deber de prevención de riesgos laborales, MONTOYA VIVANCO, *LH-Hurtado Pozo*, pp. 544 y ss.

en el trabajo— puede delegar las funciones y la autoridad necesarias a un personal interno para que se encargue del desarrollo, aplicación y resultados del sistema de gestión de la seguridad y la salud en el trabajo. No interesa la denominación utilizada para identificar a este personal interno (gerencia de seguridad e higiene industriales, encargado del servicio de prevención laboral, técnicos de prevención, etc.), sino que se le haya asignado el manejo del sistema de prevención de los riesgos laborales. En el segundo caso, la delegación puede tener lugar por medio de la figura de la tercerización, por el cual se contrata a una empresa externa para la gestión, implementación, monitoreo y cumplimiento de la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo. El acto de delegación, en cualquiera de sus dos formas posibles, tiene una indudable repercusión en el alcance de la imputación penal que conviene analizar desde la perspectiva de las dos partes de la delegación.

En cuanto al delegante, hay que decir que el acto de delegación no enerva la responsabilidad penal del empleador o de su representante orgánico, pues sobre estos recae siempre un conjunto de deberes residuales (como los de selección, información, dotación de medios, intervención y control)²⁵⁹. Si el delegante incumple alguno de estos deberes con un nivel de conocimiento suficiente para sustentar el dolo, podrá hacersele penalmente responsable por la generación de los riesgos laborales que motiva el deficiente desempeño del delegado²⁶⁰. No es correcta, por tanto, la afirmación de que el empleador o su representante legal se liberan de responsabilidad penal si es que atribuyen la función de prevención a cierto personal interno o a una empresa externa. Si el empleador toma conocimiento, por ejemplo, que el encargado de la seguridad laboral o la empresa tercerizadora no ha cumplido con implementar oportunamente las medidas de prevención necesarias, responderá como autor del delito si es que no realiza inmediatamente el correctivo necesario. Cierta doctrina discute si la inobservancia de este deber de vigilancia alcanza para sustentar una imputación a título de autor y no, más bien, de una

259 Vid., LASCURAÍN SÁNCHEZ, *LH-Cobo del Rosal*, pp. 577 y ss.; BOLEA BARDÓN, en *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Hortal Ibarra (coord.), p. 309; GÓMEZ MARTÍN, en *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Hortal Ibarra (coord.), pp. 244 y ss.; GALLO, en *Derecho penal laboral*, 2.ª ed., p. 55.

260 Vid., VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 41 (noviembre 2012), p. 157. De otro parecer, CALDERÓN VALVERDE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 32 (febrero de 2012), pp. 124 y ss.

complicidad²⁶¹. Dado que el delito de incumplimiento del deber de prevención de los riesgos laborales está configurado como un delito de infracción de un deber, el grado de dominio del hecho no es determinante de la autoría, sino el hecho de no haber cumplido con el deber positivo atribuido al empleador o a su representante. En consecuencia, el incumplimiento del deber de vigilancia del delegante, si se da con el nivel de conocimiento requerido para el dolo, permitirá una imputación como autor del delito.

Por su parte, el delegado se convierte, en razón del acto de delegación, en un “obligado legalmente”, por lo que podrá responder como autor del delito previsto en el artículo 168-A del CP si, dentro de su ámbito de delegación, no adopta las medidas preventivas necesarias y pone en riesgo a los trabajadores²⁶². No obstante, conviene hacer ciertas precisiones al respecto. En primer lugar, resulta necesario que exista un acto de delegación, no siendo suficiente que una persona asuma fácticamente la gestión del sistema de prevención de los riesgos laborales, pues la transferencia del cumplimiento del deber positivo de velar por la seguridad de los trabajadores solamente puede tener lugar si el titular del deber le confía el cumplimiento del deber²⁶³. En segundo lugar, una delegación penalmente relevante solo podría aceptarse si el delegado cuenta con poderes para dirigir comportamientos ajenos, lo que no será el caso si simplemente se le ha confiado el control de determinados riesgos en sus labores productivas²⁶⁴. En tercer lugar, no puede considerarse delegados en temas de seguridad laboral a los que cumplen una función asesora o supervisora (el comité de seguridad y salud en el trabajo, el supervisor o los auditores), pues a ellos no les corresponde decidir cómo debe configurarse y, finalmente, realizarse el sistema de prevención laboral²⁶⁵.

261 Vid., al respecto, OLAIZOLA NOGALES, *InDret* 2/2010, pp. 19 y ss.

262 Igualmente en la normativa penal española, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, en RECPC 10-10 (2008), p. 10:14; RAMÍREZ BARBOSA, *Revista Penal* 19 (2007), pp. 146 y ss.; GARCÍA FIGUEROA, *Los sujetos activos de los delitos contra la seguridad y salud en el trabajo*, p. 134; COMPAÑY CATALÁ, *La protección penal de la seguridad y salud en el trabajo*, p. 152.

263 Por el contrario, a BOIX/ORTS, *LH-Barbero Santos*, p. 64, le basta el ejercicio fáctico de la labor de prevención de los riesgos laborales.

264 En este sentido, correctamente, LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Hortal Ibarra (coord.), pp. 212 y ss.; GALLO, en *Derecho penal laboral*, 2.ª ed., p. 57.

265 Similarmente en el Derecho Penal Español, GÓMEZ MARTÍN, en *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Hortal Ibarra (coord.), pp. 246 y ss.; GARCÍA FIGUEROA, *Los sujetos activos de los delitos contra la seguridad y salud en el trabajo*, pp. 123 y ss.

La vinculación institucional entre empleador y trabajador que fundamenta el deber positivo de prevención existirá mientras dure la relación laboral y, por lo tanto, se desarrolle una actividad de trabajo sin interesar el carácter indefinido o temporal de la contratación. Con la disolución de la relación laboral por la razón que sea (renuncia, despido, cumplimiento del plazo, etc.), cesa también el vínculo institucional y los deberes que del mismo se deriven. No hay duda de que la vinculación institucional se da con el trabajador que está incorporado formalmente en planillas. Sin embargo, la vigencia de la primacía de la realidad en el ámbito laboral permite extender esta vinculación a las diversas personas que desarrollen actividades en sus instalaciones, por lo que la vinculación institucional se presentará también con el trabajador informal²⁶⁶.

El deber de prevención de los riesgos laborales no se circunscribe a los trabajadores que formal o informalmente prestan servicios de manera directa al empleador. Este deber alcanza también a los que realizan labores en el centro de trabajo bajo las órdenes de otros empleadores. Aquí cabe mencionar primeramente a los trabajadores de contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios y cooperativas de trabajadores (artículo 77 de la LSST) que se exponen a los riesgos del centro de trabajo²⁶⁷. Sin embargo, debe precisarse que el deber de prevención no está referido a la actividad especializada que estos trabajadores realizan en el centro de trabajo, sino a los riesgos del centro de trabajo en donde físicamente prestan sus servicios. En segundo lugar, debe mencionarse también el caso de los trabajadores de otros empleadores que trabajan simultánea o sucesivamente con los trabajadores del empleador y que pueden verse expuestos a riesgos generados en los puntos de contacto de ambos trabajadores²⁶⁸. Si bien el deber de prevención atribuido al empleador tiene un alcance extensivo que llega a trabajadores ajenos, el fundamento de esta extensión del deber no radica en una vinculación institucional con dichos trabajadores, sino en un aspecto meramente organizativo, esto es, en que el empleador realiza una actividad explotativa en la que se generan riesgos para terceras personas (trabajadores

266 Vid., BERRUEZO, en *Derecho penal laboral*, pp. 15 y ss.

267 En este sentido, SERRANO-PIEDRACASAS, *Revista Penal* 10 (2002), p. 104; BOLEA BARDÓN, en *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Hortal Ibarra (coord.), pp. 281 y ss.

268 Así, GARCÍA FIGUEROA, *Los sujetos activos de los delitos contra la seguridad y salud en el trabajo*, p. 109.

de contratistas y subcontratistas, así como de trabajadores de otros empleadores con los que se llevan a cabo labores coordinadas). Esto explica que el deber de prevención con estos trabajadores sea parcial (referido a los riesgos laborales del centro de trabajo, no de su actividad especializada) y de carácter elemental (reducida normalmente a la dotación de medios).

La configuración del delito de incumplimiento del deber de prevención de riesgos laborales como un delito de infracción de un deber repercute en las reglas de determinación de la intervención delictiva. La responsabilidad penal solamente se puede atribuir a título de autor al empleador o sus delegados que infringen el deber de prevención de los riesgos laborales, para lo cual no interesa cuánto dominio del riesgo han tenido²⁶⁹. Las personas no obligadas legalmente que, en términos organizativos, hayan contribuido por acción u omisión a la realización de este delito, no podrán responder penalmente como cómplices. Su responsabilidad podrá sostenerse, sin embargo, en otros títulos de imputación. Así, por ejemplo, el funcionario público que no exige que el empleador cumpla con su deber de prevención, responderá por el delito de incumplimiento de deberes funcionariales o, si le consta una situación de peligro inminente para los trabajadores, por el delito de omisión del deber de socorro.

El que la responsabilidad penal por el delito de incumplimiento del deber de prevención de los riesgos laborales se estructure sobre la base de una vinculación institucional entre empleador y trabajador, permite concluir también que el sujeto pasivo del delito es el trabajador²⁷⁰, cuya vida, salud o integridad física se puso en peligro o incluso se lesionó, si es que se trata del supuesto previsto en el segundo párrafo del artículo 168-A del CP. En este último caso, el trabajador afectado podrá constituirse en actor civil para

269 Por el contrario, considera determinante en el caso de delegación establecer el dominio del riesgo para imputar el delito en calidad de autor, SERRANO-PIEDRECASAS, *Revista Penal* 10 (2002), pp. 102 y ss.

270 Igualmente, en la redacción anterior, VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 41 (noviembre 2012), pp. 157 y ss. Del mismo parecer en la regulación penal española, BERRUEZO, en *Derecho penal laboral*, p. 23; GALLARDO GARCÍA, *DS Vol. 14*, Núm. 2 (julio-diciembre 2006), p. 268. De otra opinión, en tanto consideran que el artículo 168-A del CP protege un bien jurídico de naturaleza colectiva, en la regulación anterior, CALDERÓN VALVERDE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 32 (febrero de 2012), p. 125; ORÉ SOSA, *Boletín* 33 (19 de septiembre de 2011) Estudio Oré Guardia, p. 5; ASMAT COELLO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 47 (mayo 2013), pp. 162 y ss.

solicitar el pago de la reparación civil correspondiente, a no ser que decida acudir al ámbito laboral para discutir en ese lugar el resarcimiento del daño producido, en cuyo caso no podrá ejercer ya la acción civil dentro del proceso penal (artículo 12.1 del CPP). Si el perjudicado por el delito es un tercero, este podrá constituirse en actor civil si es que la actuación del empleador le ocasiona un daño ilícito conforme a los criterios de imputación jurídico-civiles.

b. La conducta típica

Conforme a la actual configuración del artículo 168-A del CP, la conducta típica consiste en poner en peligro inminente la vida, salud o integridad física de los trabajadores. Sin embargo, la puesta en peligro no puede realizarse de cualquier manera, pues el tipo penal establece un conjunto de condiciones objetivas que deben darse necesariamente para que la puesta en peligro configure el delito de incumplimiento del deber de prevención de los riesgos laborales. Por ello, resulta obligado determinar cuáles son esas exigencias del tipo objetivo que la conducta peligrosa debe reunir para que la generación de un peligro concreto para la vida o la salud de los trabajadores, pueda alcanzar relevancia penal.

La conducta típica exige, en primer lugar, que se haya inobservado las medidas de prevención previstas en las normas de seguridad y salud en el trabajo. No se criminaliza, por lo tanto, la falta de adopción de cualquier posible medida de prevención de los riesgos laborales, pues tal nivel de exigencia desincentivaría, sin lugar a dudas, la actividad empresarial y finalmente perjudicaría a los trabajadores con la escasez de puestos de trabajo²⁷¹. Para establecer qué medidas de prevención deben ser razonablemente tomadas por el empleador, el tipo penal se remite a lo dispuesto en la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo a través de la técnica legislativa de la ley penal en blanco al exigir que el autor actúe “*infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo*”²⁷². En consecuencia, lo primero que debe determinarse

271 Vid., en este sentido, HORTAL IBARRA, en *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Hortal Ibarra (coord.), p. 101.

272 Vid., así, en relación con el tipo penal anterior, ORÉ SOSA, *Boletín* 33 (19 de septiembre de 2011) Estudio Oré Guardia, p. 6; CALDERÓN VALVERDE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 32 (febrero de 2012), p. 121; ASMAT COELLO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 47 (mayo 2013), p.

es si el sujeto legalmente obligado a implementar las medidas de prevención, incumple con el modelo de seguridad laboral dispuesto en la LSST y su Reglamento (D.S. N.º 005-2012-TR), así como por la normativa sectorial específica que pudiese establecer parámetros de seguridad especiales para determinado tipo de ocupación o actividad²⁷³. Si el empleador actúa conforme a lo dispuesto en la normativa extrapenal antes indicada, entonces se estará ante un supuesto de riesgo permitido²⁷⁴.

La normativa sobre seguridad y salud en el trabajo atribuye al empleador la función de liderar el sistema de gestión de la seguridad y la salud en el trabajo. Este sistema debe, entre otras cosas, fomentar la cultura de la prevención de los riesgos laborales (artículo 18 literal e de la LSST), lo que conlleva primero el desarrollo de un proceso de identificación de estos riesgos y luego la adopción de medidas para su prevención y control. De lo dispuesto en el artículo 21 de la LSST se puede inferir cómo se deben implementar, en general, las medidas de prevención y control²⁷⁵. En primer lugar, los riesgos laborales identificados se deben eliminar en su origen, es decir, no realizar la actividad que los genera o no usar los bienes peligrosos. Si los riesgos no pueden ser eliminados en su origen (riesgos residuales), entonces debe procederse a su aislamiento, tratamiento o control. Si esta inocuización de los riesgos no es posible, dichos riesgos deben ser minimizados, recurriendo primero a mecanismos de protección colectivos y luego a los individuales.

160; MONTOYA VIVANCO, *LH-Hurtado Pozo*, p. 542. La configuración como una ley penal en blanco también se presenta en la normativa penal española, vid., así, BOIX/ORTS, en *LH-Barbero Santos*, p. 65; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *LH-Cobo del Rosal*, p. 584; RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, en *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Hortal Ibarra (coord.), p. 33; RAMÍREZ BARBOSA, *Revista Penal* 19 (2007), p. 141.

273 Así lo destaca ORÉ SOSA, *Boletín* 33 (19 de septiembre de 2011) Estudio Oré Guardia, p. 6, por ejemplo, en relación con la actividad minera. Referencias legales a otros ámbitos específicos con normativa sobre seguridad y salud en el trabajo (actividades eléctricas, construcción civil) vid., ARÉVALO VELA, *Actualidad Penal* 6 (diciembre 2014), p. 142.

274 Vid., CORCOY BIDASOLO, en *Cuadernos de Derecho Judicial: Derecho Penal Económico*, Conde Pumpido (dir.), pp. 124 y ss.; OLAIZOLA NOGALES, *InDret* 2/2010, p. 10; RAMÍREZ BARBOSA, en *Estudios en Derecho y Gobierno*, p. 19; ORÉ SOSA, *Boletín* 33 (19 de septiembre de 2011) Estudio Oré Guardia, p. 6. Sobre las consideraciones políticas, económicas y sociales para modular las fronteras del riesgo permitido, vid., LASCURAÍN SÁNCHEZ, *LH-Cobo del Rosal*, p. 566.

275 De manera similar en la normativa europea y española de seguridad en el trabajo, RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, en *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Hortal Ibarra (coord.), p. 7.

En todo caso, la gestión de los riesgos laborales debe tender a la progresiva sustitución de los procedimientos, medios o sustancias peligrosos por los que produzcan menos o ningún riesgo.

La detección, prevención y control de los riesgos laborales debe hacerse, como mínimo, de acuerdo a lo que disponen las leyes y reglamentos nacionales, los acuerdos convencionales²⁷⁶ y las prácticas preventivas (artículo 38 de la LSST), incluyendo el Reglamento de la LSST también a las normas internacionales ratificadas (artículo 76). El programa de prevención de riesgos debe integrarse en función de los nuevos conocimientos de las ciencias y las tecnologías (artículo 50 de la LSST). Sin embargo, la normativa nacional no ha optado explícitamente por un estándar específico de exigencia de prevención. En el panorama internacional el debate oscila entre la máxima seguridad tecnológicamente factible y la seguridad razonablemente factible. El primero no admite limitaciones de orden económico, sino únicamente técnico para el descubrimiento, eliminación y protección frente a los riesgos laborales; el segundo es permeable a condicionantes económicos en la estrategia de prevención de los riesgos laborales²⁷⁷. A nuestro entender, en un país como el nuestro con una todavía incipiente industrialización, el modelo de prevención debe ajustarse a lo razonablemente factible, pues una alta exigencia en el estándar de seguridad podría hacer inviables las actividades productivas y, por tanto, frenar el surgimiento de las necesarias plazas de trabajo. Sin embargo, queda claro que aun en un modelo que tenga en cuenta la razonabilidad económica de las medidas de prevención, la modificación de dichas medidas resultará obligatoria cuando se muestren abiertamente inadecuadas o insuficientes para garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores (artículo 59 de la LSST).

276 En la normativa española, se discute el alcance de los convenios colectivos, pues algunos los consideran plenamente como una fuente de determinación del deber de prevención [vid., RAMÍREZ BARBOSA, *Revista Penal* 19 (2007), p. 148; OLAIZOLA NOGALES, *InDret* 2/2010, p. 21; COMPAÑY CATALÁ, *La protección penal de la seguridad y salud en el trabajo*, pp. 70 y ss.], mientras que otros los rechazan si es que no tienen eficacia general en el ámbito estatal [vid., SERRANO-PIEDRECASAS, *Revista Penal* 10 (2002), p. 98].

277 Vid., sobre esta discusión en la normativa europea en contraposición con la inglesa, RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, en *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Hortal Ibarra (coord.), pp. 8 y ss.

A partir de lo establecido en la regulación de la seguridad y salud en el trabajo se puede determinar con mayor precisión cuándo el empleador no cumple con adoptar las medidas de prevención de los riesgos laborales en los términos del artículo 168-A del CP. En primer lugar, queda claro que si el empleador no hace una labor de identificación de los riesgos laborales con base en los conocimientos científicos consolidados, este desconocimiento que le lleva a no adoptar ninguna de las medidas preventivas necesarias, configura un incumplimiento del deber de prevención de los riesgos laborales. En segundo lugar, puede ser que el empleador haya identificado los riesgos laborales, pero no los somete a una evaluación para determinar cuáles son los mecanismos de prevención adecuados, lo que le lleva finalmente a no implementarlos. En tercer lugar, podría darse el caso que el empleador haya identificado los riesgos laborales y los haya también evaluado de cara a determinar las medidas de prevención adecuadas, pero no adopta las medidas preventivas o de control que la evaluación de los riesgos le arroja como de necesaria incorporación en el sistema de prevención. Por último, puede ser que la evaluación del sistema de prevención instituido arroje que este ya no resulta adecuado o suficiente para la seguridad o salud de los trabajadores, por lo que la falta de actualización de los mecanismos de prevención puede entenderse igualmente como una falta de adopción de las medidas de prevención requeridas²⁷⁸.

Las medidas preventivas ante los riesgos laborales que no adopta el empleador pueden ser de distinto orden. Dentro de ellas pueden considerarse el suministro de los medios materiales de protección (guantes, gafas de protección, botas, cinturones, etc.), la facilitación de los medios inmateriales (capacitación, información, formación preventiva, etc.), la realización de las medidas organizativas necesarias (selección de personal, turnos, métodos de trabajo) y el ejercicio de las labores de vigilancia, entre otros. En suma, las medidas preventivas son todas las obligaciones administrativamente establecidas en las que se concreta el deber general de prevención de los riesgos laborales atribuido a los empleadores. Muchas de estas obligaciones están expresamente contempladas en la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo, así como en las regulaciones sectoriales. Pero también cabría incluir

278 Sobre el carácter permanente y continuo del deber de seguridad atribuido al empleador, RAMÍREZ BARBOSA, en *Estudios en Derecho y Gobierno*, p. 35.

a las que se puedan determinar a partir de los parámetros de seguridad establecidos de manera general en la normativa correspondiente, pues el elemento típico “medidas previstas en las normas de seguridad y salud en el trabajo”, no hace referencia a una mención específica, sino a que se desprendan de la normativa antes aludida²⁷⁹.

Si bien las medidas de prevención no adoptadas pueden ser de diverso orden, tienen que reunir el elemento común de ser idóneas, en general, para preservar la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores frente a los riesgos laborales. En consecuencia, el tipo objetivo del delito de incumplimiento del deber de prevención de riesgos laborales no se configurará con la falta de adopción de cualquier medida laboralmente impuesta en relación con el manejo del sistema de gestión de la seguridad laboral, sino solamente de aquella que se implementa para hacer frente a los riesgos de muerte o lesión de algún trabajador. Bajo estos parámetros objetivos, por ejemplo, el incumplimiento del deber de consulta y participación de los trabajadores o de documentación de la actividad preventiva, no realiza la conducta típica prevista en el artículo 168-A del CP, pues la falta de adopción de esta medida no repercute en la eliminación de los riesgos para la vida, salud e integridad física de los trabajadores.

Otra exigencia del tipo objetivo, implementada específicamente por la reforma operada por la Ley N.º 30222, es la notificación previa de la autoridad competente al empleador por la falta de adopción de las medidas de prevención antes referidas. Por lo tanto, si un empleador inobserva las medidas de prevención exigidas expresamente por la normativa de seguridad y salud en el trabajo, poniendo en peligro inminente a sus trabajadores, su actuación no será típica, si previamente la autoridad competente (esto es, la SUNAFIL) no le ha hecho saber tal inobservancia. Así las cosas, no habrá forma de poder sancionar penalmente a los empleadores que ponen en riesgos a sus trabajadores por la falta de las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo, si la autoridad laboral no llega a hacer una inspección en el centro

279 En la regulación penal española se suscita precisamente esta discusión en relación con el término de “no facilitación de los medios necesarios”. Vid., sobre esta discusión en torno al alcance de esta expresión, HORTAL IBARRA, en *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Hortal Ibarra (coord.), pp. 104 y ss.; RAMÍREZ BARBOSA, *Revista Penal* 19 (2007), pp. 141 y ss.; SERRANO-PIEDRASAS, *Revista Penal* 10 (2002), pp. 99 y ss.; OLAIZOLA NOGALES, *InDret* 2/2010, pp. 12 y ss.

de trabajo o no detecta los incumplimientos a la normativa de seguridad y salud en el trabajo²⁸⁰.

La notificación previa de la autoridad laboral exigida por el tipo penal se circunscribe a la finalidad de poner en conocimiento del empleador la falta de adopción de las medidas de prevención previstas en las normas de seguridad y salud en el trabajo. Por lo tanto, no es necesario que esa notificación tenga lugar en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, se declare al empleador administrativamente responsable o se le imponga una sanción administrativa. No hay una prejudicialidad administrativa para la aplicación del tipo penal. Lo único que típicamente se exige es que, por medio de dicha comunicación, se le ponga en conocimiento al empleador que no ha cumplido con adoptar las medidas de prevención exigidas por la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo. Las consecuencias administrativas de tal inobservancia es un tema ajeno a la configuración del tipo, más allá de las limitaciones que, de por sí, el principio de *non bis in ídem* impone.

Es importante tener claro que el requisito de la notificación previa de la autoridad de trabajo no es una constatación de la situación de inobservancia, sino de una comunicación previa de tal inobservancia, lo que significa que el delito solamente podrá ser cometido luego de que la autoridad laboral le notifique al empleador la falta de cumplimiento de la normativa de seguridad y salud en el trabajo. En este orden de ideas, no se trata de una condición objetiva de punibilidad para que la puesta en peligro pueda ser penalmente sancionada, sino de un elemento integrante del tipo penal. El delito de incumplimiento del deber de prevención de los riesgos laborales se ha convertido prácticamente en un delito de desobediencia a la autoridad, pues lo que es pasible de sanción es que no se haya cumplido con adoptar las medidas de prevención legalmente requeridas, una vez que así lo haya hecho notar la autoridad laboral competente.

Un sector de la doctrina nacional sostiene que el delito laboral tipificado en el artículo 168-A del CP está configurado como un delito de omisión²⁸¹,

280 Igualmente PEÑA CABRERA FREYRE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 62 (agosto 2014), pp. 116 y ss.; CALDERÓN VALVERDE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 63 (setiembre 2014), pp. 16 y ss.; VILLEGAS PAIVA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 63 (agosto 2014), pp. 24 y ss.

281 Vid., así, CALDERÓN VALVERDE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 63 (setiembre 2014), p. 17.

* En la regulación anterior, igualmente, CALDERÓN VALVERDE, *Gaceta Penal & Procesal Penal*

pues se sanciona el incumplimiento del mandato dirigido a los empleadores de adoptar las medidas necesarias de prevención de los riesgos laborales. Esta afirmación no es del todo correcta, ya que, si bien el mensaje prescriptivo está formulado claramente en términos de un mandato, también es verdad que un mandato se puede infringir tanto por una conducta activa, como por una conducta omisiva²⁸². Esta situación se presenta igualmente en el delito de incumplimiento del deber de prevención de los riesgos laborales, pues este delito se configura tanto si el empleador no toma ninguna medida o como si toma una medida que resulta inadecuada²⁸³. En ambos casos (omisión y acción) se infringe la norma que subyace al artículo 168-A del CP, por lo que, al final, la distinción naturalística entre acción y omisión resulta siendo superficial para la imputación penal.

c. La imputación del riesgo al trabajador

En la configuración de la conducta típica del delito de incumplimiento del deber de prevención de los riesgos laborales, resulta de especial relevancia determinar si es posible imputar dicho riesgo al ámbito de competencia del trabajador por la realización de un comportamiento voluntario²⁸⁴. Un sector doctrinal, atendiendo a una falta de igualdad de planos en la organización del trabajo, considera que no es posible cargar sobre el trabajador alguna competencia por organización respecto de la seguridad en el traba-

32 (febrero de 2012), p. 125; ASMAT COELLO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 47 (mayo 2013), p. 164; PEÑA CABRERA FREYRE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 42 (diciembre 2012), p. 157; MONTOYA VIVANCO, *LH-Hurtado Pozo*, p. 548. Sostienen lo mismo para el Derecho Penal Español, BOIX/ORTS, en *LH-Barbero Santos*, p. 65; GÓMEZ MARTÍN, en *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Hortal Ibarra (coord.), p. 238; RAMÍREZ BARBOSA, *Revista Penal* 19 (2007), p. 141.

282 Vid., sobre la irrelevancia de la distinción entre acción y omisión desde el punto de vista de la imputación penal, JAKOBS, en *Estudios*, pp. 347 y ss.

283 Así, ORÉ SOSA, *Boletín* 33 (19 de septiembre de 2011), Estudio Oré Guardia, pp. 6 y ss.; COMPAÑY CATALÁ, *La protección penal de la seguridad y salud en el trabajo*, p. 63.

284 La voluntariedad presupone que el trabajador conozca la situación de riesgo a la que se expone (lo que muchas veces no sucede por falta de información y capacitación respecto de los riesgos laborales) y no exista ningún condicionante a su decisión (como, por ejemplo, la advertencia de ser despedido). En este sentido, es correcto que los casos en los que no se dan estas condiciones, no sean considerados en sentido normativo una autopuesta en peligro, tal como lo precisan LASCURAÍN SÁNCHEZ, *LH-Cobo del Rosal*, p. 588; CORCOY BIDASOLO, en *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Hortal Ibarra (coord.), pp. 366 y ss.; COMPAÑY CATALÁ, *La protección penal de la seguridad y salud en el trabajo*, pp. 191 y ss.

jo²⁸⁵. El trabajador se limita a seguir las instrucciones del empleador en una relación jerarquizada, por lo que no existe una organización conjunta de las actividades laborales que haga al primero penalmente competente por lo que suceda. Otro sector, por el contrario, admite la posibilidad de que los trabajadores puedan ser penalmente competentes en ciertos casos²⁸⁶. Esta posibilidad se mantiene incluso si el empleador no cuenta con un plan de seguridad contra accidentes laborales, en tanto las medidas a implementar no hubiesen impedido el accidente laboral.

Como puede verse, la discusión precedente se mueve en el plano de las competencias por organización y entra a debatir si el trabajador tiene alguna injerencia en la organización de las actividades laborales y le corresponde, por lo tanto, alguna competencia por los riesgos creados. No debe olvidarse, sin embargo, que la imputación penal en el delito de incumplimiento del deber de prevención de riesgos laborales no se sustenta en competencias organizativas, sino en una competencia institucional del empleador frente a los trabajadores. En este sentido, lo correcto no es enfocar la competencia por el riesgo desde la perspectiva de la libertad organizativa, sino precisar, más bien, hasta dónde alcanza el deber positivo específico del empleador de prevenir los riesgos que se ciernen sobre la vida y la salud de sus trabajadores.

Si el empleador no cumple con determinar o implementar las medidas de prevención legalmente requeridas para evitar o neutralizar los riesgos laborales, pese a lo cual el trabajador, con pleno conocimiento de esta situación de incumplimiento, decide realizar voluntariamente su actividad laboral, es evidente que la imputación penal al empleador se mantendrá completamente, pues el deber institucional del empleador no resulta disponible en términos organizativos por parte del trabajador. Al empleador le compete el deber de prevención más básico que es poner operativo un sistema de gestión de los riesgos laborales, al margen de la decisión del trabajador sobre si decide trabajar en condiciones riesgosas por ausencia de un sistema de prevención de riesgos laborales²⁸⁷.

285 Así, GALLARDO GARCÍA, *DS* Vol. 14, N.º 2 (julio-diciembre 2006), p. 278.

286 Vid., COBO DEL ROSAL/SÁNCHEZ-VERA, *CPC* 82 (2004), pp. 10 y ss.

287 Por ello, se dice que en el ámbito laboral rige un principio de desconfianza, como lo indican
* BOLEA BARDÓN, en *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Hortal Ibarra (coord.),

Discutido es el caso, más bien, cuando el empleador implementa las medidas de prevención necesarias, pero el trabajador decide voluntariamente no observarlas o utilizarlas en el desarrollo de su prestación laboral, generando de esta manera la situación de peligro. El artículo 79 de la LSST establece las obligaciones a las que está obligado el trabajador en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, dentro de las que cuentan el cumplimiento de lo dispuesto en los programas de prevención, el uso adecuado de los instrumentos o materiales peligrosos, la utilización oportuna de los equipos de protección y la no manipulación de las maquinarias o herramientas para las que no están autorizados. A partir de esta base normativa podría pensarse que si un trabajador no cumple con sus incumbencias de autoprotección, lo que pueda pasarle deberá pesar sobre él mismo. Sin embargo, el deber de prevención del empleador abarca también la obligación de controlar el cumplimiento efectivo del sistema de prevención²⁸⁸ y, en caso de detectar incumplimientos, un deber de intervención para hacer los correctivos necesarios. Por lo tanto, si el trabajador no cumple con lo que le corresponde en el ámbito de la seguridad laboral, pero dicho incumplimiento pudo ser evitado con una labor de control o intervención oportuna del empleador, el peligro concretamente creado se podrá atribuir a este último. El deber institucional del empleador no cesa por un comportamiento inadecuado del trabajador.

Podría sostenerse que lo dicho en el apartado precedente no se concilia con lo establecido en el último párrafo del artículo 168-A del CP que excluye la responsabilidad del empleador si fue el trabajador el que inobservó las normas de seguridad y salud en el trabajo. Este dispositivo legal debe ser interpretado, sin embargo, de acuerdo a los parámetros de la regulación de la seguridad y salud en el trabajo. En ese sentido, la exclusión de la responsabilidad penal del empleador únicamente tendrá lugar si el empleador estuvo en incapacidad de prever razonablemente la infracción de las incumbencias de autoprotección por parte del trabajador²⁸⁹. Por ejemplo: si el albañil se

pp. 291 y ss.; CORCOY BIDASOLO, en *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Hortal Ibarra (coord.), p. 364; RAMÍREZ BARBOSA, *Revista Penal* 19 (2007), p. 147.

288 Vid., similarmente, RAMÍREZ BARBOSA, en *Estudios en Derecho y Gobierno*, p. 22.

289 En este sentido, CANCIO MELÍA, *Conducta de la víctima*, p. 358, señala que el deber de protección del empleador termina cuando se trata de una conducta del trabajador que elige de modo deliberado la configuración de la actividad generadora de riesgo. Similarmente, MONTOYA VIVANCO, *LH-Hurtado Pozo*, p. 551. *

quita en lo alto de la obra el arnés de protección y cae inmediatamente al suelo o si el chofer que sale de reparto compra una botella de licor en el camino y empieza a beber mientras conduce, dando lugar a un accidente; son situaciones que no pueden ser controladas razonablemente por el empleador, por lo que estarán al margen de su deber de prevención. Por lo tanto, no toda infracción a las normas de seguridad y salud en el trabajo por parte del trabajador le exime de responsabilidad penal al empleador, sino solamente aquellas que no podía razonablemente prever.

d. *El resultado típico*

El incumplimiento del deber de prevención de los riesgos laborales está tipificado claramente como un delito de peligro concreto, pues exige que la conducta típica ponga en riesgo la vida, salud o integridad física de los trabajadores²⁹⁰. Debe tenerse claro que el peligro concreto es un resultado típico, aunque se expresa de manera distinta que el resultado de lesión. Mientras que la lesión consiste en una modificación sensible del objeto material de protección, el peligro concreto es la producción de una situación concreta para el objeto material que debería devenir razonablemente en una lesión, pero que inesperadamente no tiene lugar. En este orden de ideas, el delito de incumplimiento del deber de prevención de riesgos laborales no precisa la efectiva lesión o muerte del trabajador como consecuencia de la falta de adopción de las medidas de prevención, sino que basta que, en el caso concreto, se hayan dado todas las condiciones para que se produzca dicha lesión, pero ello no sucede por razones que no pueden ser planificadas por el autor²⁹¹.

La redacción actual del delito de incumplimiento del deber de prevención de riesgos laborales establece, sin embargo, varias exigencias normativas adicionales para que el resultado de puesta en peligro configure el tipo

290 Vid., así, CALDERÓN VALVERDE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 63 (setiembre 2014), p. 17. En el tipo penal anterior, igualmente, ORÉ SOSA, *Boletín* 33 (19 de septiembre de 2011) Estudio Oré Guardia, p. 7; CALDERÓN VALVERDE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 32 (febrero de 2012), p. 125; MONTOYA VIVANCO, *LH-Hurtado Pozo*, p. 547. Similarmente en el Derecho Penal Español, BAJO/BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 700; GÓMEZ MARTÍN, en *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Hortal Ibarra (coord.), p. 237; SERRANO-PIEDRACASAS, *Revista Penal* 10 (2002), p. 95.

291 Vid., GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal*, PG, p. 466.

penal. En primer lugar, se establece expresamente que el resultado de peligro debe ser consecuencia *directa* de la inobservancia a las normas de seguridad y salud en el trabajo. Esto restringe evidentemente el ámbito de los resultados de peligro que pudiesen ser objetivamente atribuidos a la conducta típica del empleador. En efecto, si la inobservancia de la normativa antes referida no lleva directamente a la puesta en peligro de la vida, salud e integridad física de un trabajador, sino que ello ocurre intermediado por otra acción o suceso, entonces el resultado de peligro no se podrá imputar a la inobservancia de las normas de seguridad y salud en el trabajo. Por ejemplo, si el empleador no cumple con capacitar a quien debe supervisar que los trabajadores desarrollen su actividad conforme a las reglas de prevención, entonces el peligro concreto al que se expone el trabajador por un inadecuado ejercicio de su labor que no detecta el supervisor, no podrá serle imputado al empleador.

En segundo lugar, el tipo penal exige que el peligro concretamente creado sea *inminente*. Esto supone el más alto grado de peligro concreto, o sea, que se encuentre rayano a la lesión. No bastará, por lo tanto, con que en el caso concreto estén presentes condiciones favorables para la producción de la lesión a la vida o salud de los trabajadores, sino que estos factores deben haberse desencadenado sin que la lesión se haya producido por razones fortuitas. De manera gráfica, podría decirse que el peligro inminente en el delito de incumplimiento del deber de prevención de los riesgos laborales se presenta cuando tiene lugar un accidente laboral que es originado o no puede ser controlado por la ausencia o deficiencia de las medidas de prevención y que afortunadamente se salda sin desgracias personales²⁹².

Podría considerarse otra restricción al resultado típico el que, conforme al tenor literal del artículo 168-A del CP, la puesta en peligro esté referida a “los trabajadores” en plural. De ello podría inferirse que no será suficiente, en términos de tipicidad, que se ponga en peligro la vida o la salud de un trabajador, sino que dicho peligro concreto debe afectar a una pluralidad de trabajadores. A nuestro entender, esta interpretación no es concluyente. En el Derecho penal italiano se ha discutido concretamente este punto, aunque debe precisarse que, en dicho país, puede resultar razonable la exigencia

292 Así, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *LH-Cobo del Rosal*, p. 573; EL MISMO, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Serrano-Piñecas/Demetrio Crespo (dir.), Madrid, 2008, p. 346.

de la pluralidad, dado que los tipos penales que protegen la seguridad en el trabajo se ubican como delitos de peligro común²⁹³. En nuestro país, sin embargo, la situación es sistemáticamente distinta, pues el delito de incumplimiento del deber de prevención de riesgos laborales está incorporado en un título que agrupa delitos de carácter individual, por lo que resulta plenamente fundado asumir la pauta interpretativa de que el peligro concretamente producido puede estar referido a un solo trabajador. Por lo tanto, el tipo penal se consumará con la puesta en peligro de la vida o salud de un solo trabajador. El que el segundo párrafo del artículo 168-A del CP agrave la pena por la lesión o muerte de un solo trabajador, confirma la perspectiva de que, en términos de lesividad concreta, basta con que se afecte a un solo trabajador.

Si la estructura típica del delito de incumplimiento del deber de prevención de los riesgos laborales se enfoca desde la perspectiva de la teoría de la imputación objetiva, entonces debe decirse que a la imputación del comportamiento consistente en que el empleador no adoptó las medidas de prevención legalmente establecidas y concretamente exigidas por la autoridad laboral, debe atribuírsele una situación de peligro concreto para la vida o la salud de los trabajadores²⁹⁴. Desde tal estructura, no habría ningún inconveniente para sancionar este delito en grado de tentativa, si es que el incumplimiento del deber de prevención no conlleva, por razones ajenas al autor, una puesta en peligro concreta de la salud o la vida de los trabajadores²⁹⁵. Por ello, también es razonable aceptar la figura del desistimiento si es que el empleador voluntariamente corrige el incumplimiento del deber de prevención y evita la generación de una situación de peligro concreto (por ejemplo, no adquiere los equipos de protección exigidos y antes de que se inicie efectivamente el trabajo impide a los trabajadores llevarlo a cabo). No obstante, el castigo de la tentativa no parece razonable en términos de necesidad de pena, no solo porque al ser este delito una anticipación de la

293 Vid., al respecto, CASTRONUOVO, en *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Hortal Ibarra (coord.), p. 157.

294 Igualmente, en el tipo penal anterior, ORÉ SOSA, *Boletín* 33 (19 de septiembre de 2011) Estudio Oré Guardia, p. 7.

295 Admiten la tentativa en el Derecho penal español, BOIX/ORTS, en *LH-Barbero Santos*, p. 70; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 784; COMPAÑY CATALÁ, *La protección penal de la seguridad y salud en el trabajo*, pp. 108 y ss.

tutela penal de la vida y la salud de los trabajadores se estaría castigando finalmente una tentativa de la tentativa, sino porque al existir una normativa administrativa sancionatoria que reprime el solo incumplimiento del deber de prevención por parte del empleador, bastará en estos casos con imponer las sanciones administrativas correspondientes²⁹⁶.

Al ser el delito de incumplimiento del deber de prevención de riesgos laborales un delito de resultado, es posible que la generación de un peligro concreto no sea la realización del riesgo creado por la no adopción de las medidas de prevención. Por ejemplo, el empleador no cumple, en contra de la normativa de prevención, con hacer los chequeos médicos periódicos para controlar algunas reacciones alérgicas del trabajador por su exposición a ciertos insumos productivos, sufriendo el trabajador un infarto que casi le quita la vida por una deficiencia cardíaca que los chequeos habrían podido detectar. Si bien el cumplimiento de la normativa de prevención de los riesgos laborales habría permitido controlar la patología cardíaca del trabajador, el fin de la norma que impone el control médico periódico no es detectar anomalías cardíacas, sino posibles reacciones alérgicas. En este caso, hay indudablemente una infracción del deber de prevención, pero el resultado de peligro concreto no es imputable a dicha infracción del deber, por lo que la solución es admitir una infracción administrativo-laboral del empleador y un resultado de peligro atribuible al infortunio o a otra persona, incluido el trabajador²⁹⁷.

e. El dolo

El delito de incumplimiento del deber de prevención de riesgos laborales se sanciona, conforme a la regla del artículo 12 del CP, solamente a título de dolo²⁹⁸. Sin embargo, no cualquier forma de dolo puede configurar el tipo penal, pues la redacción actual del artículo 168-A del CP exige que el autor

296 No obstante, en la doctrina penal española algunos autores, como GALLARDO GARCÍA, *DS* Vol. 14, N.º 2 (julio-diciembre 2006), p. 272, consideran que el delito contra la seguridad de los trabajadores debería configurarse con el solo peligro abstracto.

297 Plantea de forma general esta situación, RAMÍREZ BARBOSA, en *Estudios en Derecho y Gobierno*, p. 29.

298 Por el contrario, en los ordenamientos penales italiano y español, se castiga también supuestos de culpa o imprudencia. Vid., al respecto, HORTAL IBARRA, en *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Hortal Ibarra (coord.), pp. 89 y ss.

actúe “deliberadamente”. Dada esta exigencia subjetiva, queda claro que el dolo del autor solamente será punible si actúa con la intención de incumplir con las medidas de prevención requeridas²⁹⁹, lo que trae como consecuencia la impunidad del dolo eventual. El autor debe actuar con conocimiento y voluntad de inobservar las medidas de prevención exigidas por la autoridad laboral.

En relación con el elemento cognitivo del dolo, el empleador debe tener conocimiento de la falta de adopción de las medidas de prevención, así como también de la idoneidad concreta de este incumplimiento para generar una situación de peligro inminente para la vida, salud o integridad física de los trabajadores. El conocimiento de la falta de adopción de las medidas de prevención debe abarcar específicamente el hecho de que las normas de seguridad y salud en el trabajo exigen tal adopción y que la autoridad laboral competente le ha hecho saber previamente que no ha cumplido con hacerlo. En la línea de una comprensión normativa del dolo, el conocimiento exigido por el dolo no debe entenderse en un sentido psicológico como representación interna del autor, sino como una imputación que se hace a partir de ciertos referentes individuales. En este orden de ideas, al empleador le compete conocer los riesgos laborales y los mecanismos preventivos legalmente exigidos, por lo que este conocimiento le será imputado si es que sus circunstancias personales le permiten el acceso cognitivo y valorativo a estos aspectos de su actividad productiva.

La comprensión normativa del dolo permite resolver sin mayor apuro los casos de imprudencia dirigida, lo que tiene lugar cuando el directivo de una empresa ordena planificadamente a los niveles inferiores que no le informen sobre la implementación de los sistemas de prevención de riesgos laborales, de manera tal que su nivel de conocimiento psicológico no alcance lo requerido para una imputación dolosa. Si bien el conocimiento psicológico es insuficiente en estos casos para afirmar la existencia de dolo,

299 Similarmente, CALDERÓN VALVERDE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 63 (setiembre 2014), p. 14; VILLEGAS PAIVA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 63 (agosto 2014), p. 26. Una particular perspectiva asume PEÑA CABRERA FREYRE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 62 (agosto 2014), pp. 117 y ss., quien sostiene que no se trata de un elemento que influya sobre el dolo (espec. en el elemento volitivo), sino que constituye una exigencia subjetiva adicional que opera a nivel de la emotividad o sentimiento humano.

en términos normativos podrá imputársele el nivel de conocimiento requerido para la configuración dolosa.

Dado que el artículo 168-A del CP constituye una ley penal en blanco que se remite a la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo, se suscita aquí la tan debatida cuestión de si el dolo debe abarcar el conocimiento de la normativa extrapenal o no. En el presente caso se está ante una ley penal en blanco propia que se remite a la normativa extrapenal para especificar cuáles son las medidas preventivas necesarias para evitar o controlar los riesgos laborales. Es manifiesto el carácter indeterminado del concepto utilizado por el tipo penal (“medidas previstas en las normas de seguridad y salud en el trabajo”), por lo que la imputación del conocimiento de este elemento típico se debe extender a los aspectos concretamente regulados por la LSST, su reglamento y leyes laborales especiales³⁰⁰. En la medida que el autor del delito es el empleador, su posición permitirá tomar como una competencia suya conocer el sistema mínimo de gestión de la seguridad y salud en el trabajo que la ley obliga a adoptar, de manera que si sus circunstancias personales no le impiden acceder cognitivamente a este requerimiento legal, podrá imputársele su conocimiento sin mayores problemas.

Una situación de error de tipo puede tener lugar respecto de cualquier elemento objetivo del tipo penal. Usual será el caso en el que el empleador o su representante cumplen con adoptar una medida preventiva legalmente requerida y exigida concretamente por la autoridad laboral, pero lo hacen de forma defectuosa. Si el autor no tiene conocimiento del carácter defectuoso de su cumplimiento, entonces estará en una situación de error de tipo. Muchas veces la implementación de cierta medida preventiva está a cargo del personal especializado de otra empresa que escapa al control directo del empleador. Por ejemplo: se contrata a una empresa para capacitar sobre ciertos riesgos laborales al personal y dicha capacitación no se hace de la mejor manera. En este caso, el empleador puede suponer razonablemente que se ha cumplido con implementar la medida de prevención requerida (la capacitación del personal), no constándole la deficiencia de su implementación. Podría alegarse que, en un supuesto como este, de todas formas se le puede reprochar no haber controlado la calidad de la capacitación, pero ciertamente con ello solo se podrá sustentar la vencibilidad del error, lo que

300 Igualmente en el Derecho penal español, BAJO/BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 701.

llevará igualmente a la falta de castigo por la falta de incriminación de un supuesto de realización culposa.

f. La pena y su agravación por la cualificación del resultado

El incumplimiento del deber de prevención de riesgos laborales se sanciona con una pena privativa de libertad no menor de un año ni mayor de cuatro años. Si bien solo se contempla expresamente la pena privativa de libertad, es evidente que resulta posible la imposición de otras penas accesorias (como la inhabilitación para ejercer la industria o el comercio) y de otras consecuencias jurídicas del delito (como las consecuencias accesorias y la reparación civil). Una mención especial cabe hacer a las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas conforme a lo establecido en el artículo 105 del CP, pues si se mantiene la peligrosidad del centro de trabajo, el juez estará autorizado a imponer, incluso cautelarmente, una medida preventiva adecuada para impedir que la persona jurídica siga realizando la actividad productiva de una forma que ponga en riesgo la seguridad personal de los trabajadores.

El segundo párrafo del artículo 168-A del CP prevé una agravación de la pena si el peligro generado por la inobservancia de las normas de seguridad y salud en el trabajo conlleva un accidente de trabajo que provoca la muerte o una lesión grave en un trabajador o tercero. La cuantía de la agravación de la pena depende del resultado acaecido. Si se produce una lesión grave, la pena privativa de libertad se incrementa a no menor de tres años ni mayor de seis años. Si lo que sobreviene es la muerte, entonces la pena pasa a ser no menor de cuatro años ni mayor de ocho años. Estas circunstancias de agravación constituyen lo que, de manera general, se conoce como un delito cualificado por el resultado. Lo más resaltante de esta figura delictiva es que no resultan aplicables las reglas generales del concurso (ideal) de delitos, sino que simplemente se impondrá al autor la pena agravada por el resultado que se suma al tipo penal básico.

Entre la falta de adopción de las medidas de prevención establecidas en la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo y el resultado de muerte o lesión, debe existir un nexo normativo que debe determinarse en atención al criterio del fin de protección de la norma. De manera concreta, el resultado producido se podrá imputar objetivamente al incumplimiento del deber de

prevención, si forma parte de la clase de resultados que la norma que obliga a adoptar la medida de prevención incumplida apunta a evitar o controlar. La pena agravada prevista abarca el desvalor de la generación de una situación de peligro concreto para los trabajadores (tipo básico) y el desvalor de la afectación de un trabajador o un tercero (resultado cualificante). Como puede verse, esta agravante sigue, en cuanto al resultado cualificante, una concepción amplia del deber de prevención que no se limita a los trabajadores (directos o indirectos), sino también a los visitantes y usuarios (artículo 68 de la LSST), a los que califica como terceros.

En el plano subjetivo, la agravación requiere que el autor haya podido prever el resultado de lesión grave o de muerte. Por lo tanto, podría sostenerse que bastará con que el resultado cualificado se pueda imputar al autor a título de culpa. Sin embargo, si se sigue una interpretación sistemática que procure formar un cuadro proporcionado de las penas, lo razonable será que esta agravante se aplique a la producción dolosa o culposa de las lesiones, pero en el caso de muerte del trabajador se limite a la producción culposa. Si la agravante se aplicase también a la producción dolosa (incluida la eventual) de la muerte, entonces se generaría un marco penal abstracto más favorable para el empleador (“de 4 a 8 años” frente a “de 6 a 20 años”). Por lo tanto, si el incumplimiento del deber de prevención laboral lleva a una producción dolosa de la muerte de un trabajador o un tercero, lo que procede es acudir al artículo 106 del CP. En este último caso se aplicará únicamente el artículo 106 del CP si es que la actuación del empleador puso en peligro solamente al trabajador que resultó lesionado, pero si se puso dolosamente en peligro de muerte a varios trabajadores y solo uno o algunos murieron, entonces cabrá sostener un concurso de delitos entre el primer párrafo del artículo 168-A del CP y el artículo 106 del CP.

III. Aspectos procesales

La persecución de los delitos laborales presenta ciertos problemas procesales usuales. En cuanto al inicio de la investigación penal, hay que tener en cuenta que se trata de un delito de persecución pública que le corresponde perseguir al Ministerio Público, por lo que el ejercicio de la acción penal puede ser de oficio, a instancia de uno de los trabajadores agraviados o por denuncia de cualquier persona mediante acción popular. En este últi-

mo punto conviene destacar que los inspectores de trabajo pertenecientes al Ministerio de Trabajo que, con ocasión del ejercicio de la función inspectiva, aprecien indicios de la comisión de un delito referido al incumplimiento de la normativa de seguridad laboral, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Público. Pero debe quedar claro que esta comunicación no debe ser considerada una condición de procedibilidad de la acción penal, sino una forma específica de ejercicio de la acción popular. De destacar es que si los inspectores no cumplen con informar al Ministerio Público los hechos de posible incidencia penal, estarán incurso en un delito de omisión de denuncia (artículo 407 del CP).

Si el mismo hecho que motiva el proceso penal tiene también una incidencia administrativa, la preeminencia le corresponde el Derecho Penal, tal como lo establecen el artículo III del Título Preliminar del CPP y el artículo 230 inciso 10 de la LPAG. En consecuencia, y de cara a preservar tanto la vertiente material como procesal del *non bis in idem*, el procedimiento administrativo sancionatorio debe suspenderse hasta que se emita una decisión en el ámbito penal. Si se impone una sanción penal al empleador, ya no se le podrá imponer una sanción por ese mismo hecho en sede administrativa. Si se le absuelve penalmente, quedará un espacio para imponerle una sanción administrativa, siempre que el pronunciamiento administrativo se mantenga en el hecho judicialmente determinado (principio de inalterabilidad del hecho judicialmente determinado). En caso que el empleador sea una persona jurídica, es posible que en sede penal se condene a su representante y se proceda luego a sancionar en el ámbito administrativo al ente corporativo. En este caso, la imposición de la sanción administrativa también debe hacerse sobre la base de lo fijado judicialmente al momento de condenar al representante legal.

Capítulo II

VENTA ILEGAL DE MERCADERÍAS

I. Introducción

No hay duda que el libre mercado no asegura que todas las personas puedan alcanzar los recursos económicos necesarios para satisfacer sus necesidades básicas. Ante esta situación, el Estado está obligado a intervenir en la economía mediante el desarrollo de programas sociales que apuntan a cubrir los requerimientos mínimos de los sectores sociales poco favorecidos por el sistema económico, así como a canalizar también el apoyo solidario de los particulares. Estos emprendimientos sociales pueden ser de diversa índole, siendo muy usual el de la entrega gratuita de bienes esenciales como alimentos, medicinas o ropa. Con la finalidad de asegurar que tales bienes lleguen a los que realmente lo necesitan y no sean utilizados por sujetos inescrupulosos para obtener algún tipo de beneficio económico, el legislador penal tipifica como delito los actos de negociación de los bienes recibidos para su distribución gratuita. Queda claro que, más allá de lo altamente reprochable que es lucrar con la necesidad ajena, lo que sustenta la relevancia penal del delito de venta ilegal de mercaderías es la frustración de las actividades de apoyo social que el Estado implementa u organiza para paliar la falta de acceso de ciertos sectores a los beneficios del modelo económico³⁰¹.

II. Bien jurídico penalmente protegido

El delito de venta ilegal de mercaderías ha sido ubicado por el legislador penal como un delito contra el orden económico, por lo que podría

301. Similarmente, TIMANÁ ÁLVAREZ/CHUNGA HIDALGO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 64 (octubre 2014), p. 172.

sostenerse que, al menos desde dicha perspectiva, el bien jurídico penalmente protegido es el orden económico. Sin embargo, resulta indiscutible que la intervención del Estado en la economía por medio del desarrollo de programas de apoyo social o la organización de actividades de solidaridad en lo absoluto puede ser considerada un tema regulatorio, por lo que mal podría hacerse en calificar esto como parte del orden económico. Hay, sin duda, una intervención estatal, pero no mediante su facultad de regular la actuación de los particulares, sino como un agente que procura cubrir las carencias básicas de sectores sociales de escasos recursos.

Lo anterior permite descartar que el bien jurídico penalmente protegido sea el orden económico o algún aspecto derivado de este concepto general. Tampoco se trata de una protección de los intereses de los consumidores³⁰², pues es evidente que el contexto típico no es una relación de consumo. Lo que protege es, más bien, el éxito de los actos de compensación o mitigación de situaciones de desigualdad social. El Estado no es un simple árbitro del sistema económico que se asegura únicamente de que todos respeten las reglas de juego, sino que, en ciertos casos, debe inclinar la cancha para conseguir favorecer a aquellos que, por cualquier razón, no obtienen beneficios del sistema económico basado en el libre mercado. El delito de venta ilegal de mercaderías sanciona precisamente los actos que frustran esta política de apoyo a sectores desfavorecidos. El bien jurídico penalmente protegido será, por lo tanto, la expectativa de conducta de que las actividades de apoyo social desplegadas por el Estado consistentes en la entrega gratuita de bienes a personas en situación de necesidad alcancen sus objetivos³⁰³.

III. El tipo penal

El delito de venta ilegal de mercaderías comprende un tipo básico y determinados supuestos de agravación de la pena. El tipo básico sanciona la puesta en venta o la negociación de bienes recibidos para su distribución gratuita. En la redacción originaria el delito se agravaba, conforme al segundo párrafo del artículo 237 del CP, en dos supuestos: si era realizado

302 Tal como lo sostiene PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 133.

303 En la misma línea, TIMANÁ ÁLVAREZ/CHUNGA HIDALGO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 64 (octubre 2014), pp. 174 y ss.

por un funcionario o servidor público y si se cometía en época de conmoción o calamidad públicas. En el 2002, la Ley N.º 27776 modificó el párrafo antes mencionado y agregó, como un nuevo supuesto típico, el transporte o comercialización sin autorización de bienes fuera del territorio en el que goza de beneficios provenientes de un tratamiento tributario especial. En términos formales, habría que sostener que se trata de un supuesto de agravación del tipo básico de venta ilícita de mercaderías. Sin embargo, su estructuración típica deja en claro que es una figura típica distinta que apunta a castigar la comercialización no autorizada de bienes fuera de una zona con tratamiento tributario especial³⁰⁴. Por lo tanto, no debe ser interpretada como una agravación del delito de venta ilícita de bienes de distribución gratuita, sino, más bien, como un tipo penal autónomo. Su vinculación con un régimen de tratamiento tributario especial, hace que lo más conveniente sea estudiarla en el capítulo siguiente referido a los delitos contra el otorgamiento de subvenciones.

1. El tipo penal básico

A. Los sujetos del delito

El artículo 237 del CP regula el delito de venta ilícita de mercaderías como un delito común que puede ser cometido a título de autor por cualquier persona³⁰⁵. Sin embargo, podría sostenerse un parecer distinto si es que se entendiese que el autor del delito tiene que recibir previamente los bienes para su distribución gratuita, de manera que sin esa condición anterior no es posible ser autor del delito. Este razonamiento no es aceptable, pues el artículo no exige que el autor haya recibido previamente los bienes para su distribución gratuita, sino que alguien los haya recibido con dicho fin. Por lo tanto, el tipo penal puede también configurarse cuando los bienes

304 Con razón sostienen TIMANÁ ÁLVAREZ/CHUNGA HIDALGO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 64 (octubre 2014), p. 175, que de la lectura del artículo 237 del CP se desprenden dos conductas distintas: la primera relacionada con bienes de distribución gratuita y la segunda, con bienes que gozan de tratamiento tributario especial. Por el contrario, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 139, hace la afirmación de que se trata de un supuesto de agravación.

305 Vid., PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 134; TIMANÁ ÁLVAREZ/CHUNGA HIDALGO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 64 (octubre 2014), p. 177.

hayan sido entregados a una persona distinta para su distribución gratuita. Así las cosas, autor del delito puede ser cualquier persona.

Si es una persona jurídica la que recibe los bienes, el delito será cometido por aquellos miembros individuales que los ponen luego en venta o los negocian. No hay ninguna restricción típica para que el delito no pueda ser cometido por una pluralidad de personas, respondiendo cada una de ellas por su aporte al hecho, según las reglas generales de la intervención delictiva. Lo que, sin embargo, sí puede decirse de manera específica es que si el que recibe los bienes los entrega a otro para su negociación, su aporte permitirá castigarlo como cómplice del delito, a no ser que haya instrumentalizado al que negocia los bienes, quien actuó desconociendo que debían ser repartidos gratuitamente a favor de determinadas personas. En este último caso, lo que habrá claramente es una autoría mediata.

El sujeto pasivo del delito lo serán las personas a las que estaban destinados los bienes para serles entregados gratuitamente y que han sido desviados de dicha finalidad por el autor del delito. El tipo penal no exige que se haya frustrado la finalidad primigenia de los bienes, pues se castiga solamente su puesta en venta o negociación sin que sea necesario que se hayan transferido efectivamente a terceros. Puede ser que, finalmente, los bienes lleguen a ser distribuidos, lo que solamente podría significar la falta de agraviados que puedan constituirse en actores civiles con pretensión de ser indemnizados.

B. La conducta típica

La conducta típica está compuesta por dos verbos rectores: poner en venta y negociar. Dado que ambos verbos están vinculados por la disyunción “o”, se podría concluir que la realización de cualquiera de ellos configura plenamente el tipo penal. Sin embargo, salta rápidamente a la vista que entre ambos verbos rectores existe una relación de género-especie, pues la puesta en venta es una forma de negociación³⁰⁶. Lo anterior pondría en evidencia entonces que no se trata propiamente de modalidades delictivas alternativas, sino que la realización de la primera conlleva siempre la rea-

³⁰⁶ Por el contrario, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 138, sostiene que la negociación es un paso siguiente a la puesta en venta, por lo que basta con tipificar únicamente la puesta en venta.

lización de la segunda. Ante tal situación, lo que corresponde es reducir la interpretación del tipo penal a la modalidad de negociación, aun cuando la técnica legislativa no haya sido la mejor al establecer innecesariamente dos modalidades de realización. En este orden de ideas, el análisis que se emprenderá seguidamente sobre la conducta típica, se centrará en la modalidad de negociación.

El término negociar abarca primeramente las diversas formas de ofrecimiento de un bien para ser adquirido. El tipo penal es abierto en cuanto a las formas de ofrecimiento, por lo que podrá ser abarcada cualquier modalidad. En este orden de ideas, puede tratarse de un ofrecimiento particular o público, un ofrecimiento directo o intermediado, etc. Dentro del concepto de negociación entran también todas las tratativas llevadas a cabo para cerrar el acuerdo de adquisición del bien. Por lo tanto, la formulación de ofertas y contraofertas forman parte también de la negociación. Finalmente, se encontrarán igualmente abarcada la ejecución de los actos de transferencia del bien como son su entrega o suministro. Por el contrario, no pondrán englobarse como actos de negociación los actos de transporte o almacenamiento³⁰⁷, lo que no impide que puedan ser considerados actos de participación si sirven para la negociación de los bienes por parte del autor.

El objeto material del delito son los bienes recibidos para su distribución gratuita. El término “bienes” debe entenderse en el sentido de cosa, es decir, de bienes materiales, por lo que el delito no se podrá configurar respecto de bienes inmateriales como algún derecho, crédito o información. Estos bienes deben haberse recibido para su distribución gratuita, lo que, como ya se dijo, no es un presupuesto que deba darse en el autor del delito, sino que puede tener lugar en relación con cualquier particular. De esta exigencia se desprende que el delito bajo comentario no se podrá cometer si es que el bien se entrega para una venta a un precio subvencionado³⁰⁸. Aunque pudiese afirmarse que estos casos cuentan con el mismo fundamento, la observancia del principio de legalidad impedirá que sean pasibles de sanción

307 Precisamente, TIMANÁ ÁLVAREZ/CHUNGA HIDALGO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 64 (octubre 2014), p. 179, discuten esta cuestión de la mano de uno de los pocos casos en que la Corte Suprema se ha pronunciado sobre el delito aquí analizado (R.N. N.º 5150-2007-Junín del 05.06.2008).

308 Igualmente, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 138.

penal con base en el artículo 237 del CP. La entrega de los bienes no debe entenderse en un sentido naturalista, sino jurídico, es decir, como la capacidad jurídica de disponer de un bien. Por ello, el delito se podrá cometer aunque físicamente los bienes no hayan sido movidos del lugar en el que se encuentren (por ejemplo, un almacén).

Si bien el tipo penal no es explícito sobre a quiénes deben entregarse gratuitamente los bienes, su contexto justificativo permite restringirlo a personas en condiciones de pobreza, necesidad o deficiencia³⁰⁹. Por lo tanto, el tipo penal no se realizará si alguien vende suvenires publicitarios que una institución pública entrega gratuitamente a cualquier persona (por ejemplo, lapiceros, polos, textos legales, etc.). Del mismo modo, puede concluirse que, aunque tampoco el tipo penal lo señale expresamente, el particular debe haber recibido el bien directa o indirectamente del Estado o de una organización estatal. Esto no quiere decir que el Estado deba haber adquirido previamente el bien entregado para su distribución gratuita, pues puede tratarse perfectamente de donaciones realizadas por particulares o por otro Estado que el Estado Peruano simplemente canaliza³¹⁰. Lo que sustenta el injusto penal del delito de venta ilegal de mercancías es que se frustre un acto de compensación o mitigación emprendido por el Estado. Por el contrario, si es un particular quien entrega a otro particular unos bienes para que sean entregados gratuitamente, pero este último procede a venderlos (por ejemplo, el visitador médico que vende las muestras médicas que su empleadora le entrega para ser obsequiadas a los médicos), entonces lo que se habrá producido es un delito de apropiación ilícita, pero no un delito económico contra la intervención del Estado en la economía.

Un punto de discusión interpretativo podría presentarse en relación con el plural utilizado para referirse al objeto del delito, pues, si se sigue el tenor literal, la negociación deberá hacerse respecto de una pluralidad de bienes, quedando al margen de lo típicamente relevante el ofrecimiento de un solo bien. No hay duda de que el legislador utiliza el plural porque lo usual es que se trate de bienes de entrega masiva, lo que supone siempre una pluralidad.

309 Vid., TIMANÁ ÁLVAREZ/CHUNGA HIDALGO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 64 (octubre 2014), p. 173.

310 FLORES POLO, *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 31 (diciembre 1996), p. 32, hace alusión a las donaciones hechas por otros países en el delito de venta ilegal de mercaderías.

Sin embargo, desde el punto de vista del bien jurídico protegido no parece posible encontrar alguna razón para exigir una pluralidad de bienes, pues lo decisivo es que se frustrate un acto de corrección estatal en la economía. Sostener lo contrario podría llevar al absurdo de dejar al margen de lo punible la venta de una casa celebrada por quien la ha recibido del Estado para ser entregada de manera gratuita a personas de escasos recursos económicos.

C. El elemento subjetivo

Solamente la realización dolosa del tipo penal previsto en el primer párrafo del artículo 237 del CP se sanciona penalmente. No hay una incriminación expresa de la realización culposa, por lo que, conforme a la regla general contenida en el artículo 12 del CP, la reacción punitiva se debe circunscribir a la modalidad dolosa. El dolo requiere imputar al autor el conocimiento de que está negociando un bien que ha sido entregado para su distribución gratuita. El desconocimiento de la finalidad social del bien recibido excluye el dolo. Al no estar criminalizada la actuación culposa, la imputación penal decaerá incluso si la situación de error es evitable.

D. Consumación

El delito se consuma instantáneamente con la realización de la conducta típica de negociación. Se trata, por lo tanto, de un delito de mera conducta³¹¹, por lo que no es necesario que se produzca un resultado diferenciado de la acción. Esta estructuración del tipo penal excluye prácticamente la posibilidad de admitir una tentativa, pues el inicio de cualquier acto de negociación consume ya el tipo penal. Del mismo modo, no habrá un espacio para un desistimiento a nivel de la ejecución del delito.

E. Penalidad

El delito de venta ilegal de mercancías contempla una sola clase de pena: pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años. Junto a la pena se pueden imponer otras consecuencias jurídicas derivadas del delito,

³¹¹ Del mismo parecer, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 137.

en especial, el decomiso de los objetos del delito, esto es, los bienes que debían ser entregados gratuitamente.

F. Concurso

Una situación usual en la comisión del delito de venta ilegal de mercancías es la realización de varios actos de negociación de los bienes. En este caso, no se presenta un concurso homogéneo de delitos, sino una realización típica iterativa, pues la conducta típica de “negociar bienes” encierra evidentemente la ejecución de varios actos de negociación. Distinto es el caso si se trata de bienes que han sido entregados en diversas campañas o programas sociales. Lo que tiene lugar aquí es un concurso homogéneo de delitos, pero que, por la regulación de la figura del delito continuado en el artículo 49 del CP, debería ser tratado como un solo delito ejecutado continuadamente.

2. El tipo penal agravado

El segundo párrafo del artículo 237 del CP contempla, en estricto, dos agravantes del delito de venta ilegal de mercancías. En ambos casos la pena privativa de libertad se incrementa a no menor de tres años, ni mayor de ocho años.

La primera circunstancia de agravación es de naturaleza objetiva, por lo que alcanzará a todos los intervinientes en el delito que tienen conocimiento de la misma. Esta circunstancia tiene lugar cuando el delito se comete en época de conmoción o calamidad públicas, lo que quiere decir que la entrega gratuita de los bienes está dirigida a cubrir las necesidades o carencias básicas de personas afectadas por la situación de desastre o emergencia públicas. El concepto utilizado constituye, sin duda, una cláusula general que permite abarcar cualquier hecho que altere gravemente el normal estado de las cosas, generando escasez o dificultad de la población para acceder a los bienes que requiere para la satisfacción de sus necesidades. Su origen puede ser natural (terremoto, inundaciones, plagas, etc.) o creadas por el hombre (guerras, incendios, subversión, etc.).

La segunda circunstancia de agravación se presenta cuando el delito es realizado por un funcionario o servidor público. A diferencia de la circuns-

tancia de agravación anterior, esta tiene una naturaleza subjetiva, por lo que solamente agravará la pena del interviniente que tiene la calidad de funcionario o servidor público. Para determinar el alcance del concepto utilizado de funcionario o servidor público, puede recurrirse al artículo 425 del CP. En términos formales, esta agravante constituye un delito especial impropio, pero, en términos materiales, habría que definir si se trata de un delito de infracción de un deber o de un delito especial de dominio. Dado que la agravante no dispone que el funcionario o servidor público actúe en contravención o abusando de sus funciones, puede concluirse que su configuración típica se mantiene en la lógica del dominio que se agrava por la mayor expectativa de cumplimiento de la legalidad que despierta un funcionario público. Por lo tanto, cualquier funcionario o servidor público podrá realizar esta circunstancia de agravación, sin que sea necesario que esté obligado por su cargo a recibir, gestionar o entregar las mercaderías destinadas a un fin asistencial o de apoyo social.

Un tema puntual en relación con la agravante por la calidad de funcionario público es el eventual concurso con el delito de peculado. Tal situación se presentará si el funcionario público que negocia los bienes está funcionalmente obligado a su percepción, administración o custodia. Si no existe esta vinculación especial del funcionario público que negocia ilícitamente los bienes, entonces no habrá una relación concursal con el delito de peculado. De darse el concurso, lo que habrá es un concurso ideal de delitos³¹², pues los dispositivos penales concurrentes protegen bienes jurídicos distintos (la función pública y la intervención estatal para ayudar a sectores sociales desfavorecidos). Sin embargo, debe tenerse en consideración que el artículo 387 del CP contempla, en su tercer párrafo, una circunstancia de agravación del delito peculado cuando recae sobre efectos destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. Esta agravante recoge indiscutiblemente lo específicamente protegido por el delito de venta ilícita de mercancías, por lo que razones de especialidad llevarán a aplicar exclusivamente el tipo penal de peculado agravado³¹³.

312 Afirman una situación de concurso ideal de delitos, TIMANÁ ÁLVAREZ/CHUNGA HIDALGO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 64 (octubre 2014), p. 177.

313 Igualmente, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, pp. 135 y ss.

Capítulo III

LOS DELITOS DE MALVERSACIÓN DE SUBVENCIONES

I. Introducción

Existen diversas actividades favorables para el adecuado funcionamiento del sistema económico que los privados no logran satisfacer o mantener, por lo que requieren ser fomentadas por el Estado de distintas maneras. Un mecanismo usual de fomento es la subvención económica, esto es, el otorgamiento de una ventaja patrimonial a una persona natural o jurídica, sin requerir una contraprestación directa, con la finalidad de promover una situación de interés público³¹⁴. Esta ventaja patrimonial otorgada por el Estado puede presentarse de diversas formas: como exoneraciones tributarias, devoluciones de impuestos, tratamientos tributarios especiales, entrega de dinero en efectivo, tipo de cambio preferencial, pago parcial de un precio, etc.³¹⁵ Lo que caracteriza a todas ellas es que aligeran los costos que el privado debe asumir para emprender o mantener una determinada actividad. Eso es precisamente lo que la hace más atractiva en términos de rentabilidad económica. Por ello, cabe dar plena validez a la afirmación de que las sub-

314 Se hace aquí referencia a un sentido estricto de la subvención que se circunscribe a las subvenciones económicas y que no engloban las sociales o culturales. Sobre la mayor o menor extensión del concepto de subvención, vid., TIEDEMANN, *ZStW* 86 (1974), p. 901; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, pp. 618 y ss.

315 Estas distintas formas de subvención pueden clasificarse de diversos modos, siendo uno de los criterios de clasificación más gráficos el que las distingue entre directas o indirectas, en función de si el Estado entrega dinero o simplemente exonera o reduce ciertos pagos a su favor (exención o desgravación). Vid., GÓMEZ RIVERO, *El fraude de subvenciones*, pp. 40 y ss.; SÁNCHEZ LÓPEZ, *El delito de fraude de subvenciones*, pp. 109 y ss.

venciones no apuntan a desplazar o sustituir el libre juego del mercado, sino a corregir los posibles desequilibrios económicos y sociales³¹⁶.

Con la finalidad de asegurar que las subvenciones se entreguen a quienes realmente reúnan las condiciones para su concesión y estos cumplan con la finalidad de fomento procurado, se establecen procedimientos reglados de asignación y fiscalización de las subvenciones³¹⁷. Sin embargo, pese a la existencia de este sistema administrativo de control, muchos particulares consiguen aprovecharse indebidamente de las subvenciones estatales³¹⁸. Este aprovechamiento puede darse en dos momentos distintos: por medio de un engaño sobre el cumplimiento de las condiciones establecidas para recibir o mantener una subvención (modalidad de fraude); o aplicando la subvención recibida a una finalidad distinta (modalidad de malversación)³¹⁹. La necesidad de evitar que estas conductas de aprovechamiento indebido sigan teniendo lugar, ha llevado a que se tome la decisión de acudir al Derecho penal para garantizar el correcto desarrollo de la actividad estatal de subvención.

La primera discusión en relación con la intervención del Derecho penal para reprimir el aprovechamiento indebido de las subvenciones estatales gira en torno a la cuestión de si es necesario crear un tipo penal específico o si basta con recurrir a figuras delictivas ya existentes como la estafa o la defraudación tributaria³²⁰. Si se atiende a la esquematización que se ha hecho de las conductas de aprovechamiento indebido de subvenciones, se podrá constatar, por ejemplo, que el tipo penal de estafa únicamente estaría en ca-

316 En este sentido, GÓMEZ RIVERO, *El fraude de subvenciones*, p. 23.

317 Vid., ASÚA BATARRITA, en *Estudios de Derecho penal económico*, Mir/Modolell/Gallego/Bello (coord.), pp. 301.

318 Muestra lo extendido de los actos de fraude de subvenciones en Europa, GÓMEZ RIVERO, *El fraude de subvenciones*, pp. 24 y ss.

319 Vid., esta distinción de supuestos, ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN, *Fraude de subvenciones*, pp. 28 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 654. Sin embargo, GÓMEZ RIVERO, *El fraude de subvenciones*, pp. 45 y ss., hace la pertinente precisión de que estas modalidades pueden presentarse de manera distinta según la subvención sea *ex ante* o *ex post* (es decir, si la ventaja económica se entrega antes o después de realizada la actividad fomentada), pues si bien en el primer caso el aprovechamiento indebido puede tener lugar tanto al momento de acreditar los requisitos para gozar de la subvención, como a la hora de realizar la actividad subvencionada, en el segundo caso se circunscribe al momento de acreditar haber realizado la actividad subvencionada.

320 Vid., GÓMEZ RIVERO, *El fraude de subvenciones*, p. 105; JAÉN VALLEJO, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo (dr.), pp. 346 y ss.

pacidad de abarcar los actos propios de la modalidad de fraude³²¹, pero no los que se agrupan en la modalidad de malversación³²². Ello sin contar que la pena prevista para el delito de estafa no abarca completamente el desvalor de la modalidad de fraude de subvenciones, en la medida que dicha actuación no solo perjudica el patrimonio del Estado, sino que fundamentalmente frustra la finalidad estatal de fomento en sectores económicos sensibles³²³. Todo esto habla, sin duda, a favor de la necesidad de incorporar una tipificación específica para el aprovechamiento indebido de subvenciones.

La forma como debe configurarse legislativamente un delito específico que reprima los actos de aprovechamiento indebido de subvenciones tampoco es un tema del todo resuelto. Se ha discutido primeramente si dicho delito debe ser incorporado al Código Penal o si, por el contrario, debe ser regulado por una ley penal especial³²⁴. Argumentos como el tecnicismo y la flexibilidad de su estructuración típica, han sido alegados para respaldar una regulación especial al margen del Código Penal³²⁵. Sin embargo, la mayoría de los ordenamientos penales que han decidido tipificar un delito específico de aprovechamiento indebido de subvenciones, han optado por hacerlo en el Código Penal, siguiendo la lógica de que tal incorporación asegura la consciencia social sobre su gravedad y su vinculación con el bien jurídico protegido.

La decisión de tipificar el delito de aprovechamiento indebido de subvenciones en el Código Penal requiere resolver además la cuestión de cuál debe ser su ubicación sistemática. En algunos países, como en Alemania, este delito ha sido tipificado como una figura delictiva emparentada con la

321 Sin contar diversos problemas de subsunción en el tipo penal de estafa como el carácter unilateral de la prestación, la simple omisión de la información, la falta de error en el funcionario público (coludido), entre otros puntos discutibles. Sobre esto, vid., GÓMEZ RIVERO, *El fraude de subvenciones*, pp. 111 y ss.

322 Vid., con detalle, TIEDEMANN, *Subventionskriminalität*, pp. 320 y ss.; GÓMEZ RIVERO, *El fraude de subvenciones*, p. 111; SÁNCHEZ LÓPEZ, *El delito de fraude de subvenciones*, p. 136.

323 Vid., ASÚA BATARRITA, *LH-Tiedemann*, p. 143.

324 Sobre esta discusión, vid., con mayor detalle, GÓMEZ RIVERO, *El fraude de subvenciones*, pp. 151 y ss.

325 El modelo de tipificación en una ley penal especial ha sido seguida por Portugal, como lo señala ASÚA BATARRITA, en *Estudios de Derecho penal económico*, Mir/Modolell/Gallego/Bello (coord.), pp. 304 y ss.; y por Argentina, como lo informa MAYER LUX, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXII (2009), p. 290.

estafa³²⁶, por lo que se le trataría como una defraudación patrimonial especial, caracterizada por una anticipación de la tutela penal o la flexibilización de algunos de los elementos constitutivos de la estafa³²⁷. Distinto orden se le ha dado, por el contrario, en países como España, en donde ha sido regulado como un delito contra la Hacienda Pública, lo que vincula su protección con la actividad financiera del Estado³²⁸. Como un delito perteneciente a la figura general del peculado ha sido la decisión tomada, por su parte, por el legislador penal colombiano, lo que se ha hecho con la finalidad de destacar fundamentalmente el carácter público de los fondos defraudados con el aprovechamiento indebido de las subvenciones³²⁹.

El legislador penal peruano ha optado por un camino muy particular. En primer lugar, no se cuenta con un tipo penal que, de manera general, reprima penalmente el aprovechamiento indebido de subvenciones estatales en su modalidad de fraude y/o malversación, sino que existen diversos tipos penales referidos a ciertas clases de subvención. Por un lado, se regula el delito de malversación de subvenciones para la importación de mercancías (artículo 243 del CP), el cual está ordenado dentro del Código Penal como un delito económico. También dentro de este código está contemplado el delito de malversación a la subvención asignada a zonas de tratamiento tributario especial como una modalidad especial del delito de venta ilícita de mercaderías. A nivel del sistema financiero, se castiga igualmente la malversación de la subvención consiste en el otorgamiento de un crédito promocional. Finalmente, en el artículo 4 de la Ley Penal Tributaria se tipifica la obtención indebida de ventajas tributarias como una modalidad agravada del delito de defraudación tributaria, en la que se incluye indiscutiblemente

326 Vid., TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 4, n.m. 130, desde el año 1996. Igual es la situación en la regulación penal italiana y chilena, como lo pone de manifiesto MAYER LUX, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXII (2009), pp. 286, 288.

327 En este sentido, ASÚA BATARRITA, en *Estudios de Derecho penal económico*, Mir/Modolell/Gallego/Bello (coord.), p. 315, señala que en Alemania el delito de fraude de subvenciones constituye un adelantamiento de la tutela penal en relación con el delito de estafa.

328 Así, lo destaca, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 609. De una perspectiva financiera del fraude habla ASÚA BATARRITA, en *Estudios de Derecho penal económico*, Mir/Modolell/Gallego/Bello (coord.), p. 324.

329 Sobre la configuración del delito fraude de subvenciones en el Derecho penal colombiano, HERNÁNDEZ QUINTERO, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 34, N.º 96 (2013), pp. 38 y ss.

el fraude de las subvenciones que se expresan en la forma de exoneraciones, devoluciones, reintegros, etc.

De lo anterior se desprende que el legislador penal peruano no ha tenido una idea muy clara sobre la represión del aprovechamiento indebido de subvenciones, pues la normativa penal no solo se ha circunscrito injustificadamente a ciertas formas de subvención, sino que la incriminación parcial se ha hecho con una absoluta falta de sistematicidad. Esta situación legislativa no debería ser obstáculo ciertamente para abordar en este capítulo todas las figuras de aprovechamiento indebido de subvenciones recogidas en la normativa penal nacional. Pero razones de estructuración típica hacen inviable que, cuando menos, la obtención fraudulenta de ventajas tributarias sea abordada en este capítulo, por lo que su análisis se dejará para el momento en el que se traten los delitos tributarios. De esta manera, lo que se estudiará a continuación son el delito de malversación de subvenciones para la importación de mercancías, el delito de malversación de subvención de zona de tratamiento tributario especial y el delito de malversación de crédito promocional.

II. El bien jurídico penalmente protegido

Antes de entrar en el análisis particular de las diversas modalidades de aprovechamiento indebido de subvenciones que se encuentran recogidas en el Código Penal, resulta conveniente hacer algunas precisiones generales sobre el bien jurídico protegido y las formas de conducta lesiva del bien jurídico que el legislador penal ha decidido, bajo la lógica de la fragmentariedad, tipificar como delito. Esta labor previa de fundamentación permitirá dimensionar adecuadamente el alcance típico que tiene cada una de las figuras delictivas que reprimen el disfrute indebido de las subvenciones estatales.

En relación con el bien jurídico protegido, las opiniones doctrinales se han debatido esencialmente entre dos posiciones. Por un lado, está la posición que podría llamarse patrimonialista, la que sostiene que el bien jurídico protegido es el patrimonio del Estado que se expresa en la subvención³³⁰. Esta posición supone demostrar una frustración del fin dispuesto por el Es-

330 Vid., en Alemania HACK, *Probleme des Tatbestands Subventionsbetrug*, pp. 19 y ss.; en España,

* BAJO/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p. 348.

tado al momento de disponer la concesión de la subvención. Por otro lado, se encuentra la posición llamada institucional, según la cual el bien jurídico penalmente protegido es la institución subvencional³³¹. Este concepto sobrepasa, sin duda, la mera consideración patrimonial y se centra en la frustración de un cometido público de distribución de recursos que responde a intereses generales legalmente establecidos. Con la finalidad de superar las críticas que se hacen a una y otra posición, un sector doctrinal se decide por defender una tesis plurifonsiva, en la que el bien jurídico sería tanto la consecución del programa subvencional como el patrimonio estatal³³².

A nuestro entender, la perspectiva institucional es la que mejor se ajusta a la ordenación de las figuras de malversación de subvenciones como delitos económicos, por lo que optamos por seguir esta línea de interpretación. No debe olvidarse, sin embargo, lo que permanentemente se ha tratado de resaltar en el análisis de los distintos delitos económicos. Y es que el bien jurídico penalmente protegido no es una realidad social existente o deseable, sino la norma penal que obliga a no lesionarla o a favorecer su consecución. En este orden de ideas, puede decirse que el bien jurídico protegido por los delitos contra la institución subvencional es la expectativa normativa de conducta de que las subvenciones estatales alcancen los objetivos por los que fueron concedidas a los particulares. La frustración de estos objetivos subvencionales defrauda la norma y precisa de la imposición de una pena para mantener su vigencia como modelo de orientación social.

El legislador penal no ha criminalizado todas las conductas contrarias a la institución subvencional. En primer lugar, debe indicarse que, a diferencia de otros países, en el Perú no existe un delito de aprovechamiento indebido de subvenciones en general, pues los tipos penales se circunscriben a determinadas formas de subvención (beneficios tributarios, tipo de cambio preferencial, tratamiento tributario especial, créditos promocionales). En segundo lugar, estos tipos penales no abarcan los actos de fraude y de malversación de las formas de subvención penalmente resguardadas, sino que se limitan a una u otra modalidad de aprovechamiento.

331 Vid., ASÚA BATARRITA, *LH-Tiedemann*, pp. 142 y ss. Similarmente, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 610: "el interés de la Administración en el cumplimiento del plan, proyecto o fin para el que fue establecido el régimen de subvenciones".

332 Vid., GÓMEZ RIVERO, *El fraude de subvenciones*, pp. 144 y ss.

Por ejemplo, el delito de obtención indebida de ventajas tributarias tipifica solamente una modalidad de fraude de subvenciones, en el marco de una figura agravada del delito de defraudación tributaria. Por el contrario, los delitos de aprovechamiento indebido de subvenciones de tipo de cambio preferencial, tratamiento tributario especial y crédito promocional; recogen solamente la modalidad de malversación, dejando al margen la modalidad de fraude. Esta deficiencia típica no impide, sin embargo, que se pueda acudir a la figura de la estafa o de la falsedad documental para poder reprimir los actos de fraude de subvenciones no abarcados por los tipos penales específicos.

Una última cuestión general que precisa ser abordada en este apartado es el criterio material de imputación penal que debe utilizarse para determinar la responsabilidad por las conductas tipificadas como malversación de subvenciones. Si el delito se imputa a quien se le otorga la subvención estatal, el criterio de imputación debe ser la infracción del deber, pues con el otorgamiento de la subvención el Estado hace al beneficiario parte de su actividad de fomento y le impone el deber especial de alcanzar el fin subvencional procurado. Distinto es el caso de quien, no habiendo sido beneficiario de la subvención, desvía la finalidad perseguida por el Estado. En este caso, la imputación penal se debe hacer con base en competencias por organización por el acto de frustración del fin subvencional. No es la infracción de un deber positivo especial lo que sustenta la imputación penal, sino el aporte organizativo al hecho que frustra el fin subvencional.

III. El delito de malversación de subvenciones para la importación de mercancías (artículo 243 del CP)

El artículo 243 del CP regula dos conductas de malversación de subvenciones otorgadas para la importación de mercaderías. Por un lado, se tipifica una malversación de la subvención del tipo de cambio preferencial consistente en vender las mercaderías adquiridas subvencionadamente a precios superiores a los autorizados. Por otro lado, se reprime también la malversación de la subvención del tipo de cambio o de un régimen tributario especial, lo que tiene lugar cuando las mercaderías obtenidas con alguna de las subvenciones antes mencionadas se aplican a una finalidad distinta. Dadas

las diferencias de estructuración típica de ambas conductas, el análisis que sigue las abordará mediante una exposición diferenciada.

1. El delito de malversación de subvención del tipo de cambio preferencial por venta de mercancías a precios superiores

El primer párrafo del artículo 243 del CP sanciona una conducta de malversación de la subvención del tipo de cambio preferencial para importar determinados bienes. La malversación tiene lugar por medio del incumplimiento de la obligación posterior de venderlos internamente hasta determinado precio administrativamente establecido. No hay duda que esta incriminación tiene como principal antecedente la mala experiencia que tuvo nuestro país en los años ochenta del siglo pasado con el denominado dólar MUC durante el primer gobierno aprista³³³. Los empresarios que se vieron beneficiados con un tipo de cambio subvencionado para importar determinados bienes, se aprovecharon de tal subvención con la finalidad de aumentar sus ganancias en un mercado caracterizado por la escasez de bienes.

A. Los sujetos del delito

Pese a que el primer párrafo del artículo 243 del CP utiliza la expresión “el que”, el delito que tipifica no es un delito común, pues presupone una circunstancia que delimita indiscutiblemente el círculo de posibles autores. En efecto, autor del delito solamente podrá serlo el que previamente ha recibido moneda extranjera para importar mercaderías con un tipo de cambio subvencionado por el Estado (beneficiario de la subvención)³³⁴. Si se trata de una persona jurídica, hay que acudir entonces a la cláusula del actuar en lugar de otro para responsabilizar al representante que realiza la conducta delictiva (artículo 27 del CP). Si la subvención se entrega a una institución pública, la malversación de la subvención no se castigará con el tipo penal

333 Vid., la referencia también, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, pp. 166 y ss.

334 Restringe también el círculo de autores, pero a los importadores, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 168. En la doctrina penal española, SÁNCHEZ LÓPEZ, *El delito de fraude de subvenciones*, pp. 242 y ss., sostiene lo mismo para la modalidad de malversación de subvenciones, en el sentido de que autor debe ser el que ha sido beneficiado previamente con una subvención. Del mismo modo, en la regulación penal colombiana, HERNÁNDEZ QUINTERO, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 34, N.º 96 (2013), p. 42.

aquí analizado, sino con los delitos contra la Administración Pública, en la medida que la ventaja patrimonial defraudada no ha salido del Estado³³⁵.

Dado que el tipo penal está configurado como un delito de infracción de un deber, los que ayudan al obligado institucional a cometer el delito solamente podrán responder si su aporte configura un delito de dominio subyacente (por ejemplo, falsedad genérica, receptación, etc.). Especialmente discutible es la relevancia penal de la intervención de la persona que compra las mercancías a un precio superior al autorizado. Aunque el adquirente de los bienes sepa que el vendedor está violando las condiciones de la subvención recibida, no puede ser responsabilizado penalmente, pues su posición es la de un perjudicado que ha tenido que pagar un precio mayor al establecido en las condiciones de la subvención. Serán razones de necesidad las que podrían explicar que haya pagado un precio por encima del autorizado. La falta de responsabilidad alcanzará incluso al que adquiere los bienes con la finalidad de hacer negocio con una reventa posterior a un precio aún mayor, lo que no impide que pueda acudirse al delito de receptación para sancionar los actos posteriores de negociación.

El sujeto pasivo del delito es el Estado a través de las instituciones públicas que llevan a cabo la política de subvención³³⁶, no solo en tanto titular de los fondos utilizados para subvencionar el tipo de cambio de la moneda extranjera utilizada por particulares para la importación de mercancías, sino fundamentalmente como impulsor de una actividad de importación de mercancías que considera necesaria para el funcionamiento del sistema económico nacional. Es el acto de corrección estatal el que resulta frustrado por la conducta típica, lo que hace del Estado el titular indiscutible del bien jurídico penalmente protegido.

B. La conducta típica

El delito de malversación de subvención del tipo de cambio preferencial por venta de mercancías a precios superiores está configurado típicamente

335 Vid., en el mismo sentido, de manera general, GÓMEZ RIVERO, *El fraude de subvenciones*, pp. 41 y ss.; MAYER LUX, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXII (2009), pp. 304 y ss.

336 Vid., PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 168.

como un delito de dos actos, pues requiere la realización sucesiva de dos conductas por parte del autor. Una conducta de recibir moneda extranjera con un tipo de cambio preferencial para realizar importaciones de mercaderías y otra conducta de vender las mercancías importadas a precios superiores a los autorizados. El uso de esta técnica de tipificación no se justifica en el presente caso, pues a ella hay que recurrir cuando cada acto contiene un elemento de desvalor del hecho. Es evidente que el primer acto previsto en el primer párrafo del artículo 243 del CP constituye una conducta completamente regular, ubicándose, más bien, el desvalor penal exclusivamente en el segundo acto. Por lo tanto, el injusto típico no está conformado por un sentido delictivo derivado de ambas conductas, sino que la primera conducta no es más que un presupuesto de la segunda³³⁷. Así las cosas, habría bastado con tipificar como conducta típica únicamente el segundo acto.

El primer acto de la conducta típica exige que la moneda extranjera se haya recibido con un tipo de cambio subvencionado por el Estado para importar mercaderías. Esto pone en evidencia que quedarán fuera del alcance del tipo penal las subvenciones en el tipo de cambio que se hagan con otros fines, como, por ejemplo, para estudios en el extranjero o para adquirir algún derecho como el licenciamiento de patentes de invención de procedencia extranjera. Del mismo modo, tampoco podrán ser tenidas en cuenta aquí otras formas de subvención para la importación de mercancías distintas a la subvención del tipo de cambio, como podría ser, por ejemplo, el pago parcial del precio. La protección penal se circunscribe únicamente a la subvención consistente en un tipo de cambio preferencial para la importación de mercancías.

Del segundo acto de la conducta típica consistente en la venta de las mercancías a precios superiores a los autorizados, se desprende con meridiana claridad que la malversación se produce respecto de una subvención que se otorga a condición de que los bienes importados con el tipo de cambio preferencial, se vendan luego a un precio que no puede superar determinados límites. Queda claro entonces que la finalidad de la subvención penal-

337 Es así como se presenta la modalidad de malversación de subvenciones en la normativa penal española, como lo destaca MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 655, al señalar que el presupuesto de esta modalidad es la previa existencia de un acto administrativo de otorgamiento del beneficio y, asimismo, el pago de la subvención.

mente garantizada no es favorecer la importación de mercancías en general (por ejemplo, de las que se usan como insumos en procesos productivos), sino de aquellas que se deben vender luego en el mercado interno. Se trata de una forma de reactivar el sistema económico mediante la comercialización de bienes de procedencia extranjera que se encuentran subvencionados en sus precios por el Estado a nivel de la importación.

El término “vender” hace alusión fundamentalmente a una compraventa, pero puede ampliarse sin mayor dificultad a toda transferencia a título oneroso. En este sentido, podrá englobarse también el intercambio de las mercancías importadas con otros bienes, cuyo valor de intercambio supere el valor del precio que se autoriza a cobrar. Si no se hiciese esta interpretación extensiva, se favorecería la realización de conductas de fraude a la ley penal. Del mismo modo, se debe proceder con la compensación con un crédito existente, en donde el beneficiario de la subvención no recibe un precio por las mercancías, sino que cancela un crédito a favor del adquiriente. No es necesaria ninguna formalidad en la operación de compraventa, siendo necesario únicamente que las mercancías importadas con el tipo de cambio preferencial se entreguen al adquiriente.

En relación con las mercancías vendidas, el tipo penal utiliza el término plural de “mercancías”, por lo que podría entenderse que, al margen de lo típicamente relevante, quedará la venta de una sola mercancía. Esta interpretación literal no es razonable, pues puede ser que la mercancía importada tenga un alto valor por unidad (por ejemplo, maquinaria pesada, instalaciones industriales, etc.), por lo que la malversación de la subvención alcanzará suficiente entidad como para justificar una respuesta penal. Bajo esta misma lógica puede decirse también que, aunque el tipo penal no establezca un valor cuantitativo mínimo de la mercancía vendida, la necesidad de evitar la bagatelización del Derecho penal obliga a exigir cierta entidad económica de la mercancía vendida. Está claro que no se puede establecer una cantidad fija no prevista expresamente por el legislador³³⁸, pero ello no impide que, con base en una reducción teleológica, se limite la incidencia penal únicamente

338 A diferencia del legislador penal español que sí ha previsto para el delito de fraude de subvenciones un límite cuantitativo, como lo explica detalladamente, GÓMEZ RIVERO, *El fraude de subvenciones*, pp. 209 y ss.

a los casos en los que se frustre la finalidad subvencional³³⁹. Esto significa que si el precio recibido excede mínimamente el autorizado o se vende una pequeña parte de las mercancías importadas sin que se afecte esencialmente la finalidad de la subvención, entonces el hecho deberá resolverse en el plano puramente administrativo, mas no penal.

Para determinar cuál es precio máximo autorizado, resulta necesario remitirse al acto administrativo de concesión de la subvención o, en todo caso, a la normativa que regula específicamente la subvención recibida con el tipo de cambio preferencial. Debe destacarse que este elemento administrativo no consiste en una autorización administrativa que contextualiza el tipo penal, sino que se trata de una remisión normativa a un acto administrativo específico para concretar un elemento típico. Por el contrario, si no se establece un precio máximo para la venta interna de las mercancías importadas con una subvención en el tipo de cambio, entonces el delito no podrá cometerse por el beneficiario de la subvención, pues contará con la libertad de vender las mercancías al precio que lo estime conveniente³⁴⁰.

Si, por alguna variación de la situación económica, la limitación del precio autorizado implicase un serio perjuicio patrimonial para el importador de las mercancías, podría plantearse una situación de necesidad que levante la antijuridicidad de la conducta³⁴¹. Esta alegación solamente podría ser viable si es que no existiera otra alternativa legalmente prevista, como, por ejemplo, solicitar a la autoridad otorgante de la subvención que modifique el precio autorizado. Es evidente que esta exigencia solamente podrá hacerse si es de factible realización, lo que no sucederá si el procedimiento puede durar tanto que hace que las mercancías importadas se pierdan (por ejemplo, si se trata de bienes perecibles).

339 En este sentido, ASÚA BATARRITA, *LH-Tiedemann*, p. 144, considera fundamental para delimitar la infracción administrativa del delito en relación con las subvenciones que se afecte o frustre el fin de la subvención. Es cierto que una subvención puede albergar diversas finalidades, pero eso no impide poder determinar aquella que es la finalidad primaria de las que pueden llamarse secundarias (vid., VOGEL, *FS-Ipsen*, p. 545).

340 En el mismo sentido, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 169.

341 Por el contrario, SÁNCHEZ LÓPEZ, *El delito de fraude de subvenciones*, pp. 278 y ss., se muestra en contra de admitir situaciones de necesidad por razones de grave crisis económica.

C. El elemento subjetivo

El delito analizado se comete únicamente a título de dolo³⁴². No es necesario una forma especial de dolo, por lo que el autor podrá responder también por dolo eventual. El conocimiento que sustenta el dolo debe abarcar el sentido de las dos conductas conjuntivamente exigidas. Eso supone que el autor debe saber que adquiere moneda extranjera con una subvención en el tipo de cambio, que con esa moneda extranjera importa mercancías y que luego las vende internamente a un precio por encima del autorizado como condición de la subvención³⁴³. La admisión de una situación de error en relación con algunos de estos supuestos, debe ser tratado como un error de tipo excluyente del dolo.

D. Consumación

La consumación del delito tiene lugar si se realizan los dos actos típicamente previstos (la recepción de moneda extranjera y la venta de mercancías). Formalmente, el delito podría ser sancionado a título de tentativa con la realización del primer acto y la decisión de cometer seguidamente el segundo acto. Esta conclusión que, en general, es correcta en los tipos penales de varios actos, no parece, sin embargo, razonable en el delito aquí analizado. Como ya se dijo, si bien el tipo penal previsto en el primer párrafo del artículo 243 del CP está formalmente estructurado como un delito de dos actos, materialmente no debería serlo, pues el desvalor del hecho no se reparte entre los dos actos, sino que se concentra en el segundo acto. En este orden de ideas, no basta que se haya realizado el primer acto para admitir una tentativa, sino que es necesario que se haya, por lo menos, comenzado a ejecutar el segundo acto. Por ejemplo, que se haya acordado la venta, aunque todavía no se haya entregado la mercancía.

E. Penalidad

El delito de malversación de subvención en el tipo de cambio por venta de mercancías a precios superiores se sanciona con la imposición

342 Igualmente, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 170.

343 * Vid., PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 170.

conjunta de tres clases de penas: una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, una pena de multa de ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días-multa y una pena de inhabilitación conforme el artículo 36, incisos 1, 2 y 4. En relación con la pena de inhabilitación hay una seria omisión del legislador penal, pues no establece un marco penal abstracto. Podría proponerse integrar ese vacío acudiendo a la cantidad de pena prevista para la pena privativa de libertad. Sin embargo, tal proceder para determinar el *quantum* de la pena de inhabilitación como pena principal desbordaría el tenor literal. Bajo estas consideraciones, no será posible aplicar la pena de inhabilitación como pena principal, lo que ciertamente no impide su imposición accesoria conforme a los parámetros del artículo 39 del CP.

2. El delito de malversación de subvención de tipo de cambio preferencial o de régimen tributario especial por aplicación de las mercancías importadas a finalidad distinta

El segundo párrafo del artículo 243 del CP tipifica también una conducta de malversación de subvenciones en la importación de mercancías. El acto de malversación que concretamente se sanciona consistente en darle a las mercancías importadas con un tipo de cambio preferencial o bajo un régimen especial tributario una finalidad distinta a la que justificó el otorgamiento de una de estas formas de subvención.

A. Los sujetos del delito

La conducta tipificada en el segundo párrafo del artículo 243 del CP puede ser cometida por cualquier persona. A diferencia de la conducta tipificada en el primer párrafo, no existe una restricción del círculo de autores al beneficiario de la subvención del tipo de cambio preferencial o del régimen especial tributario, por lo que podrá ser cometida incluso por una persona distinta a la que se le concedió alguna de las formas de subvención antes mencionadas para la importación de los bienes. En consecuencia, se trata de un delito de dominio que puede cometer cualquiera que esté en capacidad de frustrar el fin subvencional. La imputación penal a los distintos intervinientes se podrá hacer con las reglas generales de la intervención delictiva en función del aporte organizativo de cada uno al hecho. Esta particularidad

típica no impide que al beneficiario de la subvención se le impute el delito con base en una competencia institucional.

Como toda malversación de subvenciones, el sujeto pasivo del delito es el Estado, en la medida que es una entidad estatal la que ve frustrada la finalidad de fomento o incentivo que persigue con su política subvencional. El perjuicio no debe ser evaluado desde el punto de vista estrictamente patrimonial, pues las subvenciones son disposiciones patrimoniales a fondo perdido. La determinación del perjuicio al Estado se debe hacer en función de la frustración de la finalidad subvencional.

B. La conducta típica

El tipo penal se realiza con dar a las mercaderías una finalidad distinta a la que establece la norma que fija el tipo de cambio preferencial o el régimen especial tributario. La conducta de “dar finalidad” es sumamente amplia, por lo que se podrá abarcar cualquier uso o aplicación dada a las mercancías. Lo que define el desvalor de la conducta es que esa aplicación no se corresponde con la que establece la norma que otorga el beneficio del tipo de cambio preferencial o el régimen especial tributario (por ejemplo, el uso como insumos en actividades productivas, la aplicación a sectores específicos como la agricultura, etc.). Desde estas consideraciones, no podrá adquirir relevancia típica la sola falta de aplicación de las mercancías a la finalidad establecida por la normativa subvencional, sino que será necesario que se les dé una aplicación distinta³⁴⁴.

Aunque el tipo penal no lo diga expresamente, del contexto sistemático se desprende que las mercancías deben haber sido importadas con dos clases de subvención: una subvención en el tipo de cambio (venta de moneda extranjera a precio menor) o una subvención con un tratamiento tributario especial (exoneración o reducción de impuestos, devoluciones, etc.). Estas subvenciones deben haberse otorgado con la finalidad de que luego las mercancías se apliquen a determinada finalidad. Para determinar cuál es esa finalidad, es necesario acudir a la normativa subvencional, lo que hace que el

344 De otro parecer, sin embargo, en la regulación penal colombiana, HERNÁNDEZ QUINTERO, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 34, N.º 96 (2013), p. 43.

tipo penal esté configurado como una ley penal en blanco³⁴⁵. Si la normativa que regula la subvención para importar determinadas mercaderías no establece, como condición para su concesión, que estas se apliquen a una finalidad específica, entonces el importador podrá aplicarlas sin ninguna consecuencia penal a cualquier finalidad dentro del territorio nacional.

Una situación que no tiene una fácil respuesta es si cabe imputar el delito aquí analizado en comisión por omisión. Tal posibilidad podría plantearse en relación con dos personas: el beneficiario de la subvención y el funcionario público que debe fiscalizar la correcta aplicación de la subvención. En cuanto al beneficiario de la subvención, no hay ningún obstáculo dogmático para imputarle el delito por no impedir la aplicación a una finalidad distinta si las mercancías se encuentran en su ámbito de disposición. La situación es distinta si las mercancías pasaron válidamente al ámbito de organización de otra persona. Lo mismo cabe señalar respecto del funcionario público, de manera tal que responderá penalmente si no evita que el administrado aplique las mercancías subvencionadas a una finalidad distinta. Dado que en ambos casos la imputación penal se sustenta en una competencia institucional, la infracción del deber especial de garantizar que la subvención alcance sus objetivos, puede darse tanto por una conducta activa como omisiva.

C. El elemento subjetivo

El autor debe actuar dolosamente para poder responder penalmente³⁴⁶. Su dolo puede ser directo o eventual. El conocimiento imputado al autor tiene que abarcar no solamente que se le ha dado a las mercancías importadas con ayuda de subvenciones estatales una determinada aplicación, sino también que la normativa que otorga la subvención establece una finalidad para esas mercancías que no se corresponde con la que efectivamente se les

345 Destaca, en este sentido, en la regulación penal española la necesidad de acudir a la normativa extrapenal para delimitar los fines para los que la subvención fue concedida, SÁNCHEZ LÓPEZ, *El delito de fraude de subvenciones*, p. 235.

346 Vid., PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 173. De manera general, sobre la necesidad de recurrir a las leyes penales en blanco para criminalizar conductas en el ámbito de las subvenciones, ASÚA BATARRITA, en *Estudios de Derecho penal económico*, Mir/Modolell/Gallego/Bello (coord.), p. 315.

ha dado. En razón del carácter indeterminado del elemento típico “finalidad distinta”, el conocimiento del autor debe incluir también la normativa subvencional que establece la finalidad a la que deben ser aplicadas las mercancías importadas.

D. Consumación

El delito se consuma instantáneamente con la conducta de dar a las mercancías un uso distinto al previsto en la normativa subvencional. No se requiere la imposibilidad de reconducir las mercancías a la finalidad legalmente establecida, ni mucho menos un consumo o extinción del bien. Basta con la aplicación de las mercancías a una finalidad distinta. Dado que la conducta de “dar a las mercancías una finalidad” no es resultativa, el delito se consumará con la sola aplicación, sin que sea necesario que se haya conseguido algún tipo de resultado adicional. En este contexto interpretativo, apenas existe espacio para el castigo de la tentativa.

E. Penalidad

El delito se castiga con las penas previstas en el primer párrafo del artículo 243 del CP, esto es, una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, una pena de multa de ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días-multa y una pena de inhabilitación conforme el artículo 36, incisos 1, 2 y 4. Las mismas razones que se esgrimieron para dejar de lado la pena de inhabilitación como pena principal en el delito de malversación de subvención en el tipo de cambio por venta de mercancías a precios superiores, se deben hacer valer aquí.

IV. Delito de malversación de subvención en zona de tratamiento tributario especial (segundo párrafo del artículo 237 del CP)

En el segundo párrafo del artículo 237 del CP se sanciona penalmente a quien transporta o comercializa sin autorización bienes fuera del territorio, en el que goza de beneficios provenientes de un tratamiento tributario especial. Si bien la forma de regulación de esta conducta delictiva, podría hacer suponer que se trata de un tipo penal agravado del delito de venta

ilícita de mercancías³⁴⁷, un análisis de sus elementos constitutivos lleva a la forzosa conclusión de que no existe entre ambos delitos una relación de tipo básico-tipo agravado. Mientras que el delito de venta ilícita de mercaderías es un delito contra la labor social del Estado, el delito de malversación de subvención en zona de tratamiento tributario especial es un delito contra la política estatal de subvenciones. Por consiguiente, se trata de dos tipos penales autónomos.

De lo anterior se desprende también que al delito de malversación de subvención en zona de tratamiento tributario especial no le son aplicables las agravantes de la última parte del segundo párrafo del artículo 237 del CP³⁴⁸. Esta interpretación se ajusta al sentido histórico de la norma, pues las agravantes por la situación de conmoción o calamidad públicas o por la calidad de funcionario o servidor público del autor, estuvieron previstas originalmente como agravantes de la conducta de venta ilegal de mercancías en la redacción original. La modificación operada por la Ley N.º 27776 del 09/07/2002 lo único que hizo fue introducir la figura del fraude de subvención en una zona de tratamiento tributario especial. Por lo tanto, las agravantes antes mencionadas deberán aplicarse únicamente al delito de venta ilegal de mercancías, pero no al delito de fraude de subvención en una zona de tratamiento tributario especial.

1. Los sujetos del delito

Autor del delito puede ser cualquier persona. Si bien podría pensarse que solamente podría serlo el beneficiario de la subvención prevista en el artículo 237 del CP, no debe olvidarse que esta subvención no se asigna a ciertas personas, sino que está en función de zonas territoriales que el Estado quiere estimular económicamente (por ejemplo, zonas de selva o de frontera). Con base en la idea de que el tratamiento tributario especial está referido a la comercialización de determinados bienes dentro de una zona territorial de fomento, puede concluirse que cualquiera puede desviar esa subvención a otra zona territorial. Por lo tanto, resulta correcto sostener que

347 Así lo entiende, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 139.

348 De otro parecer, TIMANÁ ÁLVAREZ/CHUNGA HIDALGO, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 64 (octubre 2014), p. 175.

el delito de malversación de subvención en zona de tratamiento tributario especial es un delito común.

El sujeto pasivo del delito es el Estado, en la medida que el delito frustra la finalidad subvencional fomentada por la Administración Tributaria con una recaudación tributaria menor, concretamente, la mayor comercialización de ciertos bienes que son necesarios para el desarrollo económico de determinadas zonas territoriales. En efecto, la conducta delictiva frustra la finalidad de estímulo procurada por el Estado en zonas de limitado desarrollo económico.

2. La conducta típica

La conducta típica consiste en transportar o comercializar bienes fuera del territorio en el que gozan de beneficios provenientes de un tratamiento tributario especial. El contexto en el que se realiza este delito son los espacios territoriales, en los que el Estado quiere fomentar el desarrollo económico con un tratamiento tributario especial para el tráfico de los bienes³⁴⁹. Los precios de los bienes terminan siendo subvencionados por el Estado al tener una carga impositiva menor. La malversación de la subvención se produce cuando esos bienes se sacan de las zonas de fomento y se venden en otros lugares. Con ello, el autor del delito no solo se beneficia indebidamente de una subvención estatal, sino que fundamentalmente frustra el sentido del fomento en determinadas zonas territoriales.

Dos son las modalidades de realización de la conducta típica, cada una capaz de configurar plenamente el delito. La conducta de transportar hace referencia a todo desplazamiento del bien por cualquier medio que suponga sacarlo de la zona en la que goza del tratamiento tributario especial³⁵⁰, mientras que la conducta de comercializar implica realizar, fuera de dicha zona, actos dirigidos a transferirlo a cambio de un precio. Salta a la vista que la conducta que frustra el sentido de la subvención es la comercialización de los bienes, pues la subvención en el tráfico de los bienes termina desa-

349 Por ejemplo, una zona de tributación especial es la establecida por el Protocolo Modificatorio del Convenio de Cooperación Aduanera Peruano-Colombiano de 1938 (PECO) que, para el caso peruano, abarca los territorios de Loreto, San Martín y Ucayali. Vid., la referencia ROSAS BUENDÍA, *Revista Peruana de Derecho Tributario*, 10 (2008), p. 5.

350 Igualmente, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 140.

rollándose en una zona distinta a la que se procura fomentar³⁵¹. Por ello, puede decirse válidamente que la criminalización de la conducta de transportar constituye una anticipación de la tutela penal, ya que el primer paso obligado para comercializar un bien fuera de la zona de la que goza de un tratamiento tributario especial es sacarlo de esa zona.

Debe hacerse, teniendo en cuenta una perspectiva de carácter sistemática, la precisión de que el delito de malversación de subvención en zona geográfica de tratamiento tributario especial está referido únicamente a tributos internos. En caso de tratarse de zonas de tratamiento aduanero especial (por ejemplo, una zona franca), el tipo penal aplicable será el delito aduanero de contrabando en la modalidad prevista en el artículo 2 literal c de la Ley N.º 28008. Por lo tanto, el ámbito de aplicación de la malversación de subvención contemplada en el segundo párrafo del artículo 237 del CP se debe circunscribir al tratamiento tributario especial de tributos internos³⁵².

El tipo penal contiene un elemento de valoración global de la conducta bajo la forma de una accesoriedad administrativa de acto. La conducta típica traerá consigo la realización del delito siempre que se haya hecho sin autorización. Esto significa que si la autoridad tributaria correspondiente autoriza que los bienes salgan o se comercialicen fuera de la zona geográfica de tratamiento tributario especial, entonces la conducta de transporte o comercialización será atípica³⁵³. Le corresponderá a la normativa tributaria establecer los casos en los que se pueda autorizar el traslado y la venta de los bienes en una zona territorial distinta a aquella en la que goza de un tratamiento tributario especial. Conforme a los criterios generales de la accesoriedad administrativa de acto, la autorización no levantará la tipicidad objetiva de la conducta si es nula. En caso tenga un vicio que puede llevar a su anulación, solamente podrá desplegar efectos exoneratorios si es que el administrado no lo ha generado o contribuido a su aparición.

351 También PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 141, destaca el mayor desvalor de la conducta de comercializar.

352 Por el contrario, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 139, se pronuncia por aplicar ambos delitos a la misma realidad tributaria.

353 Igualmente, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 141.

3. El elemento subjetivo

La represión penal alcanza solamente a la actuación dolosa, por lo que no es posible sancionar a quien actúe culposamente. El dolo puede presentarse en su forma eventual. El autor debe conocer fundamentalmente la procedencia de los bienes y que los beneficios tributarios obtenidos se han concedido siempre que dichos bienes sean comercializados dentro de la zona territorial de fomento. El error sobre alguno de estos aspectos da lugar a un error de tipo que excluye el dolo. Un error de tipo también podrá tener lugar si el autor cuenta con una autorización nula para transportar o comercializar los bienes fuera de la zona de tratamiento tributario especial, desconociendo la invalidez de tal autorización.

4. Consumación

El delito se consuma con la realización de la conducta de transportar o comercializar los bienes fuera de la zona de tratamiento tributario especial. Mientras la primera modalidad tiene la forma de un delito permanente, la segunda modalidad es de realización instantánea. Dado que no es necesario ningún resultado o afectación diferenciada de la acción, el delito asume el carácter de un delito de mera conducta. Una tentativa solamente podrá presentarse si es que la ejecución de la conducta típica admite una realización parcial con suficiente sentido delictivo. Esta situación podría presentarse con mayor facilidad en la modalidad de comercialización.

5. Penalidad

El delito de malversación de subvención en zona de tratamiento tributario especial se sanciona con dos penas acumulativas: pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de seis años y pena de inhabilitación conforme a los incisos 1), 2) y 3) del artículo 36. La falta de determinación del *quantum* de la pena de inhabilitación impide que pueda ser aplicada legítimamente como pena principal sin infringir el principio de legalidad. Por lo tanto, su imposición en este delito solamente podrá tener lugar por la vía de la pena accesoria.

6. Concurso

La situación concursal más usual es que el autor realice ambas modalidades de realización del delito, esto es, que transporte primero y luego comercialice los bienes fuera de la zona de tratamiento tributario especial. Un sector de la doctrina penal nacional sostiene que lo que habrá en tal caso es un concurso real de delitos³⁵⁴. Este parecer no merece, sin embargo, adhesión, pues olvida que el tipo penal está configurado como un tipo penal mixto alternativo, en la medida que la conducta de transporte es un acto previo de la comercialización. Desde esta perspectiva, lo que tendría lugar es, más bien, un concurso de leyes que, con base en el principio de consunción, debe resolverse sancionando al autor únicamente por la conducta de comercialización.

V. Delito de malversación de crédito promocional (artículo 251 del CP)

El artículo 251 del CP sanciona, como un delito financiero, al que aplica o desvía fraudulentamente un crédito promocional hacia una finalidad distinta a la que motivó su otorgamiento. En este caso, la subvención estatal se hace por medio del sistema financiero con la finalidad de facilitar el acceso a los recursos económicos que sean necesarios para materializar una actividad o proyecto socialmente deseable³⁵⁵. Se trata concretamente de los llamados créditos promocionales, los que se otorgan por las institucionales financieras, a causa de una subvención estatal, con condiciones más favorables que las que se ofrecen en el mercado (calificación, intereses, plazos, etc.). Posiblemente, el crédito promocional más extendido en los últimos años haya es el que se ha hecho en el marco del Fondo Mi Vivienda para la adquisición, construcción o mejora de viviendas, especialmente las de interés social. Al igual que las anteriores figuras delictivas contra la política de subvenciones, el delito previsto en el artículo 251 del CP no sanciona el fraude (obtención indebida), sino la malversación de la subvención consistente en un préstamo promocional.

354 Así, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 141.

355 Destaca también PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, pp. 311 y ss., que los créditos promocionales se enmarcan dentro de la política subvencional del Estado.

1. Los sujetos del delito

La redacción del artículo 251 del CP parecería indicar que se trata de un delito común, pues no se exige ninguna calidad especial para ser autor del delito. Una lectura completa del tipo penal lleva, sin embargo, a la conclusión contraria de que el delito solamente puede ser cometido por el titular del crédito promocional malversado³⁵⁶. Se trata, por lo tanto, de un delito de infracción de un deber que hace responsable al beneficiario de la subvención sobre la base de una competencia institucional derivada del deber especial de aplicar la subvención estatal a una finalidad específica. Si el beneficiario es una persona jurídica, entonces habrá que imputarle el delito a su representante legal, salvando el problema de legalidad con el artículo 27 del CP.

El sujeto pasivo del delito es el Estado, quien dispone fondos públicos para subvencionar el otorgamiento de créditos y fomentar, de esta manera, la existencia de recursos financieros para determinadas actividades o sectores considerados socialmente valiosos³⁵⁷. Al frustrarse el fin subvencional con el acto de malversación se defrauda la expectativa estatal sobre el uso al que debe aplicarse la subvención.

2. La conducta típica

La conducta típica presupone que al autor del delito se le haya concedido un crédito promocional bajo la condición de que sea aplicado a una finalidad específica. Si no existe esta condicionalidad en el otorgamiento del crédito, entonces el delito no podrá ser cometido, aunque se goce de algún tipo de subvención. Es necesario, por lo tanto, que el otorgamiento del crédito se haya condicionado expresamente a una aplicación específica³⁵⁸. No basta con que la ley que crea la subvención haga mención a la finalidad subvencional. El contrato de préstamo debe colocar expresamente que el bene-

356 Igualmente, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 461. Por el contrario, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 314, sostiene que es un delito común.

357 En este sentido, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 314. Por el contrario, sostienen que el sujeto pasivo es la colectividad, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 461.

358 Igualmente, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 315.

ficiario del crédito debe aplicar el financiamiento recibido exclusivamente a una finalidad específica.

La conducta típica está configurada como un tipo penal alternativo, en la medida que prevé dos formas distintas de realización del delito: aplicar o desviar fraudulentamente. La modalidad de aplicación se presenta cuando el dinero recibido se utiliza en una finalidad distinta a la que motivó la concesión de crédito promocional. La modalidad de desvío fraudulento implica que el crédito se aplica a la finalidad establecida, pero se frustra fraudulentamente el fin subvencional a través de actos posteriores. Por ejemplo, habrá un desvío si se recibe el crédito subvencionado para comprar algún instrumento de trabajo, lo que se hace, pero luego es inmediatamente vendido o alquilado a otro. Si bien el crédito se aplica al fin previsto, el sentido de la subvención se frustra fraudulentamente. No hay ningún inconveniente típico para que el acto de aplicación o de desvío pueda ser parcial, por lo que no es necesario que todo el crédito sea malversado³⁵⁹.

3. El tipo subjetivo

El delito de malversación de crédito promocional debe ser cometido a título de dolo para ser punible³⁶⁰. No es posible sancionar su realización culposa, en la medida que no existe una incriminación expresa. No hay ninguna limitación típica para que el dolo se pueda presentar en cualquiera de sus formas, por lo que puede ser cometido también con dolo eventual³⁶¹. Un error de tipo es posible si se dan las condiciones para afirmar el desconocimiento de algunos de los elementos constitutivos del delito. Por ejemplo, si el autor erró sobre la finalidad del crédito promocional o asumió equivocadamente que la aplicación distinta no lo era. Si se admite un error de tipo, su vencibilidad no será relevante para mantener la imputación penal, pues al no castigarse la modalidad culposa, el error llevará siempre a la falta de castigo.

359 En el mismo sentido, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 462.

360 Vid., BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 462.

361 Así, también, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 316.

4. Consumación y tentativa

El delito se consuma instantáneamente con la utilización del crédito promocional a una finalidad distinta (modalidad de aplicación) o con el acto de frustración de la finalidad subvencional (modalidad de desvío). Esta consumación se da con el primer acto de aplicación o desvío, no siendo necesario que se haga sobre todo el crédito. Los actos posteriores deberán ser tratados como una realización iterativa que permiten su tratamiento como un solo delito, pero que no impiden sostener que la consumación se dio con el primer acto. Una tentativa es perfectamente posible, si es que el acto de aplicación o desvío no se consigue o es neutralizado por causas ajenas a la voluntad del agente³⁶². El acto de reversión del crédito podrá considerarse un arrepentimiento activo, pero no un desistimiento, pues en tal caso el delito ya estará consumado.

5. Causas de justificación

Dado que el crédito promocional consiste en una cantidad de dinero puesto a disposición del beneficiario, puede presentarse una situación de gastos prioritarios que le lleven a hacer una aplicación distinta. Está claro que el hecho de que el beneficiario del crédito tenga otros gastos urgentes que cubrir no justifica necesariamente la malversación. Sin embargo, si a lo que apuntan esos gastos es a preservar un bien jurídico de mayor jerarquía, entonces podrá acudir a la figura del estado de necesidad justificante (artículo 20 inciso 4 del CP). Así, por ejemplo, si el beneficiario utiliza el crédito promocional para una operación de urgencia de un familiar cercano que está en riesgo de morir, está claro que la malversación podrá encontrar justificación³⁶³.

6. Penalidad

El delito de malversación de crédito promocional se castiga con una pena privativa de libertad no mayor de dos años, lo que significa que el ex-

362 Admite el castigo de la tentativa, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 315. De otro parecer, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 462.

363 En el mismo sentido, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 315.

tremo penal mínimo sería de dos días conforme a lo establecido en el artículo 29 del CP. Si el beneficiario del crédito es una persona jurídica, podrá aplicársele la consecuencia accesoria de suspensión de actividades para que no vuelva a actuar en el sector que goza de la subvención malversada. Adicionalmente, la reparación civil deberá estar orientada a recuperar el dinero recibido como crédito promocional.

TÍTULO III

**DELITOS CONTRA LA
ACTIVIDAD FINANCIERA
DEL ESTADO**

CUESTIONES PRELIMINARES

Para que la intervención del Estado en la economía se pueda materializar es imprescindible que cuente con los fondos necesarios para cubrir el gasto que tal intervención demanda. Estos fondos se los podría procurar por medio del emprendimiento de una actividad lucrativa en el mercado en situación de competencia con los particulares. Sin embargo, el principio de subsidiariedad constitucionalmente recogido le impide desplegar una actividad empresarial, mientras esta pueda ser llevada a cabo por los particulares. Es por ello que el Estado asume, más bien, el modelo de Estado impositivo para financiar el gasto público, lo que significa obligar a los ciudadanos a contribuir con aportes dinerarios a la generación de los fondos necesarios³⁶⁴. Como puede verse, el financiamiento del gasto público se consigue a través de las contribuciones impuestas a los particulares en base a diversos criterios, entre los que destaca de manera especial los signos exteriores de riqueza.

Además de imponer a los ciudadanos la obligación de contribuir con las finanzas públicas, el Estado debe conseguir que esas contribuciones efectivamente se recauden. Con esta finalidad procede a implementar mecanismos administrativos para determinar el aporte de cada ciudadano, recibirlos y fiscalizar que se haya hecho el pago en la medida correspondiente. Esta labor de recaudación debe contar además con un refuerzo penal que asegure el cumplimiento 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

364 ^aVid., VAN WEEZEL, *Los delitos tributarios*, p. 13.

castiga aquellas conductas graves que defraudan de manera intolerable la expectativa normativa de contribución con el gasto público.

El que el fundamento principal de los delitos tributarios y aduaneros sea el aseguramiento de la recaudación tributaria, no impide que puedan también resguardar otros aspectos o condiciones del sistema económico. Así, en el caso de los delitos tributarios hay que reconocer que se protege también la capacidad del Estado de dirigir indirectamente la economía mediante la orientación de la carga tributaria, lo cual se afecta, de alguna forma, con la frustración fraudulenta del cumplimiento de las obligaciones tributarias. Por su parte, los delitos aduaneros se sustentan no solo en la obligación de pago de los tributos o derechos aduaneros, sino también en una labor de control sobre el ingreso y salida del territorio nacional de mercancías. En este sentido, los delitos aduaneros cumplen con el objetivo adicional de resguardar las condiciones dispuestas por el Estado para el tráfico internacional de mercancías.

En los capítulos que siguen se analizará como están regulados los delitos tributarios y aduaneros en nuestra legislación penal. Los diversos aspectos brevemente mencionados sobre la protección penal que despliegan estos delitos, permiten llegar a la conclusión de que ambos grupos de delitos son indiscutiblemente delitos económicos. Esta afirmación se sustenta no solo en el hecho de que dichos ilícitos penales refuerzan la actividad recaudatoria del Estado para financiar su intervención en la economía³⁶⁵, 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. Se trata de delitos económicos que se enmarcan claramente en la necesaria intervención del Estado en la economía.

365 De manera similar OTTO, *ZStW* 96 (1984), p. 352; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 4, n.m. 1, agrupan los delitos tributarios y los delitos aduaneros como normas penales para la protección de la economía financiera del Estado.

Capítulo I

LOS DELITOS TRIBUTARIOS

I. Introducción

Una de las formas con las que el Estado interviene en la economía es mediante una actividad social dirigida a procurar ciertas condiciones mínimas para aquellos sectores sociales que no cubren sus necesidades básicas³⁶⁶. Es evidente que esta labor demanda el uso de ciertos recursos económicos, por lo que el Estado debe ver la manera de 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 se 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 instrumentalmente el sistema fiscal para alcanzar u optimizar ciertos objetivos de política económica³⁶⁷.

La regulación jurídica de los tributos parte de la base de que el Estado puede imponer cargas económicas a los ciudadanos 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 refe-

366 Vid., CARMONA, *Premesse*, p. 88.

367 Vid., sobre la dirección económica a través del sistema fiscal TIEDEMANN, *JuS* 1989, p. 692.

ruido texto legal. En este sentido, la normativa jurídica tributaria contempla los criterios para determinar el surgimiento de la obligación tributaria, así como los diversos mecanismos para conseguir su efectivo cumplimiento. Las conductas que afectan, de alguna manera, la recaudación de los tributos que deben pagarse constituyen ilícitos tributarios, los que, en función de su gravedad y elementos constitutivos, pueden presentarse como infracciones tributarias o como delitos tributarios³⁶⁸.

Es oportuno hacer aquí la precisión de que 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. La normativa sancionatoria de los ilícitos tributarios no es ajena a esta distinción funcional de los tributos, 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 siguientes capítulos no vamos a ocuparnos de las infracciones tributarias y aduaneras, pues estas no pertenecen al Derecho penal económico, sino al Derecho administrativo sancionador³⁶⁹. Nuestra exposición se va a limitar, más bien, a analizar los llamados delitos tributarios y aduaneros, comenzando con los primeros en este capítulo y dejando los segundos para 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 esta-

368 Vid., GARCÍA RADA, *El delito tributario*, p. 57.

369 Muy cercano a esta conclusión es 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". Por lo demás debe tenerse en cuenta lo señalado por la Casación 238-2012-Arequipa de fecha del 24 de junio de 2014, punto 5.2., que califica de mayoritaria la distinción cualitativa entre el ilícito tributario administrativo y el delito tributario.

blecidos por el Estado³⁷⁰. 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 también que una justificación de la amenaza penal en factores puramente pragmáticos resulta insuficiente para el propio sistema penal, pues este 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 efectiva 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 tributario³⁷¹, pues no responde a los principios y finalidades, esencialmente recaudatorios, del sistema tributario, aun cuando no se oponga a ellos e incluso las refuerce. Esta conclusión no debe, sin embargo, entenderse como una completa independencia del Derecho penal tributario frente al Derecho tributario, pues es indudable que ambas regulaciones se encuentran vinculadas de diversas formas, tal como lo pone de manifiesto JOECKS³⁷². Por un lado, están vinculadas históricamente en la medida que el Derecho penal tributario ha surgido del Derecho tributario y ha sido regulado tradicionalmente dentro de

370 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 *Straverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.), pp. 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.

371 Vid., así, MOSER, *DStR* 1956, p. 463; JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), Einleitung, n.m. 3. En la doctrina nacional, sigue esta perspectiva, REATEGUI SÁNCHEZ, en *Delitos tributarios y aduaneros*, p. 9. Por el contrario, consideran que el Derecho penal tributario es parte del Derecho tributario, MATTERN, *DStZ* 1957, p. 97; EL MISMO, *ZStW* 67 (1955), pp. 365 y ss.

372 Vid., JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), Einleitung, n.m. 2.

las leyes tributarias³⁷³. 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. Adicionalmente, existe también 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 las leyes tributarias³⁷⁴. Por último, 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 funcionalidad³⁷⁵.

III. El fundamento jurídico-penal de los delitos tributarios

1. El bien jurídico penalmente 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. Con base en tal perspectiva, al concepto de bien jurídico se le atribuye una función crítica, ya que con su ayuda se puede enjuiciar si resulta correcta o no la incriminación realizada por el legislador penal. Los delitos tributarios pueden ser sometidos también a este análisis crítico sobre la base del criterio del bien jurídico protegido, pero para ello evidentemente resulta necesario determinar cuál es el bien jurídico que protegen.

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 Tributaria³⁷⁶. Desde esta perspectiva, el Derecho

373 Vid., GARCÍA RADA, *El delito tributario*, pp. 175 y ss.

374 Vid., BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 474.

375 Así, IGLESIAS RÍO, *La regularización*, pp. 23 y ss., con especial referencia a la regularización fiscal.

376 Vid., así, como el interés público en una oportuna y completa recaudación fiscal, SUHR, *Rechtsgut der Steuerhinterziehung*, pp. 31 y ss.; KOHLMANN, *Steuerstrafrecht. Kommentar*, § 370, n.m. 39.

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 leyes³⁷⁷. La justificación del refuerzo penal radicaría fundamentalmente en el peligro de que los obligados tributarios no cumplan voluntariamente con el pago de los tributos, configurándose los delitos tributarios como meros actos de desobediencia frente a los mandatos legales establecidos en la normativa tributaria³⁷⁸. 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 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 en la doctrina penal, consideramos que, en general, 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 primaria 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 cuál es la condición esencial de la organización social que se busca resguardar con los delitos tributarios.

En los escritos especializados pueden encontrarse dos posiciones encontradas³⁷⁹. Por un lado, se encuentra la llamada tesis patrimonialista, según la cual el bien jurídico protegido por los delitos tributarios está constituido

377 Así, GARCÍA CANTIZANO, *Gaceta Jurídica*, t. 70-B, septiembre 1999, p. 66.

378 Vid., en este sentido, ISENSEE, *NJW* 1985, p. 108. Similarmente, KOHLMANN, *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.), p. 19. Críticamente, FISSENWERT, *Der Irrtum*, pp. 36 y ss.

379 Aunque también hay intentos por conciliarlas como lo hace MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Revista Penal* 1 (1998), pp. 56 y ss., con las categorías de bien jurídico inmediato (el patrimonio) y mediato (la función del tributo); RANCAÑO MARTÍN, *El delito de defraudación tributaria*, Madrid, 1997, pp. 40 y ss., con la perspectiva objetiva y subjetiva de la Hacienda Pública.

por los intereses patrimoniales del Estado recaudador de los tributos³⁸⁰. 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 automáticamente el delito en un delito patrimonial³⁸¹. 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, asumir el carácter de un delito patrimonial. Por otra parte, el eventual perjuicio patrimonial en los delitos tributarios no se muestra de la misma forma que los delitos patrimoniales tradicionales, pues mientras que en estos se perjudica por lo general derechos patrimoniales sobre bienes que ya se tienen (propiedad, posesión, etc.), en aquellos se afecta una pretensión patrimonial del Estado sobre parte del patrimonio de los contribuyentes³⁸².

Para evitar caer en la lógica patrimonial y esquivar las críticas que se le hace, 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 relevantes³⁸³. Posiblemente esta comprensión podría ajustarse sin problemas al delito de infracción de deberes contables tributarios, en donde el injusto se centra innegablemente 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 penal³⁸⁴.

380 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.

381 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*, pp. 11 y ss.

382 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.

383 Vid., así, TROEGER, *Steuerstrafrecht*, pp. 8 y ss.; EHLERS/LOHMEYER, *Steuerstraf- und Steuerordnungswidrigkeitenrecht*, p. 4.

384 Vid., PEÑA CABRERA, *Tratado*, t. IV, p. 275.

De seguirse esta última interpretación, el delito contable tributario seguiría también asociado al interés patrimonial del Estado de recaudar los tributos.

Frente a la tesis patrimonialista, un sector de la doctrina penal sostiene 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 público³⁸⁵. A esta 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 termina dejando de lado la lesividad concreta del delito fiscal. En contra de la línea de interpretación funcional del bien jurídico, consideramos que el bien jurídico penalmente protegido debe determinarse en atención al aspecto que concretamente reguarda cada delito tributario.

En nuestra opinión, el bien jurídico protegido por los delitos tributarios no se encuentra plasmado en realidades desconectadas de la norma penal o en el éxito de la actividad financiera del Estado, 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 internos³⁸⁶. A partir de esta expectativa normativa esencial del sistema económico se definen en los tipos penales las conductas que la defraudan gravemente y que, en caso de realización, requieren de una sanción penal para mantener su vigencia. Debe quedar claro que en nuestro

385 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, *Cuestiones*, p. 77; CATANIA, *Régimen Penal Tributario*, pp. 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; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 476; URQUIZO VIDELA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 28 (octubre de 2011), p. 220; BRAMONT-ARIAS TORRES, L.F., *Revista del Instituto de Derecho Tributario*, 32 (1997), p. 51; URQUIZO OLAECHEA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 68 (febrero de 2015), p. 131; GÁSLAC SÁNCHEZ, *RPDE* 67 (2009), p. 196. Dentro de las tesis funcionalistas, sin embargo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Revista Penal* 1 (1998), p. 56, considera necesario diferenciar dos orientaciones divergentes entre sí: Por un lado, la que sostiene que el bien jurídico está referido a la “función tributaria” y, por el otro, la que pone el acento, más bien, en la “función del tributo”.

386 Sigue esta perspectiva sobre el bien jurídico, la Ejecutoria Suprema del 10 de marzo de 2010, R.N. N.º 1895-2008, Lima.

sistema penal no es defraudatorio de la expectativa protegida el simple incumplimiento del pago de los tributos³⁸⁷, 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 fraudulento³⁸⁸. Solamente un comportamiento fraudulento defrauda gravemente la expectativa normativa de conducta protegida y amerita, por tanto, la imposición de una pena para restablecer su vigencia social.

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 asegurada. Si se entiende que el fundamento de dicha expectativa reside en un deber positivo que recae sobre determinados ciudadanos (contribuyentes), entonces el delito estará configurado como un delito de infracción de un deber, en el que el dominio del riesgo de perjuicio de los intereses económicos del Estado interesa poco a efectos de determinar la responsabilidad penal³⁸⁹. Para que el obligado institucional responda penalmente, bastará con acreditar que ha infringido el deber positivo específicamente establecido. Por el contrario, si el incumplimiento de la obligación tributaria es concebido en términos de una afectación a la política recaudatoria del Estado por medio de un acto de organización fraudulento, entonces la responsabilidad penal se tendrá que determinar con base en un delito de dominio. En este caso, la imputación penal se sustentará en el dominio de un riesgo que afecta de forma penalmente relevante los intereses económicos del Estado en la recaudación tributaria. Esta distinción de los criterios de imputación

387 Vid., así, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 422.

388 Crítico a esta incriminación desde un análisis económico, BRAMONT-ARIAS TORRES, L.F., en *LH-Bramont Arias*, pp. 533 y ss., quien recomienda reducir el delito de defraudación tributaria a los casos de suma gravedad en los que se presenta cierta conmoción social.

389 Sobre esta fundamentación institucionalista de los delitos tributarios, vid., VAN WEEZEL, *Delitos tributarios*, pp. 16 y ss. Hay que indicar que el AP N.º 02-2009, punto 8, califica a los delitos tributarios como delitos de infracción de un deber, aunque sin hacer mayores precisiones dogmáticas.

penal incide especialmente en las reglas para definir la intervención delictiva.

En anteriores oportunidades me he mostrado a favor de una interpretación institucional de los delitos tributarios³⁹⁰. 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, 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 la legislación penal nacional. 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 una contraprestación o beneficio a cambio, de manera que el pago de dichos tributos podrían ordenarse perfectamente en la lógica de la autoorganización del agente económico³⁹¹. 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 organizativas.

390 Vid., así, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, 2.ª ed., 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; GARCÍA NAVARRO, *Actualidad Jurídica*, t. 147, febrero 2006, p. 95; BULNES JIMÉNEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 55 (enero de 2014), pp. 164 y ss. Del mismo parecer en el Derecho penal alemán, WULF, *Handeln und Unterlassen*, pp. 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. De igual opinión en el Derecho penal español, BACIGALUPO ZAPATER, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 303; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, pp. 561 y ss. Sostiene también la perspectiva institucional en el Derecho penal chileno, OSSANDÓN WIDOW, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXVIII (2007), p. 174.

391 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.

Por otro lado, no basta con precisar que el deber de tributar se fundamenta en el ejercicio de la libertad de organización económica o en una institución social específica para determinar si el delito tributario es un delito de dominio o de infracción de un deber, sino que es necesario atender a cómo está configurada típicamente la conducta constitutiva del delito tributario. Si el delito tributario castigase el simple incumplimiento del pago de los tributos adeudados³⁹², entonces podría sostenerse válidamente que está configurado como un delito de infracción de un deber. No obstante, no debe olvidarse que tal afirmación solamente podría resultar viable en el caso de los tributos que se sustenten en un deber de contribución basado en la solidaridad ciudadana (impuesto a la renta, impuesto solidario, etc.), pero no si los tributos se sustentan en una contraprestación o gravan algún tipo de operación económica. En este último caso, la falta de pago del tributo no es más que el resultado provocado por el riesgo de afectación a la recaudación estatal dominado por el contribuyente. Por lo tanto, si la tipificación del delito tributario en nuestro país sancionase la sola falta de pago de los tributos, habría que reconocer la convivencia de estructuras de imputación penal de naturaleza organizativa e institucional.

El hecho es que, en la legislación penal nacional, el delito de defraudación tributaria no sanciona el simple incumplimiento del deber de tributar, sino una conducta fraudulenta que lleva al incumplimiento del pago de los tributos establecidos por las leyes. En consecuencia, el delito se constituye abiertamente como un delito de dominio³⁹³, en donde no es suficiente infringir el deber de pagar los tributos, sino que resulta necesario atribuir al autor una organización fraudulenta para no realizar dicho pago. Bajo este orden de ideas, el delito de defraudación tributaria castiga al particular que, habiendo realizado un hecho imponible, se organiza de una manera fraudu-

392 Esto se sostiene precisamente en el Derecho penal español, en donde, conforme a un desarrollo jurisprudencial extendido, la defraudación tributaria se configura con el simple incumplimiento del pago de la deuda tributaria. Vid., al respecto, BACIGALUPO ZAPATER, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), pp. 299 y ss.

393 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. Críticamente ante una posición intermedia, FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret* 2/2009, p. 20. En el Derecho penal chileno considera aplicable la lógica del dominio, VAN WEEZEL, *Delitos tributarios*, pp. 17 y ss.

lenta para impedir que el Estado pueda hacer el efectivo cobro de los tributos correspondientes.

Pese al carácter general de la afirmación precedente, resulta necesario hacer algunas matizaciones en relación con el criterio material de imputación penal, pues los delitos tributarios no se agotan en la modalidad básica de la defraudación tributaria. Junto a la obligación de no organizarse fraudulentamente para dejar de pagar los tributos, existen indiscutiblemente ciertos deberes especiales que conviene abordar con mayor detalle para determinar si constituyen no más que derivaciones del deber general de no perjudicar patrimonialmente al fisco o si, por el contrario, son posiciones institucionales específicas que podrían dar pie a delitos de infracción de un deber.

En primera línea, cabe analizar el delito tributario consistente en no entregar retenciones o percepciones previsto como una 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 de las actividades de organización, sino de relaciones de carácter institucional, concretamente, del 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 sistema de recaudación. 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 LPT que se sanciona penalmente el incumplimiento de los deberes consistentes en generar la información contable necesaria para las labores de control de la Administración Tributaria. Estos deberes contables no serían deberes accesorios de la obligación principal de pagar los impuestos, sino

una extensión de la labor de control estatal a los particulares. Se vincularía institucionalmente al obligado tributario con el fin estatal de recaudación tributaria por medio de deberes de transparencia de la información económica o financiera. 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. En efecto, 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 en relación con el pago de los tributos³⁹⁴.

IV. Los tipos penales

Cuando se promulgó el Código Penal actual se regularon los delitos tributarios en el Título XI del Libro Segundo³⁹⁵. 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 productos³⁹⁶. En la exposición de motivos, 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

394 Del mismo parecer, URQUIZO VIDELA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 28 (octubre de 2011), pp. 220 y ss.

395 Vid., BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 471.

396 Vid., URQUIZO OLAECHEA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 68 (febrero de 2015), p. 125.

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, se hicieron varias reformas que terminaron por romper la idea de regular todos estos delitos en el Código Penal. En junio de 1995 se procedió a regular los llamados delitos aduaneros (contrabando y defraudación de rentas de aduanas) en una ley especial (ley N.º 26461), derogándose los respectivos artículos del Código Penal³⁹⁷. Lo mismo se hizo en abril de 1996 con la llamada defraudación tributaria mediante el Decreto Legislativo N.º 813³⁹⁸. Si bien ambas regulaciones penales especiales han sufrido diversas modificaciones, han mantenido la técnica legislativa de la ley penal especial, dejando en el Código Penal únicamente los delitos tributarios referidos a la elaboración y comercio clandestino de productos³⁹⁹. De esta manera, podría decirse que los delitos tributarios están regulados tanto en el Código Penal como en dos regulaciones especiales (los delitos aduaneros y los delitos tributarios). Lo que permite seguir tratándolos como un mismo grupo de delitos, a pesar de su separación legislativa, es que están relacionados, de alguna manera, con la potestad tributaria del Estado. Sin embargo, en el caso de los delitos aduaneros, esta particularidad no está presente en todos los tipos penales, pues la potestad aduanera engloba aspectos que van más allá de la imposición tributaria. Por ello, lo más apropiado a los fines expositivos es limitar el análisis del presente capítulo a los delitos tributarios previstos en el Código Penal y en la Ley Penal Tributaria, dejando el estudio de los delitos aduaneros para el siguiente capítulo.

1. El delito de defraudación tributaria

La defraudación tributaria se encuentra actualmente regulada en el Decreto Legislativo N.º 813, al que se le denomina Ley Penal Tributaria (LPT).

397 FLORES POLO, *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 31 (diciembre 1996), p. 36.

398 Vid., REÁTEGUI SÁNCHEZ, en *Delitos tributarios y aduaneros*, p. 19.

399 Vid., críticamente, VEGA BILLÁN, *Actualidad Jurídica* 114, mayo 2003, p. 26.

En la exposición de motivos de esta ley se resumen las razones por las que el legislador penal optó por una regulación penal especial, en contra de la línea legislativa que opta por regular los delitos tributarios en el Código Penal⁴⁰⁰. En primer lugar, la necesidad de una ley penal especial se sustentó en la especialidad de los delitos tributarios, las materias jurídicas que confluyen (el Derecho tributario y el Derecho penal) y la intervención de las administraciones tributarias en la constitución del ilícito penal. En segundo lugar, se adujeron razones de técnica legislativa, como que en una ley penal especial podían incluirse cuestiones tanto sustantivas como procesales para una efectiva investigación y juzgamiento de los delitos tributarios. Adicionalmente se hizo mención a cuestiones referidas al fin de prevención, sobre la base de la idea de que una norma penal especial origina un mayor conocimiento y difusión de la materia que se legisla⁴⁰¹. 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 los aspectos garantistas del sistema penal.

Al margen de la discusión sobre las bondades de la técnica legislativa de la regulación especial, lo que resulta obligado analizar son los tipos penales recogidos por el Decreto Legislativo N.º 813. Esta ley penal especial regula, en primer lugar, un tipo básico del delito de defraudación tributaria en su artículo 1. Junto a este tipo básico se regulan las llamadas modalidades especiales del delito de defraudación tributaria en el artículo 2. Pese a que el término “especial” pudiese suscitar la idea de que estas modalidades de la defraudación tributaria reunirían los elementos constitutivos del tipo penal básico, el hecho es que una revisión de su redacción típica pone de manifies-

400 A favor de la regulación por una ley penal especial, SAMHAN SALGADO, *Ilícitos tributarios*, p. 388. Críticamente, por el contrario, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, pp. 471 y ss.; GARCÍA CANTIZANO, *Gaceta Jurídica*, t. 70-B, septiembre 1999, pp. 65 y ss.; 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*, pp. 18 y ss.

401 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*, pp. 412 y ss.

to que estos tipos especiales no recogen todos los elementos constitutivos del tipo base de defraudación tributaria. De hecho, al contemplar la misma pena, no tendría sentido tipificarlos expresamente si cumplen con todos los elementos típicos del tipo penal básico. La única explicación razonable es que se trataría de figuras delictivas emparentadas, pero que requieren de una tipificación expresa, pues, de lo contrario, no podrían ser sancionados con el tipo penal básico de la defraudación tributaria.

La Ley Penal Tributaria establece también, en sus artículos 4 y 5-D, ciertos supuestos en los que se agrava la pena prevista en el tipo penal básico. Las agravantes del artículo 4 se aplican exclusivamente al tipo básico del artículo 1, mientras que las agravantes del artículo 5 D pueden presentarse respecto del tipo básico y las modalidades especiales del artículo 2. Hasta antes de la reforma que sufriera a causa del Decreto Legislativo N.º 1114, la Ley Penal Tributaria contemplaba también un tipo penal atenuado en función del monto de lo defraudado. Sin embargo, el legislador penal decidió derogar dicho tipo privilegiado⁴⁰², alegando en la exposición de motivos que esta derogación se hacía para guardar coherencia con la incorporación de nuevos delitos tributarios de peligro. Como tipos penales autónomos se regulan finalmente, en los artículos 5, 5-A, 5-B y 5-C, supuestos que adelantan la barrera de protección penal, sancionando la realización de actos que se limitan a generar las condiciones idóneas para una posterior defraudación tributaria (delitos de preparación). En lo que sigue, vamos a entrar en el análisis de todas estas figuras delictivas.

A. El tipo penal básico de defraudación tributaria

El artículo 1 de la LPT 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 castiga al que se organiza de una manera tal que frustra fraudulentamente el pago íntegro del tributo. Desde

402 Vid., CARO CORIA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 37 (julio de 2012), p. 18.

esta lógica es que deben precisarse los elementos constitutivos del delito de defraudación tributaria.

a. Los sujetos del delito

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 Tributaria⁴⁰³. El principal obligado a pagar los tributos es quien realiza el hecho imponible, es decir, el contribuyente (artículo 8 del CT). No obstante, la ley tributaria 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 CT)⁴⁰⁴. En suma, el delito de defraudación tributaria es un delito especial⁴⁰⁵, en la medida que, para poder ser autor, se requiere estar obligado a pagar los tributos como contribuyente o responsable.

Dentro de los responsables tributarios debe destacarse 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 los tributos y entregarlos al acreedor tributario. Sin embargo, la actuación irregular de estos sujetos se encuentra específicamente tipificada como una modalidad especial de la defraudación tributaria, por lo que podría sostenerse

403 Vid., PEÑA CABRERA, *Tratado*, t. IV, p. 284; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 477; REAÑO PESCHIERA, *Ius et veritas* 26, pp. 300 y ss.; GARCÍA NAVARRO, *Actualidad Jurídica*, t. 147, febrero 2006, p. 95.

404 Vid., REAÑO PESCHIERA, *Ius et veritas* 26, p. 301; GÁSLAC SÁNCHEZ, en *RPDE* 67 (2009), pp. 202 y ss.

405 Vid., así, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 421; REÁTEGUI SÁNCHEZ, en *Delitos tributarios y aduaneros*, p. 20; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 477. Del mismo parecer el Acuerdo Plenario N.º 02-2009. Igualmente en el Derecho penal español, BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, *Delitos tributarios y previsionales*, p. 85; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario*, pp. 53 y ss. De otro parecer, en el Derecho español, RANCAÑO MARTÍN, *El delito de defraudación tributaria*, pp. 48 y ss.; MERINO JARA/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *El delito fiscal*, pp. 38 y ss.

que están fuera del círculo de destinatarios del tipo penal básico⁴⁰⁶. No obstante, un análisis más detenido demuestra que esta conclusión no es correcta, pues los agentes de percepción o retención pueden 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, por razones de especialidad, los contribuyentes encarguen la gestión de sus asuntos tributarios a otras 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 del contribuyente puede hacerlos responsables como autores del delito tributario, aunque no cuenten con la calidad de obligados tributarios.

En el caso de las personas naturales, el artículo 16 del CT 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 representantes legales, mandatarios, administradores y gestores recae también la calidad de obligados tributarios. Especialmente resulta importante tener en cuenta aquí al asesor fiscal que asume la gestión y el pago de los tributos del contribuyente⁴⁰⁷.

Respecto de las personas jurídicas parecería ser que, en principio, habría que acudir a la cláusula del actuar en lugar de otro (artículo 27 del CP) para poder sancionar a los representantes que realizan el tipo penal de defrauda-

406 Considera que el tipo penal básico no abarca a los agentes de retención o percepción, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 429.

407 Vid., CHOCLÁN MONTALVO, *Responsabilidad de auditores*, pp. 176 y ss., quien utiliza la cláusula del actuar en lugar de otro española que admite una actuación en lugar de otro entre persona naturales.

ción tributaria, con las limitaciones que este dispositivo penal general contiene⁴⁰⁸. No obstante, un análisis más detenido lleva a la conclusión de que no hay que utilizar 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 CT 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 representantes, 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.

Hasta antes de la reforma tributaria operada por el D. Leg. N.º 1121 del 18 de julio de 2012, resultaba discutible si se le podía atribuir la calidad de representante tributario al administrador de hecho, pues el artículo 16 del CT no lo reconocía expresamente como tal. Con la incorporación del artículo 16 A del CT el tema es ahora claro en el sentido de alcanzarle también la calidad de representante tributario, habiéndose asumido incluso un concepto amplio de administrador de hecho que, por encima del administrador que cuenta con nombramiento defectuoso, incluye al que, en los hechos, tiene el manejo administrativo, económico o financiero del deudor tributario, asume un poder de dirección o influye de forma decisiva, directamente o a través de terceros, en las decisiones del deudor tributario. Con esta regulación tributaria, no hay duda que el administrador de hecho es también un obligado tributario y, por lo tanto, podrá responder como autor del delito de defraudación tributaria.

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 normativa societaria o que continúan en actividad no obstante haber incurrido en causal de disolución prevista en la ley, el pacto social o el estatuto, se les sigue reconociendo personería jurídi-

408 Así, PEÑA CABRERA, *Tratado*, t. IV, p. 285; REAÑO PESCHIERA, *Ius et veritas* 26, pp. 302 y ss.; GARCÍA NAVARRO, *Actualidad Jurídica*, t. 147, febrero 2006, p. 95; BRAMONT-ARIAS TORRES/ GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 477.*

ca, 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 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 CT 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 del CT 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 jurídica⁴⁰⁹, 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 restricción 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 detrás⁴¹⁰. 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 es así. El intérprete penal debe proceder a realizar su labor hermenéutica desde una perspectiva propiamente penal,

409 Vid., con consideraciones críticas, MERINO JARA/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *El delito fiscal*, pp. 81 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Revista Penal* 1 (1998), p. 64.

410 Destacan esta dificultad, MERINO JARA/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *El delito fiscal*, pp. 82 y ss.

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 autor 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 leyes⁴¹¹.

b. La 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 legalmente adeudados 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 un delito de defraudación tributaria⁴¹², pues resulta necesario que tal impago sea consecuencia de algún medio fraudulento empleado por el autor. Tampoco el incumplimiento del pago de los tributos por medios distintos al fraude –como sería el caso de la amenaza o la violencia–, puede subsumirse en el tipo penal de defraudación tributaria⁴¹³, lo que ciertamente no impide que se pueda recurrir a los tipos penales de resistencia o violenta a la autoridad o, en todo caso, de coacciones. La falta de pago del tributo debe ser necesariamente consecuencia de una conducta fraudulenta del autor.

Los medios específicos que el autor del delito debe utilizar para la defraudación tributaria son tres: el engaño, la astucia o el ardid. Al *engaño* se le define como toda distorsión de la realidad, a la *astucia* como la disimulación que finge o imita lo que no es, y al *ardid* como todo mecanismo hábil y mañoso que lleva a error a una persona. A estos medios específicamente mencionados, se les pueden sumar otros similares como el artificio, el truco, el embuste o la argucia; utilizando la cláusula general de “otras formas frau-

411 Del mismo parecer, MERINO JARA/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *El delito fiscal*, p. 88.

412 Igualmente, KUMMER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 18, n.m. 32.

413 Vid., HOFF, *Das Handlungsunrecht*, p. 82.

dueltas”. Con esta redacción abierta, el tipo penal busca abarcar cualquier medio fraudulento con el que el obligado tributario deje de pagar, en todo o en parte, los tributos establecidos por las leyes. Pese a las puntualizaciones acabadas de hacer, en lo que sigue se va a utilizar el término “engaño” como abarcativo de los distintos medios defraudatorios típicamente previstos.

El engaño tiene lugar usualmente como declaraciones falsas del obligado tributario sobre los hechos tributariamente relevantes. Esta falsedad no solo puede producirse por medio de afirmaciones totalmente inveraces, sino también de afirmaciones incompletas⁴¹⁴. Para determinar qué hechos son tributariamente relevantes resulta necesario tener como referencia la normativa que regula el tributo correspondiente⁴¹⁵. Dado que la normativa tributaria regula un hecho fáctico desde una perspectiva valorativa, el engaño no solo puede expresarse como la afirmación de hechos falsos, sino también como la utilización de valoraciones jurídicas insostenibles que apuntan a evitar que la Administración Tributaria tome conocimiento de aspectos tributariamente relevantes⁴¹⁶.

Pero además del engaño expresado por medio de comunicaciones o declaraciones falsas o incompletas, la redacción abierta de la defraudación tributaria permite atribuir relevancia típica a otros mecanismos fraudulentos que no consten necesariamente de afirmaciones dirigidas al órgano administrador del tributo. Posiblemente el mecanismo más común en este sentido sean las llamadas acciones o negocios aparentes⁴¹⁷. En efecto, no es nada inusual que los obligados tributarios recurran a operaciones fraudulentas como la creación ficticia de personas jurídicas o la celebración simulada de contratos con la finalidad de dejar a la Administración Tributaria en incapacidad de poder detectar que no han cumplido con pagar los tributos correspondientes o que lo han hecho en menor cantidad que la debida. Por lo tanto, toda situación creada por el autor para impedir que el fisco acceda al

414 Así, en el Derecho penal alemán, VON DER HEIDE, *Tatbestands- Vorsatzprobleme*, pp. 66 y ss.; KOHLMANN, *Steuerstrafrecht*, Kommentar, § 370, n.m. 247.

415 Vid., en este sentido, VON DER HEIDE, *Tatbestands- Vorsatzprobleme*, pp. 65 y ss.

416 Así, la jurisprudencia alemana, KUMMER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 18, n.m. 18. Vid., críticamente, KOHLMANN, *Steuerstrafrecht*, Kommentar, § 370, n.m. 236.

417 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.

conocimiento de un hecho que incide en el nacimiento, exigibilidad o cancelación de las obligaciones tributarias, puede ser tenido como el elemento defraudatorio exigido por el delito de defraudación tributaria.

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 adquiere relevancia típica, si provoca que no se pague los tributos correspondientes o se haga en cantidad inferior a la debida. Importante es precisar que, 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 este tenga lugar en otro momento, como en el procedimiento de fiscalización, de recaudación o incluso en la ejecución coactiva⁴¹⁸.

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 llevar a la conclusión apresurada de que toda la dogmática del engaño en la estafa debe reeditarse en la defraudación tributaria⁴¹⁹. En la estafa la conducta engañosa del autor apunta a inducir a

418 Vid., en este sentido, JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 226 y ss.; VON DER HEIDE, *Tatbestands- und Vorsatzprobleme*, pp. 131 y ss.; HOFF, *Das Handlungsunrecht*, pp. 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.º 626-92 de 27 de junio de 1994 (cit. en *Gaceta Jurídica*, t. 76-B, marzo 2000, pp. 156 y ss.). Sin embargo, recientemente la Corte Suprema en la Casación 238-2012-Arequipa de fecha del 24 de junio de 2014, punto 5.8, ha señalado que el delito de defraudación solamente puede cometerse en la fase de liquidación o determinación del tributo, lo que no permitiría castigar los casos de fraude a nivel de la fiscalización, cobro o pago del tributo.

419 Así, PEÑA CABRERA, *Tratado*, t. IV, pp. 287 y ss.; GARCÍA NAVARRO, *Actualidad Jurídica*, t. 147, febrero 2006, p. 96. Igualmente, CATANIA, *Régimen Penal Tributario*, p. 53, respecto de la regulación argentina. De otra opinión, GARCÍA RADA, *El delito tributario*, p. 179; HOFF, *Das Handlungsunrecht*, pp. 131 y ss., en relación al tipo penal alemán de defraudación tributaria. En

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 pagar⁴²⁰. Si bien lo usual es 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 fraudulento⁴²¹.

Una actuación defraudatoria no conlleva necesariamente la tipicidad de la conducta. Tal y como lo sostiene de manera general la doctrina penal mayoritaria, la imputación objetiva del comportamiento requiere que la conducta del autor haya creado un riesgo penalmente prohibido, lo que, en el delito de defraudación tributaria, supone determinar con base en la normativa tributaria los deberes de veracidad que le corresponden a los obligados tributarios frente a la Administración Tributaria⁴²². Del mismo modo, los institutos específicos de la imputación objetiva del comportamiento como la prohibición de regreso, el principio de confianza o la competencia de la víctima encuentran aquí perfecta aplicación, de manera que podría discutirse objetivamente si una conducta engañosa del autor ha creado, en definitiva, 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

esta última línea, KUMMER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 18, n. m. 11, considera la defraudación tributaria como una forma especial de estafa.

420 Vid., así, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 424; GARCÍA NAVARRO, *Actualidad Jurídica*, t. 147, febrero 2006, p. 96. Por el contrario, SAMHAN SALGADO, *Ilícitos tributarios*, p. 390 exige también que el acreedor tributario sea inducido a error. Este último parecer es el seguido por la Corte Suprema en la Casación 238-2012-Arequipa de fecha del 24 de junio de 2014, punto 5.6. En la doctrina penal alemana WULF, *Handeln und Unterlassen*, pp. 153 y ss.; VON DER HEIDE, *Tatbestands- Vorsatzprobleme*, p. 142, consideran que el desconocimiento del funcionario es un elemento típico no escrito.

421 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 Handlungs-unrecht*, pp. 74 y ss.

422 En esta línea de pensamiento, la propuesta de interpretación del engaño en el delito de defraudación tributaria postulada por BRAMONT-ARIAS TORRES, L.F., *RPDE* 67 (2009), pp. 137 y ss.

podría hablarse de una competencia de la víctima en caso de inexactitudes que la Administración Tributaria estaba en capacidad de poder corregir por sí misma⁴²³.

Un aspecto muy importante respecto de la determinación de la conducta típica es la cuestión de si la defraudación tributaria puede ser realizada por omisión⁴²⁴. Si se hace una lectura descriptiva del tipo penal de defraudación tributaria, la conducta típica se limitaría a una conducta activa⁴²⁵. Esta limitación, sin embargo, no impediría el castigo de las conductas omisivas que equivalen normativamente a un hacer⁴²⁶, pues el artículo 13 del CP permite equiparar determinadas omisiones a la realización activa del delito⁴²⁷. 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). En relación con la cláusula de equivalencia, la doctrina penal sostiene que se cumple con tal requisito si la inactividad del garante deja a la Administración Tributaria en el desconocimiento de los hechos tributariamente relevantes⁴²⁸. En una lectura adscriptiva del tipo penal de defraudación tributaria, por el contrario, no sería necesario hacer todo el rodeo argumental descrito, pues las omisiones pueden dar pie también a una imputación penal, siendo solo 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 tri-

423 Vid., igualmente, VON DER HEIDE, *Tatbestands- und Vorsatzprobleme*, pp. 168 y ss. Críticamente, HOFF, *Das Handlungsunrecht*, p. 90; BRAMONT-ARIAS TORRES, L.F., *RPDE* 67 (2009), pp. 144 y ss.

424 Lo acepta, de manera general, el Acuerdo Plenario N.º 02-2009, punto 8. En la doctrina penal nacional, sostiene el mismo parecer, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, pp. 477 y ss.; GÁSLAC SÁNCHEZ, *RPDE* 67 (2009), p. 201. Igualmente, en la regulación penal alemana, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 4, n.m. 97.

425 Aunque REÁTEGUI SÁNCHEZ, en *Delitos tributarios y aduaneros*, p. 28, sostiene que la conducta típica consiste en una omisión.

426 Vid., así, PEÑA CABRERA, *Tratado*, t. IV, pp. 288 y ss.; GARCÍA NAVARRO, *Actualidad Jurídica*, t. 147, febrero 2006, p. 97.

427 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.

428 Sobre esta exigencia en la discusión doctrinal española, vid., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Revista Penal* 1 (1998), p. 59.

butaria 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, lo que sucede cuando el obligado tributario no saca del error en el que se encuentra la Administración Tributaria por mantenerse en cierta información suministrada anteriormente (injerencia). 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 impuestos⁴²⁹. 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 tributarios⁴³⁰.

bb) La punibilidad de las conductas de fraude a la ley tributaria

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 pueden sancionarse penalmente los casos de falta de pago de

429 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.

430° Similarmente, JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 159.

impuestos 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 tributaria⁴³¹. La normativa tributaria entiende que hay actos de fraude a la ley tributaria cuando se presenten, en forma concurrente, las siguientes circunstancias: a) Que individualmente o de forma conjunta sean artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido; y b) que de su utilización resulten efectos jurídicos o económicos, distintos del ahorro o ventaja tributarios, que sean iguales o similares a los que se hubieran obtenido con los actos usuales o propios⁴³².

En la exposición de la Parte General se abordó la problemática del fraude a la ley penal, señalándose que, en atención al principio de legalidad, las conductas de fraude a la ley no podían castigarse sin una cláusula de incriminación que permita determinar siquiera relativamente las conductas de fraude a la ley sancionadas penalmente. La especificación requerida puede realizarse de dos formas: mediante una determinación de las conductas de fraude a la ley en la propia ley penal o mediante una remisión a normas extra-penales que especifiquen tales conductas⁴³³. Debe precisarse, sin embargo, que en este caso no se discute, en estricto, un caso de fraude a la ley penal, sino a la ley tributaria. Por lo tanto, la pregunta que debe hacerse es si tal conducta de evasión de la normativa tributaria puede subsumirse en el tipo penal de defraudación tributaria.

Dos son los puntos que deben esclarecerse para dar respuesta al interrogante arriba planteado. Lo primero que debe determinarse es si una conducta de fraude a la ley tributaria da lugar al nacimiento de una obligación tributaria⁴³⁴. Si esto es así, entonces entra a tallar, como segundo punto a

431 Vid., SAMHAN SALGADO, *Ilícitos tributarios*, pp. 366 y ss.

432 Esta definición del fraude a la ley tributaria está contenida específicamente en la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario, incorporada por el D. Leg. N.º 1121. Si bien la aplicación de parte sustancial de esta norma se ha suspendido por la Ley N.º 30230 hasta que se emita un reglamento que precise parámetros de fondo y forma, esa suspensión no implica la derogación de la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario, por lo que su contenido sigue siendo una referencia normativa obligatoria.

433 Vid., en este sentido, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, I, p. 92; POHL, *Steuerhinterziehung*, pp. 120 y ss., con apreciaciones críticas.

434 Niega la existencia de un hecho imponible en caso de fraude a la ley tributaria, FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret* 2/2009, p. 31.

resolver, la cuestión de si la conducta de evasión de la ley tributaria puede ser considerada una “forma fraudulenta” de dejar de pagar los tributos establecidos por ley. Solo dándose una respuesta afirmativa a los dos puntos planteados es posible sostener la relevancia penal de los casos de fraude a la ley tributaria.

En relación con la naturaleza imponible del fraude a la ley tributaria, la opinión dominante era entender que esta forma de elusión fiscal, en la medida que se trata de actos reales y efectivos, no generaba una obligación tributaria, ni evitaba el disfrute de los beneficios tributarios⁴³⁵. En apoyo de este parecer se contó con la voluntad concluyente del legislador al modificar el artículo VIII del Título Preliminar del Código Tributario por medio de la Ley N.º 26663, al sacar la elusión fiscal de los casos de recalificación tributaria que podía hacer la SUNAT con base en los métodos de interpretación jurídica. En esta línea se pronunció expresamente además el Tribunal Fiscal en su Resolución N.º 06686-4-2004. Sin embargo, la situación legal ha adquirido un cariz completamente distinto con la incorporación de la norma XVI en el Título Preliminar del Código Tributario realizada por el D. Leg. N.º 1121 de julio de 2012. Esta nueva disposición tributaria establece que “(e)n caso que se detecten supuestos de elusión de normas tributarias, la SUNAT se encuentra facultada para exigir la deuda tributaria o disminuir el importe de los saldos o créditos a favor, pérdidas tributarias, créditos por tributos o eliminar la ventaja tributaria, sin perjuicio de la restitución de los montos que hubieran sido devueltos indebidamente”. Aunque esta nueva disposición tributaria ha sido dejada en suspenso hasta su reglamentación, no hay duda que concede a la SUNAT la facultad de aplicar a los actos de elusión la norma tributaria que hubiera correspondido a los actos usuales o propios.

El nuevo escenario legal, más allá de las críticas que de *lege ferenda* se le pudieran hacer y de la espera a su reglamentación, es sumamente claro en el sentido de darle a la conducta elusoria una relevancia tributaria imponible. Por lo tanto, aquel que realiza un acto de fraude a la ley tributaria, estará dejando de pagar los tributos que establecen las leyes. Sin embargo, queda claro que el solo incumplimiento del pago de la deuda tributaria por evasión de la ley tributaria no es suficiente para configurar un delito de defraudación

435 Vid., al respecto, BRAVO CUCCI, *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario* 44 (abril de 2006), pp. 143 y ss.

tributaria, siendo necesario acreditar, además, que la falta de pago tuvo lugar por medio de un engaño, ardid u otra forma fraudulenta. Es así como se entra en el segundo punto a resolver, esto es, si el fraude a la ley tributaria es una forma fraudulenta de dejar de pagar los tributos.

El tenor literal del artículo 1 de la LPT no parece oponerse a incluir el fraude a la ley tributaria como una “forma fraudulenta” de dejar de pagar los tributos. Sin embargo, esta primera impresión no resulta confirmada con un análisis más detenido, en especial, si se tiene en cuenta que el fraude a la ley tributaria implica la realización de una conducta real y efectiva. El que la Administración Tributaria pueda, más allá de si esto es compatible con el principio de legalidad tributaria, considerar que un acto realizado en fraude a la ley tributaria es tributariamente relevante, no lo hace fraudulento en los términos del delito de defraudación tributaria. El tipo penal requiere un fraude que sea equiparable al engaño o al ardid, no la simple utilización de un camino tributariamente inapropiado. En consecuencia, el acto de fraude a la ley penal tributaria no puede ser subsumido en el tipo penal del delito de defraudación tributaria⁴³⁶. La única forma de hacerlo, sería especificando como una modalidad de realización de la defraudación tributaria el acto de dejar de pagar los tributos por medio del fraude a la ley tributaria. Sin embargo, una decisión legislativa en este sentido sería sumamente discutible en términos político-criminales, teniendo en cuenta la tenue frontera que hay entre la elusión fiscal y la economía de opción.

c. El objeto del delito: ley penal en blanco

Conforme al tenor del tipo penal, el objeto del delito de defraudación tributaria debe ser definido 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 el objeto sobre el que recae la conducta penalmente

⁴³⁶ Igualmente en cuanto a la solución REAÑO PESCHIERA, *Ius et veritas* 26, p. 308. En el mismo sentido, respecto a la regulación alemana, SCHULZE-OSTERLOH, en *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.), p. 63; POHL, *Steuerhinterziehung*, pp. 404 y ss. De igual parecer en la doctrina penal española RODRÍGUEZ RAMOS, *LH-Serrano Gómez*, p. 1035, en donde incluso se cuenta con un pronunciamiento en dicho sentido por parte del Tribunal Constitucional Español STC 120/2005 [vid., sobre esta sentencia, ALCÁCER GUIRAO, *ADPE* 2 (2012), pp. 382 y ss., con consideraciones adicionales].

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 penal alemana. Para algunos autores se trata de un tipo penal autónomo con ciertos elementos normativos, por lo que no se puede hablar, en sentido estricto, de una ley penal en blanco⁴³⁷. La ley penal (defraudación tributaria) solo se remitiría al Derecho tributario para determinar el origen y el monto de la deuda tributaria. A este sector de la doctrina se le opone la opinión mayoritaria, la cual califica sin mayores problemas al delito de defraudación tributaria como una ley penal en blanco⁴³⁸. Esta calificación se sustenta en el hecho de que para la determinación de la conducta penalmente sancionada resulta necesario remitirse a normas de carácter extrapenal.

Pese a la plausibilidad de los argumentos esgrimidos en la discusión alemana para sostener uno u otro parecer, la respuesta a la pregunta de si el delito de defraudación tributaria es una ley penal en blanco debe atender al tenor de la regulación penal nacional, esto es, el artículo 1 de la LPT. Y al respecto debe señalarse que no cabe la menor duda de que con 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 necesariamente recurriendo a las normas tributarias. Como puede verse, la técnica de tipificación utilizada por el legislador nacional es la que corresponde a una ley penal en blanco⁴³⁹, 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.

437 En este sentido, SCHLEEH, BB, 1971, p. 817; RÜPING, NStZ 1984, p. 451; FISSENEWERT, *Der Irrtum*, pp. 222 y ss.; GRIBBOHM, LK § 2, n.m. 37; VON DER HEIDE, *Tatbestands- und Vorsatzprobleme*, pp. 199 y ss.

438 Vid., en el Derecho penal alemán, HARTUNG, *Steuerstrafrecht*, Kommentar, p. 48; KOHLMANN, *Steuerstrafrecht*, Kommentar, § 370, n.m. 53; TERSTEGEN, *Steuerstrafrecht*, p. 20; WARD, *Abgrenzung*, p. 48; FRANZHEIM, NStZ 1982, p. 137; ISENSEE, NJW 1985, p. 1007; SCHÄFER, *WiSt* 1983, p. 170; KUNERT, 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.

439 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.

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 regula el tributo. Por lo tanto, si la ley tributaria no hace una clara determinación del tributo a pagar, podrá cuestionarse la compatibilidad de la prohibición penal de defraudación del tributo con el principio de legalidad, aun cuando este principio pueda ser menos exigente en el Derecho tributario⁴⁴⁰. Desde esta perspectiva, si la ley tributaria no establece con claridad el tributo que se debe pagar, se infringirá el mandato de certeza. En la medida que la ley tributaria define un elemento de la conducta prohibida (los tributos a pagar), la exigencia de certeza en la determinación de lo penalmente prohibido será también aplicable al momento de la interpretación penal⁴⁴¹.

Por nuestra parte, consideramos que el delito de defraudación tributaria cumple plenamente con el mandato de certeza o determinación derivado del principio de legalidad penal. La falta de claridad o vaguedad de la normativa tributaria no afecta la determinación de la conducta prohibida realizada por la ley penal. En efecto, de la lectura del artículo 1 de la LPT se pueden derivar sin mayor inconveniente los elementos constitutivos del delito de defraudación tributaria, aun cuando algunos elementos puedan concretarse con base en particularidades de la regulación tributaria. Si la ausencia de coherencia o de precisión 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 debe alcanzar a la ley extrapenal de igual jerarquía únicamente cuando algún elemento constitutivo de la conducta prohibida se encuentra establecido en la normativa extrapenal (ley penal incompleta), lo que no es el caso del delito de defraudación tributaria.

440 Igualmente, SCHULZE-OSTERLOH, en *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.) pp. 56 y ss.; FISSENE-WERT, *Der Irrtum*, pp. 102 y ss.

441 Vid., SCHULZE-OSTERLOH, en *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.) p. 64.

La remisión a la regulación tributaria para concretar la conducta penalmente prohibida tiene lugar para definir primeramente lo que es un tributo. De esta remisión legal se desprende un primer límite: la defraudación debe recaer sobre lo que constituye legalmente un tributo. Conforme a la normativa tributaria, el término genérico de tributo comprende los impuestos, las contribuciones y las tasas⁴⁴². Los impuestos son definidos como todo tributo cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa en favor del contribuyente por parte del Estado. Por el contrario, las contribuciones 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 en el contribuyente, excluyéndose 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). Dado que el objeto del delito tributario está limitado al concepto legal de tributo, 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.

Si el delito de defraudación tributaria puede cometerse respecto de mercancías o rentas de procedencia ilícita es una discusión que debe resolverse en función de la remisión de la ley penal a la normativa tributaria para precisar el elemento típico de los tributos. En la actualidad, las opiniones se inclinan a afirmar que las rentas ilícitas deben también tributar, pues con ello se intensifica la lucha contra las organizaciones criminales que rentabilizan

442 Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, pp. 428 y ss.; 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.

el delito⁴⁴³. Nuestro Tribunal Constitucional sigue esta posición, al señalar que, a su juicio, no es relevante el origen –lícito o ilícito– del incremento patrimonial para gravarlo con el impuesto a la renta. De los argumentos alegados por el máximo intérprete de la Constitución cabe destacar el que dice que el impuesto a la renta grava hechos o actividades económicas, no las conductas de las personas en función de si son lícitas o ilícitas y que, de no seguirse tal planteamiento, se establecería un antecedente negativo muy grave porque, para que una persona se exima de sus obligaciones tributarias, le bastaría con alegar la ilicitud de sus utilidades, lo cual quebraría el principio constitucional tributario de igualdad (artículo 74 de la Constitución) frente a aquellas personas que cumplen, de acuerdo a ley, con sus obligaciones tributarias⁴⁴⁴.

Para evaluar si la posición del Tribunal Constitucional es correcta, debe determinarse si la normativa tributaria engloba a las actividades ilícitas rentables como un posible hecho imponible. Tal inclusión no es, a nuestro entender, razonable desde una perspectiva constitucional y penal. Si se admitiese la posibilidad de considerar la obtención de bienes o rentas por medio de conductas delictivas como un hecho imponible, se estaría generando, en muchos casos, un deber de declarar esos ingresos con indicación de su fuente, lo que iría claramente en contra de la Constitución por afectar la garantía de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo. A igual conclusión cabe llegar desde el punto de vista penal, pues la renta generada por actividades delictivas resulta íntegramente decomisible, de manera tal que lo que corresponde no es gravar una parte de ella con impuestos, sino trasladarla completamente a la esfera de titularidad del Estado⁴⁴⁵. Por lo tanto, no es correcto que, al iniciar una investigación penal por delitos que generan ganancias ilícitas como el enriquecimiento ilícito de funcionarios o el lavado de activos, se incluya también el delito de defraudación tributaria bajo la tesis de un concurso de delitos. Lo que corresponde es, más bien, tenerlo como

443 Vid., los argumentos a favor y en contra de esta propuesta de interpretación, BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, *Delitos tributarios y previsionales*, pp. 73 y ss.; CONDE-PUMPIDO TOUTRÓN, en *Derecho penal económico*, pp. 239 y ss.; REYNA ALFARO, *ADPE* 1 (2011), pp. 97 y ss.

444 STC Exp. N.º 04382-2007-AA.

445 En este sentido, BACIGALUPO, S., *Ganancias ilícitas y Derecho penal*, p. 115; LUGO VILLAFANA, en *Boletín Virtual, Facultad de Derecho*, Universidad Privada San Juan Bautista p. 12.

hipótesis alternativa, pues si no se llegase a demostrar que el incremento patrimonial procede de un delito, la insuficiencia probatoria no impedirá que se pueda tener por acreditado el ocultamiento de dichos ingresos y se pueda imputar, por tanto, el delito de defraudación tributaria⁴⁴⁶.

Otro aspecto que debe destacarse respecto de la remisión que el tipo penal hace a la normativa tributaria para definir los tributos defraudados, es que, aunque no se desprenda explícitamente del tenor literal del artículo 1 de la LPT, esta remisión incluye el sistema de gestión legalmente establecido del tributo dejado de pagar, pues solamente teniendo claro tal sistema se puede establecer en qué momento se deja de pagar un tributo. En efecto, resulta necesario acudir a la normativa especial de cada tributo para determinar aspectos que inciden en la determinación del pago de los tributos, como, por ejemplo, si el contribuyente está obligado a declarar la realización del hecho imponible o si corresponde a la propia Administración Tributaria hacerlo; si se trata de un tributo autoliquidable o si la liquidación debe ser realizada por la Administración Tributaria, entre otros puntos más. Con base en estos aspectos regulados por la normativa tributaria, el juez penal podrá establecer si el tributo se ha dejado de pagar o no.

La remisión a la normativa administrativa para determinar el elemento típico de los “tributos dejados de pagar”, plantea la cuestión de si esta remisión incluye también los mecanismos tributarios legalmente previstos para determinar la existencia y cuantía de la obligación tributaria. De manera más concreta, de lo que se trata es de saber si, en sede penal, se puede determinar el tributo dejado de pagar por medio de una determinación hecha sobre base presunta. En efecto, conforme al artículo 63 del CT, durante el período de prescripción, la Administración Tributaria podrá determinar la obligación tributaria considerando las bases siguientes: base cierta, tomando en cuenta los elementos existentes que permitan conocer en forma directa el hecho generador de la obligación tributaria y la cuantía de la misma; y base presunta, en mérito a los hechos y circunstancias que, por relación normal con el hecho generador de la obligación tributaria, permitan establecer la existencia y cuantía de la obligación. En el artículo 65 del CT se establecen los criterios con los que la Administración Tributaria pueda hacer la deter-

446 Vid., JAÉN VALLEJO, *Cuestiones actuales*, p. 110.

minación con base presunta. Pese a la validez tributaria para determinar con base presunta la obligación tributaria, es evidente que el estándar probatorio exigido en el proceso penal impide que se pueda acreditar un elemento objetivo del tipo con un mecanismo indiciario de carácter flexible. Por lo tanto, la imputación penal requiere acreditar con el estándar probatorio de la certeza más allá de toda duda razonable que existe una obligación tributaria dejada de pagar.

En otro orden de cosas, el carácter de ley penal en blanco de la defraudación tributaria origina un fuerte debate interpretativo respecto de la aplicación temporal de la ley penal, en la medida que se discute si las leyes tributarias posteriores pueden aplicarse retroactivamente cuando resultan más favorables al reo. La opinión de la doctrina mayoritaria es afirmativa⁴⁴⁷. No obstante, esta afirmación ha sido matizada a partir de la diferenciación de supuestos⁴⁴⁸. Siguiendo a JAKOBS, podría decirse que, para determinar si procede la aplicación de la ley tributaria posterior más favorable, es necesario diferenciar si el delito de defraudación tributaria es una ley penal en blanco que asegura la obediencia de la normativa extrapenal o si asegura, más bien, el efecto de la regulación que persigue esta normativa⁴⁴⁹. En el primer supuesto, la conducta delictiva se configuraría con la desobediencia de la ley extrapenal, por lo que si esta resulta derogada, tendría que considerarse lo más favorable al reo y proceder a declarar impune la conducta conforme a la nueva situación jurídica extrapenal. En el segundo supuesto,

447. 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.), pp. 305 y ss.

448. 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].

449. 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 aquellas 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/Schröder *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.

si bien la regulación extrapenal, 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 extrapenal⁴⁵⁰. El delito de defraudación tributaria entraría en el segundo supuesto de ley penal en blanco, en tanto la punición se rige por la deuda tributaria tal y como existe o se origina en el momento del hecho⁴⁵¹. Por lo tanto, 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 tributaria⁴⁵². Solo si la pretensión tributaria del Estado deja de tener fundamento en la nueva regulación tributaria, podría aplicarse lo más favorable al reo y declarar la impunidad de su conducta⁴⁵³.

La discusión sobre la aplicación de la ley tributaria posterior más favorable en el delito de defraudación tributaria adquiere, sin embargo, contornos distintos si se le asigna a la ley penal el carácter de una ley penal temporal por remitirse a normas tributarias de carácter temporal (por ejemplo, las que regulan impuestos determinados con base en ejercicios gravables). Conforme al artículo 8 del CP, las leyes temporales son aquellas en las que el legislador establece un determinado tiempo para su vigencia y que se aplican a los hechos cometidos durante su vigencia, aunque ya no estuvieran

450 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*, pp. 90 y ss., negando la existencia propiamente de una sucesión de leyes.

451 Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 72; RUDOLPHI, SK § 2, n.m. 8c.

452 En el mismo sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad*, pp. 114 y ss.

453 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 dato 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 este 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 tenga 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.), pp. 4 y ss.].

en vigor al momento de la sentencia⁴⁵⁴. Si se atiende al tenor legal, no habría ningún inconveniente para calificar al delito de defraudación tributaria como una ley penal temporal cuando la normativa tributaria de remisión tenga un carácter temporal que incide en la vigencia de la ley penal⁴⁵⁵. Sin embargo, tal conclusión no es tan evidente en la doctrina penal, en donde se han formulado interpretaciones desde posiciones enfrentadas.

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 transcurrido dicho período no tendría por qué perder la capacidad de juzgar los casos antiguos⁴⁵⁶. Frente a este parecer se encuentra la opinión defendida fundamentalmente por TIEDEMANN, en el sentido de limitar a solo muy pocos casos el carácter de ley penal temporal en el delito de defraudación tributaria⁴⁵⁷. Si bien la regulación tributaria puede recurrir a una tributación por períodos –dice este autor–, esto no afecta

454 En este sentido, KUNERT, *NStZ* 1982, p. 278; DANNECKER, *Das intertemporale Strafrecht*, p. 446.

455 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, pp. 235 y ss.; 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.

456 Así, fundamentalmente, FRANZHEIM, *NStZ* 1982, pp. 137 y ss.; 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 (dr.), 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, solo 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.).

457 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*, pp. 40 y ss.; TIEDEMANN, *Einführung*, p. 84.

la validez temporal de la ley 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 tributaria⁴⁵⁸.

Los argumentos expuestos muestran que la discusión doctrinal parece haberse centrado en el criterio material de una ley penal temporal, es decir, en su condicionalidad temporal por la normativa tributaria de remisión. 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 de remisión, falta en muchos casos la base material para considerar a la ley penal en blanco una ley penal temporal, pues se trata de una cuestión de técnica legislativa y no propiamente de una condicionalidad temporal. Solo cabría una ley penal temporal si el objeto de regulación tuviese lugar en un único o en pocos períodos determinados⁴⁵⁹.

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 de remisión tiene una vigencia temporal determinada⁴⁶⁰. Como el propio TIEDEMANN lo indica, toda ley tiene en cierta medida una condicionalidad temporal⁴⁶¹, de manera que resulta un criterio poco seguro utilizar dicha condicionalidad 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. Solo 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), podrán declararse impunes los casos antiguos de defraudación⁴⁶². Precisamente para estos casos resulta

458 Vid., con mayor detalle, TIEDEMANN/DANNECKER, *Die gesetzliche Milderung*, p. 38.

459 Vid., en este sentido, TIEDEMANN/DANNECKER, *Die gesetzliche Milderung*, p. 38.

460 En el mismo sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad*, p. 117.

461 Cfr., TIEDEMANN, *Voz: Zeitgesetz*, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3.

462 *Similantemente, PIÑA GARRIDO, en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.), p. 281.

aplicable la última parte del artículo 8 del CP que contempla el caso de leyes temporales que tampoco resultan aplicables para juzgar casos antiguos⁴⁶³.

El carácter de ley penal en blanco de los delitos tributarios incide también en la cuestión del mantenimiento de la pretensión punitiva por la defraudación de tributos, cuya recaudación ha sido posteriormente declarada como 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, es muy importante determinar si el Tribunal Constitucional declara simplemente 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 puede dar pie al surgimiento de una pretensión tributaria con la que sustentar el delito de defraudación tributaria⁴⁶⁴.

d. El 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 del 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

463 Vid., de similar parecer, KUNERT, *NStZ* 1982, p. 278.

464 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/Joeks (Hrsg.), § 369, n.m. 29; KOHLMANN, *Steuerstrafrecht*. Kommentar, § 370, n.m. 52.

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 a la recaudación tributaria⁴⁶⁵.

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)⁴⁶⁶, sino que es necesario que el Estado deje de percibir tributos realmente adeudados por medio de la actuación fraudulenta⁴⁶⁷. Esta efectividad del perjuicio no debe ser entendida, sin embargo, 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 conforme a la normativa tributaria. En este orden de ideas, la afectación a los intereses económicos estatales es independiente de que el Estado consiga luego el pago de los tributos dejados de pagar mediante los mecanismos de coerción jurídica de los que dispone.

El tipo penal no establece una exigencia cuantitativa para determinar el resultado penalmente relevante⁴⁶⁸. Por lo tanto, el delito de defraudación tributaria se configura con independencia del monto de lo defraudado. Esta

465 Similarmente, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, pp. 431 y ss. Igualmente la calificación de delito de resultado en el AP 02-2009, punto 8.

466 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, *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.

467 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".

468 Distinta era la situación antes de la derogación del tipo penal de defraudación tributaria atenuada, con el que se podía concluir que la afectación a los intereses recaudatorios del Estado debía ser superior a cinco unidades impositivas tributarias. Vid., al respecto, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 432; GARCÍA NAVARRO, *Actualidad Jurídica*, t. 147, febrero 2006, pp. 97 y ss. El punto de discusión era si este límite cuantitativo constituía un elemento del tipo objetivo o si se trataba simplemente de una condición objetiva de punibilidad.

particularidad del tipo penal no significa, sin embargo, que sea indiferente determinar la cuantía del perjuicio irrogado al fisco, pues este aspecto debe ser tenido en cuenta al momento de individualizar la pena, para dimensionar la reparación civil y a nivel de la agravante por el monto de lo defraudado. Un aspecto operativo de esta determinación cuantitativa del resultado típico será precisar si tal determinación se limita al tributo impago o si se incluyen otros conceptos de la deuda tributaria como los intereses, los recargos y las multas⁴⁶⁹. En la medida que el tenor de la ley habla de dejar de pagar los tributos que establecen las leyes, consideramos que el resultado típico se refiere únicamente al monto del tributo sin considerar otros conceptos 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 retraso⁴⁷⁰. 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. 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 con el simple aplazamiento indebido del pago. En

469 Sobre esta discusión, MERINO JARA/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *El delito fiscal*, pp. 123 y ss.

470 Vid., JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 42; BILSDORFER, en *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.), pp. 155 y ss.; FISSENEWERT, *Der Irrtum*, pp. 68 y ss. Críticos ante la incriminación de este supuesto, SCHLEE, *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.

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 del resultado típico de 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 tiene en cuenta todos los datos tributariamente relevantes, la compensación podría llevar a negar la afectación de la recaudación tributaria y, por tanto, que se haya cometido un delito consumado de defraudación tributaria. La conducta defraudatoria podría ser castigada únicamente 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 reducirse⁴⁷¹, 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”⁴⁷².

En nuestra regulación legal no existe, por el contrario, 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 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

471 Vid., KUMMER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 18, n.m. 34.

472 Vid., con amplias referencias, SCHINDHELM, *Das Kompensationsverbot*, pp. 39 y ss.

al momento del hecho, admitiéndola, por el contrario, cuando le eran conocidas aunque no las haya explicitado en sus declaraciones⁴⁷³. 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 ser deducidos 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 solo se pueda admitir la compensación respecto de causas que han sido alegadas previamente ante la Administración Tributaria⁴⁷⁴. 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 tributaria⁴⁷⁵.

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 CT 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.

473 Vid., sobre la interpretación utilizada por RG alemán, JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 65; MEINE, *Das Vorteilausgleichsverbot*, pp. 13 y ss.

474 Vid., al respecto, JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 71.

475 Similarmente, SCHINDHELM, *Das Kompensationsverbot*, p. 43.

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 es reconducible normativamente a la conducta fraudulenta del obligado tributario⁴⁷⁶. 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, si el obligado tributario que no cuenta con los medios suficientes para hacer frente al pago de los tributos, realiza una falsa declaración de impuestos, no podrá evadir la imputación penal, alegando en su defensa que, sin engaño, el impuesto tampoco se hubiese podido pagar⁴⁷⁷, pues el fin de protección de la norma abarca la conducta del autor como riesgo prohibido dirigido a producir el resultado acaecido. El juicio hipotético no produce, en este caso, ninguna exclusión de la relación de imputación objetiva.

e. Los elementos subjetivos

aa) El dolo

El delito de defraudación tributaria solamente puede ser cometido a título de dolo⁴⁷⁸. El dolo significa que al autor debe imputársele el conocimiento suficiente del carácter fraudulento de su conducta de falta de pago, así como la aptitud lesiva concreta que tiene 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

476 Sobre la aplicación de la teoría de la imputación objetiva al delito de defraudación tributaria, VON DER HEIDE, *Tatbestands- und Vorsatzprobleme*, pp. 168 y ss. Por el contrario, con una formulación bastante causalista la Casación N.º 238-2012-Arequipa de fecha del 24 de junio de 2014, punto 5.6. se limita a exigir entre conducta y resultado un nexo causal, lo que cerraría la posibilidad de aplicar la teoría de la imputación objetiva.

477 Sobre este supuesto, vid., JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 41.

478 Así, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 438; REÁTEGUI SÁNCHEZ, en *Delitos tributarios y aduaneros*, p. 33; SAMHAN SALGADO, *Ilícitos tributarios*, p. 390.

propia estructura del delito⁴⁷⁹. 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 tributaria⁴⁸⁰. 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 eventual⁴⁸¹.

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 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 tributaria⁴⁸², 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 por su falta de claridad, el autor llegue a la conclusión equivocada de que no tiene obligación de pagar el tributo o que solamente tiene que hacerlo en 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 por el

479 De opinión distinta, PEÑA CABRERA, *Tratado*, t. IV, p. 292.

480 Vid., así, KINDHÄUSER, GA 1990, p. 408; BACHMANN, *Vorsatz und Rechtsirrtum im allgemeinen Strafrecht und im Steuerstrafrecht*, pp. 43 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, *Delitos tributarios y previsionales*, 88.

481 Vid., GARCÍA NAVARRO, *Actualidad Jurídica*, t. 147, febrero 2006, p. 98. Igualmente en la regulación penal alemana, 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; RANSIEK/HÜLS, *NStZ* 2011, p. 678; y en la regulación penal española BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, *Delitos tributarios y previsionales*, p. 88.

482 Distinta parece ser la opinión de ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, pp. 440 y ss.

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 dolo⁴⁸³. 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 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 con su actuación un provecho propio o ajeno⁴⁸⁴. Al constituirse este requisito como un elemento 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 solo parcialmente⁴⁸⁵. El vencimiento del plazo para el pago de cada tributo debe estar determinado por la ley de creación del tributo o su reglamento. Si no existe tal indicación del plazo, entonces la exigibilidad de la obligación tributaria se hará en función

483 Vid., así, KOHLMANN, *Steuerstrafrecht*, Kommentar, § 370, n.m. 634. De otro parecer, SAMSON, en *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.), p. 108; MAIWALD, *Conocimiento del ilícito*, pp. 37 y ss.

484 Vid., BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 478; GARCÍA NAVARRO, *Actualidad Jurídica*, t. 147, febrero 2006, p. 98; REÁTEGUI SÁNCHEZ, en *Delitos tributarios y aduaneros*, p. 35; URQUIZO OLAECHEA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 68 (febrero de 2015), p. 127. Igualmente, la Casación 238-2012 Arequipa de fecha del 24 de junio de 2014.

485 Similarmente, PEÑA CABRERA, *Tratado*, t. IV, p. 293; REÁTEGUI SÁNCHEZ, en *Delitos tributarios y aduaneros*, p. 41. En la redacción anterior del delito de defraudación tributaria, igualmente, BRAMONT-ARIAS TORRES, L.F., *Revista del Instituto de Derecho Tributario*, 32 (1997), p. 56.

de si el tributo debe ser determinado por el deudor tributario o por la Administración Tributaria. Cuando el tributo debe ser determinado por el deudor tributario, el pago es exigible a partir del décimo sexto día del mes siguiente al nacimiento de la obligación. Cuando deba ser determinado por la Administración Tributaria, el plazo de vencimiento del pago será el que figure en la resolución que contenga la determinación de la deuda tributaria o, si no se indica plazo, a partir del décimo sexto día siguiente al de su notificación.

Respecto de los tributos que administra la Sunat o cuya recaudación estuviera a su cargo, el Código Tributario establece ciertas reglas generales para determinar el vencimiento del plazo para el pago (artículo 29). En dicha normativa general se indica, en primer lugar, que 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. Por su parte, 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. Finalmente, los tributos que incidan en hechos imponderables 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 delito⁴⁸⁶. Esta afirmación parte de la base de negar que la deuda tributaria nazca con anterioridad a la liquidación, de manera que solamente con dicha liquidación se puede afirmar la existencia de la obligación tributaria de pago⁴⁸⁷. Si la consumación del delito se centra en la liquidación del tributo, resulta coherente que la regla de la consumación parta siempre del dato de si el tributo es autoliquidable o si la liquidación la tiene que hacer la Administración Tributaria. Por nuestra parte, no compartimos que deba asumirse de manera absoluta el criterio de la liquidación (definitiva o provisional) del tributo, pues lo que determina el origen de la obligación tributaria es la realización

486 Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, pp. 433 y ss.; 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, *Delitos tributarios y previsionales*, pp. 90 y ss.; MERINO JARA/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *El delito fiscal*, p. 45.

487 Vid., BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, *Delitos tributarios y previsionales*, p. 91, nota 118.

del hecho imponible⁴⁸⁸, mientras que su vencimiento depende de 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.

Lo anteriormente señalado 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 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 el delito de defraudación tributaria es un delito permanente, en el que el resultado lesivo (falta de pago del tributo) permanece en el tiempo por voluntad del autor⁴⁸⁹. Una respuesta afirmativa tendría importantes consecuencias en cuanto a la intervención delictiva, así como para 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 instantáneamente al momento de vencimiento del pago del tributo sin que se haya pagado o se haya pagado solo parcialmente, no existiendo una permanencia del resultado típico a lo largo del tiempo por voluntad del autor. De hecho, puede ser que el autor haya gastado el dinero del que disponía para pagar otras deudas o gastos personales (adquisición de propiedades, diversión, etc.), de modo que no

488 Vid., igualmente, MERINO JARA/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *El delito fiscal*, p. 45.

489 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.

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 permanentes⁴⁹⁰.

La tentativa de defraudación tributaria es punible con base en el artículo 16 del CP, lo que quiere decir que si el autor ha emprendido los actos necesarios para no pagar el tributo y el pago se realiza por causas ajenas a su voluntad, podrá responder por tentativa⁴⁹¹. 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 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 voluntario⁴⁹². No obstante, habrá que concluir en este caso por razones de equidad que la tentativa debe quedar exenta de pena, 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 tributo⁴⁹³. Es irrelevante, en nuestra opinión, si existe un plazo relativamente largo entre la declaración tributaria y el vencimiento del plazo de pago del tributo⁴⁹⁴. 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 las boletas de pago para respaldar gastos

490 En la regulación penal alemana lo ve como un delito de Estado, HOFF, *Das Handlungsunrecht*, p. 25.

491 Vid., BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 478; REÁTEGUI SÁNCHEZ, en *Delitos tributarios y aduaneros*, p. 43.

492 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*, pp. 344 y ss.

493 Similarmente, HÖSER, *Vorbereitungshandlung*, p. 112.

494 De otro parecer, JOECKS, *Steuerstrafrecht*,^{*} Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 263a.

inexistentes)⁴⁹⁵, salvo que caigan en el ámbito de otro tipo penal que adelanta las barreras de protección (p.e. alguno de los delitos tributarios de preparación).

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 incluye la inspección, investigación y el control del cumplimiento de las 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 impaga mediante un procedimiento de cobranza que lleva a cabo 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 estas ya se hubieran dictado. La tentativa se iniciará aquí cuando la actuación fraudulenta se dirige al ejecutor coactivo en el marco del procedimiento de cobranza coactiva.

En la doctrina y jurisprudencia alemanas se ha discutido sobre el comienzo de la tentativa del delito de defraudación tributaria en el caso de la autoría mediata⁴⁹⁶, sobre todo cuando la declaración fraudulenta es pre-

495 Vid., HÖSER, *Vorbereitungshandlung*, p. 51; KUMMER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 18, n.m. 40.

496 Vid., al respecto con mayores referencias, HÖSER, *Vorbereitungshandlung*, pp. 68 y ss.

sentada ante al Administración Tributaria por un instrumento que actúa de buena fe. En estos casos, se afirma que la tentativa comienza con la entrega de la declaración tributaria al instrumento para que este lo presente inmediatamente a la Administración Tributaria⁴⁹⁷, 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 CP exige el comienzo de los actos de ejecución, mientras que para la regulación alemana basta con disponerse a realizar el tipo penal. A partir de esta particularidad de nuestro ordenamiento, se debe 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 prohibición⁴⁹⁸. 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 los 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 delito⁴⁹⁹. 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), mientras que los errores referidos a la subsunción del hecho

497 Incluso HÖSER, *Vorbereitungshandlung*, p. 71, considera, en contra de lo resuelto por el BGH, que no interesa si el instrumento actuará inmediatamente o no.

498 Vid., así, SAMSON, en *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.), p. 110.

499 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 (*pfllichtwidrig*), JOECKS, *Steuers-
trafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 256.

concreto en la prohibición penal constituyen, por el contrario, casos de tentativa (un error sobre el hecho).

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 omitir cumplir con un deber de aseguramiento o salvamento, en virtud de los cuales está obligado a corregir o rectificar la información falsa que tiene a disposición la Administración Tributaria para la determinación y el cobro del tributo. Sin embargo, 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 CP⁵⁰⁰. De manera especial, el desistimiento del autor podrá tener lugar entre su declaración fraudulenta y el vencimiento del plazo de pago del tributo que debió haberse pagado o que se pagó solo 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 la responsabilidad penal por 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 tributaria realizada con

500 Igualmente, GARCÍA NAVARRO, *Actualidad Jurídica*, t. 147, febrero 2006, p. 99.

la declaración tributaria. Se trata de un acto que se encuentra ya extinguido y que no puede ser revocado mediante un desistimiento⁵⁰¹.

g. *La intervención delictiva*

Las reglas generales de la intervención delictiva 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 instigador 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 tributos⁵⁰².

Para poder delimitar la autoría de la participación, 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 cualquiera de las tres formas previstas en el artículo 23 del CP, determinándose la pena dentro del marco penal previsto por el tipo penal⁵⁰³. 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 que defraude a la Administración Tributaria⁵⁰⁴. Si bien podría decirse que el asesor ha tenido el dominio de la decisión del hecho, le falta la calidad de obligado tributario

501 Por el contrario, considera que los engaños, en todo el proceso de pago de los tributos, constituyen una sola tentativa, HÖSER, *Vorbereitungshandlung*, pp. 137 y ss.

502 Vid., así, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario*, p. 54; CHOCLÁN MONTALVO, *Responsabilidad de auditores*, p. 174, respecto de los asesores fiscales.

503 Igualmente en el Derecho penal alemán, KUMMER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 18, n.m. 56 y ss.

504 En la medida que en el Derecho penal alemán la defraudación tributaria es un delito común, no hay problema para considerar, en estos casos, al asesor fiscal como un autor mediato. Vid., así, DANZER, en *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.), p. 85; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 4, n.m. 106.

para poder responder como autor⁵⁰⁵. 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 que llegue a abarcar al asesor fiscal. Si bien es indiscutible que el asesor tributario cuenta con el dominio del hecho propio del autor⁵⁰⁶, la posibilidad de hacerlo responsable como autor del delito ofrece serias dudas si se atiende al sentido literal de lo que es un obligado tributario⁵⁰⁷.

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 punible⁵⁰⁸. Siguiendo los criterios generales de la 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 punible⁵⁰⁹. 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 punible⁵¹⁰.

505 Por ello, GARCÍA NAVARRO, *Actualidad Jurídica*, t. 147, febrero 2006, p. 99, considera en estos casos una estafa o un delito de falsificación.

506 Sobre lo que se basa CHOCLÁN MONTALVO, *Responsabilidad de auditores*, pp. 177 y ss., para sustentar la responsabilidad como autor del delito fiscal de los asesores fiscales.

507 Así, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario*, pp. 65 y ss., 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.

508 Vid., sobre esta discusión, REAÑO PESCHIERA, *Actualidad Jurídica*, t. 147, Febrero 2006, pp. 87 y ss.; JIMÉNEZ BERNALES, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51, setiembre (2013), pp. 165 y ss.

509 Vid., así, respecto de los funcionarios bancarios, PHILIPOWSKI, en *Strafverfolgung*, Kohlmann, (Hrsg.), pp. 142 y ss.; LÖWE-KRAHL, *Steuerhinterziehung*, p. 29. Respecto de los asesores financieros, REAÑO PESCHIERA, *Actualidad Jurídica*, t. 147, febrero (2006), p. 90; JIMÉNEZ BERNALES, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 51, setiembre (2013), p. 174.

510 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

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 prestación⁵¹¹, consideramos que los conocimientos especiales solo 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 una defraudación tributaria no tendría que dar lugar a una participación punible del asesor en este delito⁵¹².

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 tributaria⁵¹³. Esta disposición especial en relación con los riesgos de defraudación tributaria, trae como consecuencia que los conocimientos especiales del funcionario bancario puedan sustentar la incriminación penal como partícipe en el delito de defraudación tributaria realizado por el cliente del banco⁵¹⁴. No obstante, si la Administración Tributaria reglamenta supuestos en los que los funcionarios bancarios tienen que informar sobre transacciones u operaciones sospechosas de defraudación fiscal, esta reglamentación del conocimiento o de la sospecha limitará la imputación penal,

otro". Similarmente, DERKSEN, *Handeln*, p. 84; LESCH, *JR* 2001, p. 387; PÉREZ MANZANO, *LH-Rodríguez Mourullo*, pp. 831 y ss.

511 Vid., así, las líneas jurisprudenciales del Tribunal Supremo Federal y del Tribunal Constitucional alemanes, JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 247a.

512 Igualmente, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario*, p. 91; REAÑO PESCHIERA, *Actualidad Jurídica*, t. 147, febrero (2006), p. 90.

513 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*, pp. 32 y ss.

514 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*, pp. 52 y ss.

de manera tal que los conocimientos fuera de los casos previstos por la normativa administrativa no podrán dar pie a una participación punible⁵¹⁵.

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 establecen 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 también 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, el patrimonio del particular y, por el otro, el 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 a su favor que surgen en virtud de las normas tributarias. Bajo estas circunstancias, el tipo de concurso que se presentará en el caso planteado, será el de un concurso de leyes, el cual deberá resolverse con base en el principio de especialidad⁵¹⁶. En la medida que el tipo penal de defraudación tributaria protege de

515 Igualmente, REAÑO PESCHIERA, *Ius et veritas* 26, p. 307.

516 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.

manera específica los intereses patrimoniales del Estado, habría que aplicar este tipo penal, desplazando, por tanto, el tipo penal de la estafa⁵¹⁷.

Un supuesto bastante usual es que la defraudación tributaria se haya hecho utilizando documentos falsos o falsificados, por lo que surge la discusión sobre si la relación concursal con el delito de falsedad documental es de leyes o de delitos. Si se entiende que el elemento defraudatorio del delito de defraudación tributaria engloba el uso de documentación falsa, entonces el concurso será de leyes. Otra será la conclusión, por el contrario, si es que se concluye que tal inclusión no se da. A nuestro entender, el elemento típico del engaño u otra forma fraudulenta no recoge el desvalor específico del uso del documento falso, por lo que la solución debe apuntar hacia el concurso ideal de delitos⁵¹⁸. Por lo tanto, se habrán cometido dos delitos y la pena deberá determinarse con base en la regla prevista en el artículo 48 del CP.

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. 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 tributo⁵¹⁹. 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 delitos⁵²⁰. Por el contrario, si el delito de defraudación tri-

517 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.

518 Igualmente, en el Derecho penal español, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Revista Penal* 1 (1998), p. 64.

519 Sobre esto, vid., JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), Einleitung, n.m. 8a.

520 Vid., KUMMER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 18, n.m. 75.

butaria sobre diversos tributos se materializa mediante diversas declaraciones tributarias, estaremos ante un concurso real de delitos⁵²¹.

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 distintos que no tienen una relación de continuidad⁵²², o porque se rechaza, en general, la utilidad dogmática del delito continuado⁵²³. 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 continuado⁵²⁴. 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 aquellos 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 le-

521 Vid., KUMMER, *Hb WiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 18, n.m. 75.

522 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 el Derecho penal español, igualmente, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Revista Penal* 1 (1998), p. 64. En nuestro país, la Corte Suprema en el Exp. N.º 038-98-Lima de 14 de abril de 1998 (PRADO SALDARRIAGA, *Derecho penal*, p. 266 y s.), se ha pronunciado también por la realización de delitos independientes.

523 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 pueda hablar de una unidad de varias acciones del contribuyente. Vid., así, por ejemplo, BITTMANN/DREIER, *NStZ* 1995, pp. 105 y ss., 109.

524 Vid., en este sentido, KNIFFKA, *wistra* 1986, pp. 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.

sionan 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 casos un dolo global del autor⁵²⁵. Por esta razón, en la doctrina penal se ha intentado disminuir las exigencias de conocimiento, ya sea reduciendo el grado de conocimiento exigido respecto de los hechos futuros⁵²⁶, ya sea admitiendo la existencia de un “sistema institucionalizado” que excluiría la necesidad de sucesivas tomas de decisión criminales⁵²⁷. 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 tributarios⁵²⁸.

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. A estas penas se suma la pena de inhabilitación prevista en el artículo 6 de la LPT. Esta acumulación de varias clases de penas produce un problema interpretativo para la determinación del plazo de prescripción, pues el artículo 80 del CP 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 por cada clase de pena adicional. No obstante, consideramos que en la prescripción no se opera

525 Críticamente ante el dolo global en los delitos tributarios, GÖHLER, *NStZ* 1981, p. 55.

526 Vid., así, FLEISCHER, *NJW* 1979, p. 250; KNIFFKA, *wistra* 1985, pp. 92 y ss. Críticamente, BONGARTZ, *Der Fortsetzungszusammenhang*, pp. 143 y ss.

527 Vid., sobre el llamado “sistema institucionalizado”, BITTMANN/DREIER, *NStZ* 1995, pp. 108 y ss.; SCHMITZ, *wistra* 1993, p. 129; BRÄHLER, *Die rechtliche Behandlung*, pp. 140 y ss.; KUMMER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 18, n.m. 77.

528 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, pp. 129 y ss.

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 LPT 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 especiales de defraudación tributaria, una simple lectura de las conductas previstas resulta suficiente para poder concluir que dichas conductas no reúnen necesariamente los elementos constitutivos del tipo básico de defraudación tributaria⁵²⁹. Bajo estas circunstancias, el único elemento común entre el tipo básico y las llamadas 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 la 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 solo los obligados tributarios están en capacidad de cometer este delito en calidad de autores. Al tratarse de una modalidad especial de la defraudación tributaria, la conducta típica-

529 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; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 479; SAMHAN SALGADO, *Ilícitos tributarios*, p. 391.

ca debe contextualizarse en la obligación jurídico-tributaria, de manera tal que autores de esta modalidad especial solamente podrán serlo los obligados al pago de los tributos. En el caso de representantes o administradores de los contribuyentes, el artículo 16 del CT les extienden a ellos la calidad de obligados tributarios, de manera que no habría ningún inconveniente para incluirlos directamente en el círculo de autores del delito.

La conducta típica está compuesta por dos formas de actuación⁵³⁰. En primer lugar, el delito se puede cometer mediante la ocultación de bienes, ingresos o rentas. Se trata aquí de conductas que impiden que la Administración Tributaria tome conocimiento de ciertos ingresos patrimoniales que resultan relevantes para la determinación de una 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 también 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 Tributaria⁵³¹. Al mantener a la autoridad tributaria en una situación de desconocimiento sobre los incrementos patrimoniales tributariamente relevantes, 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 deducibles en la determinación de las obligaciones tributarias. La falsedad del pasivo no debe limitarse a la consignación de un pasivo inexistente, 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

530 Vid., igualmente, GARCÍA RADA, *El delito tributario*, p. 185, en relación con la regulación anterior al Código Penal de 1991.

531 Similarmente, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 445. Por el contrario, limita el radio de acción de esta modalidad especial a las declaraciones tributarias que se presentan a la Administración tributaria, SAMHAN SALGADO, *Ilícitos tributarios*, p. 391; BRAMONT-ARIAS TORRES, L.F., *Revista del Instituto de Derecho Tributario*, 32 (1997), p. 57.

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 apreciarse, 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 objetiva del tipo penal que los tributos se lleguen realmente a anular o reducir, pues el tipo objetivo del delito se configura únicamente con la realización de la conducta de ocultación de ingresos o de falsa consignación de pasivos. A partir de estas apreciaciones, puede concluirse que la 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. La naturaleza subjetiva de este elemento típico no implica, sin embargo, que solamente basta con que el autor actúe con la finalidad de anular o reducir el tributo, sino que es necesario, en el plano objetivo, que la conducta sea objetivamente idónea para alcanzar dicho fin.

Si se hace un paralelo de la modalidad especial que estamos analizando con el tipo básico de defraudación tributaria, se podrá comprobar que esta modalidad especial constituye un adelantamiento de la barrera de protección penal, pues la conducta típica no se mueve en el plano de la recaudación tributaria, sino, más bien, en la etapa previa 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, siendo el punto a esclarecer si dicho peligro debe ser concreto o basta simplemente con que sea abstracto. Por consideraciones de política-criminal y para poder marcar un límite adecuado con las infracciones tributarias contempladas en el Código Tributario, resulta razonable optar por exigir un peligro concreto para la recaudación tributaria. Por lo tanto, la ocultación de ingresos o la falsa consignación de pasivos solamente podrán constituir delito si se ha puesto en peligro concreto la recaudación de los tributos correspondientes.

La modalidad especial de defraudación tributaria de ocultación o falsación de datos tributariamente relevantes, puede cometerse también por omisión⁵³², 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 y que la falta de comunicación sea tomada como la ausencia de un hecho tributariamente relevante⁵³³. Un supuesto específico especialmente discutido es si el incumplimiento del deber de presentar declaraciones tributarias puede dar lugar 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 tributos⁵³⁴. En este sentido, la omisión de declarar configura la modalidad especial de defraudación tributaria siempre que la ley especial de un tributo establezca la obligación de informar sobre ciertos bienes, ingresos o rentas relevantes para determinar el tributo a pagar⁵³⁵ y la falta de comunicación deba ser asumida por la Administración Tributaria como la inexistencia de un hecho imponible.

La posibilidad de que bajo ciertas circunstancias la falta de declaración tributaria pueda configurar una modalidad especial de defraudación tribu-

532 Fundamentalmente como un delito de omisión, lo consideró GARCÍA RADA, *El delito tributario*, pp. 185 y ss., en la redacción vigente antes de la entrada en vigor del Código penal actual. De otro parecer, al negar el castigo por omisión, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, pp. 479 y ss.

533 Destaca la necesidad de que la falta de comunicación debe ser tomada como la no realización de un hecho imponible, BRAMONT-ARIAS TORRES, L.F., *RPDE* 67 (2009), p. 151. Sigue exactamente este planteamiento la Casación N.º 238-2012-Arequipa de fecha del 24 de junio de 2014, punto 5.9.

534 Similarmente, DANZER, en *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.), p. 73.

535 Vid., igualmente, JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 174; KUMMER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 18, n. m. 26.

taria, no debe hacernos descuidar la exigencia de cierta idoneidad objetiva de la omisión de declaración para repercutir desfavorablemente en la recaudación tributaria⁵³⁶. Desde estas consideraciones, no se habrá producido una ocultación de datos para anular o reducir el tributo a pagar si es que la información omitida contiene datos que no son 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 podría ser considerada 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 ocultación⁵³⁷. 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 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 auto-incriminación (*nemo tenetur se ipsum accusare*)⁵³⁸. Si la comunicación a la Administración Tributaria de ciertos ingresos o rentas lleva necesariamente a revelar también un delito, 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 su responsabilidad penal. 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 deli-

536 Por ello, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/FERRÉ OLIVÉ, *Todo sobre el fraude tributario*, pp. 61 y ss., consideran con razón que no toda omisión de declarar resulta penalmente relevante.

537 Igualmente, aunque con otra fundamentación, HOFF, *Das Handlungsunrecht*, pp. 121 y ss.

538 Vid., ampliamente FISSENEWERT, *Der Irrtum*, pp. 52 y ss.; SAN MARTÍN CASTRO, *LH-Bustos* * Ramírez, pp. 911 y ss.

to anterior⁵³⁹. 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 desde ya es el referido a la posible situación de concurso con el delito de infracción de deberes tributarios contables (artículo 5 de la LPT). La relación concursal 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 aquí 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 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 la defraudación tributaria consume a 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 agota en un peligro abstracto. Dentro de este orden de ideas, la pena aplicable en este concurso de leyes será la prevista por 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.

⁵³⁹ Vid., en este sentido, FISSENEWERT, *Der Irrtum*, p. 53.

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 los tributos percibidos o retenidos presupone que previamente dichos tributos han sido percibidos o retenidos, lo que solamente puede ser realizado por quien tiene la calidad de agente de retención o percepción⁵⁴⁰. 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 CT). En este sentido, solamente quienes tienen la calidad de agentes de percepción o retención pueden realizar la modalidad especial de omisión de entrega de tributos percibidos o retenidos (p.e. los empleadores respecto del impuesto a la renta derivado del sueldo de sus dependientes).

La consideración de la modalidad especial que ahora analizamos como un delito especial presenta diversas 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 deber⁵⁴¹. 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, lo que tiene lugar por medio de la asignación de deberes de colaboración específica que la Administración Tributaria asigna a ciertos particulares para

540 Vid., así, PEÑA CABRERA, *Tratado*, t. IV, pp. 302 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 447; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 481. 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.

541 De este parecer, en la regulación penal española, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), p. 116.

poder realizar con éxito su labor de recaudación de los tributos⁵⁴². De esta manera, los particulares que son constituidos como agentes de percepción o retención se vinculan institucionalmente con el cumplimiento de los fines estatales⁵⁴³, por lo que el incumplimiento del deber positivo de entregar los tributos percibidos o retenidos asumiría la forma de 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 solamente podrá ser constituida en agente de percepción o retención por ley, decreto supremo o designación expresa a través de una resolución de la Administración Tributaria (artículo 10 del CT).

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 intervención delictiva asumen ciertas particularidades que deben ser destacadas. Cuando el agente de retención o percepción es una persona jurídica, habrá que recurrir al artículo 27 del CP para poder sancionar penalmente como autor del delito al representante de la persona jurídica que no cumplió con el deber de entregar los tributos retenidos o percibidos, aun cuando sobre este no recaiga la calidad de agente de retención o percepción⁵⁴⁴. Si bien podría alegarse, como en la defraudación tributaria, que no es necesario recurrir al artículo 27 del CP, pues la normativa tributaria extiende la calidad de obligado tributario a los representantes y administradores de la persona jurídica, hay que indicar que no sucede lo mismo con la calidad de agente de retención o percepción, por lo que el recurso a la cláusula del actuar en lugar de otro resulta aquí 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 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*

542 Así, JÄGER, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 380, n.m. 4, se refiere a la prestación de un servicio de carácter público.

543 De una relación cuasi-institucional habla SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), p. 116.

544 Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 447.

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 aquí analizada está estructurada típicamente como un delito de mera conducta que se configura con el simple incumplimiento de entrega de los tributos percibidos o retenidos⁵⁴⁵. 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 entregarlos dentro del plazo que fijen las leyes y reglamentos pertinentes. Desde estas particularidades del tipo penal, el delito se consuma tanto si el agente de percepción o retención se apropia de los tributos percibidos o retenidos, como si simplemente pospone injustificadamente su entrega más allá del plazo legalmente previsto. Conforme a la redacción del tipo penal, cabe abarcar también la entrega solo 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 incapacidad para cometer el delito, de manera tal que no podrá sustentarse en tales 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*)⁵⁴⁶.

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 solo podrá 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 en-

545 Como delito de omisión pura, en el Derecho penal argentino, CATANIA, *Régimen Penal Tributario*, p. 146.

546 ° Vid., CATANIA, *Régimen Penal Tributario*, p. 150.

cuenta 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 tributos⁵⁴⁷. En este sentido, 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 aquí analizado⁵⁴⁸, pues este tipo penal presupone que el agente de percepción o retención haya realizado las retenciones o percepciones de los tributos. La falta de retención o percepción solamente podrá sancionarse como una infracción tributaria en virtud del artículo 177 inciso 13 del CT⁵⁴⁹. Queda entonces claro 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 delito⁵⁵⁰, lo que no impide que pueda acudirse a algún delito de falsedad.

Respecto a la imputación subjetiva, el tipo penal requiere el dolo del autor, sea como dolo directo o como dolo eventual⁵⁵¹. 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 pre-

547 Igualmente, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 429. En el Derecho penal argentino, igualmente, CATANIA, *Régimen Penal Tributario*, pp. 146 y ss.

548 GÁSLAC SÁNCHEZ, *RPDE* 67 (2009), p. 213. Similarmente en el Derecho de contravenciones tributarias alemán, JÄGER, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 380, n.m. 15.

549 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.

550 Vid., CATANIA, *Régimen Penal Tributario*, pp. 147 y ss. De otro parecer en la doctrina nacional, BRAMONT-ARIAS TORRES, L.F., *Revista del Instituto de Derecho Tributario*, 32 (1997), p. 59, al dar al registro el carácter de prueba de que la retención se ha realizado.

551 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.

sentarse, 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, ya que no existe una figura culposa que permita imponer una pena al autor que actúe en situación de error vencible. Debe resaltarse que el error psicológico no resulta vinculante para la imputación penal, de modo tal que si con base en criterios normativos se le imputa el conocimiento necesario al autor, la responsabilidad dolosa no decaerá, aunque se alegue la existencia de un error psicológico.

C. Las defraudaciones tributarias agravadas

En la Ley Penal Tributaria se contemplan varios supuestos de agravación. Por un lado, están las agravantes previstas en el artículo 4 de la LPT que se aplican a la figura básica de la defraudación tributaria. En efecto, del tenor de la ley se puede deducir concluyentemente que este primer grupo de agravantes tienen como base la defraudación tributaria común prevista en el artículo 1 de la LPT [“La defraudación tributaria será reprimida (...)”]⁵⁵². Dos son las circunstancias de agravación aquí previstas: La obtención fraudulenta de ventajas tributarias y la insolvencia patrimonial fraudulenta. Por otro lado, cabe referirse a las agravantes previstas en el artículo 5 B de la LPT. A diferencia de las primeras agravantes, este segundo grupo de agravantes no limita su ámbito de aplicación a la defraudación tributaria básica del artículo 1 de la LPT, sino que incluyen también las modalidades especiales de defraudación del artículo 2 de la LPT. Son tres las circunstancias de agravación contempladas en el artículo 5 B de la LPT: La utilización de una interpósita persona, la gravedad del monto de lo defraudado y la pertenencia a una organización criminal. En ambos grupos de agravantes, el incremento de la penalidad es el mismo: la pena privativa de libertad llega a ser no me-

552 Por el contrario, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 463, habla de supuestos diferentes, pues sostiene que 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 redundará siempre en una tributación 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.

nor de ocho años ni mayor de doce años, mientras que la pena de multa va de setecientos treinta a mil cuatrocientos sesenta días-multa. El marco penal abstracto de la pena de inhabilitación del artículo 6 de la LPT no sufre, por el contrario, ninguna modificación.

a. La obtención fraudulenta de ventajas tributarias

En el literal a) del artículo 4 de la LPT 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, en general, de la obtención fraudulenta de alguna ventaja que excluya o reduzca el monto de la deuda tributaria a pagar según las disposiciones tributarias correspondientes⁵⁵³. Este supuesto de agravación 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 referida a la existencia de hechos que permiten gozar de una ventaja tributaria. Desde la perspectiva del legislador penal, la defraudación tributaria realizada de esta forma resulta especialmente reprochable, por lo que su autor merece recibir una pena mayor. En nuestra opinión, no apreciamos un fundamento plausible para elevar sustancialmente la pena a la exclusión o reducción del tributo que se consigue por medio de la obtención indebida de ventajas tributarias⁵⁵⁴, sino que constituye una actuación estándar de defraudación tributaria.

Un aspecto particular de la agravación por la obtención fraudulenta de una ventaja tributaria que debe ser tomada especialmente en cuenta es que el tipo penal hace una enumeración cerrada de las ventajas tributarias que constituyen el objeto del delito, de manera que la obtención fraudulenta de

553 Similarmente, JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 94.

554 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, como lo ponen de manifiesto BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, *Delitos tributarios y previsionales*, 79 y ss.

alguna otra ventaja tributaria no prevista expresamente en el tipo penal, tendrá que quedar al margen del ámbito de aplicación de la circunstancia de agravación. Como es por todos conocido, el uso de la analogía para calificar el hecho como delito o para agravar la pena se encuentra expresamente prohibido por el artículo III del Título Preliminar del CP, cuyas normas generales resultan aplicables supletoriamente a los hechos punibles previstos en las leyes penales especiales (artículo X). En consecuencia, la obtención fraudulenta de cualquier otra ventaja tributaria no mencionada expresamente en el artículo 4 literal a) de la LPT no podrá dar lugar a una sanción penal agravada, sino solamente a la prevista 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. Esta vinculación objetiva tiene lugar cuando la obtención de la ventaja tributaria es la materialización de la idoneidad objetiva de la simulación hecha por el autor. En relación con la simulación, el tipo penal no abarca cualquier tipo de simulación, sino que la reduce a la simulación de hechos que permiten gozar de las ventajas tributarias. Como puede verse, la simulación típicamente relevante solo podrá ser la que está referida a los presupuestos fácticos para la obtención de una ventaja tributaria, por lo que la simulación de otros requisitos (p.e. la falsificación de determinados documentos requeridos para demostrar hechos realmente acaecidos) o la alegación de valoraciones jurídicas incorrectas (p.e. la calificación de un crédito como incobrable), no configurará el tipo penal agravado.

En cuanto a la consumación del supuesto de agravación aquí analizado, la redacción típica parecería requerir solamente la obtención injustificada de la ventaja tributaria⁵⁵⁵, sin que sea necesario que la ventaja tributaria se haya efectivamente deducido de la deuda tributaria o se haya recibido el di-

⁵⁵⁵ 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*, pp. 151 y ss.) y en el Derecho penal argentino [CATANIA, *Régimen Penal Tributario*, p. 131; RIQUERT, *Cuestiones*, pp. 41 y ss.; CHIARA DÍAZ, en *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.), p. 369].

nero de las arcas fiscales (por ejemplo, en el caso de las devoluciones)⁵⁵⁶. 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 tributaria⁵⁵⁷. En este sentido, las ventajas tributarias indebidamente obtenidas deben afectar la recaudación tributaria, eliminando o reduciendo el pago de los tributos. Si no se produce la falta de pago, la conducta podrá castigarse solamente como un caso de tentativa acabada.

Una cuestión particular que resulta necesario analizar es la remisión inversa que hace el artículo 13 del Decreto Supremo N.º 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 adquiriera 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 LPT. Para evaluar la validez de 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 remitido⁵⁵⁸, pues con ello no solo no se desnaturaliza el tipo penal, sino que se ofrece una mayor seguridad jurídica⁵⁵⁹. Distinto es el caso, sin embargo, si la conducta prevista en la ley extra penal desborda el ámbito de regulación del tipo penal remitido.

En el presente caso, la conducta que se remite inversamente al delito tributario agravado de obtención indebida de beneficios tributarios, está cons-

556 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.

557 Igualmente, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, pp. 467 y ss., aunque recomienda de *lege ferenda* que este delito se considere consumado únicamente con la solicitud fraudulenta de la ventaja.

558 En la doctrina penal se reconoce que se trata de una cláusula de carácter declarativo. Vid., así, TIEDEMANN, *Einführung*, pp. 60 y ss.

559 Vid., así, el juicio positivo que reciben las llamadas cláusulas de remisión inversa, BACIGALUPO ZAPATER, *Sanciones administrativas*, pp. 29 y ss.; DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites*, p. 205.

tituida 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 conducta, 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 solo podrá castigarse como un delito de malversación de subvención en zona de tratamiento tributario especial, conforme a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 237 del CP⁵⁶⁰.

b. La insolvencia patrimonial fraudulenta

El literal b) del artículo 4 de la LPT agrava la penalidad de la defraudación tributaria cuando se simule o provoque un estado de insolvencia patrimonial que imposibilite el cobro de tributos. Como puede verse, la conducta defraudatoria de este supuesto agravado de defraudación tributaria se contextualiza en un 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 exigibles⁵⁶¹. 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.

560 La falta de correspondencia entre la conducta prevista en la regulación extrapenal y el tipo penal al que se hizo la remisión inversa es con seguridad la razón que llevó a criminalizar en julio de 2002 el delito de malversación de subvención en zona de tratamiento tributario especial dentro del delito de venta ilícita de mercaderías.

561 Similarmente, BUOMPADRE, *Insolvencia fraudulenta*, p. 79; CATANIA, *Régimen Penal Tributario*, p. 192.

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 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 le concede 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 patrimonial⁵⁶². Está claro que no debe entenderse como tal cualquier causación de la situación de insolvencia, sino solamente aquella que pueda 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 a algunos específicos, hay que entender que la simulación o provocación de la insolvencia puede alcanzarse con cualquier medio idóneo⁵⁶³. Por otro lado, al tratarse de un uso fraudulento de la insolvencia, la actuación del autor solamente podrá presentarse con dolo directo⁵⁶⁴, 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 tributos⁵⁶⁵. 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 situación de insolvencia patrimonial y la falta de pago de los tributos. Para decirlo de modo más claro: la falta de pago

562 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.

563 Igualmente, en el Derecho penal argentino, BUOMPADRE, *Insolvencia fraudulenta*, pp. 83 y ss.; CATANIA, *Régimen Penal Tributario*, p. 190; CHIARA DÍAZ, en *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.), p. 385.

564 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.

565 Vid., PEÑA CABRERA, *Tratado*, t. IV, p. 321; BUOMPADRE, *Insolvencia fraudulenta*, p. 94; CATANIA, *Régimen Penal Tributario*, pp. 192 y ss.

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 CP⁵⁶⁶.

En su redacción original la agravante por simulación o provocación de la insolvencia establecía una delimitación temporal: La conducta agravada debía realizarse luego de iniciado un procedimiento de verificación y/o fiscalización de las obligaciones por parte de la Administración Tributaria⁵⁶⁷. Por lo tanto, la circunstancia de agravación no podía presentarse mientras la Administración Tributaria no hubiese iniciado un procedimiento de verificación y/o fiscalización. Precisamente uno de los puntos que cambió la reforma penal de julio de 2012 (Decreto Legislativo N.º 1114) fue este aspecto temporal de la agravante prevista en el literal b) del artículo 4 de la LPT⁵⁶⁸. Simplemente se eliminó por completo la referencia al procedimiento de verificación y/o fiscalización, por lo que actualmente no interesa si la Administración Tributaria ha iniciado alguno de estos procedimientos de control, bastando solamente que la simulación o la provocación fraudulenta de la insolvencia imposibiliten el pago de los tributos⁵⁶⁹.

566 Sobre el castigo de la tentativa, CATANIA, *Régimen Penal Tributario*, pp. 194 y ss.

567 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*, pp. 96 y ss.; CATANIA, *Régimen Penal Tributario*, p. 193.

568 La exposición de motivos del D. L. N.º 1114 destaca esta modificación como uno de los puntos centrales de la reforma de la Ley Penal Tributaria: “[...] la propuesta de sustituir el inciso b) del artículo 4 de la Ley Penal Tributaria responde a la problemática de la norma vigente en cuanto a la limitación de su aplicación, debido a que sanciona la simulación o provocación de estados de insolvencia patrimonial que imposibiliten el cobro de los tributos *una vez iniciado el procedimiento de verificación y/o fiscalización*, lo cual implica que el Estado solo puede sancionar estos actos ilícitos cuando ocurra previamente un procedimiento de fiscalización. Como consecuencia, el texto vigente imposibilita sancionar a aquellos deudores que sin haber sido fiscalizados, tienen deudas tributarias exigibles y simulan o provocan estados de insolvencia patrimonial para evitar su cobro”. Destacan este punto de la reforma a la Ley Penal Tributaria, CARO CORIA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 37 (julio de 2012), p. 16; CAJINA SAMAMÉ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 37 (julio de 2012), p. 46.

569 • En este sentido, igualmente, SAMHAN SALGADO, *Ilícitos tributarios*, pp. 393 y ss.

En la medida que la situación aparente o provocada de insolvencia puede llevar al inicio de un procedimiento concursal, el delito de defraudación agravada podría presentarse en una situación de concurso con algún delito concursal. En concreto, podría pensarse en el caso de la frustración del pago de los tributos que se materializa con el inicio de un procedimiento concursal solicitado con información falsa que llega a provocar la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones. Si el delito concursal de uso fraudulento de información falsa en un procedimiento concursal se constituye 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. Sin embargo, el uso fraudulento de información falsa en un procedimiento concursal no es un delito que se dirija contra los intereses patrimoniales de los acreedores concursales, sino contra el cumplimiento de la finalidad estatal de facilitar 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, habría que hablar en estos casos, más bien, de un concurso ideal de delitos, cuya pena deberá determinarse con base en la regla establecida en el artículo 48 del CP.

c. La utilización de interpósita persona

En el inciso 1 del artículo 5 D de la LPT se regula la agravante por utilizar una o más personas naturales o jurídicas interpuestas para ocultar la identidad del verdadero deudor tributario. Pese a que el dispositivo penal mencionado no es explícito al respecto, se desprende del sentido de la agravante que debe tratarse de testaferros (personas naturales) o sociedades pantalla (personas jurídicas)⁵⁷⁰. En efecto, el que la utilización de la persona natural o jurídica sea para ocultar la identidad del verdadero deudor tributario, pone de manifiesto que no existe una intervención real de la persona natural o jurídica. Por el contrario, si tal intervención fuese real, entonces lo que podría haber es una elusión fiscal, pero no una ocultación de la identidad del verdadero deudor tributario.

⁵⁷⁰ CARO CORIA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 37 (julio de 2012), p. 18.

El tipo penal se realiza con la utilización de una sola persona, natural o jurídica. Si bien la redacción del dispositivo penal hace alusión a la posibilidad de que se utilice a más de una persona, la pluralidad no es un elemento constitutivo de la figura agravada, sino, en todo caso, una circunstancia que debe ser tomada en cuenta al momento de individualizar la pena. No se exige ninguna particularidad a la persona interpósita, por lo que podrá ser cualquier persona natural o jurídica. Lo único que se requiere, como ya se explicitó, es que sea utilizada como testaferro o como sociedad pantalla.

La finalidad específica que establece la circunstancia de agravación aquí analizada (“para ocultar la identidad del verdadero deudor tributario”), excluye que se pueda englobar cualquier uso tributariamente relevante de una interpósita persona. Así, por ejemplo, la agravación no podrá aplicarse a los casos en los que no se oculta la identidad del deudor tributario, sino que se consigue solamente reducir el tributo a pagar. Esta situación no impide la aplicación del tipo penal básico de defraudación tributaria. Tampoco bastará con que se consiga ocultar al verdadero deudor tributario, sino que es necesario que ese ocultamiento implique la falta de pago de los tributos adeudados. Por lo tanto, si la ocultación por interpósita persona no repercute en la recaudación tributaria, entonces no cabrá sostener la realización de la agravante, ni siquiera la realización del tipo básico de defraudación tributaria.

d. La gravedad del monto defraudado

El inciso 2 del artículo 5 D del CP recoge como un supuesto de agravación los casos en los que el monto del tributo o tributos dejados de pagar superen las 100 (cien) UITs en un periodo de doce meses o en un ejercicio gravable⁵⁷¹. En este mismo dispositivo legal se establece el criterio para determinar el valor de la UIT, pues se indica que debe tenerse en consideración el valor vigente al inicio del periodo de los doce meses o del ejercicio gravable. Esta regulación específica apunta a evitar la aplicación de la regla general de la retroactividad benigna que podría alcanzar también a las normas extrapenales de remisión (concretamente, la disposición legal que fija el monto

571 En la exposición de motivos del Decreto Legislativo N.º 1114, que incorporó este supuesto de agravación, se indicó como fundamento del incremento de la pena una mayor lesividad al bien jurídico protegido.

de la unidad impositiva tributaria), por lo que la modificación posterior del valor de la UIT que pudiese determinar que el monto de la defraudación no supere el umbral de la 100 UITs, no podrá autorizar la aplicación del tipo penal básico.

El supuesto de agravación por el monto de lo defraudado constituye claramente una circunstancia de agravación material, por lo que repercutirá en todos los intervinientes en el delito. Sin embargo, por exigencias a nivel de la imputación subjetiva para desterrar supuestos de responsabilidad objetiva (artículo VII del Título Preliminar del CP), el dolo del autor debe abarcar, siquiera en su forma eventual, que el monto de lo defraudado supera el valor de 100 UITs⁵⁷². Si alguno de los intervinientes asume erróneamente que lo defraudado no supera la cantidad antes referida, entonces habrá que aplicar el artículo 14 del CP y, por lo tanto, limitar la sanción penal a la prevista para el tipo penal básico de defraudación tributaria.

e. La integración de una organización delictiva

El inciso 3 del artículo 5 D de la LPT contempla como otro supuesto de agravación del delito de defraudación tributaria el que el agente forme parte de una organización delictiva. La agravación de la pena se sustenta aquí en la mayor eficiencia que una organización delictiva ofrece para la comisión de los delitos, así como en la permanencia de actividades delictivas similares o relacionadas. Para aplicar esta circunstancia de agravación se debe acreditar la constitución de la organización ilícita con sus elementos esenciales de pluralidad de personas, reparto de roles y vocación de permanencia. No es necesario que la organización criminal limite su radio de acción a los delitos tributarios, sino que basta con que, dentro de sus actividades, se incluya la realización de estos delitos. Tampoco es relevante la posición que el autor ocupe dentro de la organización, bastando solamente que pertenezca a ella.

572 Otra sería la conclusión si es que se asumiese la posición de CAJINA SAMAMÉ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 37 (julio de 2012), p. 49 que califica a esta circunstancia de agravación como una condición objetiva de punibilidad.

D. Los delitos tributarios de preparación

a. *El delito de infracción de deberes contables tributarios*

El artículo 5 de la LPT regula el delito de infracción de deberes contables tributarios. Tal como lo adelantáramos, se trata de un delito de dominio que anticipa la tutela penal a actos que solamente crean las condiciones favorables para futuras defraudaciones tributarias⁵⁷³. En concreto, se castiga el incumplimiento de ciertos deberes contables impuestos por la Administración Tributaria a los obligados tributarios con la finalidad de evitar situaciones propicias para el engaño o el fraude respecto del pago de los tributos. A diferencia del delito de defraudación tributaria, no se requiere la afectación de la recaudación tributaria por la falta de pago total o parcial de un tributo. Se trata, por lo tanto, de un delito de peligro abstracto⁵⁷⁴ que se configura con el simple incumplimiento de los deberes contables tributarios especificados en el tipo penal.

aa) *Los sujetos del delito*

En cuanto al sujeto activo, el delito de incumplimiento de los deberes contables tributarios es un delito especial, pues solamente puede ser cometido por quien se encuentra obligado por las normas tributarias a llevar libros y registros contables⁵⁷⁵. Esta delimitación del círculo de autores impide que el delito se le pueda imputar a cualquier persona en calidad de autor. Bajo estas consideraciones, si una persona no obligada por las normas tributarias decide llevar contabilidad (p.e. una persona sometida al régimen único sim-

573 Vid., URQUIZO VIDELA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 28 (octubre de 2011), p. 219. 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*, pp. 55 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, *Delitos tributarios y previsionales*, p. 158.

574 Igualmente, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 453.

575 Vid., PEÑA CABRERA, *Tratado*, t. IV, p. 337; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 487; URQUIZO VIDELA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 28 (octubre de 2011), p. 221. A diferencia de la normativa española (SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El delito contable tributario*, pp. 63 y ss.; CHOCLÁN 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.

plificado), no responderá por el delito contable tributario, aun cuando sus libros o registros sean incompletos o inexactos⁵⁷⁶.

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 Tributaria⁵⁷⁷, 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 CT. 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 tributarias⁵⁷⁸, debiéndose entender por tales no solo las leyes en sentido estricto, sino también los reglamentos o resoluciones emitidos por los organismos administradores de los tributos⁵⁷⁹. Por ejemplo, el artículo 65 de la Ley del Impuesto a la Renta establece que los perceptores de rentas de tercera categoría cuyos ingresos brutos anuales no superen las 150 UIT, deberán llevar como mínimo un Registro de Ventas, un Registro de Compras y Libro Diario de Formato Simplificado, de acuerdo con las normas sobre la materia. Los perceptores de rentas de tercera categoría que generen ingresos brutos anuales desde 150 UIT hasta 1700 UIT, deberán llevar los libros y registros contables de conformidad con lo que disponga la SUNAT. La Reso-

576 Vid., en el mismo sentido, JÄGER, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 379, n.m. 15; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El delito contable tributario*, p. 50.

577 Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, pp. 454 y ss.

578 En este sentido, como una ley penal en blanco, BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, *Delitos tributarios y previsionales*, p. 160; URQUIZO VIDEA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 28 (octubre de 2011), p. 221.

579 Vid., URQUIZO VIDEA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 28 (octubre de 2011), p. 221. 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*, pp. 52 y ss.

lución de Superintendencia N.º 234-2006/SUNAT dispone, a estos efectos, que los perceptores de rentas de tercera categoría que generen ingresos brutos anuales desde 150 UIT hasta 500 UIT, deberán llevar como mínimo los siguientes libros y registros contables: Libro Diario, Libro Mayor, Registro de Compras, Registro de Ventas e Ingresos. Por su parte, los perceptores de rentas de tercera categoría cuyos ingresos brutos anuales sean superiores a 500 UIT hasta 1 700 UIT, deberán llevar como mínimo los siguientes libros y registros contables: Libro de Inventarios y Balances, Libro Diario, Libro Mayor, Registro de Compras y Registro de Ventas e Ingresos. Los demás perceptores de rentas de tercera categoría están obligados a llevar la contabilidad completa, la cual debe estar integrada por los siguientes libros y registros: Libro Caja y Bancos, Libro de Inventarios y Balances, Libro Diario, Libro Mayor, Registro de Compras y 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 deberes⁵⁸⁰. Para poder realizar esta imputación de responsabilidad penal, no resulta necesario recurrir a la cláusula del actuar en lugar de otro establecida en el artículo 27 del CP⁵⁸¹, 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 CT establece que estos 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 los 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 a quienes tengan la disponibilidad de los bienes de los entes colectivos que carecen de personería jurídica (artículo 16 inciso 3 del CT).

580 De manera similar, SAMHAN SALGADO, *Ilícitos tributarios*, p. 395.

581 De otro parecer, PEÑA CABRERA, *Tratado*, t. IV, p. 339.

El sujeto pasivo del delito es, sin duda, el Estado, en tanto legitimado para imponer a los particulares el deber de contribuir a generar los ingresos para cubrir el gasto público. Sin embargo, lo usual es que tal condición se concrete en la entidad estatal específica a la que se le ha asignado la administración de determinado tributo⁵⁸², dado que los deberes contables tributarios los impone la SUNAT para los tributos sometidos a su administración, el delito de infracción de los deberes contables tributarios tendrá como sujeto pasivo específicamente a este organismo estatal.

bb) La 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. Se trata específicamente de un tipo penal mixto alternativo, por lo que la realización de más de una modalidad no debe llevar a imputar varios delitos en situación de concurso, sino un solo delito⁵⁸³. En la medida de que estamos ante un delito de peligro abstracto⁵⁸⁴, no será necesario que la conducta típica afecte la recaudación tributaria, lo que hace político-criminalmente innecesario 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 tributaria⁵⁸⁵, pues si centrásemos el injusto penal en la mera infracción formal, se dejaría sin espacio a las infracciones tributarias previstas en el artículo 175 del CT⁵⁸⁶. En este orden de ideas, las infracciones de los deberes con-

582 Vid., URQUIZO VIDELA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 28 (octubre de 2011), p. 224.

583 Igualmente considera que el delito contable tributario español es un tipo mixto alternativo, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El delito tributario contable*, p. 437.

584 Críticamente, frente a esta posibilidad de interpretación dogmática, PEÑA CABRERA, *Tratado*, t. IV, pp. 365 y ss.

585 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 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. Vid., la necesidad de una potencialidad lesiva de la conducta en la regulación penal española, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 674.

586 En este sentido va, por ejemplo, la crítica de GARCÍA CANTIZANO, en *Revista Institucional* 7, Academia de la Magistratura, pp. 89 y ss. *

tables 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 penal⁵⁸⁷. Veamos cada una de estas infracciones contables.

- *El 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 típico⁵⁸⁸, 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 contables⁵⁸⁹. 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.
- *El 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 una omisión⁵⁹⁰, resulta necesario que exista una obligación de anotación, es decir, que los actos, operaciones o ingresos no anotados debieron anotarse o

587 Del mismo parecer, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, pp. 453 y ss.

588 Igualmente, en el Derecho penal español, CHOCLÁN MONTALVO, *Responsabilidad de auditores*, p. 62; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, *Delitos tributarios y previsionales*, p. 161.

589 Así, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 457; URQUIZO VIDEA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 28 (octubre de 2011), p. 223.

590 Aunque SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El delito contable tributario*, pp. 114 y ss., considera que la no anotación se hace como parte integrante de una conducta positiva: llevar contabilidad inadecuadamente.

registrarse conforme a las normas contables. En la Resolución de Superintendencia N.º 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 2). En consecuencia, hay que recurrir a estas disposiciones tributarias para concretar la infracción del deber de anotar oportunamente actos, operaciones o ingresos en los libros y registros contables. No obstante, esta remisión no debe entenderse en términos de simple accesoriedad, pues 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 Tributaria⁵⁹¹.

Para imputar responsabilidad penal por la infracción del deber de anotación, 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 con el deber de anotación por sí mismo o disponer que la persona especializada o encargada lo haga efectivamente⁵⁹². 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 este no solo le corresponde un deber de vigilancia sobre el encargado de la función de anotación, sino incluso un deber de constatación del cumplimiento efectivo de las anotaciones o registros⁵⁹³. Está claro que este deber 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 los registros exigidos⁵⁹⁴. Solo en caso de una selec-

591 Igualmente, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 458; URQUIZO VIDELA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 28 (octubre de 2011), p. 227.

592 Sigue este parecer, URQUIZO VIDELA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 28 (octubre de 2011), p. 227.

593 Vid., así, recurriendo a la figura de la comisión por omisión, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El delito tributario contable*, pp. 471 y ss.

594 Igualmente, URQUIZO VIDELA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 28 (octubre de 2011), p. 227.

ción 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 de la modalidad aquí analizada del delito de infracción de deberes contables tributarios 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, por lo que, en principio, los obligados tributariamente a llevar contabilidad deberán observar dicho plazo. Sin embargo, la SUNAT establece también un plazo máximo de retraso tolerado, lo que debe ser tenido en cuenta al momento de determinar la responsabilidad penal. Bajo estas circunstancias, puede decirse que la infracción penalmente relevante del deber de anotación tendrá lugar una vez superado el plazo máximo de atraso dentro del cual se debieron anotar las operaciones, sin que se hayan efectivamente hecho. Por el contrario, las anotaciones hechas con posterioridad al plazo máximo de retraso no serán más que actos post consumativos que no revierten el ilícito penal cometido.

- *El incumplimiento del deber de veracidad contable.* 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 detectada⁵⁹⁵.

La falsedad de las cuentas, asientos, cantidades, nombres y datos anotados consiste en una incompatibilidad de lo anotado con la

⁵⁹⁵ Igualmente, JÄGER, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 379, n.m. 20a.

realidad⁵⁹⁶. En este sentido, habrá falsedad cuando se anotan operaciones inexistentes o cuando siendo reales se alteran sus cifras o circunstancias⁵⁹⁷. 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 gastos tributariamente deducibles⁵⁹⁸. 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, dependerá de qué delito de falsedad documental 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 (concurso ideal), mientras que habrá una pluralidad de acciones en relación con la falsificación de documento (concurso real).

- *El incumplimiento del deber de conservación.* El delito de infracción de deberes contables tributarios se presenta también cuando el obligado a llevar contabilidad oculta, hace desaparecer 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, boletas de pago, etc.). Se trata de conductas que infringen el deber de conservación de la contabilidad, el cual se encuentra limitado

596 Vid., similarmente, JÄGER, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 379, n.m. 20.

597 Así, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 459; URQUIZO VIDELA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 28 (octubre de 2011), p. 231.

598 Igualmente, URQUIZO VIDELA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 28 (octubre de 2011), p. 231.

temporalmente conforme a la normativa tributaria, pues resulta poco funcional imponer un deber de conservación indefinido de la documentación relacionada con la tributación⁵⁹⁹. En este sentido, el artículo 87 inciso 7 del CT 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 prescrito⁶⁰⁰.

Las conductas típicamente previstas como infracción del deber de conservación son ocultar o destruir. La primera conducta hace referencia al hecho de poner los libros, registros o documentos contables en un lugar al que no puede acceder la Administración Tributaria. Estos instrumentos contables no tienen necesariamente que estar desaparecidos, pues la ocultación también se dará si el obligado tributario u otras personas conocen su paradero. El término “destrucción” implica, por su parte, la acción y el efecto de destruir, esto es, de reducir a pedazos algo material u ocasionarle un grave daño (Resolución del Tribunal Fiscal N.º 03447-1-2006 del 23/06/2006). Como se desprende del tenor del tipo penal, la realización de cualquiera de estas conductas configura el delito, incluso si afectan a la contabilidad solo parcialmente. Esta afectación parcial debe ser, sin embargo, relevante, por lo que no entrarán en el ámbito típico los deterioros insignificantes para los documentos (p.e. rasgaduras mínimas)⁶⁰¹.

cc) *El elemento subjetivo*

En aplicación de la regla general establecida en el artículo 12 del CP, el delito de incumplimiento de deberes contables tributarios en sus distintas modalidades de realización solamente se castiga si el obligado a llevar conta-

599 Del mismo parecer, URQUIZO VIDEA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 28 (octubre de 2011), p. 233.

600 Vid., GARCÍA RADA, *El delito tributario*, p. 190.

601 En este sentido, URQUIZO VIDEA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 28 (octubre de 2011), p. 235.

bilidad actúa con dolo⁶⁰². 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 solo 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 del 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 inconvenientes⁶⁰³, salvo algún supuesto especial como la existencia de un informe especializado defectuoso o una información errónea de la Administración Tributaria. Pero con independencia de los supuestos de excepción, solo 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 infringido⁶⁰⁴. 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

602 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.

603 Vid., en este sentido, para delitos cometidos en el ámbito de la actividad profesional, LÜDERSSEN, *wistra* 1983, p. 223.

604 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.

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 y registros, así como el plazo legalmente previsto de cumplimiento de este deber de conservación.

dd) Consumación

La consumación del delito de infracción de los deberes contables tributarios es instantánea en sus distintas modalidades de realización. El incumplimiento total de la obligación de llevar los libros y registros contables se consuma desde el momento en que una persona está obligada tributariamente a llevar contabilidad y no incorpora ningún instrumento contable. De realización instantánea es también el incumplimiento del deber de anotación y de veracidad contable. Mayores dudas podría suscitar la infracción del deber de conservación de la contabilidad en relación con la conducta de ocultar, pues parecería tratarse de una acción permanente. Sin embargo, lo que define a una acción permanente es la continuidad de la acción, lo que no tiene lugar con la conducta de ocultación que se realiza con el hecho de colocar la contabilidad en un lugar fuera del alcance de la Administración tributaria, por lo que también aquí la consumación del delito es instantánea. Por su parte, la conducta de destrucción es a todas luces de realización instantánea.

Pese a que es posible una ejecución parcial de las conductas infractoras de los deberes contables tributarios penalmente reforzados, no es razonable en términos político-criminales admitir el castigo en grado de tentativa. Como se dijo, el delito de infracción de deberes contables tributarios es un delito de peligro abstracto que anticipa la tutela penal, lo que convierte en inviable hacer una anticipación adicional con el castigo de la realización parcial del tipo penal. Dada la falta de relevancia de la tentativa, lo mismo sucederá con la figura del desistimiento.

ee) Intervención delictiva

El delito de infracción de deberes contables tributarios está configurado como un delito especial de dominio, de tal manera que el criterio para determinar la autoría deberá encontrarse en la competencia por el dominio

del riesgo⁶⁰⁵. El autor del delito debe reunir la calidad especial exigida por el tipo penal (esto es, 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 autoría⁶⁰⁶. En el caso de la coautoría interesa fundamentalmente que el aporte sea esencial, pudiendo incluso consistir en una conducta omisiva⁶⁰⁷. Respecto de la autoría mediata, el autor puede valerse hasta de un instrumento doloso no cualificado para la comisión del delito, siempre que pueda afirmarse la competencia por el dominio del riesgo⁶⁰⁸.

Los sujetos no cualificados que intervengan en el hecho podrán responder como cómplices del delito (p.e. contadores, asistentes contables, asesores tributarios, etc.)⁶⁰⁹. Su grado cuantitativo de dominio no interesa a efectos de hacer 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 (actuar en lugar de otro entre personas naturales). En estos casos, la cláusula del actuar en lugar de otro permitirá responsabilizar penalmente al *extraneus* 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.

ff) Concursos

Una situación de concurso se presenta usualmente con el delito de defraudación tributaria. Habrá que considerar un concurso de leyes cuando el

605 Así, recurre a la teoría del dominio del hecho, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El delito contable tributario*, p. 387.

606 Vid., igualmente, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El delito contable tributario*, pp. 384 y ss.

607 Vid., al respecto, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El delito contable tributario*, pp. 392 y ss.

608 Similarmente, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El delito contable tributario*, pp. 401 y ss.

609 Vid., PEÑA CABRERA, *Tratado*, t. IV, p. 338; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 455; URQUIZO VIDELA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 28 (octubre de 2011), pp. 217 y ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El delito contable tributario*, p. 392. Específicamente respecto de los contadores, SAMHAN SALGADO, *Ilícitos tributarios*, p. 395.

incumplimiento de los deberes contables tributarios 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)⁶¹⁰. 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 abstracto⁶¹¹. Por el contrario, habrá un concurso de delitos cuando no existe una 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.

gg) 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. A estas dos clases de pena debe sumarse la pena de inhabilitación no menor de seis meses ni mayor de siete años, para ejercer por cuenta propia o por intermedio de terceros, profesión, comercio, arte o industria, incluyendo contratar con el Estado (artículo 6 de la LPT). El juez penal tendrá que individualizar la pena concreta dentro de cada uno de los marcos penales legalmente previstos. 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 se utilizan los criterios especiales contemplados en los artículos 45, 45 A y 46 del CP.

610 Similarmente, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 483; URQUIZO VIDELA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 28 (octubre de 2011), p. 225.

611 Como un concurso de leyes, pero con base en el principio de consunción, BAJO FERNÁNDEZ/ BACIGALUPO, *Delitos tributarios y previsionales*, p. 165; BRAMONT-ARIAS TORRES, L.F., *Revista del Instituto de Derecho Tributario*, 32 (1997), pp. 62 y ss.

b. *El delito de falsedades relacionadas con el Registro Único de Contribuyente (RUC)*

El Decreto Legislativo N.º 1114 incluyó en la Ley Penal Tributaria un delito tributario de preparación referido a la falsedad en la obtención del RUC o en la actualización de los datos del contribuyente (artículo 5-A de la LPT)⁶¹². Este tipo penal tiene una estructura compuesta, pues exige la realización de dos actos. El primer acto consiste en proporcionar información falsa al momento de inscribir o modificar los datos del Registro Único de Contribuyentes (RUC). El segundo acto es obtener con ese RUC en una imprenta autorizada por la SUNAT la autorización para imprimir comprobantes de pago, guías de remisión, notas de crédito o notas de débito. El delito solamente podrá tener lugar si se realizan ambos actos típicamente previstos.

aa) *Los sujetos del delito*

El sujeto activo del delito puede ser cualquier persona, pues el artículo 5-A de la LPT está típicamente configurado como un delito común. No hay problema, por lo tanto, para incluir tanto al que hace la gestión para la obtención de un RUC propio, como al que lo hace a favor de otro a quien representa. Si bien lo usual es que sea el mismo sujeto el que realiza el acto de falsedad y la obtención de la autorización para imprimir comprobantes de pago, es también posible que exista un reparto del trabajo que habilite una imputación a título de coautoría (por ejemplo: si una persona saca con datos falsos su RUC y otro se encarga de obtener la autorización de emisión). Queda claro que si uno de los intervinientes actúa como un instrumento en situación de error bajo el dominio de otro, lo que habrá es una autoría con una ejecución parcial directa y una ejecución parcial mediata.

El sujeto pasivo del delito es la SUNAT en tanto es a la que se le engaña con la inscripción o la modificación de los datos del RUC, así como al momento de autorizar la impresión de los comprobantes de pago, guías de remisión, notas de crédito o notas de débito. Dado que se trata de un delito

⁶¹² La propia exposición de motivos del Decreto Legislativo N.º 1114 reconoce que la figura delictiva incorporada con el artículo 5 A penaliza los actos preparatorios a la comisión del delito de defraudación tributaria más comunes.

de preparación, lo usual es que el sujeto pasivo no se vea aún perjudicado, por lo que no podrá constituirse en actor civil.

bb) La conducta típica

Como ya se ha indicado, el delito de falsedades relacionadas con el Registro Único de Contribuyente es un tipo penal compuesto que requiere la realización conjunta de dos actos. El primero es proporcionar datos falsos al momento de la inscripción de un contribuyente para la obtención de su RUC o al momento de modificar los datos suministrados con tal fin. Este primer acto tiene, entonces, una naturaleza mixta, pues puede presentarse indistintamente al inscribir el RUC o al modificar los datos suministrados en dicha ocasión. En el primer caso la falsedad es originaria, mientras que en el segundo caso es derivada. El segundo acto consiste en obtener la autorización con dicho RUC para imprimir comprobantes de pago, guías de remisión, notas de crédito o notas de débito. Para realizar el segundo acto, no es necesario acudir a las oficinas de la SUNAT, sino que basta con obtener la autorización con el llenado del respectivo formulario en la imprenta autorizada por la SUNAT. Por razones de legalidad, el delito bajo comentario no alcanzará a la obtención indebida para imprimir otros documentos tributariamente relevantes.

No hay duda de que la realización de las dos acciones previstas en el artículo 5-A de la LPT no implica aún una afectación a la recaudación tributaria del Estado. Se trata claramente de actos de preparación de un fraude que se materializará recién cuando se utilicen los comprobantes de pago, guías de remisión, notas de crédito o notas de débito indebidamente obtenidas. Lo que tiene lugar, por lo tanto, es una anticipación de la tutela penal mediante el castigo de un acto de preparación de un posterior fraude tributario. Bajo estas consideraciones, el delito de falsedades relacionadas con el Registro Único de Contribuyente debe ser interpretado como un delito de peligro abstracto que sanciona un acto de preparación que muestra ya un sentido delictivo inequívoco, aunque sin poner aún en riesgo la recaudación tributaria del Estado.

cc) El elemento subjetivo

El delito tipificado en el artículo 5-A de la LPT se castiga únicamente a título de dolo, más concretamente, de dolo directo. El elemento típico de “a

sabiendas” restringe los supuestos de dolo penalmente relevante a los casos en los que el autor sabe que proporciona información falsa en la tramitación de su RUC y consigue luego con este RUC obtener la autorización para imprimir los comprobantes de pago, guías de remisión, notas de crédito o notas de débito. Si el autor desconoce alguno de estos aspectos, entonces podrá alegar un error de tipo que lo preservará de responsabilidad penal, incluso si la situación de desconocimiento fuese vencible.

dd) Consumación

El delito tributario de preparación contenido en el artículo 5-A de la LPT requiere la realización de los dos actos descritos, llegándose a consumar el delito una vez que el autor haya obtenido la autorización de impresión. No es necesario que los comprobantes de pago, las guías de remisión, las notas de crédito o las notas de débito se hayan efectivamente impreso ni mucho menos que hayan sido utilizadas para defraudar tributariamente al Estado. Se trata de un delito de preparación que anticipa la tutela penal mediante la sanción de una conducta en un nivel preparatorio. Teniendo en cuenta precisamente el dato de que se trata de un adelantamiento de las barreras de protección penal, puede sustentarse de manera plausible la falta de necesidad de castigar como tentativa la realización incompleta del tipo penal. La intervención punitiva solamente estará justificada si el delito se consuma.

ee) Concurso

Como todo delito de preparación, una situación de concurso se puede presentar con el delito preparado si es que se llega efectivamente a realizar. En tal caso, la solución es clara: se tratará de un concurso aparente de delitos, por lo que solamente bastará con aplicar un tipo penal. Atendiendo al principio de consunción, el delito tributario de preparación debe ser desplazado por el delito de defraudación tributaria en el que se han utilizado los comprobantes de pago, las guías de remisión, las notas de crédito o las notas de débito indebidamente obtenidos. Únicamente si el delito preparado no llega a materializarse, entonces corresponderá el castigo por el delito previsto en el artículo 5 A de la LPT.

ff) Penalidad

El delito de falsedades relacionadas con el Registro Único de Contribuyente 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. La pena de multa va, por su parte, de ciento ochenta hasta trescientos sesenta y cinco días multa. El juez penal tendrá que individualizar la pena concreta en cada clase de pena dentro del marco penal abstracto legalmente previsto. A estas dos clases de pena debe sumarse la pena de inhabilitación conforme al artículo 6 de la LPT, esto es, una inhabilitación no menor de seis meses ni mayor de siete años, para ejercer por cuenta propia o por intermedio de terceros, profesión, comercio, arte o industria, incluyendo contratar con el Estado.

c. El delito de almacenamiento ilegal de bienes

Como los delitos tributarios de preparación anteriormente abordados, el artículo 5-B de la LPT criminaliza un acto de preparación de un delito de defraudación tributaria⁶¹³. El acto de preparación específicamente tipificado es almacenar bienes para su distribución, comercialización, transferencia u otra forma de disposición en lugares no declarados como domicilio fiscal o establecimiento anexo. No se requiere, por lo tanto, que se haya afectado la recaudación tributaria, sino solamente que se haga el almacenamiento de los bienes en un lugar desconocido para la Administración Tributaria con la finalidad de no pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes⁶¹⁴. Conforme a lo indicado expresamente en la exposición de motivos del Decreto Legislativo N.º 1114, lo que se busca con esta anticipación de la tutela penal es evitar la proliferación de almacenes clandestinos, cuyas ventas informales finalmente no son declaradas a la Administración Tributaria.

613 Vid., CARO CORIA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 37 (julio de 2012), p. 17.

614 Destaca igualmente la falta de una defraudación, CARO CORIA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 37 (julio de 2012), p. 17.

aa) Los sujetos del delito

Por su tenor literal, el delito de almacenamiento ilegal de bienes parecería ser un delito común que puede ser cometido por cualquier persona en calidad de autor. El mismo tipo penal confirmaría incluso su carácter abierto, al señalar que el autor del delito puede estar inscrito o no ante el órgano administrador del tributo. Sin embargo, una lectura completa del tipo penal pone en evidencia que no cualquiera puede cometer el delito, sino solamente aquellos que están obligados a registrarse como contribuyentes y fijar, por lo tanto, un domicilio fiscal. Lo que no se exige es que el autor haya cumplido con su obligación tributaria de inscribirse ante el órgano administrador del tributo. Por lo tanto, el delito puede ser perpetrado tanto por el que tiene un RUC con un domicilio fiscal determinado, como por el que, debiendo haberlo hecho, no ha gestionado la obtención de su RUC y, por lo tanto, no ha fijado ningún domicilio fiscal. Por su parte, el sujeto pasivo del delito es el Estado, específicamente, el órgano administrador del tributo ante el cual el contribuyente está legalmente obligado a fijar un domicilio fiscal.

bb) La conducta típica

La conducta típica consiste en almacenar bienes para su distribución, comercialización, transferencia u otra forma de disposición. En su sentido gramatical, el verbo típico “almacenar” es entendido como guardar cosas en un almacén, generalmente de forma ordenada, para poder disponer de ellas cuando se necesite o convenga. Aplicado al tipo penal, la acción de almacenamiento está referida específicamente a aquellos bienes, cuya comercialización pueda tener una incidencia tributaria. Esto explica que el mismo tipo penal exija que la conducta típica se haga para realizar posteriormente algún acto de disposición sobre los bienes. De ello se desprenden dos restricciones interpretativas del tipo penal. Por un lado, el delito no se podrá cometer respecto de bienes que no estén relacionados con algún hecho tributariamente relevante. En segundo lugar, tampoco se podrá aplicar al almacenamiento de bienes que se hace con una finalidad distinta.

Lo que le da sentido delictivo a la conducta típica es el elemento circunstancial de que los bienes se encuentren almacenados en un lugar no declarado como domicilio fiscal o establecimiento anexo dentro del plazo

que, para hacerlo, fijen las leyes y reglamentos pertinentes. El artículo 11 del CT establece que los sujetos obligados a inscribirse ante la Administración Tributaria de acuerdo a las normas respectivas, tienen la obligación de fijar y cambiar su domicilio fiscal conforme esta lo establezca. Por domicilio fiscal se entiende el lugar fijado dentro del territorio nacional para todo efecto tributario, mientras que el establecimiento anexo se debe fijar cuando el contribuyente desarrolla sus actividades en más de un establecimiento, por ejemplo, una sucursal, una oficina administrativa, agencia, local comercial de servicios, sede productiva, almacenes o depósitos. Si el contribuyente varía el domicilio fiscal o el establecimiento anexo, cuenta con un plazo de un día hábil para cambiar el fijado en el RUC.

El objeto material del delito son bienes cuyo valor total deben superar las 50 UIT. El mismo artículo 5-B de la LPT establece parámetros definidos para determinar esta valoración. En primer lugar, señala que el valor de los bienes es aquel consignado en el comprobante de pago. Cuando por cualquier causa el valor no sea fehaciente, no esté determinado o no exista comprobante de pago, la valorización se realizará teniendo en cuenta el valor del mercado a la fecha de la inspección realizada por la SUNAT, el cual será determinado conforme a las normas que regulan el impuesto a la renta. En segundo lugar, se establece que la UIT a tener en cuenta es la vigente a la fecha de la inspección antes referida.

cc) El elemento subjetivo

En el plano subjetivo, el delito de almacenamiento ilegal de bienes requiere, de manera general, que el autor actúe dolosamente. Esto supone imputar al autor el conocimiento de que está almacenando bienes sobre los que se realizarán luego actos de disposición con incidencia tributaria y que lo está haciendo en un lugar no declarado ante la Administración Tributaria como domicilio fiscal o establecimiento anexo. Lo que no tiene que abarcar el conocimiento del autor es el valor de los bienes, pues la exigencia de que dicho valor supere las 50 UIT, no es un elemento típico, sino una condición objetiva de punibilidad⁶¹⁵. Los casos que no superen este umbral quedarán en manos del Derecho administrativo sancionador.

615 Así lo afirma el legislador penal expresamente en la exposición de motivos del D. L. N.º 1114.

Como un elemento subjetivo del tipo, el artículo 5-B de la LPT exige que el autor realice la conducta típica con la finalidad de dejar de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes (elemento de tendencia interna trascendente). Esto confirma su carácter de delito de preparación, pues se criminaliza un acto preparatorio dirigido a realizar un delito de defraudación tributaria. Para algunos, este elemento subjetivo es de tan difícil probanza que lo usual va a ser que los procesos penales que se instauran no lleguen a probar el hecho típico⁶¹⁶. No habría que ser tan pesimista, por el contrario, si es que se tiene claro que lo subjetivo no se comprueba, sino que se imputa con referentes normativos.

dd) Consumación

El delito se consuma con el almacenamiento de los bienes, sin que sea necesario que hayan sido dispuestos y mucho menos que se haya dejado de pagar en todo o en parte los tributos correspondientes. Se trata de un delito permanente, pues el almacenamiento ilegal de los bienes se mantiene a lo largo del tiempo por la voluntad del autor. Aunque parece difícil una realización parcial del tipo penal, de todas maneras resulta irrazonable castigar la tentativa, pues con ello se produciría un excesivo adelantamiento de la tutela penal. El castigo penal solo debe proceder si el delito se realiza completamente.

ee) Penalidad

Como el resto de delitos tributarios de preparación, el delito previsto en el artículo 5-B de la LPT es sancionado con la imposición conjunta de varias clases de penas. En primer lugar, una pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de cinco años. En segundo lugar, una pena de multa de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa. Y finalmente una pena de inhabilitación no menor de seis meses ni mayor de siete años para ejercer, por cuenta propia o por intermedio de tercero, una profesión, comercio, arte o industria, incluyendo contratar con el Estado.

⁶¹⁶ En este sentido, CAJINA SAMAMÉ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 37 (julio de 2012), p. 47.

d. El delito de elaboración o entrega ilegal de documentos tributarios

El artículo 5-C de la LPT tipifica también un acto de preparación de un delito de defraudación tributaria⁶¹⁷. Este acto consiste específicamente en la elaboración o entrega ilegal de documentos tributarios, lo que conforme a las estadísticas judiciales constituye un comportamiento previo en los actos de defraudación tributaria muy usual⁶¹⁸. Al punto de que cabe hablar hoy de la existencia de un mercado negro consolidado de ventas de facturas falsas⁶¹⁹. Esta situación podría hacer comprensible la anticipación de la tutela penal, pero lo que llama especialmente la atención es que el tipo penal equipara en términos punitivos la preparación con la ejecución de la defraudación tributaria, pues la pena contemplada es idéntica a la prevista en el tipo penal básico del delito de defraudación tributaria. Si bien la decisión del legislador penal de incriminar el acto unívoco de preparación de la defraudación puede contar con respaldo político-criminal suficiente, ello no es óbice para criticar la forma de hacerlo en clara infracción del principio de proporcionalidad de las penas⁶²⁰.

aa) Los sujetos del delito

El delito de elaboración o entrega ilegal de documentos tributarios es un delito común que puede ser cometido por cualquier persona como autor. No hay ninguna limitación típica para que el delito no pueda ser cometido por una pluralidad de intervinientes, los que responderán como autores o cómplices según las reglas generales de la intervención delictiva. El sujeto pasivo es el Estado, en tanto la conducta típica está dirigida a cometer o posibilitar la comisión de un delito tributario, lo que significa finalmente la afectación de la recaudación tributaria.

bb) La conducta típica

La conducta típica prevista en el artículo 5-C de la LPT consiste en confeccionar, obtener, vender o facilitar, a cualquier título, comprobantes de

617 Igualmente, CARO CORIA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 37 (julio de 2012), p. 17; CAJINA SAMAMÉ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 37 (julio de 2012), p. 48.

618 Así lo pone de manifiesto la exposición de motivos del Decreto Legislativo N.º 1114.

619 En este sentido, SAMHAN SALGADO, *Ilícitos tributarios*, p. 398.

620 La misma crítica hace CARO CORIA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 37 (julio de 2012), p. 17.

pago, guías de remisión, notas de crédito o notas de debido. Aunque el tipo penal no lo indique expresamente, el punto de partida de esta incriminación penal es la confección no autorizada de los documentos tributarios antes mencionados, pues si su impresión está debidamente autorizada por el órgano administrador del tributo, entonces la conducta no tendrá el sentido delictivo necesario para justificar su penalización. Ello con independencia de que un documento tributario legítimamente emitido, pueda también utilizarse en la comisión de un delito tributario.

El artículo 5-C de la LPT está configurado como un tipo penal mixto, pues los distintos verbos rectores son capaces, cada uno, de realizar plenamente el tipo penal. Adicionalmente, debe señalarse que la relación que hay entre los verbos rectores es de carácter alternativo, lo que significa que entre los mismos existe una relación de progresión hacia la lesión del bien jurídico. La conducta inicial es confeccionar indebidamente comprobantes de pago, guías de remisión, notas de crédito o notas de debido, lo que hace referencia a toda forma de creación o fabricación de los documentos tributarios mencionados. El segundo momento que se incrimina es la obtención, esto es, la conducta de recibir el documento tributario indebidamente confeccionado. También se criminaliza el acto de venta de los documentos tributarios en cuestión, lo que abarca toda transferencia a título oneroso. Finalmente, se contempla también como conducta típica la acción de facilitarlos a otro, con la cual se procura englobar todo acto de entrega de los documentos tributarios para ser utilizados en una defraudación tributaria. De la relación de alternatividad se desprende que la realización de más de uno de los verbos rectores por un mismo sujeto no da lugar a un concurso de delitos, sino a uno de leyes que se resuelve con la imputación del verbo rector más cercano a la conducta lesiva del bien jurídico.

En cuanto al objeto material del delito, el tipo penal menciona cuatro documentos tributarios. En primer lugar, el delito se puede cometer respecto de lo que es un comprobante de pago, esto es, el documento que acredita la transferencia de bienes, la entrega en uso o la prestación de servicios. En segundo lugar, el tipo penal incluye a la guía de remisión, la cual puede ser definida como el documento que sustenta el traslado de bienes. En tercer lugar, se hace alusión a la nota de crédito, la cual consiste en el documento que sustenta la reducción del valor de las operaciones por descuentos, bo-

nificaciones, anulación parcial o total por devolución de bienes. Finalmente, el tipo penal recoge también como documento tributario susceptible de ser un objeto material del delito a la nota de débito, esto es, el documento que sustenta el aumento del valor de las operaciones de venta producto del mayor valor del precio de venta, de errores o de omisiones en el importe de la operación.

cc) El elemento subjetivo

El autor del delito solo podrá responder a título de dolo, lo que únicamente podrá tener lugar si es posible imputarle el conocimiento de la procedencia ilegal de los documentos tributarios obtenidos. El que los confecciona debe saber que no está autorizado para hacerlo, mientras que el que los recibe, vende o facilita a otro debe saber que se han obtenido indebidamente. El desconocimiento de esta procedencia será tratado como un error de tipo que excluye el dolo. La vencibilidad del error no abre la posibilidad de castigo, en la medida que no existe una modalidad culposa.

Además del conocimiento de los aspectos antes referidos, el tipo penal exige que el autor realice su conducta típica con el objeto de cometer o posibilitar la comisión de alguno de los delitos previstos en la ley penal tributaria. Como puede verse, el tipo penal abarca la preparación de un delito tributario propio (cometer) y también la preparación de un delito tributario ajeno (posibilitar). Por otra parte, la redacción típica se limita a los delitos tributarios previstos en la Ley Penal Tributaria, por lo que no se podrá aplicar a los delitos tributarios regulados en el Código Penal.

dd) Consumación

El delito se consuma instantáneamente con la realización de la conducta de confeccionar, obtener, vender o facilitar. Aunque pudiesen presentarse supuestos de realización inconclusa, un castigo a título de tentativa no tiene asidero dogmático, pues al tratarse de un delito de preparación de un delito tributario, la consumación constituye ya una anticipación de la tutela penal que deja sin piso un nuevo adelantamiento punitivo por la vía de la tentativa.

ee) Penalidad

Como se advirtió, el delito tributario de preparación previsto en el artículo 5-C de la LPT está sancionado con la misma pena que el delito de defraudación tributaria. Por lo tanto, se prevé como sanción la imposición acumulativa de dos clases de penal: una pena privativa de libertad no menor de 5 (cinco) ni mayor de 8 (ocho) años y una pena de multa de 365 (trescientos sesenta y cinco) a 730 (setecientos treinta) días-multa. A estas penas debe sumarse, además, la pena de inhabilitación prevista en el artículo 6 de la LPT.

E. Las consecuencias jurídicas aplicables a los delitos de defraudación tributaria

Con independencia de la penalidad que cada tipo penal de los distintos delitos de defraudación tributaria analizados contempla, la normativa penal tributaria establece penas adicionales, así como también ciertas consecuencias jurídicas específicas para los delitos tributarios en general. Por ello, resulta pertinente realizar, en lo que sigue, una breve exposición sobre cuáles son estas consecuencias jurídicas que la Ley Penal Tributaria prevé para los delitos tributarios.

a. La pena

Con la finalidad de incrementar el carácter preventivo de los delitos tributarios, el artículo 6 de la LPT 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 terceros, profesión, comercio, arte o industria, incluyendo contratar con el Estado. 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 tributaria⁶²¹. Esto supone que en todos los delitos de defraudación tributaria se aplicarán acumulativamente tres clases de pena :

621 Igualmente, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 490. Por el contrario, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 442, considera que la pena de inhabilitación es accesoria.

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 CT)⁶²². Bajo estas circunstancias, la comisión de un delito tributario llevaría aparejada la imposición acumulada no solo de una pena privativa de libertad, una multa penal y una pena 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 de licencias, permisos, concesiones o autorizaciones vigentes. La sobre-reacción es aquí manifiesta, por lo que puede cuestionarse razonablemente la compatibilidad de la reacción contemplada contra los delitos tributarios con la Constitución Política⁶²³. Con independencia de la discutible acumulación de las sanciones penales, resulta patente que la regulación tributaria 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 grave⁶²⁴. Por esta razón, una lectura constitucional de la normativa tributaria obliga a entender que, en caso de un delito tributario, la sanción administrativa solamente resultará aplicable si se sustenta en un hecho distinto o si, respetando la base fáctica fijada en la imputación penal⁶²⁵, se impone a un sujeto distinto (por ejemplo, solo a la persona jurídica⁶²⁶). A

622 Vid., GARCÍA CANTIZANO, *Gaceta Jurídica*, t. 70-B, septiembre 1999, p. 67. Resaltaba ya esta acumulación en relación con el *non bis in idem*, GARCÍA RADA, *El delito tributario*, pp. 107 y ss.

623 Igualmente, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 475.

624 Similarmente, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 491; VIRGOLINI/SILVESTRONI, en *Derecho penal tributario*, Galván (coord.), pp. 123 y ss.

625 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*, pp. 28 y ss.

626 Vid., en el mismo sentido, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 493.

esto hay que agregar que el artículo 171 del CT ha sido modificado con la finalidad de instituir 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 LPT regula de manera específica la posibilidad de que el juez penal imponga ciertas consecuencias accesorias a personas jurídicas o negocios unipersonales que hayan sido utilizados para la comisión de delitos tributarios. Las cuestiones generales de las consecuencias accesorias ya han sido tratadas en la exposición de la Parte General, por lo que aquí vamos a centrarnos en las particularidades de la regulación penal tributaria. De lo que se trata es de determinar los aspectos que no se exigen o contemplan en la regulación general de las consecuencias accesorias y que deben, por el contrario, ser tenidos en cuenta en los delitos tributarios.

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 una personería jurídica independiente⁶²⁷. Se trata de la persona natural con negocio que debe inscribirse en el registro único de contribuyentes (RUC), toda vez que al realizar una actividad comercial debe pagar impuestos por su actividad generadora de renta. Queda claro que esta extensión del ámbito regular de aplicación de las consecuencias accesorias se debe limitar a aquellas que puedan imponerse a un negocio unipersonal, lo que no será el caso de medidas como la disolución y la liquidación.

Por otra parte, la regulación especial de los delitos tributarios contempla únicamente 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

⁶²⁷ Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 488.

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. Esta limitación no tiene ninguna justificación, por lo que solamente puede ser considerada como un olvido del legislador que debe pagarse con la reducción del universo de supuestos en los que se puede vincular a la persona jurídica con el delito cometido por sus administradores o representantes.

En tercer lugar, el artículo 17 de la LPT establece que las consecuencias accesorias se podrán aplicar a las personas jurídicas o negocios unipersonales siempre que sus titulares tengan conocimiento de su utilización para la ejecución del delito tributario. Esta particularidad, que no está recogida en la regulación general, podría resultar razonable si es que las consecuencias accesorias contra las personas jurídicas son interpretadas como sanciones indirectas a sus dueños, de modo tal que sea necesario responsabilizarlos de algún modo. Sin embargo, su naturaleza no es sancionatoria, sino preventiva, por lo que solamente bastará con que se acredite la existencia de la peligrosidad objetiva de la estructura social para legitimar la imposición de una consecuencia accesoria. El conocimiento de los dueños nada agrega a esta situación y, por lo tanto, deviene en irrelevante.

Cuatro son las consecuencias accesorias que, en principio, el juez penal puede imponer a una persona jurídica o un negocio unipersonal, cuya organización ha sido utilizada en la ejecución de un delito tributario. Para ello debe cumplirse con los requisitos materiales y procesales exigidos de manera general⁶²⁸. El artículo 17 de la LPT tributaria señala que el juez podrá aplicarlas conjunta o alternativamente, según la gravedad de los hechos. Se contempla, en primer lugar, el cierre temporal o la 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 CP. Se trata de la cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas. No obstante, no puede desconocerse que esta consecuencia accesoria tiene cierta relación con la medida de suspensión de actividades que sí está recogida en la regulación general.

628 Vid., con mayor detalle, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, pp. 757 y ss.

En tercer lugar, se prevé la consecuencia accesoria de disolución de la persona jurídica, lo que excluiría del ámbito de aplicación de esta consecuencia jurídica a los negocios unipersonales. Finalmente, se establece la medida de suspensión para contratar con el Estado por un plazo no mayor de cinco años, la cual constituye un caso específico de la medida general de la prohibición de actividades.

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, objetos y ganancias del delito. La normativa penal tributaria contiene reglas especiales solamente respecto de las consecuencias accesorias previstas en el artículo 105 del CP, 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 esta se corresponde en los delitos tributarios con la deuda tributaria impaga, tal y como se desprende del tenor del artículo 191 del CT. Como se puede ver, se produce aquí la llamada “mutación del título”, en virtud de la cual la realización del hecho delictivo hace responsable a los intervinientes de una obligación legal preexistente⁶²⁹. 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 a 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 en 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.

629 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, *LHCobo del Rosal*, pp. 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 CT, 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 está autorizada a realizar los actos dirigidos a conseguir el pago de la deuda tributaria aunque en relación con ella exista un proceso penal en giro. El juez penal no se ocupa de determinar si tal deuda existe o no, sino, más bien, si se ha cometido un delito tributario⁶³⁰. En este sentido, si la Administración Tributaria ha logrado cobrar la deuda tributaria, no resulta correcto que consiga un nuevo pago mediante la reparación civil⁶³¹. A esta solución legal podría cuestionársele, sin embargo, producir el efecto contraproducente de excluir la posibilidad de alegar un daño indemnizable de carácter extrapatrimonial, pero no lo es tanto si se tiene en cuenta que una afectación a la recaudación tributaria apenas deja espacio para este tipo de daño. En cualquier caso, la regla de 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 los delitos tributarios de preparación, la reparación civil tendrá que determinarse con base en el daño efectivamente producido.

F. La regularización tributaria

a. Definición

Conforme al artículo 189 del CT, no procede el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público ni la comunicación de indicios de delito tributario por parte del Órgano Administrador del Tributo, cuando se regularice la situación tributaria en relación con las deudas originadas por la realización de algunas de las conductas constitutivas de delito tributario

630 Vid., así, GARCÍA RADA, *El delito tributario*, p. 155.

631 Vid., GARCÍA RADA, *El delito tributario*, pp. 150 y ss.; SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 1321.

contenidas en la Ley Penal Tributaria. Esta regularización debe realizarse antes de que el Ministerio Público disponga el inicio de la investigación correspondiente o, a falta de esta, el órgano administrador del tributo inicie cualquier procedimiento de fiscalización relacionado al tributo y período en que se realizaron las conductas señaladas, de acuerdo con las normas sobre la materia. 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 indebidamente obtenido. En ambos casos la deuda tributaria incluye el tributo, los intereses, así como las multas impuestas⁶³². 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 tributario⁶³³. Por ello, resulta recomendable que quien hace el pago especifique a qué deuda tributaria debe la Administración Tributaria imputar dicho pago⁶³⁴, pues de lo contrario se seguirán las reglas supletorias de imputación al pago contenidas en el artículo 31 del CT.

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 figura 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 recauden⁶³⁵. Intentar, sin embargo, fundamentar la regularización en los delitos tributarios desde el plano de la política fiscal resultaría plenamente insatisfactorio⁶³⁶, pues no solo dejaría de lado los principios de ordenación del sistema penal,

632 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).

633 En el mismo sentido, JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 371, n.m. 103.

634 Vid., igualmente, JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 371, n.m. 123.

635 Vid., JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 371, n.m. 19.

636 Sobre los intentos de fundamentar la regularización tributaria (o autodenuncia) en fines fiscales, vid., con apreciaciones críticas, HUNSMANN, *Das steuerstrafrechtliche Selbstanzeigeprivileg*, pp. 48 y ss.

sino que tampoco podría explicar los diversos presupuestos legalmente establecidos⁶³⁷. En especial, no parecería razonable el requisito temporal de la regularización tributaria, ya que si lo que interesa es la percepción del pago de los tributos adeudados, no tendría sentido limitar la regularización hasta antes de que se inicie la investigación fiscal o la fiscalización tributaria correspondiente. Desde estas consideraciones, no sorprende que los estudios especializados emprendan la tarea de determinar el fundamento de la regularización tributaria con base en criterios de carácter penal.

En el plano político-criminal se han ensayado diversas justificaciones para el reconocimiento de la regularización tributaria como un supuesto de exclusión de la 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 impuestos⁶³⁸. A esta justificación de la regularización tributaria cabría objetarle, sin embargo, que no explicaría por qué es necesario el pago de la deuda tributaria. Si de lo que se trata es de detectar las defraudaciones tributarias, bastaría con exigir simplemente la autodenuncia del defraudador. Por otro lado, se ha intentado fundamentar la regularización tributaria dentro de la lógica del “puente dorado”, a través de la cual se permite al autor del delito de defraudación tributaria una vuelta a la sinceridad tributaria⁶³⁹. 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 tributaria⁶⁴⁰.

637 En el mismo sentido, KRATZSCH, en *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.), p. 287; HUNSMANN, *Das steuerstrafrechtliche Selbstanzeigeprivileg*, pp. 49 y ss.

638 Vid., FREES, *Die steuerrechtliche Selbstanzeige*, p. 130.

639 Vid., BLUMERS, *wistra* 1985, p. 86; BREYER, *Der Inhalt der strafbefreienden Selbstanzeige*, pp. 127 y ss.

640 Vid., así, la crítica de HUNSMANN, *Das steuerstrafrechtliche Selbstanzeigeprivileg*, p. 62; IGLESIAS RÍO, *La regularización*, pp. 216 y ss.

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 de los delitos tributarios 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, por lo que, a continuación, se tratarán sucintamente las propuestas más importantes para luego poder tomar una posición al respecto.

A nivel del injusto penal, por ejemplo, se ha propuesto ver la regularización tributaria como una compensación del injusto de la defraudación tributaria⁶⁴¹, 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 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 habría entonces una razón contundente para limitarla exclusivamente a los delitos tributarios.

En el plano de la exigibilidad, se mueve la fundamentación dogmática 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 de dicha defraudación tributaria⁶⁴². El flanco débil de esta interesante argumentación estaría en el hecho de que la regulación positiva de la regularización tributaria no la condiciona a los casos en los que la defraudación tributaria provoca una situación susceptible de una nueva incidencia tributaria. 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.

641 Vid., en este sentido, LÜTT, *Das Handlungsunrecht der Steuerhinterziehung*, 1988, pp. 60 y ss.

642 En esta línea, HOFFMANN, *Die Ausschlussstatbestände*, p. 25; BREYER, *Der Inhalt der strafbefreienden Selbstanzeige*, p. 62.

Posiblemente haya sido a nivel de la llamada categoría de la punibilidad donde más se ha movido la doctrina penal para encontrar el fundamento dogmático del efecto exonerador de la regularización tributaria. 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 que se le da a esta figura dogmática⁶⁴³. 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 delitos tributarios plenamente consumados⁶⁴⁴. Por otra parte, del tenor de la normativa tributaria no se desprende que la regularización tributaria deba ser voluntaria para gozar de efectos exoneratorios⁶⁴⁵, de modo tal que podría proceder igualmente, aunque el obligado tributario haya pagado la deuda tributaria por temor a una eventual denuncia penal. A partir de estas consideraciones, queda claro que el fundamento de esta exención de pena tampoco puede encontrarse en el arrepentimiento del autor.

Otra vertiente doctrinal acude a la figura de la excusa absolutoria para fundamentar dogmáticamente los efectos legalmente establecidos de la regularización tributaria⁶⁴⁶. Como se sabe, la excusa absolutoria excluye la punibilidad de una conducta por razones de política criminal, conveniencia u oportunidad⁶⁴⁷, lo que daría una entrada dogmática a la finalidad político-criminal de la regularización tributaria. No obstante, existe un aspecto puntual que impide que la regularización tributaria pueda ser ordenada como

643 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, pp. 237 y ss.; LÖFFLER, *Grund und Grenzen*, pp. 104 y ss.; GRÖTSCH, *Persönliche Reichweite*, pp. 21 y ss.; HOFFMANN, *Die Ausschlussstatbestände*, pp. 64 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Revista Penal* 1 (1998), p. 65. Críticamente, MERINO JARA/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *El delito fiscal*, pp. 132 y ss.

644 Igualmente, la crítica de REAÑO PESCHIERA, *Ius et veritas* 26, p. 294.

645 Igualmente, en el Derecho alemán, HUNSMANN, *Das steuerstrafrechtliche Selbstanzeigeprivileg*, pp. 40 y ss. Sobre el cuestionamiento de la exigencia de la voluntariedad en el Derecho Penal alemán desde el punto de vista legal, 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.

646 En este sentido, RAMÍREZ BECERRA, *RPDE* 67 (2009), pp. 262 y ss.

647 Vid., CEREZO MIR, *Derecho Penal*, PG, pp. 999 y ss.

una excusa absolutoria. Las excusas absolutorias tienen un carácter personal, es decir, que se aplican únicamente a aquellos intervinientes en quienes concurren. Si se atiende a lo que dispone el artículo 189 del CT, se podrá comprobar que la exención de pena que contempla la regularización tributaria se origina en un hecho objetivo (el pago), no en una circunstancia personal. Por lo tanto, la propuesta de interpretar este supuesto de exclusión de la pena como una excusa absolutoria no tiene, cuando menos, asidero legal.

En nuestra opinión, el fundamento de la regularización tributaria no se ubica en alguna categoría dogmática del delito, pues la defraudación tributaria ya se encuentra completamente configurada. En este sentido, una fundamentación todavía jurídico-penal solamente podrá alcanzarse a nivel de la función de la pena⁶⁴⁸, 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 solo podría justificarse penalmente si la conducta de regularización produce una recuperación de la confianza en la norma infringida que hace innecesaria la comunicación que lleva a cabo 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 un efecto de restabilización que torna en innecesaria la imposición de la sanción penal⁶⁴⁹. Se trata de una reparación del daño que integra la orientación a la víctima en la lógica de la función del Derecho penal⁶⁵⁰.

c. Naturaleza jurídico-penal

A diferencia de la regulación penal alemana, en donde la doctrina especializada es prácticamente unánime al considerar la autodenuncia tribu-

648 Utiliza la misma perspectiva, aunque con distinto contenido, IGLESIAS RÍO, *La regularización*, pp. 259 y ss.

649 Similarmente, KRATZSCH, en *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.), pp. 298 y ss.

650 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.

taria como una causa personal de supresión o levantamiento de la pena⁶⁵¹, consideramos que la regularización tributaria en la normativa nacional es una causa material de exclusión de la pena⁶⁵², tal como expresamente lo indica también el Acuerdo Plenario N.º 02-2009, punto 6. A nuestro modo de ver, este parecer se sustenta en dos argumentos principales. 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, debe reiterarse aquí 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 mismo⁶⁵³. 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 también 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 por parte del Ministerio Público ni la comunicación de indicios de delito tributario por parte del Órgano Administrador del Tributo, lo cual vincula el efecto de la regularización al delito y no a los intervinientes. En este sentido, la regularización tributaria que realice alguno de los intervinientes produce el efecto de

651 Vid., por todos, con amplias referencias bibliográficas, JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 371, n.m. 32. Sin embargo, el consenso sobre la naturaleza jurídica del privilegio de la autodenuncia se ha complicado a raíz de la modificación al § 370a S.3 AO, en la medida que la autodenuncia solo producirá efectos atenuantes en el delito de defraudación tributaria cometido habitualmente o en banda. Vid., sobre esta reforma en la regulación penal alemana, HUNSMANN, *Das steuerstrafrechtliche Selbstanzeigeprivileg*, pp. 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*, pp. 162 y ss.).

652 Del mismo parecer, REÁTEGUI SÁNCHEZ, en *Delitos tributarios y aduaneros*, p. 39.

653 Vid., GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal*, PG, p. 811. No obstante, para HUNSMANN, *Das steuerstrafrechtliche Selbstanzeigeprivileg*, pp. 30 y ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *LH-Tiedemann*, Vol. I, p. 686, esta distinción tendría consecuencias procesales.

exclusión de la pena para todos los intervinientes⁶⁵⁴. Por otra parte, así fue el sentido que le dio la Ley N.º 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 de que dicho partícipe presente solicitud alguna. Si bien podría considerarse inadmisibles 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 lo defraudado por el delito y no solo 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 presentarse 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 tendrá la posibilidad de evadirse de la pena mediante una regularización de la situación contable. Solamente si las irregularidades contables trajeron consigo 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. Esta interpretación no resulta, sin embargo, coherente con el sentido de lo que es una 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-

⁶⁵⁴ Así, expresamente el Acuerdo Plenario N.º 02-2009. 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*, pp. 122 y ss.

tributaria tendría que producir el mismo efecto exonerador que el pago de la deuda tributaria defraudada⁶⁵⁵, aun cuando esto no fluya expresamente del texto de la normativa tributaria.

El artículo 189 del CT señala que la improcedencia de la acción penal por la 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. Al respecto, el Acuerdo Plenario N.º 02-2009 hace la precisión de que la extensión de la impunidad solo podrá admitirse si es que estas irregularidades y falsedades instrumentales carecen de autonomía punitiva frente a los delitos tributarios. Esto supone una vinculación medial, por lo que solamente si se han cometido como medio para alcanzar la defraudación tributaria, les podrá alcanzar el efecto exonerador de la regularización tributaria.

Conforme al tenor de la ley, el efecto eximente de la regularización no alcanzará a delitos estructuralmente similares como los delitos aduaneros o a los 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 pudiese 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 aduaneros⁶⁵⁶. En nuestra opinión, tal identidad estructural existe entre el delito de defraudación tributaria y el delito de defraudación de rentas de aduanas, por lo que el pago íntegro de los tributos y derechos aduaneros dejados de pagar, debería desplegar el mismo efecto exonerador de respon-

655* Igualmente, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *La exención*, p. 81.

656 De similar opinión, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *La exención*, pp. 75 y ss.

sabilidad penal que tiene el pago del tributo interno respecto del delito de defraudación tributaria.

e. Requisitos

El artículo 189 del CT 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 pena⁶⁵⁷. 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 siquiera con un pago parcial de la deuda tributaria defraudada o una devolución parcial del beneficio tributario indebidamente recibido⁶⁵⁸. 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 regularizar⁶⁵⁹. 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 tributario⁶⁶⁰. Un tema por

657 Vid., URQUIZO OLAECHEA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 68 (febrero de 2015), p. 132. 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.

658 No obstante, el pago parcial podría dar lugar a la discusión de si es posible variar la calificación penal del delito, por ejemplo, si una defraudación tributaria agravada por el monto defraudado (más de 100 UITs) puede devenir en una defraudación tributaria simple. Sobre esta problemática y mostrando su opinión de que es posible la variación de la calificación a favor del reo, RODRÍGUEZ RAMOS, *LH-Serrano Gómez*, pp. 1034 y ss.

659 Aunque en el Acuerdo Plenario N.º 02-2009, se deja abierta la posibilidad de un pago del administrado sin previa determinación del órgano administrador del tributo, quien podrá exigir un monto mayor que deberá también satisfacerse.

660 Igualmente, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 502. En la normativa española, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *La exención*, pp. 119 y ss.

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 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 delito⁶⁶¹, 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 tributaria⁶⁶².

El beneficio de la regularización tributaria no puede ofrecerse de manera permanente, pues se le restaría vigencia efectiva a la prohibición penal⁶⁶³. En este sentido, el propio artículo 189 del CT establece que la regulación tributaria procede solamente hasta antes de que se inicie la correspondiente investigación dispuesta por el Ministerio Público o, a falta de esta, el órgano administrador del tributo inicie cualquier procedimiento de fiscalización relacionado al tributo y período en que se realizaron las conductas delictivas⁶⁶⁴. Por investigación no debe entenderse la formalización de una investigación preparatoria, sino que bastará con el inicio de una investigación preliminar⁶⁶⁵. En cuanto a la fiscalización tributaria, no es necesario que se

661 De otro parecer, KRATZSCH, en *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.), pp. 293 y ss. 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*.

662 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.

663 Vid., KUMMER, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 18, n.m.116.

664 En la Vigésima Disposición final del Código Tributario se admitió excepcionalmente hasta antes del 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 incurso en procesos penales por delito tributario, en los cuales no se hubiese formulado acusación por parte del fiscal superior.

665 Así, expresamente, el Acuerdo Plenario N.º 02-2009. Igualmente, CARO CORIA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 37 (julio de 2012), p. 19.

haga una acotación específica sobre el tributo defraudado, sino que basta que esté referido al periodo en el que el ilícito tributario penal se cometió⁶⁶⁶. Como puede verse, se sigue la idea de que la regularización tributaria ya no es posible si el autor conoce, o puede conocer, que su hecho ha sido descubierto o puede contar con ello⁶⁶⁷. 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 el momento hasta el cual es posible considerar a la regularización como espontánea.

La determinación del 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 delito⁶⁶⁸. 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 presentes⁶⁶⁹. 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 irrelevante⁶⁷⁰. De alguna manera, puede decirse que

666 Destaca este aspecto de la nueva redacción del artículo 189 del CT, CARO CORIA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 37 (julio de 2012), p. 20, en contra de lo que señalaba el Acuerdo Plenario N.º 02-2009 que seguía el parecer de SANTISTEVAN DE NORIEGA, *Actualidad Jurídica* 115 (junio 2003), p. 20. Pese al tenor actual, URQUIZO OLAECHEA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 68 (febrero de 2015), p. 133, sigue sosteniendo que el requerimiento de la Administración Tributaria debe ser específico, vinculado a un delito tributario concreto.

667 Vid., KRATZSCH, en *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.), p. 302.

668 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*, pp. 142 y ss.

669 Vid., HUNSMANN, *Das steuerstrafrechtliche Selbstanzeigeprivileg*, p. 31.

670 Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 502.

los intervinientes en el delito tributario cargan con el riesgo de que no se cumpla con los requisitos de la regularización tributaria⁶⁷¹. 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 pena⁶⁷².

f. Efectos

El artículo 189 del CT establece que la regularización tributaria hace improcedente el ejercicio de la acción penal por el delito tributario cometido. 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 inició incorrectamente un proceso penal, este 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 a otras falsedades instrumentales que se hubieran cometido exclusivamente en relación con la deuda tributaria objeto de regularización⁶⁷³. 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 tributaria⁶⁷⁴. Si el pago del íntegro de la deuda tributaria deja una 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 que se le podría imponer.

671 Vid., así, HUNSMANN, *Das steuerstrafrechtliche Selbstanzeigeprivileg*, p. 31.

672 Similarmente, KOPACEK, *Strafbefreiende Selbstanzeige*, p. 118.

673 Vid., en la regulación penal española, BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, *Delitos tributarios y previsionales*, p. 106; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *La exención*, pp. 129 y ss.

674 Vid., IGLESIAS RÍO, *La regularización*, pp. 180 y ss.

G. Cuestiones procesales

Con la dación de la Ley Penal Tributaria se establecieron algunas cuestiones procesales especiales para la persecución y procesamiento de los delitos tributarios. En cuanto al ejercicio de la acción penal, la redacción original de los artículos 7, 8 y 9 de la LPT calificaba a los delitos tributarios como perseguibles a instancia de parte agraviada, asignando tal calidad al órgano administrador del tributo⁶⁷⁵. 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 objeto de una discusión intensa. 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 N.º 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 del Exp. N.º 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.

Con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal se ha desvanecido 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 para el ejercicio de la acción penal. 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 tributo⁶⁷⁶. Este informe debe ser evacuado

675 Vid., SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, t. II, pp. 1321 y ss.; VEGA BILLÁN, *Actualidad Jurídica*, t. 114, mayo 2003, pp. 26 y ss.

676 Vid., REÁTEGUI SÁNCHEZ, en *Delitos tributarios y aduaneros*, pp. 60 y es. Cuestiona la exigencia del informe técnico por parte de la institución agraviada, SAMHAN SALGADO, *Ilícitos*

antes de que el fiscal decida si formaliza una investigación preparatoria o no y debe abordar la parte estrictamente tributaria del hecho que tendría incidencia penal. Dado que los delitos tributarios contienen remisiones a conceptos y normativas tributarias, el órgano administrador del tributo debe ocuparse de aclarar estos aspectos al Ministerio Público en relación con el hecho concretamente denunciado. Al ser un informe técnico sobre la parte tributaria, no debe pronunciarse sobre aspectos propios de la responsabilidad penal.

El que el órgano administrador del tributo no tenga más la titularidad del ejercicio de la acción penal, no implica negarle su carácter de parte en el proceso penal por un delito tributario, tal como se desprende del último párrafo del artículo 192 del CT. Por ello, el artículo 8 de la LPT dispone que si la Administración Tributaria, en el curso de sus actuaciones administrativas, considere que hay indicios de la comisión de un delito tributario, lo pondrá inmediatamente en conocimiento del Ministerio Público. Señala además que, una vez comunicado el hecho al Ministerio Público, el fiscal dispondrá las diligencias pertinentes en coordinación con la Administración Tributaria e incluso podrá ordenarle la realización de determinadas diligencias. El órgano administrador del tributo pasa de poseer la titularidad del ejercicio de la acción penal a convertirse en un órgano auxiliar del Ministerio Público.

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 variar el mandato de detención o la prisión preventiva. En primer lugar se le impone al juez el deber de establecer siempre una caución, 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 discute⁶⁷⁷. El Tribunal Constitucional parece inclinado a

tributarios, p. 408. 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*, pp. 15 y ss.).

677 Vid., al respecto, SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, t. II, pp. 1326 y ss.

considerarlas compatibles con la Constitución, tal como se desprende de la siguiente cita textual de la STC Exp. N.º 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 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 CT 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 tributario⁶⁷⁸, se establece que pueden tramitarse en forma paralela los procedimientos penal y administrativo⁶⁷⁹. Las distintas facultades previstas en esta norma requieren de una interpretación sistemática. Si se abre un proceso penal, la Administración Tributaria no podrá abrir un procedimiento administrativo sancionador por el mismo hecho⁶⁸⁰, 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, respetando siempre 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. Sin embargo, deberá emitir las resoluciones de determinación, las resoluciones de multa, y las 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 de la disposición de formalización de la investigación preparatoria o el Auto de Apertura de instrucción a la Administración Tributaria. La determinación hecha por la Administración Tributaria no es, sin embargo,

678 Crítico ante las cláusulas de discrecionalidad a favor de la Administración Tributaria, FLORES POLO, *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 31 (diciembre 1996), pp. 38 y ss.

679 Vid., SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 1315.

680 Vid., REAÑO PESCHIERA, *Ius et veritas* 26, p. 294.

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. Si la SUNAT no cumple con hacer tal determinación, la regulación tributaria establece que el fiscal o el juez podrán disponer la suspensión del proceso penal. A nuestro entender, esta suspensión del proceso penal no debería de darse por ser inconstitucional, ya que coloca a la jurisdicción penal a expensas de la actuación administrativa⁶⁸¹.

Una última cuestión procesal que debe destacarse es la establecida en el artículo 194 del CT, en el que se establece que los informes técnicos o contables emitidos por los funcionarios de la SUNAT que realizaron la investigación administrativa del presunto delito tributario, tendrán, para todo efecto legal, el valor de pericia institucional. Lo que, de inicio, debe quedar claro es que estos informes no deben confundirse con los que el órgano administrador de tributo emite como condición previa para el ejercicio de la acción penal. Como ya se explicó, estos informes técnicos solamente se ocupan de precisar los aspectos jurídico-tributarios relevantes para el caso concretamente investigado. Por el contrario, el artículo 194 del CT hace alusión a aquellos informes que emiten los funcionarios de SUNAT en el marco de una investigación por la falta de pago de tributos, por lo que forman parte de la investigación administrativa de la autoridad tributaria. Hasta antes de la reforma de julio de 2012 llevada a cabo por el Dec. Leg. N.º 1123, a estos informes se les asignaba el valor de un informe de peritos de parte, lo que dio pie a que el Tribunal Constitucional alegara que el informe elaborado por la SUNAT era un documento de parte, por lo que dejar de lado una pericia contable hecha por peritos oficiales implicaba inclinar la balanza indebidamente a favor de una de las partes (STC, Exp. N.º 02569-2011 PHC/TC). La actual redacción del artículo 194 del CT cambia el valor de estos informes y les asigna el carácter de una pericia institucional, por lo que les será aplicable lo dispuesto en el Acuerdo Plenario N.º 02-2007.

681 Destaca su carácter inconstitucional, SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 1317.

H. 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. Bajo esta lógica, se expidió el Decreto Legislativo N.º 815 que otorga los beneficios de exclusión de pena a los partícipes y de reducción de pena a los autores hasta en sus dos terceras partes. Si bien esta dispositivo legal no ha sido expresamente derogado, debe tenerse en cuenta que el nuevo Código Procesal Penal regula el proceso de colaboración eficaz que incluye expresamente dentro de su ámbito de aplicación a los delitos tributarios (artículo 473.1 literal c). Y en la medida que por la Tercera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N.º 30077 esta regulación de la colaboración eficaz rige a nivel nacional, puede concluirse que, en la actualidad, el Decreto Legislativo N.º 815 se encuentra tácitamente derogado. La colaboración eficaz en los delitos tributarios debe, por lo tanto, someterse a las reglas generales establecidas en el Código Procesal Penal.

2. Los delitos tributarios de 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 tributaria⁶⁸². 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 cuya producción o comercio se encuentran gravados con determinados tributos⁶⁸³. El bien jurídico penalmente protegido en estos delitos no resulta distinto que el protegido en los delitos de defraudación tributaria⁶⁸⁴, estando su particularidad solamente en la mo-

682 Vid., GARCÍA RADA, *El delito tributario*, p. 201 y ss.

683 Vid., GARCÍA RADA, *El delito tributario*, p. 202.

684 Igualmente, PEÑA CABRERA, *Tratado*, t. IV, p. 377.

alidad 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 CP 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 años, así como el decomiso de los bienes relacionados con el delito, cuando ello proceda conforme a las reglas generales. 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 una infracción administrativa⁶⁸⁵. 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 CP⁶⁸⁶.

Dentro del delito de elaboración clandestina de productos se diferencian tres conductas distintas, cada una capaz de realizar, por sí misma, el tipo penal. Se trata, por lo tanto, de un tipo penal mixto. Lo que debe dilucidarse es si la relación entre las conductas típicas es de carácter alternativo o acumulativo. Dado que los distintos verbos rectores se presentan como una progresión de conductas orientadas a la lesión del mismo bien jurídico, lo que corresponde es sostener una relación acumulativa, por lo que la realización de más de una de ellas debe llevar a tratarlas como un concurso de delitos. Esta situación no excluye que pueda presentarse una situación de inexigibilidad que excluya la pena por alguno de los delitos cometidos.

685 Así, por ejemplo, PEÑA CABRERA, *Tratado*, t. IV, p. 376.

686 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*, pp. 116 y ss.

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 realización del delito. Así, por ejemplo, la aplicación de la regla general del artículo 12 del CP debe llevar a la conclusión de que las conductas previstas en el tipo penal solo podrán sustentar una imputación penal si son realizadas dolosamente⁶⁸⁷. En cuanto a la consumación, el delito no requiere la obtención de beneficio por parte de los autores o de terceros⁶⁸⁸ y ni tan siquiera la frustración de la recaudación tributaria. Si bien las conductas abarcadas por el artículo 271 del CP 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 CP 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 tributo⁶⁸⁹. 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. Por otro lado, es necesario que las mercancías grava-

687 Vid., PEÑA CABRERA, *Tratado*, t. IV, p. 380.

688 Vid., así, GARCÍA RADA, *El delito tributario*, p. 205.

689 Vid., PEÑA CABRERA, *Tratado*, t. IV, p. 378.

das 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 la 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 producción⁶⁹⁰. 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 a lo largo del tiempo de la conducta trae consigo un simple aumento cuantitativo del daño, pero no otros delitos⁶⁹¹. En la medida que la conducta de elaboración de productos constituye un aumento homogéneo (más productos), el desarrollo sostenido de la conducta no configurará varias veces el mismo tipo penal, sino que formará parte del resultado global del hecho⁶⁹². Se trata, por

690 De otro parecer, sin embargo, SAMHAN SALGADO, *Ilícitos tributarios*, p. 403.

691 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.

692 Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 32, n.m. 17.

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 en caso que el productor cuente con todos los requisitos exigidos para la obtención de la autorización, pero esta aún no se le ha extendido. 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 penal⁶⁹³. 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 penal⁶⁹⁴. 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 Administración⁶⁹⁵. 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 CP castiga a quien habiendo cumplido los requisitos establecidos para la elaboración de mercancías gravadas, las elabora con maquinarias, equipos o instalaciones ignoradas por la autoridad o modificadas sin conocimiento de esta. 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

693 En el mismo sentido, RUDOLPHI, *NStZ* 1984, p. 197; TIEDEMANN/KINDHÄUSER, *NStZ* 1988, p. 343; EL MISMO, *Lecciones*, p. 186; FRISCH, *Verwaltungsakzessorietät*, pp. 54 y ss.; ROXIN, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 51; MALITZ, *Zur behördlichen Duldung*, pp. 100 y ss. De un parecer distinto con base en el bien jurídico protegido, TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, p. 37.

694 Vid., en este sentido, TIEDEMANN, *Einführung*, pp. 103 y ss.

695 Apoyados en diversos criterios, RUDOLPHI, *NStZ* 1984, p. 198; WINKELBAUER, *Zur Verwaltungsakzessorietät*, p. 65; LENCKNER, *FS-Pfeiffer*, pp. 39 y ss.; ROXIN, *Strafrecht*, AT § 17, n.m. 51; TIEDEMANN, en *Temas*, p. 149. Muy restrictivo frente a esto, RENGIER, *ZStW* 101 (1989), pp. 902 y ss. Rechaza esta posibilidad, HUNDT, *Die Wirkungsweise*, pp. 119 y ss.

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 ignorados por la autoridad correspondiente. Por el otro, esta elaboración puede tener lugar mediante la utilización de maquinarias, equipos o instalaciones que son de conocimiento de la autoridad, pero habiéndolas modificado sin hacer la comunicación correspondiente. 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, trae consigo el riesgo de impedir 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 CP 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 en sus dos primeros incisos. 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 que la Administración Tributaria pueda 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 CP. El tipo penal contempla cinco 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; 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 cinco formas de realización del delito se circunscriben a acto de comercio sobre productos que se encuentran gravados con algún tributo pues hay que tener 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 con 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 solo cabría cuestionar su proceder desde el punto de vista del mandato de certeza o determinación, sino que se corre además el riesgo de provocar una interpretación sobrecriminalizadora del tipo penal que lleve a sancionar

penalmente simples incumplimientos administrativos⁶⁹⁶. 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 recaudación tributaria del Estado. A partir de estas consideraciones, resulta plenamente razonable que el comercio clandestino de productos se limite a castigar la actividad informal de comercialización de productos cuya venta o transferencia se encuentre gravada con algún tributo⁶⁹⁷.

La interpretación del tipo penal de comercio clandestino requiere finalmente 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 necesariamente a aspectos indispensables para la determinación de los tributos que recaen sobre la comercialización de los bienes. Esta restricción interpretativa resul-

696 Así, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 413, califica a estos delitos como “mera infracción formal de intereses de la Administración”.

697 Vid., SAMHAN SALGADO, *Ilícitos tributarios*, p. 402.

ta plenamente razonable, pues evita caer en un delito de mera desobediencia y, por otra parte, dota al injusto penal de un contenido estrictamente 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 CP castiga a quien emplee, expendo 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 mercancías o productos, 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, expendarlos o hacerlos circular sin los timbres o precintos que acrediten el pago de los tributos que los gravan, siendo obligación de los comerciantes hacer que lleven estos mecanismos de control fiscal. Por timbre se entiende el sello del Estado que indica 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 alterado⁶⁹⁸. En estos casos, la prohibición penal no se sustenta

⁶⁹⁸ Sobre estos conceptos, vid., GARCÍA RADA, *El delito tributario*, pp. 207 y ss.; PEÑA CABRERA, *Tratado*, t. IV, pp. 382 y ss.; SAMHAN SALGADO, *Ilícitos tributarios*, p. 402.

directamente en la defraudación de los ingresos fiscales, sino en la perturbación del mecanismo de control del 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.

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 CP. Este supuesto típico 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 puedan 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 tri-

butaria 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, lo que debe ser abarcado por el dolo del autor para responder penalmente por el delito. La lesividad de este comportamiento está en que la decisión del Estado de no recaudar los tributos por ciertos hechos tributariamente relevantes se sustenta en la obtención de otros fines igualmente valiosos, por lo que si dichos fines no se procuran, la exoneración perdería sentido. 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 pagar⁶⁹⁹, recuperando de esta manera la absoluta disponibilidad de las mercancías.

d. Evasión del control fiscal

A través de la Ley N.º 30077 del 20 de agosto de 2013 se incorporó en el artículo 272 del CP el inciso 4 para sancionar como una modalidad del delito tributario de comercio clandestino la evasión del control fiscal. Concretamente, este nuevo inciso castiga al que evade el control fiscal en la comercialización, transporte o traslado de bienes sujetos a control y fiscalización dispuestos por normas especiales. Del tenor literal queda claro que no se castiga la conducta de evadir los actos de control del cumplimiento de las obligaciones tributarias que se enmarcan en la facultad de fiscalización de la Administración Tributaria (artículo 62 del CT), sino solamente la que tiene lugar respecto de controles específicos a determinados bienes que se disponen por normas tributarias especiales. Esta particularidad del tipo penal lo convierte en una ley penal en blanco que requiere que una ley tributaria

⁶⁹⁹ Vid., así, GARCÍA RADA, *El delito tributario*, p. 210.

especial establezca un mecanismo de control específico para la comercialización, transporte o traslado de bienes.

La conducta se consuma con la acción de evadir el control fiscal, lo que supone haber conseguido que no se lleve a cabo el control dispuesto por una ley tributaria especial sobre determinados bienes. Si el autor realiza una conducta evasiva que no tiene éxito, entonces solamente se le podrá castigar por una tentativa del delito. El que el tipo penal se circunscriba a la comercialización, transporte o traslado de los bienes, impide que se le pueda aplicar a conductas evasivas del control fiscal en otros ámbitos de actuación. Por comercializar se entiende toda transferencia de un bien a título oneroso, mientras que el transporte y el traslado tienen en común el desplazar un bien de un lugar a otro, con la diferencia de que el transporte implica un desplazamiento de mayor distancia que el simple traslado.

e. Utilización de rutas informales

La Ley N.º 30077 incluyó también el inciso 5 en el artículo 272 del CP, mediante el cual tipificó como delito la utilización de rutas distintas a las establecidas por la autoridad tributaria para transportar o trasladar bienes, insumos o productos sometidos a control y fiscalización. Esta modalidad del delito de comercio clandestino de productos supone la existencia de una ruta fiscal con puestos de control obligatorios dispuestos por la Administración Tributaria para el control de la documentación del traslado de bienes sometidos a control fiscal. Es necesario, por lo tanto, que reglamentariamente se haya dispuesto una ruta fiscal para el transporte o traslado de determinados bienes, insumos o productos.

La conducta típica consiste en usar una ruta distinta a la establecida como ruta fiscal. Dado que esta determinación se hace por vía reglamentaria, habrá que recurrir a esta normativa tributaria para poder definir el comportamiento penalmente relevante. Dado que el elemento típico de "ruta fiscal" es indeterminado, el dolo del autor debe conocer la normativa tributaria que fija la ruta fiscal para determinado bien. Aunque el control por medio de las rutas fiscales se haga con fines esencialmente tributarios, ello no impide que a la autoridad tributaria se le pueda asignar el control de bienes por otras razones, como sucede con el caso de los insumos utilizados

por la minería ilegal (Resolución de Intendencia N.º 162-2012/SUNAT). Lo decisivo para la configuración del tipo penal bajo comentario es que se haya fijado una ruta fiscal para el control de determinados bienes por parte de la Administración Tributaria.

f. Agravantes

En la última parte del artículo 272 del CP se contemplan tres circunstancias agravantes para las modalidades de realización del delito de comercio clandestino previstas en los incisos 3, 4 y 5, y una circunstancia agravante aplicable a los incisos 4 y 5. La penalidad se incrementa en ambos casos tanto en la pena privativa de libertad como en la pena de multa. En cuanto a la primera, la pena pasa a ser 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 de los incisos 3, 4 y 5 del artículo 272 del CP 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 la 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 para combustibles 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. Esta solución, sin embargo, 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 deberá aplicarse solamente al caso de uso de un documento privado, mientras que en el caso de un documento público, deberá 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 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 no solo en la mayor eficacia de un trabajo delictivo organizado, sino fundamentalmente en la permanencia de la organización, lo que significa la realización futura de nuevos delitos. Para que se pueda configurar esta agravante es necesario que exista una organización que reúna los requisitos generales de una organización delictiva: pluralidad de personas, reparto de roles y vocación de permanencia. La existencia de esta agravante trae consigo la absorción 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.

El supuesto de agravación de los incisos 4 y 5 del artículo 272 del CP es el siguiente:

- *Si la conducta se realiza en dos o más oportunidades dentro de un plazo de diez años.* Esta circunstancia de agravación se sustenta en la reiterancia delictiva, la que no debe confundirse con la agravante genérica de la reincidencia, pues la agravante aquí analizada no exige que el autor haya cumplido parte de la pena por el primer delito. Mayor correspondencia existe, por lo tanto, con la figura de la habitualidad, aunque con una pluralidad menor (dos delitos) y en un lapso mayor (diez años). Esta agravante no se podrá aplicar a los casos de conductas realizadas continuadamente que se tienen como un solo delito continuado, sino solamente a aquellas conductas que son realizadas de manera independiente entre sí.

Capítulo II

LOS DELITOS ADUANEROS

I. Introducción

El Estado regula las condiciones para el ingreso, salida o tránsito de personas o bienes en el territorio nacional. Las razones por las que lleva a cabo esta regulación son de diverso orden. 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, el tráfico de mano de obra ilegal). En el caso de los bienes, 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 referidas al tráfico internacional de personas y bienes, el Estado establece diversos 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 los animales y plantas sobre el Servicio Nacional de Sanidad Agraria (SENASA) y el comercio exterior de las mercancías sobre la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria (concretamente la Superintendencia Nacional Adjunta de Aduanas). El reparto de todos estos controles se toma con base en criterios de especialidad y organización administrativa, lo que no impide ciertamente la realización de operaciones conjuntas con la finalidad de optimizar recursos y esfuerzos. Dado que el control no puede ejercerse de cualquier forma, existen diversos

dispositivos legales que se encargan de precisar la manera cómo debe ser llevado a cabo por las distintas autoridades competentes.

Un sector específico de control del tráfico internacional es el aduanero, el cual tiene lugar en el marco de la relación jurídica aduanera regulada por la Ley General de Aduanas (LGAd)⁷⁰⁰. Pese a que el control aduanero cuenta con diversos mecanismos administrativos de aseguramiento y sanción, en casos especialmente graves, se hace necesario recurrir a una respuesta de carácter penal⁷⁰¹. Esta necesidad da lugar a los llamados delitos aduaneros, los que sancionan las infracciones más intolerables a la regulación del comercio exterior de mercancías. Los delitos aduaneros deben ser diferenciados, sin embargo, de otros ilícitos penales cometidos contra el control o la prohibición de entrada, salida o paso de personas u objetos a los que el control aduanero no está dirigido⁷⁰². Así, por ejemplo, las infracciones a las prohibiciones penales sobre el tráfico ilegal de personas o de objetos ilícitos como las drogas o el dinero falso, constituyen delitos autónomos sin una incidencia penal 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 aduaneros están obligados a denunciar estos hechos a los órganos de persecución penal y poner a disposición los objetos ilícitos encontrados, pero debe quedar claro que, en estricto, no puede afirmarse la realización de un delito aduanero.

II. La legislación aduanera

Tal como lo establece su artículo 1, la Ley General de Aduanas se ocupa de regular la relación jurídica que se establece entre la Administración Aduanera y las personas naturales o jurídicas que intervienen en el ingreso, permanencia, traslado y salida de mercancías hacia y desde el territorio aduanero. Los sujetos de esta relación jurídica son la Administración

700 Como lo señalan RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, *Delitos aduaneros*, p. 13, la función aduanera es esencialmente una actividad de control sobre la circulación de mercancías entre dos países.

701 Vid., RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, *Delitos aduaneros*, p. 24.

702 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*, pp. 103 y ss.

Aduanera, por un lado, y los operadores de comercio exterior, por el otro. A cada una de ellos le corresponde diversas potestades, facultades y obligaciones según el régimen aduanero al que se someten las mercancías que ingresan o salen del territorio aduanero. Sin pretender hacer un estudio detenido sobre la regulación aduanera, lo que se llevará a cabo en el presente apartado es una sucinta exposición sobre los rasgos esenciales de la relación jurídica aduanera, los sujetos, los regímenes aduaneros y la obligación tributaria aduanera, pues se trata de aspectos legales de necesaria comprensión para la interpretación de los tipos penales que regulan los delitos aduaneros.

La Administración Aduanera se encarga de la administración, recaudación, control y fiscalización aduanera del tráfico internacional de mercancías dentro del territorio aduanero. Estas funciones se extienden a las personas y medios de transportes, pero solo en la medida que puedan llevar consigo mercancías, por lo que se habla aquí, más exactamente, de un control mediato⁷⁰³. A la actividad desplegada por la Autoridad Aduanera en este contexto se le califica de servicios aduaneros, cuyos objetivos esenciales son facilitar el comercio exterior, contribuir al desarrollo nacional y velar por el control aduanero y el interés fiscal. Para la prestación de los servicios aduaneros, la Autoridad Aduanera puede delegar ciertas funciones a agentes económicos del sector privado, siempre que se haga bajo su permanente supervisión.

Un punto central en el desarrollo de los servicios aduaneros es la llamada potestad aduanera, la que está compuesta por el conjunto de facultades y atribuciones asignadas a la Administración Aduanera para controlar el ingreso, permanencia, traslado y salida de personas, mercancías y medios de transporte, dentro del territorio aduanero, así como para aplicar y hacer cumplir las disposiciones legales y reglamentarias que regulan el ordenamiento jurídico aduanero (artículo 164 de la LGAd)⁷⁰⁴. Con el ejercicio de la potestad aduanera se controla la observancia de las prohibiciones y res-

703 En este sentido, COSÍO JARA, *Comentarios a la Ley General de Aduanas*, pp. 63 y ss.; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, *Delitos aduaneros*, p. 20.

704 COSÍO JARA, *Comentarios a la Ley General de Aduanas*, p. 708, hace la indicación de que la potestad aduanera engloba tres facultades: normativas (elaboración de procedimientos, normativas y directivas), técnico-operativas (en el control, fiscalización y facilitación de las operaciones aduaneras) y jurisdiccionales (reclamaciones y demás recursos aduaneros).

tricciones para el tráfico internacional de mercancías, así como se garantiza también la recaudación de los derechos y gravámenes arancelarios⁷⁰⁵.

Como se ha dicho, la Administración Aduanera realiza sus prestaciones aduaneras en relación con el ingreso o la salida de bienes del territorio aduanero. Por tal se entiende la parte del territorio nacional –incluido el espacio acuático y aéreo–, dentro del cual es aplicable la legislación aduanera⁷⁰⁶. Sus fronteras coinciden con las del territorio nacional y se divide en circunscripciones territoriales de zona primaria y zona secundaria según la jurisdicción de cada Administración Aduanera⁷⁰⁷. La zona primaria es la parte del territorio aduanero que comprende los puertos, aeropuertos, terminales terrestres, centros de atención en frontera para las operaciones de desembarque, embarque, movilización o despacho de las mercancías y las oficinas, locales o dependencias destinadas al servicio directo de una aduana. Adicionalmente, puede comprender recintos aduaneros, espacios acuáticos o terrestres, predios o caminos habilitados o autorizados para las operaciones arriba mencionadas, incluyendo los almacenes y depósitos de mercancía que cumplan con los requisitos establecidos en la normatividad vigente y hayan sido autorizados por la Administración Aduanera. La zona secundaria es definida por exclusión como la parte del territorio aduanero que no está comprendida como zona primaria o que se haya constituido como zona franca (por tal, se entiende aquella parte del territorio nacional, debidamente delimitada, en la que las mercancías en ella introducidas se consideran como si no estuviesen dentro del territorio aduanero, para la aplicación de los derechos arancelarios, impuestos a la importación para el consumo y recargos a que hubiere lugar).

La otra parte de la relación jurídica aduanera son los operadores de comercio exterior. Dentro de los mismos se encuentran los despachadores de aduana, los transportistas o sus representantes, los agentes de carga internacional, los almacenes aduaneros, las empresas del servicio postal, las

705 Igualmente sobre las labores de control aduanero, WÄMERS, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 20, n.m. 23.

706 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.

707 Destacan el sentido netamente administrativo de esta distinción del territorio nacional, RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, *Delitos aduaneros*, p. 46.

empresas de servicio de entrega rápida, los almacenes libres (Duty Free), los beneficiarios de material de uso aeronáutico, los dueños, consignatarios y, en general, cualquier persona natural o jurídica interviniente o beneficiaria, por sí o por otro, en los regímenes aduaneros legalmente previstos.

Las obligaciones más importantes de los operadores de comercio exterior son: mantener y cumplir los requisitos y condiciones vigentes para operar; conservar la documentación y los registros que establezca la Administración Aduanera durante cinco años; comunicar a la Administración Aduanera la revocación del representante legal registrado ante la Administración Aduanera y la conclusión de la vinculación contractual del auxiliar registrado ante la Administración Aduanera en el plazo de cinco días; cautelar la integridad de las medidas de seguridad colocadas o verificadas por la autoridad aduanera; facilitar a la autoridad aduanera las labores de reconocimiento, inspección o fiscalización, debiendo prestar los elementos logísticos necesarios para esos fines; proporcionar, exhibir o entregar la información o documentación requerida dentro del plazo establecido legalmente u otorgado por la autoridad aduanera; comparecer ante la autoridad aduanera cuando sean requeridos; llevar los libros, registros y/o documentos aduaneros exigidos cumpliendo con las formalidades establecidas; permitir el acceso a sus sistemas de control y seguimiento para las acciones de control aduanero, de acuerdo a lo que establezca la Administración Aduanera; someter las mercancías a control no intrusivo a su ingreso, traslado o salida del territorio nacional; entre otras más que se puedan establecer reglamentariamente.

La relación jurídica aduanera surge con el ingreso o salida de mercancías en el territorio aduanero. Este ingreso o salida de mercancías no puede hacerse por cualquier lugar del territorio, pues existen lugares específicamente habilitados para dichos fines: puertos, aeropuertos, vías y terminales terrestres y puestos de control fronterizo en los cuales la autoridad aduanera ejerce su potestad. El establecimiento de estos lugares de entrada o salida permiten evidentemente un mejor control sobre el tráfico internacional de las mercancías. En el caso de los transportistas, estos están obligados a dirigirse directamente a la Administración Aduanera 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 transporte deberán hacerlo por los lugares habilitados y presentarlas ante la autoridad aduanera del lugar de ingreso o de salida de acuerdo a lo seña-

lado en el Reglamento. 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 por parte de los transportistas 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 las mercancías. Para la recepción de mercancías es necesario que el transportista presente, entre otros documentos, el llamado manifiesto de carga, esto es, el documento que contiene la información respecto del medio o unidad de transporte, número de bultos, peso e identificación de la mercancía que comprende la carga, incluida la mercancía a granel. 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 los locales destinados a la custodia temporal de las mercancías, cuya administración puede estar a cargo de la autoridad aduanera, de otras dependencias públicas o de personas naturales o jurídicas, entendiéndose como tales a los depósitos temporales y depósitos aduaneros. La Administración Aduanera se encarga de hacer el reconocimiento, inspección y fiscalización de las mercancías en los almacenes aduaneros.

Las mercancías que se encuentran bajo la potestad aduanera deben ser sometidas a un régimen aduanero. A todo el conjunto de formalidades necesarias para que las mercancías sean sometidas a un régimen aduanero se le conoce como despacho aduanero, el cual admite hasta tres modalidades: anticipado, urgente y excepcional. Los despachadores de aduana (esto es, los dueños, consignatarios o consignantes; los despachadores oficiales; o los agentes de aduanas) deben manifestar ante la aduana cuál es el régimen aduanero aplicable a las mercancías que pretenden ser ingresadas o retiradas del país. A esta manifestación de voluntad se le llama destinación aduanera, la cual debe hacerse dentro del plazo de quince días calendario antes de la llegada del medio de transporte y, excepcionalmente, hasta treinta días calendario posteriores a la fecha del término de la descarga. La destinación aduanera se solicita mediante declaración aduanera presentada o transmi-

da a través de medios electrónicos y es aceptada con la numeración que se le hace a tal declaración. La Administración Aduanera determinará cuándo se presentará por escrito.

Conforme a la Ley General de Aduanas, los regímenes aduaneros pueden ser los siguientes: a) De importación (importación para el consumo, reimportación en el mismo estado y admisión temporal para reexportación en el mismo estado), b) De exportación (exportación definitiva y exportación temporal para reimportación en el mismo estado), c) De perfeccionamiento (admisión temporal para perfeccionamiento activo, exportación temporal para perfeccionamiento pasivo, *drawback* y reposición de mercancías con franquicia arancelaria), d) De depósito (depósito aduanero), e) De tránsito (tránsito aduanero, transbordo y reembarque) y otros regímenes aduaneros o de excepción (tráfico fronterizo, tráfico del servicio postal, envíos del servicio de entrega rápida, vehículos de turismo, *duty free*, mercancías para el consumo de los tripulantes de los medios de transporte, material para uso aeronáutico, muestrario para exposiciones o ferias internacionales, equipaje y menaje de casa, entre otros).

En el marco del procedimiento aduanero para la entrada de mercancías en el territorio aduanero, la Administración Aduanera cumple también la labor de determinar, verificar y fiscalizar la obligación tributaria aduanera. El sujeto activo de la obligación tributaria aduanera es el Gobierno Central, mientras que los sujetos pasivos son los contribuyentes (el dueño o consignatario) y los responsables⁷⁰⁸. La obligación principal consiste en el pago de los tributos aduaneros, por lo que debe determinarse el monto a pagar (*quantum debeatur*)⁷⁰⁹. La determinación de la obligación tributaria se hace a partir de la declaración de mercancías aceptada por la Administración Aduanera, a la que se le asigna el carácter de una declaración jurada. Quien la lleva a cabo puede ser la Administración Aduanera o el contribuyente o responsable.

La deuda tributaria aduanera está constituida por los derechos arancelarios y demás tributos, y, cuando corresponda, por las multas y los intereses. La base imponible para la aplicación de los derechos arancelarios (derecho

708 Similarmente, SAMHAN SALGADO, *Ilícitos tributarios*, pp. 442 y ss.

709 Vid., ROSAS BUENDÍA, *Revista Peruana de Derecho Tributario*, 10 (2008), p. 6.

ad valorem CIF y el derecho variable adicional se determina con base en el sistema de valoración vigente al momento del nacimiento de la obligación tributaria aduanera. La tasa de los derechos arancelarios se aplicará de acuerdo con el Arancel de Aduanas y demás normas pertinentes. La base imponible y las tasas de los demás impuestos (impuesto selectivo al consumo, impuesto general a las ventas e impuesto de promoción municipal) se aplicarán conforme a las normas propias de cada uno de ellos.

El nacimiento y la exigibilidad de la obligación tributaria aduanera dependen del régimen y el despacho aduanero del que se trate.

a) En la importación para el consumo, la obligación tributaria aduanera nace en la fecha de numeración de la declaración. En cuanto a la exigibilidad de la obligación tributaria aduanera, los escenarios posibles son dos. Si se trata de un despacho anticipado, la obligación es exigible a partir del día calendario siguiente de la fecha del término de la descarga. En el caso de un despacho excepcional, la exigibilidad de la obligación es a partir del día calendario siguiente a la fecha de la numeración de la declaración. De estar garantizada la deuda aduanera conforme a lo dispuesto por la Ley General de Aduanas, el momento de la exigibilidad varía. Si se trata de un despacho anticipado es a partir del vigésimo primer día calendario del mes siguiente a la fecha del término de la descarga, mientras que si se trata de un despacho excepcional a partir del vigésimo primer día calendario del mes siguiente a la fecha de numeración de la declaración.

b) En el traslado de mercancías de zonas de tributación especial a zonas de tributación común, la obligación tributaria aduanera nace en la fecha de presentación de la solicitud de traslado. Su exigibilidad tiene lugar a partir del cuarto día siguiente de notificada la liquidación por la autoridad aduanera.

c) En la transferencia de mercancías importadas con exoneración o inafectación tributaria, la obligación tributaria aduanera nace en la fecha de presentación de la solicitud de transferencia⁷¹⁰. Esta obligación será exigible

⁷¹⁰ Esta regla no se aplica, sin embargo, a la transferencia que se efectúa a título gratuito a favor de los gobiernos locales, los gobiernos regionales y las entidades del gobierno nacional, siempre y cuando se cumpla con los requisitos y procedimientos previstos en el inciso k) del artículo 2 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, aprobado por Decreto Supremo 055-99-EF

a partir del cuarto día siguiente de notificada la liquidación por la autoridad aduanera.

d) En la admisión temporal para reexportación en el mismo estado y admisión temporal para perfeccionamiento activo, la obligación tributaria aduanera nace en la fecha de numeración de la declaración con la que se solicitó el régimen. Será exigible a partir del día siguiente del vencimiento del plazo autorizado por la autoridad aduanera para la conclusión del régimen.

III. La ley de los delitos aduaneros

En la doctrina penal se discute si las conductas que afectan la función aduanera deben ser, bajo determinadas condiciones, sancionadas penalmente o si, por el contrario, basta con atribuirles la calidad de infracciones administrativas⁷¹¹. Los que niegan la necesidad de acudir al Derecho penal se amparan fundamentalmente en el carácter cambiante de la normativa aduanera, lo que dificulta en gran medida contar con una base segura para afirmar el conocimiento de carácter antijurídico del hecho que toda imputación penal precisa. La opinión mayoritaria es proclive, por el contrario, a admitir la tipificación penal en el sector aduanero, al menos para las conductas que revistan especial gravedad. Pese a que trata de un ámbito social con una política de gestión muy variante, nadie duda sobre el carácter esencial que tiene la observancia de las condiciones para el tráfico internacional de mercancías, lo que justifica que deba contarse con una protección penal, aunque limitada ciertamente por el principio de fragmentariedad.

El legislador penal nacional se ha decantado desde hace buen tiempo por la necesidad de una respuesta penal en el sector aduanero. Existe una larga tradición legislativa en cuanto a la represión penal del contrabando y una, un tanto más reciente, para el caso de la defraudación de rentas de aduanas⁷¹². Lo que siempre caracterizó a estos delitos, fue su regulación en leyes especiales al margen del Código Penal. Sin embargo, la situación cambió con la dación del Código Penal de 1991, pues los delitos referidos a la actividad aduanera pasaron a ser regulados como parte de los delitos tribu-

711 Vid., con detalle esta discusión de *lege ferenda*, RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, *Delitos aduaneros*, pp. 23 y ss.

712 Vid., con referencias específicas, COYA PONCE, *Los delitos aduaneros*, pp. 19 y ss.

tarios en el Título XI de la Parte Especial del texto punitivo⁷¹³. Esta decisión legislativa puso de manifiesto dos ideas centrales: que los delitos aduaneros eran una clase de delitos tributarios y que debían ser regulados en el Código Penal.

El escenario legislativo establecido por el Código Penal de 1991 duró poco tiempo. Por medio de la Ley N.º 26461 del 8 de junio de 1995, los delitos aduaneros se agruparon nuevamente en una ley penal especial, derogándose los que se encontraban en el Código Penal. Con esta decisión legislativa no solo se le otorgó a los delitos aduaneros una autonomía regulativa frente a los otros delitos tributarios, sino que se optó también por una tipificación en el marco de una ley penal especial. Si bien la Ley N.º 26461 fue derogada luego por la Ley N.º 28008 del 19 de agosto de 2003, la que, a su vez, ha sido reformada en varios puntos por el Decreto Legislativo N.º 1111, debe destacarse que la regulación penal actual mantiene los principios regulatorios de su predecesora y, en este sentido, lo único que se ha hecho es tratar de perfeccionarla para una lucha más eficaz contra la delincuencia aduanera.

1. Bien jurídico penalmente protegido

Los delitos aduaneros sancionan conductas que se cometen en el marco del ejercicio de la función aduanera. Esta contextualización ha llevado a que un sector de la doctrina penal sostenga que el bien jurídico penalmente protegido por estos delitos es la función aduanera⁷¹⁴. A esta posición cabe hacerle el cuestionamiento de terminar identificando la función del Derecho penal con la que procura cumplir la normativa aduanera. Y aunque los delitos aduaneros apunten a reforzar la función estatal del control aduanero, el Derecho penal cumple su cometido con criterios funcionales propios, por lo que no puede sostenerse que su fin de protección sea lo que la normativa aduanera procura garantizar y asegurar. Si se siguiese esta línea de interpretación, los delitos aduaneros terminarían siendo no más que una especie

713 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. Críticamente frente a la asimilación de los delitos aduaneros a los delitos tributarios, RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, *Delitos aduaneros*, pp. 28 y ss.

714 Vid., sobre esta posición doctrinal con sus diferentes variantes, RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, *Delitos aduaneros*, pp. 73 y ss.

de Derecho administrativo sancionador intensificado⁷¹⁵. Para evitar caer en esta situación, una parte importante de la doctrina penal emprende la labor de ubicar, dentro de la función aduanera, aquello que fundamenta el merecimiento de la tutela penal.

Algunos consideran que los delitos aduaneros solamente anticipan la tutela penal de intereses mercedores de protección penal como la renta fiscal, la salud, la seguridad, entre otros⁷¹⁶. Tal posición no parece correcta si se tiene en cuenta, por ejemplo, que delitos aduaneros como la defraudación de rentas de aduanas o la receptación no están configurados como delitos de peligro que anticipan la tutela penal. Por ello, mayor consideración merecen los planteamientos que intentan descubrir un fundamento penal propio en la protección del control aduanero. En esta línea, destaca primeramente el parecer doctrinal que sostiene que el bien jurídico penalmente protegido es el patrimonio estatal, entendido como la actividad financiera de obtención de ingresos para cubrir el gasto público⁷¹⁷. Pese a que es innegable que el control aduanero procura asegurar el pago de los derechos aduaneros correspondientes, también es verdad que la autoridad aduanera controla que se cumplan otras condiciones para el comercio internacional de mercancías. Tratando precisamente de abarcar estos otros fines del control aduanero, otra posición doctrinal considera que la protección penal está referida al orden económico dispuesto por el Estado en el ámbito específico del tráfico internacional de mercancías⁷¹⁸. Lo dudoso de este planteamiento es que difícilmente la recaudación de los tributos aduaneros se puede ordenar bajo la idea de orden económico.

Lo anterior ha llevado a que la posición mayoritaria en la doctrina penal sea sostener el carácter pluriofensivo de los delitos aduaneros⁷¹⁹. En este senti-

715 Igualmente la crítica de FERNÁNDEZ MUÑOZ, *Ius et veritas* 41, p. 314.

716 Así, CALDERÓN VALVERDE, en *Delitos tributarios y aduaneros*, p. 95.

717 Vid., así, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 493; FERNÁNDEZ MUÑOZ, *Ius et veritas* 41, p. 315; PÉREZ LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 22 (abril de 2011), p. 124. Igualmente en la regulación chilena, MAYER LUX, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXIX (2007), p. 233, sobre la base de un concepto funcional de patrimonio estatal.

718 En esta línea, AROCENA, en *Derecho penal económico*, PE, 2, Balcarce (dir.), p. 69.

719 En este sentido, BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, p. 379.; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, *Delitos aduaneros*, pp. 74 y ss.

do, el bien jurídico penalmente protegido sería tanto la recaudación tributaria, como las condiciones estatalmente establecidas para permitir el tráfico internacional de mercancías. La conjunción de estos aspectos en el control aduanero, le da plena razón a este planteamiento doctrinal. Pero debe hacerse la atinencia de que la función de la pena no es evitar que estos intereses se afecten, sino mantener normativamente la vigencia de la expectativa de conducta que debe orientar la actuación de las personas que realicen actos de comercio exterior de mercancías. Esta expectativa normativa de conducta consiste en el cumplimiento de las condiciones de tributación y permisión legalmente establecidas para el comercio exterior de mercancías, así como el sometimiento al control estatal instaurado para verificar dicho cumplimiento.

Una cuestión final que resulta pertinente abordar es si, atendiendo al bien jurídico protegido, los delitos aduaneros pueden ser sistematizados como delitos económicos. Dado que la función aduanera es una parte específica de la función pública, podría presentarse como lo más razonable sostener que los delitos aduaneros tendrían que estar ordenados, más bien, como delitos contra la Administración Pública. La tendencia mayoritaria se inclina a negar tal ordenación de los delitos aduaneros, alegando que la función aduanera está referida a otros intereses por encima de los estatales, lo que le otorga finalmente cierta autonomía⁷²⁰. En efecto, lo que le da identidad penal a los delitos aduaneros es el aseguramiento de ciertas condiciones estatalmente establecidas para el tráfico internacional de bienes. Dada la naturaleza económica de los actos de comercio exterior, puede decirse que es completamente correcta la calificación de los delitos aduaneros como delitos económicos⁷²¹.

2. Figuras delictivas

La Ley de Delitos Aduaneros regula cinco figuras delictivas diferentes, alguna de ellas incluso con sus propias modalidades especiales. Además de

720 Así, VIDAL ALBARRACÍN, *Delitos aduaneros*, p. 95, considera que el "régimen de control aduanero" se constituye como bien jurídico intermedio para salvaguardar otros bienes jurídicos de distinta entidad.

721 Llegan a la misma conclusión, BRAMONT-ARIAS TORRES, *Actualidad Jurídica*, t. 116, julio 2003, p. 71; EL MISMO/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 492; AROCENA, en *Derecho penal económico*, PE, 2, Balcarce (dir.), pp. 70 y ss.; EL MISMO, en *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.), p. 190; MUÑOZ MERINO, *El delito de contrabando*, p. 120; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, *Delitos aduaneros*, pp. 79 y ss.

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, tal aplicación se limita por razones lógicas a solo algunos delitos aduaneros. Un aspecto común en la estructuración típica de los delitos aduaneros es el uso frecuente de relaciones de accesoriedad administrativa a nivel de remisiones a conceptos, leyes o actos del sector aduanero. Si bien esta relación de accesoriedad obliga al intérprete penal a atender a los criterios regulatorios de la actividad aduanera, eso no significa que se encuentre sometido a los parámetros establecidos por la Administración Aduanera⁷²². La interpretación penal debe guiarse siempre por el fin de protección penal, lo que ciertamente no impide que se tenga en cuenta lo dispuesto a nivel de la regulación primaria con el único objetivo de evitar situaciones de contradicción normativa.

A nivel del Derecho penal sustantivo, la Ley de Delitos Aduaneros no solo tipifica delitos, sino que contiene también reglas especiales para el tratamiento de aspectos propios de la Parte General. En concreto, regula de manera especial la tentativa y ciertas consecuencias jurídicas del delito (a saber: la pena de expulsión para extranjeros y las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas). En cuanto al resto de los elementos generales del delito y las consecuencias jurídicas del delito sobre los que la Ley de Delitos Aduaneros no hace ninguna puntualización o tratamiento especial, lo que corresponde es recurrir supletoriamente a las normas generales del Código Penal, pues los delitos aduaneros no constituyen, pese a su regulación en una ley penal especial, un ámbito autónomo de la normativa jurídico-penal común⁷²³.

A. El delito de contrabando

El delito de contrabando se configura cuando una persona se sustrae, elude o burla el control aduanero de las mercancías que entran o salen del país. En términos materiales, se trata de un delito de dominio que castiga determinados actos de organización que afectan gravemente las labores de

722 En el mismo sentido, RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, *Delitos aduaneros*, pp. 49 y ss.

723 Vid., sobre la supletoriedad del Derecho penal común, VIDAL ALBARRACÍN, *Delitos aduaneros*, pp. 44 y ss.; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, *Delitos aduaneros*, pp. 38 y ss.

control aduanero. Eso no impide, sin embargo, que pueda hacerse responsable penalmente por una competencia institucional a un funcionario de aduanas. Por lo tanto, se trata de un tipo penal que está estructurado sobre la lógica de los actos de organización, pero que no cierra la posibilidad de una competencia institucional de aquellos que, por alguna institución social específica, tienen el deber positivo específico de impedir la evasión de los controles aduaneros.

a. Los sujetos del delito

Autor del delito puede ser cualquier persona que reúna las condiciones generales de imputabilidad podrá responder penalmente⁷²⁴. Solo será necesario poderle atribuir la competencia preferente por el dominio del hecho penalmente relevante. En caso de que el acto de comercio exterior se realice en el marco de las actividades de una persona jurídica, la competencia penal les alcanzará a los miembros individuales que gestionen el ámbito del que sale el riesgo de evasión de los controles aduaneros. Esto sin perjuicio de que a la persona jurídica se le constituya en tercero civilmente responsable en el proceso penal e incluso se plantee la necesidad de imponerle alguna consecuencia accesoria. En cuanto al sujeto pasivo del delito, no hay duda de que lo será el titular del control aduanero, esto es, la Administración Aduanera⁷²⁵.

b. La 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

724 Vid., en este sentido, asignándole el carácter de un delito común, PÉREZ LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 22 (abril de 2011), pp. 125 y ss.; CALDERÓN VALVERDE, en *Delitos tributarios y aduaneros*, p. 97; SAMHAN SALGADO, *Ilícitos tributarios*, p. 446. Igualmente en referencia a la legislación penal argentina, AROCENA, en *Derecho penal económico*, PE, 2, Balcarce (dir.), p. 70.

725 Igualmente, CALDERÓN VALVERDE, en *Delitos tributarios y aduaneros*, p. 97. Por su parte, SAMHAN SALGADO, *Ilícitos tributarios*, p. 446, señala que el sujeto pasivo del delito es el Estado y que la Administración Tributaria no es más que uno de sus órganos. En la misma línea, PÉREZ LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 22 (abril de 2011), p. 126, sostiene que la SUNAT representa al Estado.

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 actuación 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 contexto del delito de contrabando, llevar un objeto de un territorio extranjero al territorio nacional (al territorio aduanero, para ser más específico)⁷²⁶. El ingreso de las mercancías no solo engloba el ingreso de carácter definitivo, sino también el ingreso de mercancías que se quieren llevar luego a otro país⁷²⁷. 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 contrabando⁷²⁸. 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 (por ejemplo, si se esconde subrepticamente en la maleta del viajero 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 anteriormente analizada, por extracción, debe entenderse la acción de llevar un objeto del territorio nacional a un territorio extranjero⁷²⁹. Al igual que el comportamiento típico de ingresar mercancías, la extracción de mercancías requiere un dominio del autor sobre la salida de estas, sea mediante un dominio directo (unitario o conjunto), sea mediante un do-

726 Vid., similarmente en el Derecho penal alemán, VOSS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrg.), § 372, n.m. 9.

727 De otro parecer, conforme a la regulación alemana del contrabando, VOSS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 372, n.m. 12a.

728 Vid., en el mismo sentido, VOSS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 372, n.m. 13.

729 Similarmente, VOSS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 372, n.m. 11.

minio 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 dependencias 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, origen, estado, cantidad, calidad, valor, peso, medida, o clasificación arancelaria. 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 aduanero⁷³⁰.
- Como última forma de realización de la conducta típica del delito de contrabando, el tipo penal equipara a la conducta de no presentación de mercancías, la ocultación o sustracción de mercancías a la acción de verificación o reconocimiento físico de la aduana dentro de los recintos o lugares habilitados. En estos casos, el comportamiento típico está referido a mercancías que han sido declaradas y colocadas en los lugares correspondientes para ser sometidas a la verificación o reconocimiento físico, pero que se ocultan o sustraen para impedir dicho reconocimiento. Como puede verse, la evitación del reconocimiento no se hace por medio

730 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.

de la no presentación de las mercancías, sino eludiendo el control aduanero en los mismos recintos o lugares habilitados en los que las mercancías han sido colocadas.

Las conductas típicas descritas requieren, además, contextualizarse en ámbitos en los que las mercancías deben ser sometidas a control aduanero. En las dos últimas formas de realización de la conducta típica, esta contextualización fluye inmediatamente, lo que no es tan claro en las conductas típicas de salida o entrada de mercancías. En cualquier caso, esta exigencia implícita o explícita repercute en la falta de punición de determinados supuestos. Por ejemplo, no se podrá considerar típica la conducta de ingreso o salida de mercancías en zonas francas, pues se trata de partes del territorio nacional debidamente delimitadas que no están sometidas al control habitual de la Administración Aduanera. 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 transporte tampoco está sometido al control aduanero.

c. El objeto material del delito

La conducta típica, en cualquiera de sus formas, debe recaer sobre el objeto material del delito que el tipo penal llama “mercancías”. Conforme a la legislación aduanera, una mercancía es el bien susceptible de ser clasificado en la nomenclatura arancelaria y que puede ser objeto de regímenes aduaneros. A estas particularidades aduaneras, la doctrina penal ha agregado que sean susceptibles de una actividad mercantil y que tengan una propiedad de cambio⁷³¹. 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

731 En este sentido, BAJO/BACIGALUPO S., *Derecho penal económico*, p. 383.

a que, por lo general, el contrabando se hace sobre una pluralidad de mercancías.

La mercancía que constituye objeto material del delito 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 exterior⁷³², 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 contrabando⁷³³. Según el artículo 1 de la LDA, el valor de las mercancías debe ser superior a cuatro unidades impositivas tributarias, de manera tal que el contrabando de mercancías por valor menor al indicado quedará en manos del Derecho administrativo sancionador⁷³⁴. Pese a que esta exigencia cuantitativa se incluye expresamente en el tipo penal, somos del parecer de que no se trata de un elemento típico, sino de una condición objetiva de punibilidad que busca limitar la reacción penal a los casos que adquieren una cierta gravedad cuantitativa⁷³⁵.

Como puede verse, para determinar el valor del objeto material del delito, el tipo penal 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 reo⁷³⁶, es decir, si el aumento del valor de la unidad impositiva tributaria puede favorecer a aquéllos que realizaron el contrabando

732 Así, hace referencia explícitamente a mercancías de lícito comercio, BAJO/BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, p. 383. Por el contrario, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 495; PÉREZ LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 22 (abril de 2011), p. 125, sostienen que el delito de contrabando comprende tanto las mercancías lícitas como ilícitas.

733 Vid., BRAMONT-ARIAS TORRES, *Actualidad Jurídica*, t. 116, julio 2003, p. 72.

734 CARO CORIA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 37 (julio de 2012), p. 14; CALDERÓN VALVERDE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 37 (julio de 2012), pp. 21 y ss.

735 De la misma opinión, MUÑOZ MERINO, *El delito de contrabando*, p. 323. Por el contrario, ALVA MONGE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 37 (julio de 2012), p. 37, lo considera un elemento normativo del tipo.

736 Vid., al respecto, en el Derecho Penal argentino, VIDAL ALBARRACÍN, *Delitos aduaneros*, pp. 258 y ss.

sobre bienes cuyo valor superaba el límite de las cuatro 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 complementaria⁷³⁷, 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.

Un aspecto operativo importante para determinar el valor de las mercancías es la selección de los criterios que deben seguirse para hacer tal valoración⁷³⁸. 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. El artículo 15 de la LDA precisa primeramente 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, esto es, la fecha de la formulación del acta de inmovilización o del acta de incautación correspondiente⁷³⁹. Por su parte, el artículo 16 de la LDA indica que solamente la Administración Aduanera puede determinar el valor de las mercancías conforme a las reglas establecidas en el Reglamento de la Ley de Delitos Aduaneros, lo cual dependerá de si se trata de mercancías extranjeras o de mercancías nacionales o nacionalizadas⁷⁴⁰. Las mercancías extranjeras son aquellas que provienen del exterior y no han sido nacionalizadas, así como las producidas o manufacturadas en el país y que han sido nacionalizadas en el extranjero. Dentro de las mismas se incluyen 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. Las mercancías nacionales o nacionalizadas son aquellas que han sido producidas o manufacturadas en el país con materias primas nacionales o nacionalizadas. El valor de las mercancías deberá expresarse en dólares de los Estados Unidos de América.

737 Vid., sobre los tipos penales que aseguran el efecto de la regulación, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 4, n.m. 70 y ss.

738 Así, MUÑOZ MERINO, *El delito de contrabando*, pp. 335 y ss.

739 Vid., COYA PONCE, *Los delitos aduaneros*, p. 34.

740 Vid., BRAMONT-ARIAS TORRES, *Actualidad Jurídica*, t. 118, septiembre 2003, p. 82.

El Reglamento de la Ley de Delitos Aduaneros establece que, para determinar el valor de las mercancías extranjeras, se deberá utilizar las siguientes reglas en forma sucesiva y excluyente:

- El valor será el precio más alto de una mercancía idéntica o, en su defecto, similar a la que es objeto de valoración registrada en el Sistema de Verificación de Precios (SIVEP), listas de precios, proformas, órdenes de pedido o de compra, confirmaciones del valor por los proveedores u otros organismos oficiales, compañías de seguros, Internet, entre otros, obtenidos mediante investigaciones efectuadas por la Administración Aduanera.
- El valor será el precio de venta más alto en el mercado interno de una mercancía idéntica o similar.
- Los valores determinados por la Administración Aduanera.

En el caso de las mercancías nacionales o nacionalizadas, la Ley de Delitos Aduaneros establece que su avalúo deberá considerar el valor FOB, sea cual fuere la modalidad o medio de transporte utilizado para la comisión del delito de contrabando. El Reglamento de esta ley precisa, por su parte, las reglas de determinación del valor de las mercancías, estableciendo los siguientes criterios de determinación aplicables de manera sucesiva y excluyente:

- El valor será el valor de exportación más alto de una mercancía idéntica o, en su defecto, similar a la que es objeto de valoración, registrada en el Sistema de Verificación de Precios (SIVEP), listas de precios, proformas, órdenes de pedido o de venta, confirmaciones del valor por los consignatarios u otros organismos oficiales, compañías de seguros, Internet, entre otros, obtenidos mediante investigaciones efectuadas por la Administración Aduanera.
- El valor será el más alto de una mercancía nacional o nacionalizada idéntica o similar comercializada en el mercado interno, al que debe agregarse los conceptos que normalmente incluye el valor FOB.
- Los valores determinados por la Administración Aduanera.

A los efectos de la aplicación de las reglas de determinación antes referidas, se considerarán mercancías idénticas a las que son iguales en todo, incluidas sus características físicas, calidad y prestigio comercial. Por mer-

cancias similares se tendrán a aquellas que, no siendo iguales en todo, tienen características y composición semejantes, lo que les permite cumplir las mismas funciones y ser comercialmente intercambiables.

d. El 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 sometándose, 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 al control aduanero correspondiente no hubiesen originado una obligación de pago de tributos⁷⁴¹. Hay que tener presente que la condición esencial del comercio exterior que se afecta con el delito de contrabando no es el cumplimiento de la obligación tributaria aduanera, sino específicamente el control del ingreso, permanencia, traslado y salida de mercancías hacia y desde el territorio aduanero. Por eso, la falta de pago de los tributos, a diferencia del delito de defraudación

⁷⁴¹ 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, 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. Igualmente destacan que el contrabando no requiere la producción de ningún perjuicio fiscal, PÉREZ LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 22 (abril de 2011), p. 122; CALDERÓN VALVERDE, en *Delitos tributarios y aduaneros*, p. 90.

de rentas de aduanas, no constituye un elemento constitutivo del tipo penal de contrabando.

e. El elemento subjetivo

El delito de contrabando se sanciona únicamente a título de dolo⁷⁴², conforme al artículo 12 del CP, aplicable supletoriamente a las leyes penales especiales conforme al artículo X del Título Preliminar del Código Penal. En este sentido, el autor debe saber primeramente que está introduciendo mercancías al territorio nacional, que está extrayéndolas del territorio nacional, que no las está presentando a su reconocimiento físico o que las está ocultando o sustrayendo a la acción del reconocimiento físico en los recintos o lugares habilitados para tal efecto. Adicionalmente, el autor debe conocer el deber de someter las mercancías 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 contrabando⁷⁴³, 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 sanciona su realización culposa⁷⁴⁴.

f. 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 en-

742 Igualmente, CALDERÓN VALVERDE, en *Delitos tributarios y aduaneros*, p. 98; SAMHAN SALGADO, *Ilícitos tributarios*, p. 447.

743 Igualmente en el Derecho penal alemán, VOSS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 372, n.m. 30. De opinión distinta parece ser PÉREZ LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 22 (abril de 2011), p. 126, en la doctrina nacional y AROCENA, en *Derecho penal económico*, PE, 2, Balcarce (dir.), pp. 84 y ss., en el Derecho penal argentino.

744 La misma situación se presenta en la legislación penal alemana, VOSS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 372, n.m. 30.

trada o la salida del territorio nacional por lugares no habilitados para ello⁷⁴⁵. 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 de acuerdo con el régimen aduanero solicitado. 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 CP, aunque en lo que corresponde a la determinación de la pena, la legislación especial de los delitos aduaneros contempla una regla particular 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 tirón⁷⁴⁶. 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 tentativa⁷⁴⁷. 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 aquellos que consideran que el delito se comienza a ejecutar recién cuando se alcanza el límite territorial o el puesto de aduana correspondiente⁷⁴⁸. 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 adua-

745 Vid., igualmente, VOSS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 372, n.m. 36; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, *Delitos aduaneros*, p. 91. Coinciden con este criterio BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 497, solamente para el caso de ingreso de mercancías, pero no para la extracción, en donde bastaría la realización de actos tendentes a permitir la salida de la mercancía.

746 Vid., VOSS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 372, n.m. 31.

747 Así, HÖSER, *Vorbereitungshandlung*, pp. 77 y ss.

748 En esta línea, JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 265.

nero se encuentran, ocultos debajo del tapiz de un vehículo, productos que tendrían que declararse⁷⁴⁹.

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 tentativa⁷⁵⁰. 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-penales⁷⁵¹. 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 legislador⁷⁵². 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.

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

749 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 Decreto Ley N.º 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, 2.ª ed., p. 160).

750 Vid., TIEDEMANN, *JR* 1973, p. 413.

751 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.

752 OTTO, voz: Versuch, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 3.

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 se puede hablar del comienzo de la tentativa. La tentativa no necesita, por lo tanto, 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 claramente⁷⁵³.

g. Intervención delictiva

Como cualquier delito de dominio, la autoría y la participación en el delito de contrabando se determinan con base en el dominio del riesgo típico. Al autor le corresponde el mayor dominio cuantitativo del hecho. 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 delito⁷⁵⁴. 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 cuatro unidades 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 una participación en el delito de contrabando y la realización del delito de recepción aduanera. Una vez consumado el delito de contrabando, solo los actos en unidad de acción que ayuden al agotamiento del contrabando podrán dar lugar a una participación punible⁷⁵⁵. Por el con-

753 De similar perspectiva, RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, *Delitos aduaneros*, pp. 93 y ss.

754 En el mismo sentido, VOSS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 372, n.m. 39.

755 Igualmente, WAMERS, *Hb WiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 20, n.m. 120.

trario, 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 objetiva⁷⁵⁶.

Como se ha advertido anteriormente, el que el delito de contrabando esté configurado como un delito de dominio no cierra la puerta a una imputación penal de base institucional. En este sentido, el funcionario de aduanas que, en violación de sus funciones, permite que una persona se sustraiga, eluda o burle el control aduanero, podrá responder como autor del delito de contrabando. El incumplimiento del deber positivo especial de impedir los actos de contrabando lo hará penalmente competente por la afectación penalmente relevante del control aduanero. En este caso, se presenta una concurrencia de competencias, pues el particular que se sustrae del control aduanero responderá en razón de una competencia por organización, mientras que el funcionario de aduanas que no lo impide, lo hará por una competencia de naturaleza institucional.

h. Concursos

Si mediante la sustracción, elusión o burla del control aduanero se dejan de pagar los tributos u otros gravámenes, o los derechos *antidumping* o compensatorios que graven la importación, podría sostenerse que la acción de contrabando dará lugar también a un delito de defraudación de rentas de aduanas. Esta afirmación no es, sin embargo del todo correcta, pues el delito de defraudación de rentas de aduanas requiere que la conducta se materialice “mediante trámite aduanero”. Por lo tanto, fuera de su ámbito de aplicación quedarán 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

⁷⁵⁶ Sobre la adecuación social en la participación en el delito de contrabando, JOECKS, *Steuerstraftrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 245.

podrá presentarse cuando el contrabando se hace pasando por los lugares autorizados para el tráfico internacional de mercancías, esto es, las modalidades de elusión y burla.

En los casos en los que resulta posible un concurso de delitos entre el delito de contrabando y 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 estos delitos protege, por lo que no existirá un concurso de leyes, sino un concurso de delitos.

También se presenta una situación de concurso ideal de delitos 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 medio de transporte utilizado o la falsificación de cualquier tipo de documento que se usa para eludir o burlar el control aduanero sobre el origen o procedencia de determinadas mercancías. En estos casos, la pena debe determinarse conforme a la regla general establecida en el artículo 48 del CP para el concurso ideal de delitos.

Un supuesto de unidad de delito legalmente determinado se regula con el llamado delito de contrabando fraccionado tipificado en el artículo 3 de la LDA⁷⁵⁷. 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, de forma fraccionada, el contrabando sistemático de mercancías por cuantía superior a cuatro unidades impositivas tributarias mediante un solo acto o diferentes actos por un importe tal que

757 Vid., sobre esta figura de tradición española y que ha sido objeto de críticas, MUÑOZ MERINO, *El delito de contrabando*, pp. 323 y ss.

cada uno aisladamente solo podría ser considerado una infracción administrativa de contrabando. Esta unidad de delito se sustenta en razones político-criminales, en la medida que se intenta evitar el fraude a la ley penal aduanera mediante la realización fraccionada de actos de contrabando que aisladamente no serían más que meras infracciones administrativas aduaneras⁷⁵⁸. La necesidad de esta regulación especial solamente podría tener asidero si se entiende que la figura del delito continuado normado en el artículo 49 del CP no resulta aplicable a conductas que constituyen aisladamente una simple infracción administrativa, sino únicamente a las que configuran por sí mismas un delito⁷⁵⁹.

i. 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 CP 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. Una solución podría ser asumir 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. A ello cabe objetar que la prescripción no 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.

j. Modalidades especiales

El artículo 2 de la LDA regula ciertas modalidades especiales del delito de contrabando, los que son sancionados con la misma pena que el delito común de contrabando. Una revisión de las distintas conductas prohibidas en

758 En este sentido, RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, *Delitos aduaneros*, pp. 161 y ss.

759 Así, por ejemplo, BRAMONT-ARIAS TORRES, *Actualidad Jurídica*, t. 116, julio 2003, p. 72; CALDERÓN VALVERDE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 37 (julio de 2012), p. 25.

esta disposición legal muestra que no se trata necesariamente de supuestos específicos del delito de contrabando, sino, más bien, de conductas enmarcadas ciertamente en el control aduanero, pero con elementos constitutivos propios⁷⁶⁰. Son diversas las finalidades político-criminales que se procuran alcanzar con estas incriminaciones especiales. En unos casos, lo que se busca es abarcar supuestos a los que les podría faltar alguno de los elementos constitutivos del delito de contrabando, pero que tienen suficiente peso penal como para merecer la imposición de una pena. En otros casos, lo que se hace es equiparar la tentativa con la consumación para evitar que el autor se beneficie de una atenuación de la pena por estar los controles dispuestos antes de que el delito se llegue a consumar. Finalmente, se procede también a tipificar actos de auxilio posterior que podrían quedar impunes si es que no se cuenta con una incriminación específica. En lo que sigue, se hará un análisis de las exigencias típicas de cada una de las modalidades especiales de contrabando contempladas.

aa) Disposición de mercancías en la zona primaria

Como modalidad especial del delito de contrabando se castiga primeramente 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, por lo que se trata de un tipo penal mixto. 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 aquellas 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 en la zona primaria. Finalmente, la disposición es un concepto más general que permite abarcar cualquier acto realizado sobre las mercancías que impliquen apartarlas del

760 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.), pp. 92 y ss., con mayores referencias.

procedimiento aduanero correspondiente como, por ejemplo, la venta de artículos a bordo en la zona primaria.

La modalidad especial del delito de contrabando aquí analizada contextualiza geográficamente las diversas formas de conducta típica en la llamada zona primaria, por lo que las mercancías deben encontrarse en esta zona del territorio aduanero. Para delimitar esta zona, el propio tipo penal se remite a las leyes aduaneras, por lo que se trata de una ley penal en blanco. Conforme a la Ley General de Aduanas, la zona primaria comprende los puertos, aeropuertos, terminales terrestres, centros de atención en frontera para las operaciones de desembarque, embarque, movilización o despacho de las mercancías y las oficinas, locales o dependencias destinadas al servicio directo de una aduana. Adicionalmente, puede comprender también los recintos aduaneros, espacios acuáticos o terrestres, predios o caminos habilitados o autorizados para las operaciones arriba mencionadas, incluyendo los almacenes y depósitos de mercancías que cumplan con los requisitos establecidos en la normatividad vigente y hayan sido autorizados por la Administración Aduanera. Cuando las mercancías entran en la llamada 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 elemento negativo del tipo está configurada la falta de autorización de retiro expedida legalmente por la Administración 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 por parte de la Administración Aduanera (levante). 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 Administración Aduanera. Con esta fórmula, el tipo penal le otorga al juez la posibilidad de someter a un control de legalidad la decisión de la Administración 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 Administración 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 para su reconocimiento físico

La segunda modalidad especial del delito de contrabando se configura cuando se consume, almacena, utiliza o dispone de mercancías que se trasladan autorizadamente de una zona primaria a otra zona para su reconocimiento físico (la llamada zona de reconocimiento). Como puede verse, esta modalidad del delito de contrabando no castiga el traslado de las mercancías que se encuentran en la zona primaria, pues el tipo penal parte de la autorización para dicho traslado⁷⁶¹. El delito tiene lugar, más bien, cuando el agente consume, almacena, utiliza o dispone de estas mercancías sin el previo pago de los tributos o gravámenes. Los actos de consumo y utilización están referidos al disfrute de las mercancías, radicando la diferencia en el carácter fungible o no de las mismas. El almacenamiento supone, por su parte, que las mercancías se mantengan en un almacén sin ser trasladadas a la zona de reconocimiento. La disposición engloba finalmente todos los actos sobre las mercancías que impliquen sacarlos de la esfera de dominio de la Administración Aduanera.

El tipo penal requiere también, en la modalidad especial aquí analizada, 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.

⁷⁶¹ Igualmente destaca el carácter autorizado del traslado en la anterior Ley de Delitos Aduaneros, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 500, lo que se mantiene en la actual.

cc) Internamiento de mercancías provenientes de zonas de privilegio aduanero

Otra modalidad especial del delito de contrabando se presenta cuando se internan mercancías que se encuentran en una zona geográfica con privilegios aduaneros, hacia el resto del territorio nacional sin el cumplimiento de los requisitos legales o el pago de los tributos diferenciales. Las mercancías deben encontrarse en alguna de las zonas de privilegio aduanero mencionadas en el tipo penal. En primer lugar, se alude a la llamada zona franca, la cual es definida como la parte del territorio nacional debidamente delimitada, en la que las mercancías introducidas se consideran como si no estuviesen dentro del territorio aduanero para la aplicación de los derechos arancelarios, impuestos a la importación para el consumo y recargos a que hubiere lugar. Ejemplo de esta zona privilegiada es la zona franca de Tacna creada por la Ley N.º 27688. En segundo lugar, el tipo penal hace mención a la zona geográfica nacional de tratamiento aduanero especial, la que está referida a la parte del territorio nacional en el que rige un tratamiento aduanero especial o de excepción. El ejemplo más claro de una zona con un tratamiento aduanero especial es el CETICO (centro de exportación, transformación, industria, comercialización y servicios), en donde se suspenden los derechos e impuestos por tributación, el almacenaje de las mercancías es por tiempo indefinido, el ingreso se puede hacer por cualquier aduana de la República, entre otros privilegios más. En tercer lugar, el tipo penal incluye lo que llama una zona geográfica nacional de menor tributación y sujeta a un régimen especial arancelario, dentro de la cual estarían englobadas las partes del territorio aduanero en las que el comercio de mercancías cuenta con un tratamiento tributario preferencial, como podría ser las zonas de tráfico fronterizo, 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 202 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 co-

rrespondientes, es decir, la diferencia resultante de los tributos aplicables en la zona de tributación común y de los que hayan sido pagados o dejados de pagar para el ingreso de las mercancías 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 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 LDA 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 de contrabando del artículo 1 de la LDA estará previamente consumado⁷⁶². 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 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. Entre ellos no existe una relación de conjunción, por lo que el delito se podrá realizar con uno solo de ellos. 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

⁷⁶² Vid., así, BRAMONT-ARIAS TORRES, *Actualidad Jurídica*, t. 116, julio 2003, p. 73.

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” podría 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 a la carga, descarga o trasbordo de las mercancías en los medios de transporte utilizados para trasladarlas.

ee) Fraude documental aduanero

Como una modalidad especial del contrabando se castiga finalmente la conducta de introducir o intentar introducir, al territorio nacional, mercancías con elusión o burla del control aduanero, utilizando cualquier documento aduanero ante la Administración Aduanera. Esta modalidad especial del delito de contrabando se circunscribe a la introducción de mercancías en el territorio aduanero que burla el control aduanero. Su principal particularidad dogmática se encuentra en su configuración típica como un delito de emprendimiento, en el que se sanciona la tentativa del delito como un delito consumado. En este sentido, se castiga con la pena prevista para el delito de contrabando consumado no solo 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 tentativa⁷⁶³. En la medida que el desvalor de la conducta gira en torno al uso

763 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. Sobre lo usual que es configurar los delitos aduaneros como delitos de emprendimiento en las distintas legislaciones penales, RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, *Delitos aduaneros*, pp. 121 y ss.

indebido de la documentación aduanera, la efectiva introducción de la mercancía no aumenta cualitativamente el injusto del delito.

Lo que le da su desvalor especial a la modalidad aquí analizada del delito de contrabando es la utilización de cualquier documento aduanero ante la Administración Tributaria para eludir o burlar el control aduanero. Si bien esta particularidad típica hace alusión, por lo general, el uso de documentación aduanera (material o ideológicamente) falsa, el tipo penal no exige la falsedad del documento aduanero utilizado, por lo que también podrán englobarse los casos en los que se usa un documento aduanero verdadero que, bajo ciertas circunstancias, impide a los funcionarios competentes hacer un adecuado control aduanero de las mercancías. En este caso, el contrabando no se sustentará en la falsedad de los documentos utilizados, sino en el manejo fraudulento que hace el autor del delito para introducir al territorio nacional las mercancías con elusión o burla del control aduanero.

Lo que no está del todo claro es si el uso de la documentación aduanera falsa da lugar a un concurso de leyes o, más bien, a un concurso de delitos. A nuestro entender, el tipo penal no recoge expresamente la falsedad de la documentación aduanera utilizada, por lo que el desvalor de la falsedad documental no está englobado en la modalidad especial del delito de contrabando aquí analizada. Tal situación trae como consecuencia que si la documentación aduanera utilizada es falsa, se presentará un concurso ideal de delitos con el delito de falsificación de documento en su modalidad de uso del documento.

B. El delito de defraudación de rentas de aduanas

En el Derecho penal peruano se regulan, de forma separada, la defraudación tributaria y la defraudación de rentas de aduanas⁷⁶⁴. 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 defrau-

⁷⁶⁴ 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.

dación de rentas de aduanas. Esta distinción artificial no cambia en nada la situación de que ambos delitos de defraudación reúnen prácticamente los mismos elementos constitutivos⁷⁶⁵ y se configuran igualmente 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, cuáles son sus particularidades.

a. Los sujetos del delito

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 común⁷⁶⁶. Sin embargo, queda claro que quien comete el delito es quien realiza una actividad de comercio 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 solamente podrá ser cometido como autor por quien se encuentra obligado al pago de la obligación tributaria aduanera, así como de los derechos antidumping o compensatorios. Conforme a la legislación aduanera, dicha obligación recae sobre los dueños o consignatarios de las mercancías en calidad de contribuyentes, así como sobre los agentes de aduanas y los concesionarios postales en calidad responsables solidarios. El delito de defraudación de rentas de aduanas constituye, por tanto, un delito especial que circunscribe el círculo de autores al contribuyente o responsable de la obligación tributaria aduanera.

Si el sujeto pasivo de la obligación tributaria aduanera es una persona jurídica, entonces quien responderá por el delito de defraudación de rentas de aduanas será el representante legal que realice el tipo penal. Para sortear el problema de legalidad que implica castigar como autor al que no reúne la calidad especial exigida por el tipo penal (el contribuyente o responsable de

765 En esta línea de pensamiento, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 503; SAMHAN SALGADO, *Ilícitos tributarios*, p. 461, sostienen que la defraudación de rentas de aduanas puede interpretarse como una defraudación fiscal.

766 En este sentido, SAMHAN SALGADO, *Ilícitos tributarios*, p. 461, señala que sujeto activo puede ser cualquier persona física.

la obligación tributaria aduanera), habrá que acudir a la cláusula del actuar en lugar de otro regulada en el artículo 27 del CP.

El sujeto pasivo del delito de defraudación de rentas de aduanas es el acreedor de la obligación tributaria aduanera, esto es, el Gobierno Central, el cual se encuentra concretamente representado por la SUNAT a través de la Superintendencia Adjunta de Aduanas. A diferencia de los tributos internos, la obligación tributaria aduanera no tiene diversos órganos de administración del tributo, sino uno solo.

b. La conducta típica

Conforme al artículo 4 de la LDA, se castiga por el delito de defraudación de rentas de aduanas a quien mediante trámite aduanero, valiéndose de engaño, ardid, astucia u otra 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 tributarios⁷⁶⁷. 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.

El tipo penal menciona como medios de la defraudación a la Administración Aduanera el engaño, el ardid, la astucia u otra forma fraudulenta. Con esta descripción abierta se consigue abarcar el amplio universo de posibles mecanismos fraudulentos para eludir el pago de los tributos y derechos aduaneros. Sobre el alcance semántico de cada uno de estos medios de comisión del delito, cabe remitirse a lo dicho al respecto para el delito de defraudación tributaria. Solamente conviene aquí resaltar que 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 defraudación aduanera. De esta manera podrán englobarse por el tipo penal

⁷⁶⁷ Vid., igualmente, BRAMONT-ARIAS TORRES, *Actualidad Jurídica*, t. 116, julio 2003, p. 73.

diversos actos de fraude a la Administración Aduanera como, por ejemplo, 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 arancelarios⁷⁶⁸ o los casos de incorrecta descripción de las características del producto para conseguir el pago de derechos arancelarios más bajos.

Un aspecto del tipo penal que debe ser especialmente resaltado es que 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 del 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 una 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. Solo el fraude cometido en un trámite ante la aduana correspondiente podrá 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 8 de la LGAd, 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. Como puede verse, el legislador penal ha centrado el injusto penal de la defraudación de las rentas de aduanas no solo en la falta de pago de los tributos o derechos aduaneros o en la obtención indebida de alguna ventaja aduanera, sino también en la vulneración del principio de buena fe y de la presunción de veracidad que informan los trámites aduaneros. Por esta razón, es necesario que exista una actuación fraudulenta en el trámite aduanero.

⁷⁶⁸ Vid., sobre este supuesto, JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 221.

Como se ha dicho, la defraudación de las rentas de aduanas puede realizarse de dos maneras distintas. En primer lugar, el tipo penal se puede realizar por la falta de pago fraudulenta de los tributos u otro gravamen, o los derechos *antidumping* o compensatorios que graven la importación. Esta primera forma de realización del delito diferencia los tributos u otro gravamen, por un lado, y los derechos *antidumping* o compensatorios, por otro. Mientras los primeros se generan por el acto de comercio en sí mismo, los segundos tienen una función de protección del mercado interno, pues apuntan a neutralizar el menor precio de las mercancías importadas por subvenciones o la aplicación de precios diferenciados⁷⁶⁹. Además, al menos teóricamente, los primeros se pueden aplicar a cualquier operación de comercio exterior, mientras que los segundos están limitados a la importación de mercancías. En segundo lugar, el delito de defraudación de rentas de aduanas se puede cometer mediante el aprovechamiento ilícito de franquicias o beneficios tributarios, lo que abarcan todas las ventajas económicas que puede conceder la Administración Aduanera en las distintas operaciones de comercio exterior.

Al igual que lo precisado en el delito de defraudación tributaria, la conducta típica de defraudación de rentas de aduanas puede ser cometida también por omisión⁷⁷⁰, 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 puedan sustentarse en el omitente estos deberes, la falta de pago de los tributos y derechos aduaneros provocados por la información incorrecta, podrá imputarse al comportamiento omisivo del garante. 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

769 Vid., SAMHAN SALGADO, *Ilícitos tributarios*, p. 443.

770 Igualmente, SAMHAN SALGADO, *Ilícitos tributarios*, p. 461.

de los canales de información al interior de la Administración Aduanera no son imputables a los agentes de comercio exterior.

c. El objeto material del delito

Objeto material del delito de defraudación de rentas de aduanas son las mercancías que entran al o salen del 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 prohibida⁷⁷¹, 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 siguiese esta lógica, el delito de defraudación de rentas de aduanas podría presentarse en una 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 económico⁷⁷², 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 habrían tenido lugar de ninguna forma.

A diferencia de los delitos aduaneros de contrabando o de receptación aduanera, el delito aduanero de defraudación de rentas de aduanas no establece ningún parámetro valorativo respecto de las mercancías, por lo que este delito se podrá cometer respecto de mercancías de cualquier valor. Esta decisión legislativa resulta completamente lógica, pues la gravedad del delito no está en función del valor del objeto material del delito, sino de los tributos, gravámenes o derechos aduaneros dejados de pagar fraudulentamente.

d. El 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

⁷⁷¹ Vid., así, WAMERS, *Hb WiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 20, n.m. 114.

⁷⁷² Vid., WAMERS, *Hb WiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 20, n.m. 114.

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 LGAd incluye también la multa y los intereses dentro de la deuda tributaria aduanera, el artículo 4 de la LDA 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 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*⁷⁷³ o que han recibido subvenciones⁷⁷⁴. 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 exen-

773 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.

774 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.

ción 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 aduaneras 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.

e. El 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 una imputación dolosa del delito.

f. Consumación y tentativa

El delito de defraudación de rentas de aduanas se consuma por la falta de percepción de los tributos, gravámenes o derechos *antidumping* o compensatorios por parte de la Administración Aduanera⁷⁷⁵. Podría decirse que, al ser necesario el pago de la deuda tributaria aduanera antes del levante

⁷⁷⁵ En la jurisprudencia nacional se ha establecido, por el contrario, que el delito de defraudación de rentas de aduanas se produciría con la formulación de la declaración única de importación (así, la Ejecutoria Suprema R.N. N.º 550-2009-Lima, del 29 de abril de 2010), lo que es un error, en la medida que es necesario que esa conducta haya producido el resultado de la falta de pago total o parcial de los tributos, gravámenes o derechos compensatorios.

(es decir, antes de la autorización a los interesados de disponer de las mercancías despachadas), el delito se consumará cuando se autorice la disposición de las mercancías luego del control aduanero sin haberse pagado los derechos y gravámenes aduaneros correspondientes⁷⁷⁶. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la exigibilidad de la obligación tributaria aduanera no es la misma en todos los casos, sino que ello depende del régimen aduanero. En este orden de ideas, el delito se consuma en el momento en el que el tributo, gravamen o derecho aduanero correspondiente es exigible. Para la consumación del delito no es necesario que el beneficiario haya dispuesto inmediatamente de las mercancías⁷⁷⁷. En caso que la defraudación de rentas de aduanas tenga lugar por medio de la indebida obtención de una franquicia o beneficio tributario, el delito se consumará cuando esta ventaja es efectivamente otorgada.

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 rentas de aduanas por causas ajenas a la voluntad del autor⁷⁷⁸, 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 comienza al momento de alcanzar las mercancías el límite territorial o el puesto de aduanas administrativamente dispuesto⁷⁷⁹. Para responder a esta interrogante, hay que determinar la expectativa normativa de conducta que se defrauda con el delito de defraudación tributaria. 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

776 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*, pp. 202 y ss.

777 Vid., igualmente, WAMERS, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 20, n.m. 121.

778 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.º 260-2004-Callao, del 03/09/2004 (cit. en *Actualidad Jurídica*, t. 155, octubre 2006, p. 130).

779 Vid., así, JOECKS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 370, n.m. 265.

los tributos o gravámenes aduaneros o a obtener una franquicia o beneficio tributario. Con base en lo anterior, se puede decir que en el primer caso, la tentativa del delito comenzará con el inicio del despacho aduanero (para ser más exacto: con la declaración de aduanas), mientras que en el segundo caso con la presentación de la solicitud para gozar de la ventaja tributaria aduanera.

g. Intervención delictiva

Para poder ser autor del delito de defraudación de rentas de aduanas es necesario tener la calidad de deudor tributario en calidad de contribuyente o responsable. El dominio del riesgo que afecta la recaudación de las rentas de aduanas lo poseen, en principio, los despachadores de aduanas, por lo que estos serán quienes respondan como autores. Por el contrario, quienes sin tener la calidad especial presten algún tipo de ayuda para la realización del delito, responderán solamente como partícipes *extranei* del delito. El favorecimiento al delito puede tener lugar por medio de una conducta activa, como omisiva. Esto último tendrá lugar, por ejemplo, si el funcionario aduanero que detecta el engaño o ardid, no hace nada para evitar la falta de pago de los tributos o derechos aduaneros. 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, en la medida que se trata de un delito especial de dominio.

Dado que es posible que en el trámite aduanero intervengan varias personas con una distribución del trabajo, el principio de confianza debe ser tenido en cuenta de manera especial al momento de fijar las competencias penales de los distintos intervinientes. En este orden de ideas, por ejemplo, el agente de aduanas que utiliza la documentación suministrada por el despachador, podrá partir de la confianza de la autenticidad de dicha documentación, de manera tal que, mientras no le coste de manera palmaria su falsedad, podrá usarla en el cumplimiento de su trabajo sin que eso le conlleve algún tipo de responsabilidad penal.

El instituto de la prohibición de regreso encuentra también 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 CP).

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 es 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 absorbe 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 las 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 trae consigo la reducción del tributo o la obtención indebida 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 el delito de defraudación de rentas de aduanas tiene lugar mediante un engaño a los funcionarios aduaneros, el hecho podría subsumirse tam-

bién 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 debe llevar al 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 decirse 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 LDA 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 LDA debe llevar a la inaplicación de lo dispuesto respecto de las sanciones administrativas en caso de darse la triple identidad de hecho, sujeto y efecto⁷⁸⁰. Una sanción administrativa solamente podrá aplicarse si se trata de

780 Igualmente crítico, BRAMONT-ARIAS TORRES, *Actualidad Jurídica*, t. 118, septiembre 2003, p. 83.

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 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 necesariamente la realización del tipo penal básico del delito de defraudación de rentas de aduanas. Por esta razón, no se trata de tipos penales derivados de la figura básica de la defraudación de rentas de aduanas, sino de figuras emparentadas por el contexto común de la obligación tributaria aduanera.

aa) Importación fraudulenta

El literal a) del artículo 5 de la LDA 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 aquí por el ingreso de mercancías provenientes del exterior al territorio aduanero con base en documentos falsos o adulterados o utilizando información falsa sobre las mercancías. El resultado típico es recibir un tratamiento aduanero o tributario más favorable del que les hubiese correspondido por la importación regular de las mercancías.

Un documento es falso, cuando no es auténtico, lo que significa que la declaración de voluntad que contiene no se corresponde con la de quien aparece como su emisor. El documento adulterado también es inauténtico, pero con la particularidad de que se hace modificando uno verdadero para variar un dato existente o para incluir uno adicional que no estaba en el original. Debe hacerse la precisión de que, conforme a la redacción típica, la

acción de falsificación no puede recaer sobre cualquier documento, sino solamente sobre los que amparan la importación de las mercancías, vale decir: el conocimiento de embarque, el manifiesto de carga, la factura comercial, entre otros que deben ser utilizados en esta operación de comercio exterior.

Una información es falsa cuando no se corresponde con los hechos reales sobre los que se da cuenta. 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. Esta configuración cerrada del tipo penal hace que la falsedad sobre alguna otra característica no prevista expresamente, no podrá alcanzar relevancia penal, aun cuando pueda alterar el tratamiento aduanero o tributario correspondiente. Si se procediese de manera distinta, se cometería una infracción inadmisible del principio de legalidad.

El tipo penal exige que, como consecuencia del uso de la documentación o la información falsa, la importación de las mercancías reciba un tratamiento aduanero o tributario más favorable del que hubiese correspondido de haberse procedido con la verdad. En primer lugar, cabe señalar que, aunque parezca una obviedad, al margen del tipo penal quedará 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 pudiese originarse por la falsedad en un 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 importación⁷⁸¹. La determinación del carácter más ventajoso del tratamiento aduanero o tributario recibido se alcanza mediante una comparación con el que habría correspondido a la importación de mercancías con documentos o información fidedignos.

781 En sentido similar, la R.N. N.º 260-2004 Callao, del 03/09/2004 (cit. en *Actualidad Jurídica*, t. 155, octubre 2006, p. 130).

La modalidad de importación fraudulenta aquí analizada puede ser cometida también mediante una conducta omisiva, siempre que pueda sustentarse la obligación del importador de advertir un error en la documentación o información presentada para amparar su operación de comercio exterior. Es evidente que la imputación se hará por acción si el importador presenta dolosamente la documentación o información falsa. Pero si estas son presentadas por un tercero (un representante, por ejemplo) o si son suministradas a la Administración Aduanera bajo la creencia inicial de que eran verdaderas, entonces la imputación penal solamente podrá hacerse a partir de la omisión de no rectificarlas y evitar que las mercancías importadas se sometan finalmente a un tratamiento aduanero que no corresponde. A nivel penal lo que importa de la omisión de la rectificación no es los efectos establecidos por la regulación aduanera, sino que habría impedido que la Administración Aduanera asigne indebidamente a las mercancías un tratamiento aduanero o tributario más ventajoso.

bb) Simulación de operación de comercio exterior

En el literal b) del artículo 5 de la LDA 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 dirigida a conseguir fraudulentamente algún tipo de beneficio económico. A diferencia de la modalidad especial anterior, el tipo penal no requiere aquí la efectiva obtención de un beneficio aduanero para la consumación del delito, sino solamente que el autor apunte a conseguirlo. Se trata, en términos dogmáticos, de un elemento subjetivo de tendencia que solamente debe presentarse en el ámbito de la imputación subjetiva.

En el plano objetivo, el tipo penal 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 un acto de comercio exterior que no existe en lo absoluto. La simulación es, por el contrario, parcial, cuando el acto de comercio exterior manifestado se realiza solo en parte o de una manera distinta a la declarada. En cualquier caso, la operación de comercio exterior simulada debe ser idónea para generar el disfrute indebido 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 una exportación de productos fabricados con insumos importados para obtener la devolución de los impuestos a la importación pagados⁷⁸² 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 intervención 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 las 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 peruano⁷⁸³.

cc) Fraude en el precio o cantidad de las mercancías

En el literal c) del artículo 5 de la LDA se contemplan dos formas específicas de defraudación de rentas de aduanas. Por un lado, se tipifica la sobrevaluación o subvaluación del precio de las mercancías y, por el otro, se sanciona también la variación de la cantidad de las mercancías. Es obvio que se trata de mercancías que son objeto de una operación de comercio

782 Vid., SAMHAN SALGADO, *Ilícitos tributarios*, p. 462.

783 Vid., con mayor detalle, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, pp. 297 y ss.

exterior. Ambas formas de realización típica deben estar dirigidas a obtener incentivos o beneficios económicos establecidos por la legislación nacional, o a dejar de pagar, en todo o en parte, derechos *antidumping* o compensatorios. Si no son idóneas para alcanzar este objetivo, entonces no podrán tener relevancia penal. Tampoco lo serán si su incidencia defraudatoria recae sobre aspectos aduaneros distintos a los expresamente indicados en el tipo penal, como el pago de los tributos o gravámenes aduaneros. En este último caso, lo que procede es aplicar el tipo penal básico de defraudación de rentas de aduanas, siempre que se llegue efectivamente a dejar de pagar, en todo o en parte, la deuda tributaria aduanera.

La particularidad típica de la modalidad especial del delito de defraudación de rentas de aduanas aquí analizada que la hace más incisiva que el tipo penal básico es el hecho de que no se exija, para la consumación del delito, la obtención efectiva de los beneficios económicos o la falta de pago de los derechos *antidumping* o compensatorios ("a fin de obtener"). En efecto, si se analiza debidamente el tenor del tipo penal, se podrá llegar a la conclusión de que tanto la sobrevaluación o subvaluación 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 obtener incentivos o beneficios económicos establecidos por la legislación nacional o para dejar de pagar, en todo o en parte, derechos *antidumping* o compensatorios. A diferencia del tipo penal básico, entonces, esta figura especial no se constituye como un delito de resultado, sino como un delito de peligro abstracto con un elemento subjetivo de tendencia.

dd) Alteración o modificación de la información contenida en las mercancías

La alteración de diversos datos de las mercancías que son relevantes para la determinación de la obligación tributaria aduanera, constituye también una modalidad especial del delito de defraudación de rentas de aduanas conforme a lo dispuesto por el literal d) del artículo 5 de la LDA. Hay que precisar, sin embargo, que no se trata de la información que brinda el operador de comercio exterior a la Administración Aduanera, sino de la información que está contenida en el propio producto o anexada al mismo. El dispositivo legal distingue dos formas de realización del delito: por un lado,

la alteración de la descripción, marcas, códigos, series, rotulado o etiquetado y, por el otro, la modificación del origen o de la subpartida arancelaria. Al hacerse una enumeración cerrada de la información contenida en el producto que puede ser variada de manera penalmente relevante, la alteración o modificación 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.

Dos particularidades llaman la atención de la configuración típica de la modalidad de alteración de mercancías. Por un lado, el tipo penal distingue entre alteración y modificación. Al parecer no hay una marcada diferencia semántica entre ambos verbos típicos, por lo que tal distinción típica no tendría mayor justificación. Podría alegarse, sin embargo, que el verbo típico “modificar” está referido a información que no necesariamente se encuentra contenida en la mercancía, pero tal alegación perdería peso si se tiene en cuenta que el uso de información falsa está abarcado por la modalidad especial de importación fraudulenta (artículo 5 literal a de la LDA). Bajo estas circunstancias, lo razonable es interpretar que ambas formas de realización del delito están referidas a variaciones de la información contenida en la mercancía o producto, siendo el sentido de la diferenciación que respecto del origen o los datos que determinan la subpartida arancelaria (TARIC) lo más exacto lingüísticamente es hablar de una modificación.

La alteración o modificación de la información contenida en las mercancías debe estar dirigida a obtener, en forma ilícita, beneficios económicos establecidos en la legislación aduanera nacional. Como puede verse, también en esta modalidad especial la obtención de los beneficios económicos no se constituye como un elemento objetivo que deba materializarse, sino como un elemento subjetivo de tendencia del autor. No es necesario, por lo tanto, la efectiva obtención de un beneficio indebido. Pero esta prescindencia objetiva no debe llevar a renunciar a la idoneidad objetiva de la alteración o variación para dejar de pagar las obligaciones aduaneras. Así, por ejemplo, si la alteración del etiquetado de las mercancías mantiene inalterable el pago de los tributos o derechos aduaneros, entonces no se configurará la modalidad especial aquí analizada del delito de defraudación de rentas de aduanas. Lo anterior no excluye, sin embargo, la eventual aplicación de otros tipos penales, como sería el caso, para seguir con el ejemplo usado, del delito de estafa si se cambia la fecha de caducidad del producto importado o, incluso,

de un delito contra la salud pública si el consumo del producto caducado puede poner en peligro la vida o la salud del consumidor.

ee) Uso indebido de mercancías en tránsito o reembarque

El literal e) del artículo 5 de la LDA 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. El régimen de tránsito permite que las mercancías provenientes del exterior que no están destinadas al territorio aduanero, sean transportadas, bajo control aduanero, de una aduana a otra dentro del territorio aduanero o con destino al exterior, con suspensión del pago de los derechos arancelarios y demás tributos aplicables a la importación para el consumo y los recargos correspondientes. El régimen aduanero de reembarque permite, por su parte, que las mercancías que se encuentran en un punto de llegada, en espera de la asignación de un régimen aduanero, puedan ser reembarcadas desde el territorio aduanero con destino al exterior, siempre que no se encuentren en situación de abandono. Por excepción podrá reembarcarse la mercancía destinada a un régimen aduanero que, como consecuencia del reconocimiento físico, se constate que su importación está prohibida o restringida, se encuentre deteriorada o no cumpla con el fin para el que fue importada.

La modalidad especial de uso indebido de mercancías en tránsito o reembarque 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 solo provisionalmente sin que estén destinadas al uso o consumo interno⁷⁸⁴. Posiblemente la conducta de almacenamiento presente mayores dudas sobre su incompatibilidad 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 interno de las mercancías. La falta de conformidad de las conductas típicas con los regímenes de tránsito o reembarque se hace explícito con el elemento normativo de “incumpliendo la normativa reguladora de estos regímenes aduaneros”. Se asume la técnica

⁷⁸⁴ En este sentido, SAMHAN SALGADO, *Ilícitos tributarios*, p. 463.

legislativa de la ley penal en blanco con la finalidad de que la conducta típica solamente alcance relevancia penal si constituye una infracción de los regímenes de tránsito y reembarque.

C. El delito de receptación aduanera

El delito de receptación aduanera se encuentra regulado en el artículo 6 de la LDA, castigando a quien adquiere o recibe en donación, en prenda, almacena, oculta, vende o ayuda a comercializar mercancías cuyo valor sea superior a cuatro 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 CP, lo que suscita espontáneamente la pregunta de por qué entonces hacer una regulación penal especial. En los escritos especializados se afirma que, en el ámbito aduanero, la receptación tiene la particularidad de producir un efecto criminógeno particularmente intenso, en la medida que consolida las condiciones de la actividad criminal y favorecen su continuidad⁷⁸⁵. Esta situación no solo justifica la regulación especial, sino especialmente la mayor penalidad que se contempla en relación con la regulación general de la receptación.

En cuanto al bien jurídico protegido, 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 penal⁷⁸⁶. 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 correspondientes⁷⁸⁷, pues sobre ellas recae una prenda legal para el pago de la deuda tributaria aduanera (artículo 175 de la LGAd). Por el contrario, si el delito aduanero previo es solamente el

785 En este sentido, RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, *Delitos aduaneros*, pp. 181 y ss. Por el contrario, SAMHAN SALGADO, *Ilícitos tributarios*, p. 464, considera innecesaria una regulación especial para el ámbito aduanero.

786 Sobre el carácter patrimonial del delito de receptación, ARZT, *NStZ* 1981, p. 10; OTTO, *Jura*, 1985, p. 148; SEELMANN, *JuS* 1988, p. 39.

787 Así, KRISCH, *Die Steuerhehlerei*, pp. 42 y ss., entiende que se protege el interés del fisco de cobrar los tributos dejados de pagar con las mercaderías introducidas.

contrabando o el tráfico de mercancías prohibidas, el desvalor de la recepción aduanera radicaré 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. Por lo tanto, puede decirse que el bien jurídico penalmente protegido por el delito de recepción aduanera es la expectativa del Estado en la eficacia del control aduanero sobre las mercancías que son objeto de operaciones de comercio exterior. Esta eficacia se traduce, en algunos casos, en la posibilidad de decomisar las mercancías indebidamente introducidas en el territorio aduanero y, en otros, en el aseguramiento del pago de los derechos aduaneros con las mismas mercancías.

a. Los sujetos del delito

El delito de recepción aduanera es un delito común que puede ser cometido por cualquier persona que reúna las condiciones de imputabilidad penal⁷⁸⁸. Pese a esta afirmación general, existe acuerdo en la doctrina penal 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 aduanero previo⁷⁸⁹. Se entiende que en la valoración del delito que hace el legislador al criminalizarlo y fijarle una pena está sin duda presente la negociación posterior de los bienes de procedencia ilícita por parte del autor, aun cuando este aspecto del hecho no se incorpore expresamente 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 recepción⁷⁹⁰. 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 ne-

788 Vid., SAMHAN SALGADO, *Ilícitos tributarios*, p. 463. De manera similar, en el Derecho penal argentino, AROCENA, en *Derecho penal económico*, PE, 2, Balcarce (dir.), p. 137.

789 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; RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, *Delitos aduaneros*, p. 185.

790 Vid., con mayores referencias, KRISCH, *Die Steuerhehlerei*, pp. 94 y ss.

gociación del bien proveniente del delito previo es una conducta esperable no solo 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 este podrá responder también como autor del delito de receptación.

El sujeto pasivo del delito es el Estado, en tanto titular de la potestad aduanera. La entidad estatal que representa al Estado en este ámbito específico es la Administración Aduanera, a la que legalmente se le instituye como el sujeto activo de la relación jurídica aduanera. El que un particular pueda resultar también perjudicado por el acto de receptación aduanera, no lo convierte en titular del bien jurídico penalmente protegido, sino solamente en un perjudicado con derecho a ser civilmente indemnizado. La figura del sujeto pasivo no coincide necesariamente con la del perjudicado por el delito.

b. La conducta típica

La conducta típica del delito de 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 previa 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 a vender el bien obtenido ilícitamente. Desde esta lógica criminológica, en la doctrina penal alemana se considera un elemento implícito del delito de receptación que el receptor 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 ilícita⁷⁹¹. La actuación que caracteriza al receptor 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

⁷⁹¹ Vid., así, OTTO, *Jura* 1985, p. 153. De otro parecer, KRISCH, *Die Steuerhehlerei*, p. 137.

lugar a título oneroso (*adquirir*) o incluso a título gratuito (*recibir en donación*). En ambos casos se requiere que el receptor reciba el bien⁷⁹². Si bien podría cuestionarse que en la donación exista propiamente un acto de comercialización que permita hablar de una 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 apunta 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 posesión de las mercancías⁷⁹³, 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. Ambos actos tienen lugar en una fase de agotamiento del

792 Para la adquisición se requiere no solo la celebración de un contrato, sino también la recepción de la mercancía, pues solo puede hablarse de adquisición cuando se tiene un poder de disposición sobre el bien. Así, en la doctrina alemana, KRISCH, *Die Steuerhhehlerei*, p. 138.

793 Igualmente, KRISCH, *Die Steuerhhehlerei*, p. 148.

delito, es decir, en el momento de la obtención de un beneficio económico por las mercancías de procedencia delictiva. 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 accesoriedad, de la falta de castigo por el delito de receptación del autor del delito previo⁷⁹⁴. 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 de comercialización realizados tanto por el autor del delito previo como por un tercero (receptor).

c. El objeto material del delito

El objeto material 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 recaigan 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 debe alcanzar un valor superior a cuatro 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,

⁷⁹⁴ Similarmente, KRISCH, *Die Steuerhhelei*, p. 161.

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 aduanera⁷⁹⁵.

Si bien la receptación aduanera tiene una autonomía típica, existe una innegable relación de accesoriedad con el hecho previo, en la medida que presupone 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, por lo menos, una conducta típica y antijurídica, no siendo necesaria, por el contrario, la culpabilidad del autor⁷⁹⁶. 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 consumado⁷⁹⁷, 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 subrepticamente 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 de 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.

795 Igualmente en el delito alemán respecto de la receptación tributaria, KRISCH, *Die Steuerhehlerei*, p. 73.

796 En este sentido, KRISCH, *Die Steuerhehlerei*, p. 77.

797 Vid., en este sentido, KRISCH, *Die Steuerhehlerei*, p. 90.

d. El elemento subjetivo

El delito de receptación aduanera debe cometerse, en principio, 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 ilícita⁷⁹⁸. El autor debe conocer al momento de realizar la conducta típica, que las mercancías provienen de un delito aduanero⁷⁹⁹, aunque no se exige el conocimiento de las particularidades del delito previo, la forma de introducción de la mercancía o el monto de las rentas de aduanas defraudadas. Si bien el receptor 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 acreditación del dolo en el delito de receptación aduanera presenta cierta particularidad que conviene destacar. El tipo penal no sigue la lógica psicologista que impera aún en la comprensión de la parte subjetiva del delito, sino que ensaya, más bien, una determinación del dolo con parámetro normativos de carácter objetivo. Conforme al tenor del artículo 6 de la LDA son las circunstancias del hecho las que permiten determinar si el autor actuó dolosamente en la receptación aduanera⁸⁰⁰. Por lo tanto, el dolo no es la constatación de un conocimiento psicológico del autor, sino la imputación de dicho conocimiento a partir de las circunstancias del hecho⁸⁰¹. En este sentido, el dolo se determina con un baremo normativo de carácter objetivo. En nuestra opinión, esta línea de interpretación es la que debería seguirse no solo en el delito de receptación aduanera, sino en los delitos económicos en general⁸⁰².

798 Vid., KRISCH, *Die Steuerhhelei*, p. 166.

799 Vid., AROCENA, en *Derecho penal económico*, PE, 2, Balcarce (dir.), p. 138.

800 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 Steuerhhelei*, 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.

801 Igualmente, RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, *Delitos aduaneros*, pp. 195 y ss.

802 Vid., de manera general, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, pp. 470 y ss. Por contrario, críticamente, BRAMONT-ARIAS TORRES, *Actualidad Jurídica*, t. 116, julio 2003, 74.

La opinión mayoritaria sostiene que la actuación culposa en la negociación de mercancías provenientes de delitos aduaneros no se encuentra penalmente sancionada. Si bien el tipo penal sanciona también a quien debía presumir que las mercancías provenían de un delito aduanero, lo que se sostiene es que tal apertura del tipo subjetivo solamente alcanza para abarcar el dolo eventual. Este parecer no es, sin embargo, aceptable, pues con dicha lógica, el dolo eventual no podría sancionarse en todos los otros delitos que no tengan una redacción similar. Lo que corresponde, por lo tanto, es dar cabida a supuestos culposos, los que por razones de fragmentariedad solamente podrían sancionarse penalmente si son especialmente graves. Por lo tanto, el delito de receptación aduanera admite también el castigo a título de culpa, si el agente incumple deberes de cuidado específicos que le impone su ámbito de actuación (culpa profesional).

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 mera conducta, pues la ejecución de cualquiera de los actos típicos dificulta la labor de control aduanero. En la medida que la conducta típica pueda realizarse mediante diversos actos, podría presentarse un caso de tentativa inacabada, por ejemplo, si el autor realiza el pago para adquirir la mercancía, pero por razones ajenas a su voluntad no la recibe.

f. Intervención delictiva

Dado 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. Este dominio puede expresarse en cualquiera de las formas de autoría (directa, mediata o coautoría). 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 una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y una pena de 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 ser calificado como un tipo penal agravado respecto del delito de receptación común.

D. El delito de financiamiento de delitos aduaneros

El artículo 7 de la LDA eleva a la categoría de un delito aduanero autónomo la financiación de la comisión de delitos aduaneros. La finalidad político-criminal de este dispositivo apunta 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 instigación o, en todo caso, de cooperación en un delito aduanero. Si se siguiesen las reglas generales de la intervención delictiva, los que realizan los delitos aduaneros con pleno dominio del hecho deberían responder como autores, mientras que la responsabilidad penal de los que financian estas actividades solo podría sustentarse en el hecho de haber determinado a los autores a realizar los delitos aduaneros (instigación) 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 indepen-

diente 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. Los sujetos del delito

Autor del delito puede ser cualquier persona que disponga de los medios suficientes para financiar la comisión de delitos aduaneros. 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. Sin embargo, no hay duda de que el financiamiento debe ser para un delito aduanero que cometerá otro⁸⁰³, pues nadie financia su propio delito. 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. El sujeto pasivo del delito lo será la Administración Aduanera, en tanto titular del bien jurídico afectado por los diversos delitos aduaneros.

b. La 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 solo podrá entenderse el suministro de recursos económicos, quedando fuera el suministro de otros medios materiales que pudiesen favorecer la realización de un delito aduanero. La entrega de medios no económicos solo podrá dar lugar, entonces, a un acto de participación en el delito aduanero correspondiente. Si bien es posible decir 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.

803 Del mismo parecer, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 517.

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 podrán configurar objetivamente el delito aduanero aquí analizado. Así, por ejemplo, el pago de una deuda o la concesión de un crédito bancario, no pueden 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 vaya a hacer 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 no es un dato típicamente relevante, por lo que no resulta necesario que el financista proporcione recursos económicos propios para la comisión de los delitos aduaneros. Esto se desprende además del propio tenor del tipo penal, el cual abarca expresamente los casos en los que el financista utiliza recursos económicos ajenos, al castigar el financiamiento no solo por cuenta propia (medios propios), sino también por cuenta ajena (medios ajenos)⁸⁰⁴. Si los fondos utilizados en el acto de financiamiento tienen un origen delictivo, es igualmente irrelevante, con independencia de la posible concurrencia de un delito de lavado de activos.

El tipo penal se configura con la acción de financiar, no siendo necesario que los delitos aduaneros financiados se ejecuten o se consumen. A diferencia de las reglas de la participación, el castigo del financiamiento de delito 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 delito aduanero de financiamiento 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

804 Vid., igualmente, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 517.

delito aduanero puede también castigarse conforme al artículo 7 de la LDA. 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 como delito de financiamiento de delito aduanero. Lo que claramente está al margen de lo típicamente relevante es el financiamiento de meras infracciones administrativas aduaneras, a no ser que puedan reconducirse a la figura del delito de contrabando fraccionado, en cuyo caso su financiamiento sí alcanzará relevancia penal.

c. El elemento subjetivo

El delito de financiamiento de un delito aduanero es un delito doloso, de manera que, a nivel 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 específicamente 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 inacabada 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. Intervención delictiva

Las reglas generales de la intervención delictiva se aplican plenamente en el delito de financiamiento de delito aduanero. Como estamos ante un delito de dominio, autor del delito será quien 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 mediata (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 del delito aduanero se haya configurado como un delito autónomo trae como consecuencia que a este tipo se le apliquen igualmente las reglas generales de la 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 delito aduanero 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 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 ni 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. Esta desproporcionalidad de las penas encontraría explicación en la finalidad político criminal de eliminar una de las principales causas del incremento de conductas delictivas lesivas del control aduanero.

E. El delito de 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 mercancías⁸⁰⁵. Este delito no se 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 sobre la prohibición o restricción de la circulación internacional de ciertas mercancías. Las razones para esta prohibición o restricción pueden ser de diversa índole (económica, ambiental, cultural, etc.). No obstante, lo que sí debe quedar claro es que la prohibición penal que ahora analizamos se limita a las prohibiciones o restricciones en el tráfico de determinados bienes por criterios de regulación del comercio internacional de mercancías, no por su naturaleza ilícita.

a. Los sujetos del delito

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 del delito no se requiere ninguna calidad especial. La autoría puede presentarse en cualquiera de sus tres formas. De manera especial, cabe hacer referencia a la coautoría, la cual tiene lugar cuando varias personas intervienen con un dominio relevante en la comisión de este delito. A diferencia de lo sostenido por la doctrina penal 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

805 Sobre el concepto de prohibición de entrada, salida o tráfico, VOSS, *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), § 372, n.m. 19 y ss.

finalidad de importar o exportar mercancías prohibidas o restringidas, no será necesario recurrir a la figura de la autoría mediata por el 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 la ejecución del delito aduanero bajo análisis.

La participación en el delito de tráfico mercancías prohibidas o restringidas resulta igualmente posible, tanto bajo la figura de una instigación al delito, como de una complicidad en grado primario o secundario. Si la instigación se hace por medio del ofrecimiento de dinero, entonces el delito de financiamiento de delito aduanero desplazará a esta forma de participación. En cuanto a la complicidad, el aspecto temporal resulta de especial importancia para poder distinguirla de la realización de un delito de receptación aduanera o de encubrimiento. En efecto, solamente podrá ser calificado de complicidad aquel aporte realizado hasta antes de la consumación del delito o durante el agotamiento que está en unidad de acción con el acto consumativo. Los actos posteriores solo podrán dar pie a una imputación por los delitos de receptación aduanera o encubrimiento, de reunirse los elementos constitutivos correspondientes.

Un punto especialmente relevante es la posibilidad de responsabilizar penalmente al funcionario aduanero que no impide el tráfico de las mercancías prohibidas o restringidas. Su posición de garante respecto del control del ingreso o salida de dichas mercancías, permite imputarle el delito en comisión por omisión con base en el artículo 13 del CP. Es evidente que, en este caso, el fundamento de la imputación no es el dominio del riesgo prohibido, sino la competencia institucional que surge del deber estatal que se le asigna. Por lo tanto, su responsabilidad penal será siempre a título de autor.

b. La conducta típica

La conducta típica puede ser realizada de dos formas: mediante la introducción al país de mercancías cuya importación está 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 ex-

portación. 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.

Para la realización del tipo penal es necesario que la operación de importación o exportación de las mercancías haya concluido. En este sentido, por ejemplo, si una persona importa mercancías que llegan al territorio aduanero, pero que no son nacionalizadas por estar prohibida su importación, no responderá por el delito aduanero de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas. Podrá incluso reembarcar las mercancías a otro país tal como se lo autoriza la normativa aduanera. El delito se configura, por lo tanto, una vez que las mercancías ingresan o salen del territorio nacional, lo que no sucederá mientras estén aún sometidos al control aduanero.

Pero lo que define el injusto penal del delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas es la forma como se lleva a cabo la introducción o extracción de dichas mercancías. El tipo penal establece dos circunstancias posibles: que el autor haya utilizado un medio irregular o artificioso, o que haya infringido normas específicas. Si no sucede lo uno o lo otro, la conducta no será típica, aun cuando las mercancías prohibidas o restringidas lleguen a ingresar o salir del país. Será un hecho que caerá dentro del ámbito de competencia de la Administración Aduanera y por el que no podrá hacerse penalmente responsable al importador o exportador de las mercancías.

La circunstancia típica de “utilizando cualquier medio o artificio” es, sin duda, un elemento típico de carácter abierto, pues le permite al juez penal evaluar cualquier medio irregular capaz de encubrir la naturaleza prohibida o restringida de las mercancías que se someten a importación o exportación. Este medio irregular o artificioso podría ser, por ejemplo, alterar el rotulado del producto para ocultar un componente o material que no puede ser importado o solamente si se cuenta con cierto certificado de conformidad. Lo decisivo es que se genere una situación de desconocimiento de la Administración Aduanera sobre el tipo de mercancía, de modo tal que no pueda ser identificada como de tráfico internacional prohibido o restringido.

La otra circunstancia típica prevista es que la conducta típica se realice “infringiendo normas específicas”. La referencia a normas específicas hace que la modalidad aquí analizada se constituya como una ley penal en blan-

co. A diferencia de la anterior, esta circunstancia típica se circunscribe al caso de las mercancías restringidas, en la medida que solamente en este caso existe la posibilidad de su importación o exportación, si se cumple lo establecido en las normas aduaneras específicas. En primer lugar, debe contarse con toda la documentación requerida por las normas específicas, tal como lo dispone el artículo 194 del Reglamento de la LGAd. En segundo lugar, si la normatividad específica exige la inspección física por parte de la entidad competente, esta deberá realizarse en coordinación con la autoridad aduanera. Si se infringe alguno de los aspectos legalmente establecidos a nivel documental o de la inspección, entonces la importación o exportación de la mercancía restringida dará lugar al tipo penal bajo comentario.

c. El objeto material del delito

El objeto material del delito previsto en el artículo 8 de la LDA son las mercancías cuya importación o exportación se encuentran prohibidas o restringidas. Para determinar cuáles son las mercancías cuya importación o exportación se encuentran prohibidas o restringidas hay que recurrir a diversos dispositivos legales. No obstante, en el procedimiento específico de control de mercancías restringidas INTA-PE-00.06, se hace una sistematización de las mercancías prohibidas y restringidas, agrupando las dispersas normas jurídicas sobre prohibición o restricción del tráfico internacional de mercancías. Lo que sí establece expresamente el tipo penal es que el valor las mercancías prohibidas o restringidas sea superior a cuatro unidades impositivas tributarias. Para determinar el valor de las mercancías debe seguirse los parámetros establecidos en el artículo 6 del Reglamento de la LDA.

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 específicas⁸⁰⁶. Así, por ejemplo, la realización de un delito de tráfico de drogas o

806 Vid., HÜBNER, en *Abgabeordnung*, preliminares al § 372, n.m. 81; WAMERS, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 20, n.m. 132.

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 o no.

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) o de otro orden (ambientales, culturales, etc.). Argumento 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 o el dinero falsificado. 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 orden interno, se prohíbe o restringe su importación o exportación.

d. El 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, por lo que el delito podrá cometerse perfectamente con un dolo de consecuencias necesarias o incluso 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 encuentran prohibidas o restringidas. 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 cuatro 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 tal desconocimiento un error de prohibición, pues la prohibición de importación o exportación se identificaría con la prohibición penal misma⁸⁰⁷. 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.

En la medida que el tipo penal establece expresamente que las mercancías superen el valor de cuatro 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 nacional⁸⁰⁸. Si las mercancías pasan irregularmente por las zonas habilitadas para el control aduanero, el delito se consumará cuando el dueño o consignatario pueda

807 Vid., así, SAMSON, en *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.), p. 109.

808 Vid., con mayores referencia, HÖSER, *Vorbereitungshandlung*, p. 201.

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 efectivamente introducir o extraer del país dichas mercancías. 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 país⁸⁰⁹.

f. Penalidad

El delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas se castiga con una pena elevada: una pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años, y una 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 de proporcionalidad, pues si se le compara, por ejemplo, con el delito de homicidio doloso, podrá constatar 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

809 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.

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 protegidos.

3. Circunstancias de agravación de la pena de los delitos aduaneros

El artículo 10 de la LDA establece una serie de circunstancias de agravación de la pena para 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 parece ser afirmativa si se atiende al tenor literal, en donde no se hace ninguna restricción a su ámbito de aplicación. Sin embargo, un dato que puede suscitar dudas sobre esta afirmación es el hecho de que los marcos penales de determinados delitos aduaneros son iguales al previsto para las circunstancias de agravación, por lo que no habría, en estricto, una agravación de la pena. En el delito de financiamiento de delitos aduaneros, por ejemplo, la pena privativa de libertad prevista coincide con la pena agravada. Pese a esta identidad de las penas privativas de libertad, sin embargo, la agravación sigue teniendo sentido en este delito aduanero, pues la pena adicional de multa sí es mayor en los supuestos agravados. Más complicada es la situación 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. Esta situación podría llevar a la conclusión de que las circunstancias agravantes no resultarían aplicables a este delito aduanero. Sin embargo, tal deducción tampoco es correcta, pues las agravantes seguirán encontrando aplicación en los delitos de tráfico de mercancías prohibidas y restringidas que no superen el valor de cuatro unidades impositivas tributarias. Al ser el valor exigido del bien una condición objetiva de punibilidad del tipo básico, no habrá ningún obstáculo dogmático para aplicar las agravantes a los casos en los que el delito recaiga sobre mercancías con un valor que no supere el límite establecido.

Las distintas circunstancias agravantes previstas en el artículo 10 de la LDA pueden sistematizarse en función del fundamento del incremento de pena. Esta sistematización facilita en gran medida su comprensión, por lo que se procederá a exponerlas en función del fundamento por el que se agrava la pena.

A. Por la calidad del sujeto activo del delito

La gravedad del delito aduanero aumenta si sobre quien interviene en su realización recae un deber especial⁸¹⁰. La Ley de Delitos Aduaneros ha previsto, en este orden de ideas, supuestos de agravación de la pena para los intervinientes en el delito que tengan la calidad de funcionario o servidor público o se les haya delegado ciertas funciones públicas. En estos casos, no solo se produce un incremento de la pena, sino que el artículo 10 de la LDA prevé, en su última parte, una pena de inhabilitación conforme al artículo 36 inciso 1, 2 y 8 del CP. Dado que no se especifica el *quantum* de esta pena restrictiva de derechos, hay que suponer que debe ser tratada como una pena accesoria que debe durar lo mismo que la pena privativa de libertad. Como rasgo común, cabe señalar que estos supuestos de agravación no pueden comunicarse a los otros intervinientes en el delito que no reúnen tal estatus especial (artículo 26 del CP).

Las agravantes de la pena en los delitos aduaneros por la calidad del sujeto activo del delito están previstas en los literales b y c del artículo 10 de la LDA. De estas disposiciones penales se pueden desprender tres grandes grupos de agravación.

- *Si un funcionario o servidor público interviene en el hecho en calidad de autor, instigador o cómplice primario, en el ejercicio o en ocasión de sus funciones, abusando de su cargo* (artículo 10 literal b). Lo primero que requiere esta agravante es que el interviniente en el delito sea un funcionario o servidor público. En la medida que la Ley de Delitos Aduaneros no contiene una definición de funcionario o servidor público, puede recurrirse a la definición recogida en el artículo 425 del CP. Por otro lado, la agravante no se aplica a cualquier funcionario o servidor público que interviene en el delito aduanero, sino solamente al que lo hace en calidad de autor, instigador o cómplice primario. Fuera de su ámbito de aplicación quedará, por lo tanto, la figura del cómplice simple o secundario, regulada en el segundo párrafo del artículo 25 del CP. En este último caso, la pena aplicable se determinará con base en la prevista para el tipo penal básico, debiéndose valorar la circunstancia de la calidad especial al momento de individualizar la pena.

810 Vid., en el mismo sentido, AROCENA, en *Derecho penal económico, Parte especial*, t. 2, Balcarce (dir.), p. 102.

Debe hacerse la indicación de que, conforme al tenor del artículo 10 literal b de la LDA, no basta simplemente con que el interviniente en el delito posea el estatus de funcionario o servidor público, sino que es necesario que haya cometido el delito en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, abusando de su cargo. Esto significa que la actuación irregular del funcionario o servidor público en el desarrollo ordinario de sus funciones debe haberse realizado abusando de las potestades que el cargo le confiere⁸¹¹. Siguiendo el principio de prohibición de doble valoración de las agravantes, la aplicación de esta agravante específica conllevará la inaplicación de la agravante genérica del prevalimiento del cargo contemplada en el artículo 46 A del CP.

- *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 en virtud de una delegación. Esta delegación de funciones a particulares constituye uno de los principios rectores de la actividad aduanera, tal como se desprende del artículo 6 de la LGAd, en donde se establece que el Estado promueve la participación de los agentes económicos en la prestación de los servicios aduaneros, mediante la 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. Esta circunstancia de agravación requiere solamente que el interviniente en el delito aduanero lo haga en el ejercicio de las funciones delegadas.

- *Si 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*

811 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.

represión de los delitos tipificados en la presente ley, interviene en el hecho en calidad de autor, instigador o cómplice primario (artículo 10 literal c). Parecería ser que esta circunstancia de agravación por la calidad del agente no agrega 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, pues 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 funcional”, de manera que la agravación se producirá 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 experimentan una agravación también por el modo de comisión empleado, en la medida que con ello se ponga de manifiesto una especial peligrosidad del autor. En el artículo 10 de la LDA se contemplan especialmente los siguientes supuestos de agravación:

- *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 aquí 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 de 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

ros, entonces solo podrá ser castigado como autor de un delito de coacciones o contra la integridad física. Si la violencia física en la comisión del delito aduanero deviene en un delito contra la vida, el cuerpo y la salud, entonces lo que corresponde no es aplicar la agravante aquí analizada, sino las reglas del concurso de delitos.

- *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 con 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 ante una eventual detección del ilícito aduanero. 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 al autor de un delito no se le puede exigir permitir 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. De su tenor literal, se desprende que no puede aplicarse esta agravante si se utiliza el nombre de una persona natural o jurídica existente, pero que desconoce del hecho.

C. Por el objeto material 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 especial 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 material del delito que fundamentan la agravación. El desconocimiento de estas circunstancias daría lugar a un error de tipo que limitaría la imputación penal al tipo básico (artículo 14 del CP). Dentro del criterio de agravación de la pena por el objeto material del delito se pueden incluir las siguientes circunstancias de agravación:

- *Las mercancías objeto del delito sean armas de fuego, municiones, explosivos, elementos nucleares, diesel, gasolinas, gasoholes, abrasivos químicos o materiales afines, sustancias o elementos que por su naturaleza, cantidad o características puedan afectar o sean nocivas a la salud, seguridad pública o el medio ambiente* (artículo 10 literal a). Esta circunstancia de agravación de la pena se refiere a la peligrosidad de las mercancías que son objeto del delito aduanero 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. No hay duda que la introducción sin control aduanero de estas mercancías traen consigo el riesgo de un transporte, tratamiento o almacenamiento inapropiados, capaces de desencadenar una situación de afectación general.

- *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 que 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 au-

ténticos. Si bien la agravante no exige que se produzca efectivamente una afectación a los derechos industriales, ni tampoco un fraude a los consumidores, el sustento de la mayor gravedad penal se encuentra precisamente en el peligro de una 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 solo por la mayor importancia del control en la entrada o salida de estos productos, sino también por el monto que se puede llegar a defraudar, en el caso de los tributos y derechos aduaneros que debieron haberse cancelado. La verificación de esta circunstancia de agravación requiere evidentemente que se haga una adecuada valoración de las mercancías que constituyen el objeto material del delito aduanero conforme a los parámetros establecidos en los artículos 15, 16, 17 y 18 de la LDA y su reglamento.

- *Cuando las mercancías objeto del delito sean productos industriales envasados acogidos al sistema de autenticación creado por ley* (artículo 10 literal l). Esta circunstancia de agravación no se encontraba prevista en la redacción original de la Ley de Delitos Aduaneros, sino que ha sido incorporada por la Ley N.º 29769 (Ley de promoción de la calidad y autenticidad de los productos industriales). Un producto industrial envasado acogido al sistema de autenticación es aquel que utiliza un código digital individualizado que procura impedir la adulteración de los envases, recipientes, envolturas o empaques intactos originales de productos industriales nacionales o importados. Para tal efecto se ha creado un sistema de autenticación de productos industriales envasados con códigos digitales individualizados, colocados de manera indeleble en cada envase, recipiente, envoltura o empaque, mediato e inmediato, de estos productos a ser comercializados en el mercado nacional. La evasión del control aduanero impide que la autoridad aduanera pueda hacer la autenticación inmediata de estos productos industriales por medio del sistema de autenticación, lo que genera el riesgo de falsificación del producto. No interesa que el producto sea falsificado o no, sino que no se haya sometido al proceso de autenticación por parte de la Administración Aduanera.

D. Por la extensión del daño

Existe un grupo de agravantes que pueden ordenarse bajo la idea de la extensión del daño, esto es, que el perjuicio al control aduanero o a la recaudación de rentas de aduanas es de especial importancia. Aquí pueden mencionarse las siguientes agravantes:

- *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 evidentemente este aspecto del hecho, aunque no se requiere un conocimiento exacto, sino un conocimiento probable, es decir, que sería suficiente con que el autor actúe 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 sea superior a cinco unidades impositivas* (artículo 10 literal f). Los delitos aduaneros no solo pueden materializarse 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 a raíz del delito aduanero cometido alcanza 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 a consecuencia del delito aduanero cometido.

E. Por el concurso de personas

Finalmente, está el grupo de circunstancias de agravación, cuyo fundamento del incremento de la pena radica en la mayor o especialmente reprochable intervención de personas en la realización del delito. Estas agravantes son las siguientes:

- *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 incremente⁸¹². 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 coautoría 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 aquí analizada 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 apoyo de las otras personas de la organización, está claro que su 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, lo que 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 lo que se instrumentaliza a menores de edad u otros 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

812 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.

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 implicarlos en la realización del hecho delictivo.

4. La regulación especial de la tentativa

El artículo 9 de la LDA realiza una regulación especial de la tentativa para los delitos aduaneros. No obstante, es conveniente indicar que no se hace una definición especial de tentativa para los delitos aduaneros, por lo que la definición del artículo 16 del CP sigue siendo aquí igualmente aplicable. La regulación especial incide únicamente en la parte referida a la penalidad de la tentativa. A diferencia del artículo 16 del CP que prevé una reducción prudencial de la pena, el artículo 9 de la LDA establece una pena fija para la tentativa en los delitos aduaneros: la pena mínima legal que corresponda al delito consumado⁸¹³. Si esta pena fija se ajusta a criterios de Justicia es algo que cabe discutir solo de *lege ferenda*⁸¹⁴. En el mismo artículo 9 de la LDA 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 Penal⁸¹⁵.

5. Las consecuencias jurídicas del delito

Con independencia de la penalidad específicamente prevista para cada delito aduanero, la Ley de Delitos Aduaneros hace hincapié en la posibilidad de aplicarles otras consecuencias jurídicas. Para ello, deberían 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 analizar de manera detenida.

813 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.), pp. 87 y ss.

814 Críticamente por establecer una pena tasada en contra del principio de culpabilidad, BRAMONT-ARIAS TORRES, *Actualidad Jurídica*, t. 116, julio 2003, p. 72.

815 Igualmente, BRAMONT-ARIAS TORRES, *Actualidad Jurídica*, t. 116, julio 2003, p. 72.

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 o concedido un beneficio penitenciario⁸¹⁶. Se trata de una pena, regulada de manera general en el artículo 30 del CP 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.

B. Consecuencias accesorias

a. *El decomiso*

El juez puede ordenar en la sentencia condenatoria el decomiso de los instrumentos del delito (p. e., medios de transporte), los objetos (p. e., las mercancías) o efectos del delito (p. e., las ganancias). Esta medida alcanzará a las mercancías e instrumentos cualquiera que sea las transformaciones que hubiesen podido experimentar. Lo que no es posible es afectar derechos de terceros, de manera tal que el decomiso no procederá si existe un legítimo derecho de tercero. En el caso de los instrumentos del delito, no será posible su decomiso si pertenecen a terceros que no han presentado consentimiento para su utilización. Tampoco pueden ser decomisados los efectos o ganancias que se han transferido a título oneroso a terceros de buena fe. Esta restricción, sin embargo, no opera si se trata de bienes intrínsecamente delictivos, los que deben ser decomisados y destruidos. Los bienes decomisados que no sean intrínsecamente delictivos, pasarán a la esfera de titularidad del Estado. En el caso de las mercancías (objeto del delito) y los instrumentos del delito, la Administración Aduanera es la encargada de adjudicarlos o destruirlos. Una vez resuelto por sentencia condenatoria firme el decomiso de las mercancías y de los instrumentos con los que se hubiere cometido el delito aduanero, previa notificación de la misma, la Administración Aduanera los adjudicará a las entidades del Estado, los gobiernos regionales, municipalidades y a instituciones asistenciales, educacionales, religiosas y otras sin fines de lucro oficialmente reconocidas.

816 Vid., PÉREZ LÓPEZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 22 (abril de 2011), p. 129.

Como medida cautelar que asegura el efectivo decomiso de los bienes, el fiscal puede ordenar la incautación y secuestro de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, así como los instrumentos utilizados para la comisión del mismo⁸¹⁷. Estos bienes 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 la incautación es una medida provisional, debería poder ser variada si se demuestra la falta de los requisitos de procedencia de dicha medida⁸¹⁸. Sin embargo, la Ley de Delitos Aduaneros niega absolutamente esta posibilidad, al disponer que queda prohibido, bajo responsabilidad, disponer la entrega o devolución de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, así como de los medios de transporte o cualquier otro instrumento empleados para la comisión del mismo, en tanto no medie sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento proveniente de resolución firme que disponga su devolución dentro del proceso seguido por la comisión de delitos aduaneros⁸¹⁹. En el caso de vehículos o bienes muebles susceptibles de inscripción registral, queda prohibido, bajo responsabilidad, sustituir la medida de incautación o secuestro de estos bienes por embargos en forma de depósito, inscripción u otra que signifique su entrega física al propietario o poseedor de los mismos. La prohibición de disponer la entrega o devolución de estos bienes alcanza igualmente a las resoluciones o disposiciones dictadas por el Ministerio Público, si luego de la investigación preliminar o de las diligencias preliminares, se declare que no procede promover la acción penal o se disponga el archivo de la denuncia. En dichos casos, corresponderá a la Administración Aduanera la evaluación de la devolución de estas mercancías, bienes, efectos, medios de transporte e instrumentos del delito, previa verificación del cumplimiento de las obligaciones tributarias aduaneras que amparen su ingreso lícito, internamiento, tenencia o tránsito en el territorio nacional⁸²⁰.

817 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.

818 Vid., así, SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 1331.

819 Críticamente, CARO CORIA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 37 (julio de 2012), p. 15; CALDERÓN VALVERDE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 37 (julio de 2012), p. 28.

820 Vid., CALDERÓN VALVERDE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 37 (julio de 2012), p. 27.

Existen determinados bienes incautados que deben ser destruidos inmediatamente o pueden ser adjudicados directamente por la Administración Aduanera, por lo que no es necesario esperar a una sentencia firme que disponga el decomiso. El caso de la destrucción de mercancías está regulado en el artículo 24 de la LDA y resulta aplicable a aquellas que carecen de valor comercial, son nocivas para la salud o el medio ambiente, las bebidas alcohólicas o cigarrillos, las prohibidas o restringidas, entre otras⁸²¹. La adjudicación directa por parte de la Administración Aduanera está prevista en el artículo 25 de la LDA, siendo aplicable a las mercancías que sean necesarias para atender los requerimientos en casos de emergencia, urgencia o necesidad nacional; los alimentos de consumo humano, prendas de vestir y calzado; los medicamentos de uso humano e instrumental y equipos de uso médico y odontológico; las mercancías de uso agropecuario y medicamentos de uso veterinario; las maquinarias, equipos y material de uso educativo; los medios de transporte terrestre, sus partes y piezas e inclusive aquellos prohibidos o restringidos; el diesel, gasolinas y gasoholes. En caso dispusiera la sentencia definitiva la devolución de estas mercancías, la Dirección General de Tesoro Público asumirá el pago sobre la base del monto de la tasación del avalúo y los intereses devengados, determinándose tres meses calendario como plazo máximo para la devolución, contado a partir del día siguiente de la fecha de notificación de la resolución judicial correspondiente.

b. Las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas

El artículo 11 de la LDA contiene una regulación especial de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el marco de los delitos aduaneros. La primera particularidad de esta regulación especial es que las consecuencias accesorias previstas podrán aplicarse no solo 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

821 Vid., BRAMONT-ARIAS TORRES, *Actualidad Jurídica*, t. 118, septiembre 2003, p. 83.

que simplemente invierten capital sin asumir la gestión del negocio, resulta excesivo exigir que los titulares de la persona jurídica conozcan 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 CP. 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, la cual puede llegar hasta los cinco años. De su tenor literal, puede deducirse que esta medida resulta aplicable no solo 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 este caso, una aplicación conjunta con otras medidas contra la persona jurídica. De su propio tenor se desprende también que esta consecuencia accesoria no es aplicable a los negocios unipersonales.

- *Cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales de que disfruten.* Esta medida preventiva 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 o realizar sus actividades (por ejemplo, la autorización para desempeñarse como agente de aduanas conforme al artículo 23 de la LGAd).

- *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 CP. La transcripción 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 CP 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 LDA, 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 LDA. 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. La 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 LDA dispone que el hecho imponible se configure 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 LDA 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 ser precisado, en la fecha de su constatación. Esta misma regla se aplica para la determinación de los derechos *antidumping* o compensatorios cuando corresponda. En los casos en los que la base imponible del impuesto debe determinarse en función de la fecha de embarque de la mercadería, se considerará la fecha de comisión del delito. Si no es posible precisarla, se tomará la fecha de su constatación.

6. La delimitación con las infracciones aduaneras administrativas

La Ley de Delitos Aduaneros tipifica no solo delitos aduaneros, sino también algunas infracciones administrativas enmarcadas en la actividad aduanera⁸²². En la medida que las consecuencias jurídicas previstas para estas infracciones administrativas tienen una diferencia sustancial con las contempladas para los delitos aduaneros y la autoridad competente para imponerlas no es la misma, resulta pertinente precisar el criterio de delimitación que permita seguir el procedimiento sancionatorio que corresponde⁸²³. A diferencia de lo que sucede en otros ámbitos regulatorios, el legislador nacional ha previsto expresamente un criterio de delimitación en el artículo 33 de la LDA. Se trata de un límite cuantitativo, según el cual a partir de cuatro unidades impositivas tributarias la infracción administrativa se convierte en delito aduanero. Este criterio de distinción asumido por la regulación especial de los delitos aduaneros plantea una cuestión teórica y algunos problemas prácticos.

En cuanto a la cuestión teórica, el tenor de la ley parecería abogar por una diferencia meramente cuantitativa entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, pues ambos ilícitos diferirían solamente en la entidad valorativa del objeto material⁸²⁴. Tal conclusión dejaría sin piso a aquel 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 asunción

822 A estas infracciones administrativas deben sumarse otras que están reguladas en los artículos 188 y siguientes de la LGAd.

823 Vid., al respecto, AROCENA, en *Derecho penal económico*, PE, 2, Balcarce (dir.), pp. 53 y ss.; VIDAL ALBARRACÍN, *Delitos aduaneros*, pp. 141 y ss.

824 Así el parecer de MUÑOZ MERINO, *El delito de contrabando*, p. 316.

expresa de un criterio de distinción cuantitativo, no consideramos que ello cierre toda plausibilidad a una argumentación de carácter cualitativo. Es perfectamente verosímil que hayan sido simples razones de seguridad jurídica las que motivaron al legislador a utilizar una referencia cuantitativa para diferenciar el delito aduanero y la infracción aduanera, de la misma forma que se recurre, por ejemplo, a los 18 años como límite para la responsabilidad penal, sin que ello implique una negación de la diferencia cualitativa que hay entre los criterios de imputación penal usados por el Derecho penal común y los que rigen la responsabilidad penal del menor. Es más, del mismo texto legal se desprende que la única distinción entre un delito aduanero y una infracción aduanera no es el valor de las mercancías. Así, para ser más concretos, el delito aduanero requiere siempre de una actuación dolosa, a diferencia de la infracción administrativa que puede ser culposa e incluso meramente objetiva (artículo 189 LGAd). Su diferencia no es, por lo tanto, meramente cuantitativa, sino que, a nivel comunicativo, el delito expresa una lesividad distinta a la que sustenta la intervención administrativa. Por lo tanto, es perfectamente posible sostener que la entidad del delito aduanero es cualitativamente distinta a la que tiene la infracción administrativa aduanera.

Los problemas prácticos del criterio de distinción cuantitativo entre delito aduanero e infracción aduanera se dan a nivel de las consecuencias interpretativas, no deseadas con seguridad por el legislador, que se derivan del tenor de la normativa correspondiente. Conforme al artículo 33 de la LDA, 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 cuatro unidades impositivas tributarias. Si se sigue lo expresamente dispuesto por este artículo, habrá que concluir que la defraudación de rentas de aduanas (artículo 4) y la financiación de delitos aduaneros (artículo 7) 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. La falta de sanción administrativa a la financiación de infracciones aduaneras podría encontrar explicación en el argumento de que esta conducta no genera mayor alarma social, pero lo que resulta contrario a la lógica de la intervención mínima es sancionar penal-

mente 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, a 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 previstas en la Ley de los Delitos Aduaneros reside en el hecho de que para su configuración 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 y, más aún, si se atiende a la conformación puramente objetiva de la infracción aduanera en la Ley General de Aduanas, por lo que hay que entender que debe ser castigada como infracción administrativa la realización no dolosa de las conductas previstas como delitos aduaneros, así como la realización dolosa que, en las figuras previstas, no supere el límite de las cuatro unidades impositivas tributarias.

La concurrencia de una pena y una sanción administrativa por un mismo hecho contrario a la normativa aduanera, debe llevar a que solamente se recurra a la respuesta penal, pues, hacer lo contrario, daría lugar a una infracción del principio del *non bis in idem*.⁸²⁵ En este orden de ideas, hay que enjuiciar críticamente lo dispuesto por el artículo 12 del Reglamento de la LDA 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

825 Sobre la vigencia de este principio en el sector aduanero, RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, *Delitos aduaneros*, pp. 36 y ss.

una sanción penal, dejándose de lado la sanción administrativa que pudiera corresponderle por ese mismo hecho. Distinto es el caso si la sanción administrativa se dirige a un sujeto distinto, por ejemplo, a la persona jurídica, en cuyo caso lo único que será necesario es respetar los hechos judicialmente determinados en el proceso penal contra la persona natural.

7. 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 Aduanera⁸²⁶. 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. Por esta razón, la actual redacción del artículo 19 de la LDA 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 aduanero⁸²⁷. En los lugares donde rige todavía el Código de Procedimientos Penales, la intervención de la Policía Nacional en la investigación del delito podrá tener lugar excepcionalmente en virtud de lo dispuesto por la Ley N.º 27934⁸²⁸.

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

826 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.

827 Vid., CARO CORIA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 37 (julio de 2012), p. 16.

828 Vid., SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 1328.

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 de la LDA. El factor temporal resulta muy importante en la investigación de los delitos aduaneros⁸²⁹, pues evita que los intervinientes en el hecho punible 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 Tributaria 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 CT), lo que permitirá conservar los elementos probatorios para la posterior investigación penal. La falta de comunicación inmediata al fiscal sobre los indicios de comisión de un delito, podrá entenderse como un incumplimiento penalmente relevante del deber funcional.

B. Beneficios por regularización, por colaboración y conclusión anticipada del proceso

Conforme al artículo 189 del CT, la regularización de la deuda tributaria lleva a que no se ejerza la acción penal por el delito tributario. Si sigue el tenor literal, este beneficio tiene que limitarse a los delitos tributarios, de manera tal que no podrá extenderse a los delitos aduaneros⁸³⁰. No obstante, esta limitación legal no impide que pueda recurrirse a una analogía *in bonam partem* para extender este beneficio a los responsables por los delitos aduaneros⁸³¹. 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.

829 Vid., así, WAMERS, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 20, n.m. 28.

830 Igualmente, en el Derecho penal español, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *La exención*, p. 73.

831 Así, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *La exención*, pp. 75 y ss.

Los delitos aduaneros cuentan 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 LDA se establece el procedimiento de terminación 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 aduanero⁸³². 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.

Originalmente los actos de colaboración eficaz respecto de los delitos aduaneros se sometían a las reglas de la derogada Ley N.º 27378, excluyendo expresamente de estos beneficios el caso del delito de financiamiento de los delitos aduaneros. En la actualidad, la regulación de los beneficios por colaboración eficaz, en todos los distritos judiciales, es la que establece el Código Procesal Penal en sus artículos 472 y siguientes. Dentro de su ámbito de aplicación incluye expresamente a los delitos aduaneros, sin mantener la exclusión del delito de financiamiento de delito aduanero. En este sentido, el otorgamiento de beneficios por colaboración eficaz deberá seguir lo dispuesto por esta nueva normativa procesal.

C. Los informes técnicos y contables de los funcionarios de la administración aduanera

El artículo 21 de la LDA 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 probatorio⁸³³. Esta regulación de carácter procesal se reitera en el artículo 11 del Reglamento de la LDA, en donde se vuelve a afirmar el valor probatorio de los informes técnicos y contables

832 Vid., SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, t. II, pp. 1394 y ss.

833 Vid., BRAMONT-ARIAS TORRES, *Actualidad Jurídica*, t. 116, julio 2003, p. 74.

de los funcionarios de la Administración Aduanera, pero se precisa, por un lado, que los informes deben 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 institucional⁸³⁴, siguiendo así la regla general del artículo 194 del CT.

834 CARO CORIA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 37 (julio de 2012), pp. 15 y ss.

TÍTULO IV

**DELITOS COMETIDOS EN
SECTORES ECONÓMICOS
SUPERVISADOS**

CUESTIONES PRELIMINARES

Una de las características más saltantes del sistema económico actual es su alto nivel de complejidad, lo que ha llevado a la configuración de sectores específicos con reglas particulares de funcionamiento, como es el caso del sistema financiero, el mercado de valores, entre otros. Como ya se vio en la parte referida a los delitos relacionados con el libre mercado, es posible que, a raíz de las particulares reglas que rigen estos sectores económicos específicos, se puedan presentar ciertas formas graves de actuación irregular que justifiquen una represión penal y, por lo tanto, la configuración de figuras delictivas específicas para dichos sectores económicos. Además de ello, puede suceder también que el Estado decida llevar a cabo una labor regulación y supervisión de dichos sectores con la finalidad de asegurar el cumplimiento de sus prestaciones específicas dentro del sistema económico. Sin embargo, debe precisarse que no se trata de sectores sometidos a una ordenación estatal –por eso, no se está ante una expresión del orden económico–, sino que estos sectores siguen sujetándose a las reglas generales del libre mercado. Lo que hace el Estado, más bien, es realizar una labor de control sobre la idoneidad de los agentes que actúan en dichos sectores, así como establecer ciertas disposiciones obligatorias que procuren preventivamente evitar disfunciones y, con ello, un perjuicio a los intereses colectivos que están en juego. Esta intervención del Estado en la economía se refuerza, en casos especialmente relevantes, con una norma penal, dando lugar a los delitos económicos en sectores supervisados.

En relación con lo anteriormente dicho, la normativa penal nacional contempla, en primer lugar, un delito de obstaculización de las labores de supervisión estatal general, es decir, para todos los ámbitos económicos en los que realiza labores de supervisión con fines preventivos. Además de este delito económico de carácter general, existen otros tipos penales referidos a la regulación y supervisión en ámbitos específicos. Son tres los ámbitos específicos que cuentan, hasta ahora, con una regulación penal que refuerza la labor de control estatal: el mercado de créditos, el mercado de valores y la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas. En el primero tienen lugar los llamados delitos contra el mercado crediticio, los que están referidos a aspectos diversos como la autorización para operar, la entrega de información requerida, el cumplimiento de ciertas exigencias en la administración del negocio, entre otros más. En el segundo ámbito controlado se agrupan los delitos contra el mercado de valores, dentro de los cuales destacan el uso de información privilegiada, la manipulación de precios, la intermediación bursátil no autorizada y la falsa información de sociedades emisoras. En el sector de la explotación económica de los juegos de casino y máquinas tragamonedas se castiga el desarrollo de la actividad explotativa sin haber cumplido con los requisitos legales para ello.

Capítulo I

EL DELITO DE OBSTACULIZACIÓN DE LAS LABORES DE CONTROL ECONÓMICO

I. Introducción

El modelo económico actual parte del libre mercado, lo que significa que se configura por la libre actuación los agentes económicos. Sin embargo, el Estado no deja absolutamente todo en manos de los privados, sino que interviene con la finalidad de corregir desequilibrios estructurales y, de manera cada vez más extendida, para evitar preventivamente ciertas distorsiones en el mercado. Esta intervención preventiva se traduce en una labor estatal de control o supervisión de los agentes económicos que tiene lugar a través de las llamadas agencias administrativas de supervisión. El Estado despliega, de esta forma, una función administrativa de policía con la finalidad de evitar la generación de situaciones de riesgo en el mercado; función que se lleva a cabo fundamentalmente por medio del otorgamiento de autorizaciones, el ejercicio de labores de inspección y el requerimiento de información económica o comercial⁸³⁵. Para asegurar el cumplimiento de estas labores de prevención de las agencias administrativas, las legislaciones modernas han tomado la decisión de darles un refuerzo penal mediante la incriminación de los actos de obstaculización de sus labores de control o supervisión. En atención al panorama descrito, se puede entender el sentido de la creación de un delito económico de obstaculización a las labores de control económico.

835 Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), p. 312, como un refuerzo cognitivo a los mecanismos de prevención comunicativa o contrafáctica.

El artículo 242 del CP sanciona al “*director, administrador o gerente de una empresa que, indebidamente, rehúsa suministrar a la autoridad competente la información económica, industrial o mercantil que se le requiera, o deliberadamente presta la información de modo inexacto*”. Muy en contra de lo que pudiese deducirse de una simple lectura a su tenor literal, el delito de obstaculización de las labores de control no es un delito que lo que hace es únicamente particularizar el delito de desobediencia a la autoridad en el ámbito económico. Esto no tendría sentido, en la medida que tal delito prevé una pena privativa de libertad exactamente igual a la que se contempla para el delito de desobediencia a la autoridad o, lo que es peor, da incluso la posibilidad de optar alternativamente por una pena de multa. Para poder entender el sentido que tiene el delito de obstaculización de las labores de supervisión, resulta necesario tener en cuenta que este delito se enmarca en el desarrollo de funciones preventivas de las agencias administrativas de control que apuntan a evitar la aparición de riesgos en el mercado. Por lo tanto, su desvalor penal no está en la desobediencia a una orden impartida por un funcionario público, sino en la falta de colaboración del agente económico con las agencias administrativas de control al no entregar la información requerida o hacerlo de forma inexacta. No se trata de una desobediencia, sino de una falta de colaboración⁸³⁶.

II. El bien jurídico penalmente protegido

El bien jurídico penalmente protegido por el delito de obstaculización de las labores de control económico podría determinarse en atención a lo que procura que no se distorsione, esto es, la actividad de control de los órganos administrativos de supervisión económica⁸³⁷. Sin embargo, esta perspectiva identificaría erróneamente el bien jurídico con el objeto de la acción⁸³⁸, lo que traería como consecuencia el riesgo de transformar el in-

836 Sin embargo, SILVA SÁNCHEZ, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?* Silva Sánchez (dir.), p. 322, no niega un parentesco con los delitos de desobediencia.

837 Así, en la normativa penal española, RODRÍGUEZ MOURULLO, en *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, pp. 242 y ss. En la misma línea, MARTÍNEZ RUIZ, *La tutela jurídico-penal de las potestades administrativas*, p. 273 al concretar la tutela penal en la actividad de vigilancia, supervisión e inspección desarrollada, con sumisión a la legalidad sustantiva y procedimental vigente, por los “guardianes de las normas”.

838 Vid., en este sentido, FARALDO CABANA, en *Temas de Derecho penal económico*, p. 119.

justo penal en un ilícito de mera transgresión y, por tanto, la proliferación de objetos ficticios de tutela⁸³⁹. Un sector de la doctrina penal no tiene, sin embargo, inconveniente alguno en señalar que el delito de obstaculización a las labores de control es un delito puramente formal que se configura con un acto de desobediencia a la autoridad supervisora⁸⁴⁰. Sin embargo, tal aceptación presenta serias dificultades para distinguir la infracción administrativa del delito y, por lo tanto, se expone a la crítica de una “administrativización” del Derecho penal, a la vez que deja de lado el aspecto socioeconómico que legitima la intervención penal en este ámbito⁸⁴¹.

Con la finalidad de mantener el tipo penal en relación con un bien jurídico de carácter penal, un sector importante de la doctrina penal española, analizando el delito equivalente a nuestro artículo 242 del CP, sostiene que la protección penal está referida a la claridad y transparencia de las sociedades sometidas a supervisión, lo que estaría expresado como un bien jurídico colectivo inmaterial o institucionalizado⁸⁴². Este bien jurídico, al ser inmaterial, no es susceptible de lesión o puesta en peligro, por lo que su vulneración nunca tendría lugar por una acción típica de obstaculización de las labores de supervisión, sino por una reiteración generalizada de conductas de este tipo. Sin embargo, lo que se afectaría inmediatamente, como bien intermedio con función representativa, es el quebrantamiento de deberes específicos de colaboración con las agencias administrativas de control. A este planteamiento se le ha reprochado no ser más que una metáfora para la incriminación de conductas que muestran una total ausencia de lesividad jurídico-penal⁸⁴³. Lo que se criminaliza, al final de cuentas, es el incumplimiento de un deber de colaboración con la Administración Pública en sus labores de prevención de riesgos para el mercado.

839 Vid., así, los cuestionamientos de MOCCIA, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), pp. 118 y ss.

840 Así, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 158. Igualmente en la normativa penal española, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, en *Portal Derecho Penal*, Hurtado Pozo (dir.), p. 4; JIMÉNEZ VILLAREJO, *RJG* 1 (abril-mayo 1996), pp. 24 y ss.

841 En este sentido, MARTÍNEZ RUIZ, *La tutela jurídico-penal de las potestades administrativas*, p. 267.

842 Así, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, pp. 444 y ss.; FARALDO CABANA, *Temas de Derecho penal económico*, pp. 118 y ss.

843 Así, SILVA SÁNCHEZ, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?* Silva Sánchez (dir.), p. 321.

Si se abandona la clásica visión de los bienes jurídicos como realidades materiales o inmateriales merecedoras de protección penal y se los integra en la actuación de las personas, entonces la potencia explicativa de la categoría del bien jurídico se refuerza significativamente y permite comprender mejor aquello que el artículo 242 del CP protege. El Derecho penal no interviene simplemente ante el deterioro de las realidades cuya mantenimiento o materialización se consideran socialmente deseables. Personas mueren por enfermedades y los bienes se corroen por el paso del tiempo sin que el Derecho penal tenga que intervenir. La pena tiene sentido solo cuando la afectación a las realidades antes mencionadas se deba a la actuación de una persona penalmente responsable. Por un lado, puede ser que la afectación de una realidad valiosa se reconduzca al acto organizativo de una persona, lo que lo hace responsable por haberse organizado responsablemente de esa manera (delitos de dominio o de organización). Por otro lado, puede ser que la afectación a una realidad valiosa o la falta de contribución a la materialización de esa realidad, se deba a que la persona no ha cumplido con un deber positivo específico que se deriva de una institución social (delitos de infracción de un deber). De esta manera se ve con claridad lo que realmente protege el Derecho penal, a saber: la conservación o materialización de realidades valoradas positivamente por la sociedad frente a actos indebidos de organización o la falta de cumplimiento de deberes de naturaleza institucional.

Cuando una persona es competente organizativa o institucionalmente por la aparición de una realidad contraria a lo socialmente esperado, entonces se pone en tela de juicio la vigencia efectiva de la identidad normativa de la sociedad. En este contexto, la prestación social que el Derecho penal cumple es mantener comunicativamente la confianza en dicha identidad pese a la actuación divergente que, en concreto, se ha dado. El medio específico que utiliza para cumplir con esta prestación es la imposición de una pena, cuyo objetivo es poner de manifiesto el fracaso existencial de la persona a la que se le atribuye la actuación divergente. El bien jurídico no es, por lo tanto, la realidad valorada positivamente en sí misma, sino el carácter normativo de la identidad de la sociedad que sirve de esquema de orientación para las personas.

Lo anterior permite concluir que la determinación del bien jurídico penalmente protegido no puede reducirse a establecer la realidad positivamente valorada, sino que debe contextualizarse en las relaciones sociales

correspondientes. Las diversas posiciones que se han formulado sobre el bien jurídico penalmente protegido por el delito de obstaculización de las labores de control coinciden, de una u otra manera, con la finalidad de las labores de control estatal en la economía. Acertadamente SILVA SÁNCHEZ pone en evidencia que, en este nivel, no hay propiamente una situación de riesgo, sino que las labores de supervisión pueden realizarse incluso como controles rutinarios sin que sea necesaria la existencia de indicios concretos de peligro del orden administrativo establecido⁸⁴⁴. Por esta razón, la lógica de la afectación a realidades positivamente valoradas no puede dar una explicación satisfactoria a la configuración del delito de obstaculización de las labores de control económico. Sin embargo, como ya se indicó, el Derecho penal no solo hace frente a conductas que lesionan una realidad existente, sino también a aquellas que no procuran la materialización de una realidad socialmente deseada. En este último caso, la responsabilidad penal no se sustenta en un acto organizativo que lesiona un bien jurídico, sino en el incumplimiento de un deber institucional de contribuir a la generación de una situación socialmente deseable.

La conformación actual del Estado como un Estado vigilante o de la prevención⁸⁴⁵, lleva a que se incorpore dentro de los fines estatales esenciales una labor de control en ciertos sectores altamente riesgosos. No hay duda que la economía es uno de esos sectores sociales. En consecuencia, el Estado asume la función de controlar la actuación de los agentes económicos con la finalidad de evitar que se presenten situaciones riesgosas para los intereses en juego. Por esta razón, se erigen una serie de nuevas instituciones estatales con facultades de control general (como el INDECOPI) o de supervisión específica sobre determinados agentes económicos (como, por ejemplo, las llamadas superintendencias). Si estas instituciones estatales no realizan adecuadamente las labores de control encomendadas, entonces no se estará contribuyendo a establecer el orden socialmente deseado en la economía. No hay duda que son los funcionarios públicos adscritos a estos organismos administrativos de control a quienes les corresponde el deber positivo especial de prevenir la configuración de situaciones peligrosas para los intereses en juego. Por lo tanto, sobre dichos funcionarios tendrían que

844 Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?* Silva Sánchez (dir.), p. 314

845 Así, SILVA SÁNCHEZ, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?* Silva Sánchez (dir.), p. 313.

recaer la competencia jurídico-penal si es que el control no se lleva a cabo adecuadamente.

Lo hasta ahora expuesto no explica, sin embargo, cómo los particulares pueden ser hechos responsables por el cumplimiento defectuoso de unas labores de control que son atribuidas a las agencias estatales de supervisión. Lo que sucede es que el modelo de prevención lleva finalmente a que se le transfieran al ciudadano funciones públicas, integrándolo en una institución estatal a pesar de no estar formalmente incorporado en la misma (competencia cuasi-institucional)⁸⁴⁶. Estas funciones públicas transferidas le obligan a colaborar incluso contra sí mismo, primero tolerando las labores de control de las agencias administrativas y segundo facilitando dicha labor con la entrega de la información requerida. El delito de obstaculización de las labores de control económico se configura precisamente por el incumplimiento del deber de contribuir a la función asignada a las agencias estatales de supervisión de controlar el funcionamiento del mercado para evitar la aparición de situaciones peligrosas para los diversos intereses en juego. En términos dogmáticos, se trataría de un delito de infracción de un deber.

III. Los elementos constitutivos del delito

1. Los sujetos del delito

El delito de obstaculización de las labores de control económico es un delito especial, pues restringe el círculo de autores al director, administrador o gerente de una empresa⁸⁴⁷. Se trata de lo que se conoce doctrinalmente como “delitos de administración en sentido estricto”, es decir, delitos atribuidos a los órganos que ejercen funciones de administración en la empresa⁸⁴⁸. Esta restricción típica del círculo de autores tiene diversas repercusiones en el ámbito de aplicación de la figura delictiva en cuestión. En primer lugar, deja en claro que el delito solamente puede ser cometido respecto de las la-

846 En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?* Silva Sánchez (dir.), p. 323.

847 Igualmente, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 159.

848 Vid., sobre los delitos de administración en sentido estricto KOHLMANN, *Verantwortlichkeit*, p. 1; MUÑOZ CONDE, *Revista penal* 1 (1998), p. 71; GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, pp. 211 y ss.

bores de control que la autoridad competente realiza sobre empresas, pero no sobre sujetos individuales. En segundo lugar, que no cualquier miembro de la empresa controlada puede cometer el delito, sino solamente aquellos que desempeñan cargos de dirección o administración.

En relación con los miembros de la empresa expresamente considerados como potenciales autores del delito, resulta pertinente hacer ciertas precisiones conceptuales. La referencia al estatus de “director, administrador o gerente de la empresa” no debe llevar al error formalista de exigir que el cargo asumido en la empresa se denomine exactamente de esa manera. Puede ser que se utilice para designar el cargo otra denominación (por ejemplo, directivo, jefe, apoderado), lo que no debe afectar la posibilidad de una imputación penal⁸⁴⁹. Lo que importa en una interpretación autónoma de los conceptos jurídico-penales es que el miembro de la empresa tenga funciones de dirección o administración y, por lo tanto, esté en capacidad de ordenar que se entregue a la autoridad correspondiente la información económica o comercial requerida.

Distinto es el caso de los llamados órganos fácticos, esto es, de aquellos que ejercen funciones de administración sin haber accedido formalmente a un cargo de dirección o administración⁸⁵⁰. En este punto es pertinente tener en consideración que el delito de obstaculización de las labores de control económico es un delito de infracción de un deber, de manera tal que no se puede imputar a aquellos que se arrogan fácticamente una posición de administración⁸⁵¹. En consecuencia, aquella persona que unilateralmente asume la calidad de administrador de una empresa no responderá como autor de este delito, sino solamente aquel que ha accedido al cargo por los procedimientos establecidos (nombramiento y aceptación del cargo). Esta exclusión no impide, sin embargo, que la posición institucional pueda sos-

849 Distinta opinión parece tener PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 160: “Todos aquellos que no cuenten con la calidad societaria descrita en el tipo penal no podrán ser autores a efectos penales”.

850 Sobre la problemática del administrador de hecho de la empresa, GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, pp. 109 y ss.; ALESSANDRI, *Manuale*, p. 65 y ss.; FERRÉ OLIVÉ, *Revista penal* 1 (1998), pp. 22 y ss.; GALLEGU SOLER, en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.), pp. 149 y ss.; CARMONA, *Premesse*, pp. 230 y ss.

851 Vid., GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, p. 172. De acuerdo con este parecer, FARALDO CABANA, *Temas de Derecho penal económico*, p. 135.

tenerse incluso si el procedimiento de incorporación adolece de algún defecto formal que le resta efectos jurídico-civiles al nombramiento⁸⁵². En este caso, la posición institucional igualmente se habrá conformado en términos jurídico-penales.

La calificación que se ha hecho al delito de obstaculización de las labores de control económico como un delito de infracción de un deber repercute en la forma de castigar a los cómplices *extranei* del delito. Dado que el delito se sustenta en un deber especial de carácter institucional que solamente recae sobre el director, administrador o gerente de la empresa supervisada, entonces no será posible imputar este delito al que no tenga dicha calidad, ni siquiera a título de complicidad. A esta barrera dogmática debe agregarse un argumento político-criminal de falta de necesidad de castigar, dada la ausencia total de riesgo para algún bien jurídico por parte de quien ayuda al requerido a incumplir con su deber de contribuir a las labores de supervisión económica de las agencias administrativas de control.

El sujeto pasivo del delito es el Estado representado por la agencia administrativa de control con la que el directivo o administrador de la empresa se niega a colaborar entregando la información económica o comercial requerida⁸⁵³. La colectividad no es la directamente afectada con el delito, como lo sostiene un sector importante de la doctrina penal española⁸⁵⁴. Como ya se ha indicado, el delito de obstaculización de las labores de control no centra su lesividad en la existencia de riesgos (concretos o potenciales) sobre los intereses que están en juego en un mercado controlado administrativamente, sino en la falta de contribución a las labores de control que realizan determinadas instituciones públicas. Por lo tanto, el sujeto pasivo del delito es la agencia de control administrativa a la que el directivo o administrador de una empresa niega la información económica o comercial que se le requiere o a la que se la suministra de forma inexacta.

852 En el mismo sentido, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 160.

853 Similarmente, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 160.

854 Así, FARALDO CABANA, *Temas de Derecho penal económico*, p. 120; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 447; MARTÍNEZ RUIZ, *La tutela jurídico-penal de las potestades administrativas*, p. 404.

2. La conducta típica

La conducta típica admite dos formas de realización: por rehusarse a suministrar a la autoridad competente la información requerida, o por prestarla de modo inexacto. Se trata de un tipo penal mixto alternativo, por lo que la realización de cualquiera de estas dos conductas configurará plenamente el tipo penal. Sin embargo, antes de precisar el alcance de cada una de ellas, debe indicarse que ambas tienen un presupuesto común: el requerimiento de información económica, industrial o mercantil por parte de una autoridad competente.

Tal como se ha dicho, una de las maneras como el Estado interviene en la economía es mediante labores de control general o de supervisión especial. En el marco de estas labores de control, puede solicitar a los administrados la entrega de información económica, industrial o mercantil. El delito de obstaculización de labores de control presupone un requerimiento de información, de manera tal que este delito no se realizará, si la empresa controlada, por ejemplo, entrega información inexacta que no le ha sido requerida. En la doctrina penal se exige que el requerimiento cumpla con ciertos requisitos formales: oficial, escrita, debidamente notificada, con un plazo perentorio de cumplimiento, entre otros aspectos⁸⁵⁵. Por otra parte, el tipo penal delimita claramente la clase de información que debe haber sido requerida. Esta información debe ser económica (referida a las operaciones económicas realizadas y a la administración de la empresa), industrial (referida a la actividad productiva de la empresa) o mercantil (referida a la organización societaria de la empresa)⁸⁵⁶. En consecuencia, si se requiere a la empresa otro tipo de información, no se dará el presupuesto necesario para la realización posterior de un delito de obstaculización de las labores de control económico.

El tipo penal establece también que la información debe ser requerida por una autoridad competente, por lo que resulta necesario determinar qué debe entenderse por “autoridad competente”. Lo primero que queda claro es

855 Vid., PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, pp. 159 y ss. En la doctrina penal española, MARTÍNEZ RUIZ, *La tutela jurídico-penal de las potestades administrativas*, p. 336, exige que haya un requerimiento expreso y por escrito.

856 Similarmente, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 161.

que el requerimiento no puede ser de cualquier autoridad, sino solamente de aquellas que tienen labores de control sobre las empresas. La cuestión que se suscita es si se trata de cualquier facultad de control. En la doctrina penal española impera el parecer que sostiene que la criminalización de la conducta de obstaculización a las labores de control se limita a las empresas que están sometidas a una supervisión económica específica (por ejemplo, Superintendencia de Banca y Seguros, Superintendencia de Mercado de Valores, etc.)⁸⁵⁷. Como principal respaldo a esta afirmación se recurre al propio tenor literal del tipo penal que alude a “una sociedad sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa”. Sin embargo, esta particularidad típica no es recogida por el artículo 242 del CP, de manera tal que no cabe concluir lo mismo para la normativa penal peruana. Antes bien, el citado artículo del texto punitivo nacional simplemente hace alusión a la información requerida por una “*autoridad competente*”, sin que se exija que se trate de un órgano de supervisión especial. Por lo tanto, resulta razonable sostener que la obstaculización punible podrá tener lugar por el requerimiento de información realizado por un órgano de supervisión tanto especial, como general (por ejemplo, el INDECOPI).

La modalidad de rehusamiento a entregar la información requerida se configura desde el momento en el que se vence el plazo concedido por el órgano administrativo de control para cumplir con el requerimiento sin haberlo hecho. Resulta necesario evaluar siempre si la empresa realmente contaba con la información requerida, pues, de no ser así, no se dará el presupuesto empírico indispensable para realizar una imputación penal (*ultra posse nemo obligatur*). En cuanto a la modalidad de entrega de información inexacta, el delito se consuma con la entrega de la información. Si bien hay un cumplimiento formal del requerimiento de entrega de información, se obstaculiza igualmente la labor de control, pues la información que se entrega no es exacta. Algunos han identificado lo inexacto con lo falso o fraudulento⁸⁵⁸, posiblemente bajo la lógica de que un dato inexacto tampoco se corresponde con la realidad. Sin embargo, la expresión “inexacta” encierra

857 Vid., así, FARALDO CABANA, *Temas de Derecho penal económico*, p. 121; FERNÁNDEZ TERUELLO, en *Temas de Derecho penal económico*, p. 290; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 448. De otro parecer, sin embargo, SILVA SÁNCHEZ, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?* Silva Sánchez (dir.), pp. 308 y ss.

858 Así, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 162.

un sentido menos reproachable que “falsa” o “fraudulenta”. A nuestro entender, no se trata de la entrega de información falsa o retocada, sino de información que no contiene toda la que ha sido requerida. En consecuencia, la información entregada, sin ser falsa, no debe corresponderse con la requerida por la autoridad. Por el contrario, si la información entregada es falsa, entonces se podrá configurar, dependiendo de las circunstancias de cada caso, un delito de fraude procesal, falsa declaración en procedimiento administrativo o falsedad genérica.

El tipo penal contiene un elemento de valoración global expresado en el término “indebidamente”. No basta, por tanto, con probar que el directivo o administrador de la empresa no cumplió con entregar la información requerida o lo entregó de modo inexacto, sino que debe establecerse que, en el caso concreto, no se presentó una circunstancia especial que pudiese desvirtuar la obligatoriedad del requerimiento hecho por la autoridad. En este orden de ideas, sí se requiere, por ejemplo, información privada que se ha confiado a la empresa en el marco del secreto profesional, entonces el incumplimiento del requerimiento no es indebido, sino que responde a obligaciones legales de mayor preponderancia. Por lo tanto, se debe analizar el concreto contexto de actuación para determinar que no se presenta alguna situación especial que levante la obligatoriedad del requerimiento de información.

3. El elemento subjetivo

El tipo subjetivo del delito de obstaculización de las labores de control precisa del dolo del autor sin que baste la presencia de culpa⁸⁵⁹. En consecuencia, al autor debe imputársele el conocimiento de la existencia de un requerimiento de información por parte de un organismo oficial de control y que dicho requerimiento se incumple total (rehusamiento) o parcialmente (entrega inexacta). La menor gravedad de la segunda modalidad de realización del delito explica que en el plano subjetivo se exija un nivel mayor de desvalor. En efecto, la entrega de información inexacta debe ser deliberada, lo que significa que el autor debe actuar con dolo directo, excluyéndose, por tanto, la posibilidad de una imputación a título de dolo eventual. Así las cosas, en la primera modalidad de realización del delito cabrá la configuración

859 Vid., PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 164.

del tipo subjetivo con cualquier forma de dolo, mientras que en la segunda modalidad solamente si concurre dolo directo.

El dolo se excluye si tiene lugar un error de tipo. Es poco plausible alegar un error si el autor sabe que incumple una orden expresa y escrita proveniente de un órgano administrativo de supervisión. Sin embargo, el error se puede alojar en el elemento de valoración global, en el sentido de que el autor asume erróneamente que el requerimiento de información carece de sustento legal, por lo que su actuación no sería indebida. Aun en el caso que este supuesto de error fuese vencible, no será posible una imputación penal, pues el artículo 242 del CP solamente castiga la realización dolosa del delito.

4. La consumación

El delito de obstaculización de las labores de control está configurado como un delito de mera conducta, esto es, que se consuma con el mero rehusamiento o la entrega de información inexacta a la autoridad competente⁸⁶⁰. Esta estructura típica hace que sea inadmisibles un castigo a título de tentativa⁸⁶¹, pues la ejecución de la acción típica traerá consigo ya la consumación del delito. Del mismo modo, no será posible un desistimiento si es que luego se entrega la información requerida o se hacen las precisiones necesarias, lo que no impide ciertamente que esta corrección posterior pueda considerarse un arrepentimiento activo que influya en la individualización de la pena. Por otra parte, la consumación del delito de obstaculización de las labores de control es instantánea, lo que influye en el inicio del cómputo del plazo de prescripción.

IV. Situación de inexigibilidad

En la discusión especializada se ha planteado la cuestión de hasta dónde llega la vinculatoriedad del deber cuasi-institucional de contribución atribuido al particular que está sujeto a las labores de control económico de las agencias estatales. En especial, resulta controvertido si el deber de entregar

860 En la normativa penal española, MARTÍNEZ RUIZ, *La tutela jurídico-penal de las potestades administrativas*, pp. 317 y ss., habla de un delito de mera conducta peligrosa.

861 Igualmente niega la posibilidad de una tentativa, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 163.

información puede imponerse incluso al costo de dar lugar a la posibilidad de autoincriminación, pues podría suceder que esa información sea luego utilizada como prueba de cargo en un proceso penal que podría instaurarse contra el que la suministró a la autoridad de control. En términos dogmáticos, de lo que se trata es de determinar si se presenta una situación de inexigibilidad de otra conducta cuando el requerido a entregar la información no lo hace para preservarse de un posible proceso penal en su contra.

Con argumentos formales se ha pretendido descartar una eventual infracción al principio del *nemo tenetur se ipsum accusare*, pues se dice que este principio rige solamente para la investigación penal, pero no para un procedimiento inspectivo de carácter administrativo. Otros han intentado limitar la vigencia de la prohibición de autoincriminación a las declaraciones autoinculpatorias y no al suministro de información o pruebas documentales. Sin embargo, es evidente que la conminación a entregar información que develará luego la comisión de un delito, aunque se haga en una inspección administrativa, lleva finalmente a una autoinculpación, más aún si, como sucede normalmente, a las actas de inspección administrativa se les da luego el carácter de prueba preconstituida⁸⁶². Desde estas consideraciones, el delito de obstaculización de las labores de control se cometerá solamente en los casos en los que la información requerida no involucre la propia responsabilidad penal. El deber de contribuir con la entrega de información a la Administración resulta inexigible si es que al que se le requiere tendría que revelar la comisión de un ilícito penal⁸⁶³.

V. La concurrencia de sanción administrativa y pena

La negativa a suministrar la información requerida por un organismo de supervisión administrativa constituye en algunos casos una infracción administrativa. Por ejemplo, el artículo 5 del Decreto Legislativo N.º 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI, regula como infracción administrativa el incumplimiento de los requerimientos de información o el ocultamiento de información solicitada por el INDECOPI.

862 Vid., del mismo parecer, SILVA SÁNCHEZ, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?* Silva Sánchez (dir.), pp. 329 y ss.

863 Como una causa de justificación, MARTÍNEZ RUIZ, *La tutela jurídico-penal de las potestades administrativas*, p. 469.

Esta situación suscita el problema de una posible concurrencia de sanción administrativa y pena, lo que debe resolverse atendiendo a lo que establece el principio de *non bis in idem*.

Antes que nada, debe determinarse en qué casos la conducta concretamente realizada tiene una incidencia administrativa y penal. Si el incumplimiento ante el requerimiento de información es culposos, el hecho será de relevancia estrictamente administrativa, pues la relevancia penal solo se alcanza con una actuación dolosa (y en algunos casos con dolo directo). Por el contrario, si el incumplimiento es doloso, entonces se presentará una incidencia tanto penal como administrativa. En este caso, el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal establece la preeminencia de la sanción penal, por lo que solamente se deberá imponer la pena prevista en el artículo 242 del CP. Sin embargo, la sanción penal a los representantes de la empresa, no impide la imposición de una sanción administrativa a la empresa, en la medida que, en este caso, no habrá identidad de sujeto⁸⁶⁴. No obstante, esta posibilidad requiere que la sanción administrativa se imponga sobre la base fáctica determinada en sede penal, lo que obligará a suspender el procedimiento administrativo sancionador hasta que exista un pronunciamiento en sede penal.

864 Así, MARTÍNEZ RUIZ, *La tutela jurídico-penal de las potestades administrativas*, p. 291.

Capítulo II

LOS DELITOS CONTRA EL MERCADO CREDITICIO

I. Introducción

Uno de los sectores económicos más importantes es, sin duda, el sistema financiero, el cual tiene a su cargo la transferencia eficiente de fondos de las unidades excedentarias a las unidades deficitarias⁸⁶⁵. El mercado financiero es el lugar en el que se canaliza el ahorro hacia la inversión. Dentro del mercado financiero se pueden distinguir fundamentalmente dos mercados: El mercado crediticio que se ocupa de la intermediación financiera, esto es, la utilización de los depósitos de dinero de unos en instituciones financieras para financiar los préstamos de otros; y el mercado de valores que canaliza los ahorros a mediano y largo plazo para el financiamiento de actividades productivas mediante la negociación de valores mobiliarios con una renta fija o variable⁸⁶⁶. Al igual que los otros sectores económicos, el sistema financiero debería estar sometido a las reglas del libre mercado. Sin embargo, dado el carácter esencial que tiene la conservación de los ahorros y también el acceso a los recursos financieros para la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, el Estado se ve obligado a intervenir en este sector, estableciendo regulaciones obligatorias a los agentes financieros, supervisando

865 Vid., PRIETO DEL PINO, *Uso de información privilegiada*, p. 63, al señalar que la función básica del sistema financiero es garantizar una adecuada asignación de los recursos, es decir, la llamada "eficiencia asignacional".

866 Vid., REGGIARDO DENEGRI, *Thémis* 40, p. 50. No obstante, lo usual es que los mercados financieros diferenciados sean el mercado crediticio y el mercado de capitales, dentro del cual es posible distinguir, a su vez, entre el mercado de valores y el mercado de crédito a largo plazo (vid., PRIETO DEL PINO, *Uso de información privilegiada*, pp. 76 y ss.). Pese a ello, nuestra exposición sobre el mercado de capitales se va a limitar al mercado de valores, pues el legislador penal hasta ahora solamente se ha centrado de este específico mercado de capital.

su actividad y sancionando, de ser el caso, las actuaciones irregulares⁸⁶⁷. En sintonía con esta necesidad, la Constitución Política dispone en su artículo 87 que el Estado debe fomentar y garantizar el ahorro, encargando a la legislación ordinaria la labor de establecer las obligaciones y límites a las empresas que captan dinero del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía⁸⁶⁸.

En la actualidad existe el acuerdo generalizado de que Derecho penal debe reforzar la intervención del Estado en el sistema financiero, sancionando las conductas que ponen en riesgo o afectan gravemente las condiciones esenciales para su óptimo funcionamiento⁸⁶⁹. En esta línea de pensamiento, el Código Penal de 1991 incorporó los llamados delitos financieros. Sin embargo, en su redacción originaria estos tipos penales claramente limitaron su ámbito de aplicación al mercado crediticio, siendo su incidencia en el mercado de valores prácticamente inexistente. Fue a raíz de la importancia que adquirió posteriormente el mercado de valores mobiliarios en el sistema económico nacional, que el legislador penal modificó el tenor de algunos delitos financieros para englobar también al mercado de valores e incorporó incluso nuevos tipos penales dirigidos específicamente a proteger aspectos esenciales de este mercado en concreto. Esto se puede comprobar concretamente con la modificación del delito de pánico financiero que dejó de proteger exclusivamente a las empresas del mercado financiero para incluir expresamente a las que intervienen en el mercado de valores, así como con la incorporación de los delitos de falsa información de emisor en el mercado de valores (artículo 245 A del CP), abuso de información privilegiada (artículo 251 A del CP) y manipulación de precios en el mercado de valores (artículo 251 B del CP). Puede decirse que la actual configuración de los delitos agrupados dentro del capítulo de los delitos financieros, engloba no

867 Es evidente que esta intervención puede ser más o menos intensa, en función de la decisión del Estado de dejar que las reglas del libre mercado rijan en el sistema financiero de manera preponderante, limitada o escasa. En nuestro país hemos vivido momentos de intervención estatal intensa en el sistema financiero (como en la década de los 60 y 70 del siglo pasado) y momentos de liberalización del sistema financiero (como el producido en la década de los 90 del siglo pasado), tal como lo explica en detalle MARCHINI, en *México y la cuenca del Pacífico*, vol. 7 núm. 23 (septiembre-diciembre de 2004), pp. 44 y ss.

868 Destaca así que el artículo 87 de la Constitución es el fundamento jurídico para la intervención del Estado en el sistema financiero, RUILOBA MORANTE, *Ius et veritas* 35, pp. 268 y ss.

869 Similarmente, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 225.

solo conductas que tienen lugar en el mercado crediticio, sino también en el mercado de valores.

Pese a que desde la sistemática usada por el Código Penal lo razonable podría ser tratar los delitos contra el mercado crediticio conjuntamente con los delitos contra el mercado de valores⁸⁷⁰, somos del parecer que lo más óptimo para la comprensión de los aspectos relevantes de cada una de estas figuras delictivas, es abordarlos de forma diferenciada. Cada uno de estos mercados tiene sus propias particularidades de funcionamiento que repercuten en la configuración de los tipos penales. Por esta razón, en este capítulo nos limitaremos a los delitos financieros que se cometen contra el mercado crediticio. Por el contrario, los delitos financieros contra el mercado de valores serán tratados en el capítulo siguiente. Esta decisión no puede soslayar, sin embargo, el hecho de que varios tipos penales tienen un ámbito de aplicación que se extiende tanto al mercado crediticio, como al mercado de valores. Específicamente, se trata del delito de omisión de provisiones específicas, el delito de obstaculización de las labores de supervisión en el sistema financiero, el delito de instituciones financieras ilegales y el delito de pánico financiero. Por lo tanto, si bien las figuras delictivas que a continuación serán analizadas se centran en el mercado crediticio, en cuatro de ellas, tal como se acaba de referir, su ámbito de aplicación alcanzará también al mercado de valores.

II. La regulación del mercado crediticio

1. Evolución legislativa

Los primeros bancos modernos aparecieron durante el siglo XVII, como el Riksbank en Suecia (1656) y el Banco de Inglaterra (1694). En el Perú si bien se da cuenta de la existencia del Banco Auxiliar de Papel Moneda durante los tiempos de la Independencia que desapareció por prácticas inadecuadas (1821-1824), el origen del sistema bancario peruano se remonta fundamentalmente a los tiempos de la bonanza del guano, cuando se fundaron los primeros bancos para canalizar capitales al negocio guanero

⁸⁷⁰ Por ello, válidamente IBERICO CASTAÑEDA, *De Iure*. Revista para litigantes, 1 (2007), p. 150, sostiene que los delitos bursátiles son delitos financieros.

y a la agricultura, así como para conceder algunos créditos o colocación de capitales en el extranjero (básicamente Europa) por parte de los empresarios del guano. El primer banco fue el Banco de la Providencia, fundado 15 de noviembre de 1862. Luego siguieron el Banco del Perú (1863), el Banco de Londres (1863) el Banco de Crédito Hipotecario (1866), la Caja de Ahorros de la Beneficencia Pública (1868), el Banco de Lima (1869) y otros más. Todos estos bancos emitían sus propios billetes ya que, dentro del esquema liberal del XIX, la idea de introducir controles a la emisión de los bancos estaba mal vista, pues se trataba de una transacción entre el banco y el cliente⁸⁷¹. También se desarrollaron las compañías de seguros, siendo la primera en aparecer La Paternal en 1867, a la que le siguieron la Confianza (contra incendios), la Compañía Sudamericana de Seguros (contra riesgos marítimos y contra incendios), Life Insurance, Scottish Imperial (contra incendios y seguros de vida), la Compañía de Seguros Lima, Seguros Marítimos, Standard y London & Southwark y Sum Fire Office (contra incendios).

La supervisión bancaria en el Perú se inició en 1873 con el primer decreto de organización bancaria que estableció requerimientos de capital mínimo, un régimen de emisión y cobertura de los billetes y la publicación mensual de informes con indicación detallada de las cantidades de moneda acuñada o metales preciosos existentes en las cajas bancarias. El primer antecedente de una entidad supervisora fue una dependencia del Ministerio de Hacienda, denominada Inspección Fiscal de Bancos, una institución con objetivos poco definidos, que se limitaba a dar recomendaciones para corregir errores o enmendar infracciones⁸⁷². El sistema bancario colapsó poco antes de la guerra con Chile debido a la grave crisis económica padecida por el país, por lo que, al estallar el conflicto, la mayoría quebró y desapareció, sobreviviendo únicamente los que estuvieron en mejores condiciones como el Banco del Perú y Londres, y el Banco del Callao. Terminada la guerra, el sistema bancario fue sobreponiéndose. El Banco Italiano (hoy Banco de Crédito) se inició en 1889 como una asociación de comerciantes italianos y en 1897 el Banco de Londres, México y Sudamérica se asoció al Banco del Callao para dar origen al Banco del Perú y Londres. En 1899, la familia Pra-

871 Vid., ORREGO PENAGOS, *Breve historia de la banca en Lima hasta 1950*, 01/01/12, (www.blog.pucp.edu.pe).

872 Portal de la SBS (www.sbs.gob.pe), reseña histórica.

do fundó el Banco Popular para financiar las actividades empresariales del grupo familiar⁸⁷³. También comenzaron a aparecer otras entidades financieras privadas como la Compañía de Seguros Rímac, la Compañía Internacional de Seguros y el Banco Internacional (1899, hoy llamado Interbank). La supervisión estatal en el sector de las empresas de seguros fue desarrollada por la Inspección Fiscal de Seguros creada en 1895.

El sistema financiero sufrió importantes cambios durante el oncenio de Leguía. El 9 de marzo de 1922 se aprobó el funcionamiento de un Banco de Reserva creado para organizar el sistema crediticio y la emisión monetaria; y en 1928 surgió la llamada banca de fomento con la creación del Banco de Crédito Agrícola que debía impulsar la producción agropecuaria en el país y el Banco Central Hipotecario para facilitar el crédito a los pequeños y medianos propietarios. El 18 de abril de 1931 se creó el Banco Central de Reserva para mantener la estabilidad monetaria y regular el circulante, función que no tenía el Banco de Reserva de 1922. Se creó, así, el mecanismo para que el gobierno pudiera manejar la política bancaria y el control o devaluación del tipo de cambio. En mayo de 1931 se aprobó la primera Ley de Bancos (Decreto Ley N.º 7159), en donde se estableció que toda empresa bancaria debía mantener un capital y reservas que sumados no fueran menores del 20% de sus obligaciones con el público. Asimismo, se definió lo que se consideró como quebranto de capital y se acompañó esta definición con la prohibición de pagar dividendos si ello pudiera causar deterioro al capital o fondo de reserva del banco. De esta manera, un banco no podía pagar dividendos hasta que no constituyera provisiones para las deudas malas o dudosas. Otro aspecto implementado fue el pago íntegro de todo el capital suscrito, con el fin de no crear falsas expectativas de respaldo en el público. La Ley de Bancos dispuso también la creación de la Superintendencia de Bancos (en realidad su reposición, pues ya había sido creada en febrero de 1931, pero suprimida en marzo del mismo año). Su finalidad fue controlar y supervisar a los bancos que, en ese entonces, conformaban un sistema financiero pequeño y habituado a la autorregulación. En total fueron 16 instituciones financieras las que estuvieron inicialmente bajo el ámbito de la Superintendencia⁸⁷⁴.

873 Vid., ORREGO PENAGOS, *Breve historia de la banca en Lima hasta 1950*, 01/01/12, (www.blog.pucp.edu.pe).

874 Portal de la SBS (www.sbs.gob.pe), reseña histórica.

El ámbito de competencia de la Superintendencia se fue expandiendo progresivamente. En 1936 se incluyeron las compañías de capitalización y las empresas de seguros, y en 1937 se hizo lo mismo con la inspección fiscal de ventas a plazos. En los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial se dio una expansión de los depósitos y colocaciones, y con ello el sistema bancario fue modernizándose al amparo del restablecimiento de la libertad de cambios y de importaciones dictadas durante el gobierno del General Odría. Durante el período 1956-1968 el sistema financiero creció notablemente, al constituirse 18 nuevos bancos, 7 empresas de seguros y 17 asociaciones mutuales de créditos para vivienda⁸⁷⁵.

El régimen militar iniciado en 1968 realizó una serie de cambios radicales en la concepción del rol del Estado en todas las esferas de la actividad económica y el sistema financiero no fue una excepción. Se determinó que los bancos comerciales solo podían ser propiedad de personas naturales o jurídicas peruanas y que las empresas bancarias ya establecidas solo serían consideradas nacionales cuando, por lo menos, el 75% de su capital fuera de peruanos⁸⁷⁶. Asimismo, se impusieron restricciones al crédito para empresas extranjeras, asumiendo la Superintendencia el control de los límites sobre el cobro y pago de intereses. El ámbito de control de la Superintendencia se amplió a las empresas financieras y a las mutuales de vivienda. En este período se creó la Banca Asociada formada por empresas que, salvo algunas limitaciones en su manejo, funcionaban bajo un régimen privado, permaneciendo bajo el control del Estado, al tener este una participación mayoritaria en el capital. Por su parte, la Banca de Fomento experimentó un fuerte crecimiento con la creación de la Corporación Financiera de Desarrollo (COFIDE) y el impulso dado al sistema mutual y a los bancos privados de fomento de la Industria de la construcción. Uno de los objetivos del gobierno era impulsar el desarrollo económico de las distintas regiones del país, y la herramienta para lograrlo fue la creación de la Banca Regional. En 1972 se volvió a ampliar el ámbito de supervisión de la Superintendencia, incluyéndose a las cajas de ahorro y prestamo para vivienda; y en 1978 a las cooperativas de ahorro y crédito y cooperativas de seguros. Además, en este período, al crearse el mercado único de cambios, se le encargó a la Superintendencia

875 Portal de la SBS (www.sbs.gob.pe), reseña histórica.

876 Portal de la SBS (www.sbs.gob.pe), reseña histórica.

establecer el tipo de cambio diario para las principales monedas extranjeras de acuerdo con la cotización del mercado⁸⁷⁷.

La Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) adquirió rango constitucional al ser incluida en la Constitución de 1979, la cual le otorgó autonomía funcional y administrativa. En 1981 se dictó la primera Ley Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Decreto Legislativo N.º 197), la que reemplazó los Capítulos I, VI, VII y VIII de la Ley de Bancos. En esta Ley Orgánica se consideraba a la SBS como institución pública con personería jurídica de derecho público y con autonomía respecto del Ministerio de Economía y Finanzas. Además, la SBS adquirió la facultad de interpretar administrativamente la normatividad bancaria y de seguros⁸⁷⁸. Pese a los cambios normativos, la década de los ochenta no fue buena para el sistema financiero. La tasa de interés era negativa debido a la elevada inflación, lo que generó una disminución de los ahorros en moneda nacional y una dolarización de la economía al margen del sistema financiero. El Estado pasó a controlar la asignación y la venta de las divisas, estableciendo controles de precio y del tipo de cambio. En 1987, el presidente Alan García dispuso incluso la estatización del sistema financiero peruano, aunque el rechazo popular que generó esta medida impidió que llegase a hacerse efectiva. El país carecía de recursos financieros externos debido a la política de aislamiento por el impago de la deuda externa. Todo esto llevó a una severa crisis económica caracterizada por una baja intermediación y una elevada informalidad financiera⁸⁷⁹.

La reforma financiera iniciada en 1991 durante el gobierno de Fujimori, incluyó la disolución de la Banca de Fomento, la asignación de un rol diferente para COFIDE como banco de segundo piso, la creación del sistema de cajas rurales de ahorro y crédito y del sistema privado de pensiones. Asimismo, se estableció el sistema de banca múltiple, el fondo de seguro de depósitos y la central de riesgos. La normatividad bancaria fue renovada en abril de 1991 con la promulgación de la Ley de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros (Decreto Legislativo N.º 637). Esta ley fue reemplazada con cier-

877 Portal de la SBS (www.sbs.gob.pe), reseña histórica.

878 Portal de la SBS (www.sbs.gob.pe), reseña histórica.

879 Vid., Departamento de Estudios Económicos, "La banca peruana en el siglo XXI: Más sólida y robusta que nunca", en *Asbanc Semanal* N.º 100, 4 de abril de 2014.

ta rapidez en octubre de 1993 por el Decreto Legislativo N.º 770 que corregía algunas deficiencias e incorporaba nuevos elementos. Desde una perspectiva global, ambos decretos legislativos introdujeron diversos aspectos de regulación prudencial, tomándose algunas recomendaciones del Comité de Basilea como la aplicación de límites operativos en función del patrimonio efectivo y el requerimiento patrimonial respecto a los activos y créditos contingentes ponderados por riesgo crediticio. En diciembre de 1992, mediante el Decreto Ley N.º 25987 el gobierno promulgó una nueva Ley Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. En el mismo mes, a través del Decreto Ley N.º 25897, se creó el Sistema Privado de Pensiones como alternativa a los regímenes de pensiones administrados por el Estado. Se encomendó a la Superintendencia de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones la regulación y supervisión del sistema privado de pensiones, ejerciendo, en representación del Estado, la función de control de las AFPs. Las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones se crearon con el objeto social exclusivo de administrar fondos de pensiones, bajo la modalidad de cuentas individuales de capitalización, así como otorgar a sus afiliados prestaciones de jubilación, invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio.

A mediados de 1996, a iniciativa de la SBS se profundizó la reforma financiera iniciada en 1991. El objetivo principal fue el fortalecimiento del sistema financiero y la supervisión bancaria, incorporando las recomendaciones propuestas por el Acuerdo de Basilea de 1988 y su revisión de 1991. Dichas recomendaciones incluyeron la regulación para la administración del riesgo crediticio, así como exigencias en materia de riesgo de mercado. Asimismo, se incluyó la supervisión consolidada, permitiendo que el control abarcara tanto a los intermediarios, como a las empresas que forman parte de un mismo conglomerado financiero. En diciembre de 1996 fue publicada la Ley N.º 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. Esta ley recoge los mismos aspectos de regulación prudencial que estaban presentes en las dos leyes anteriores y agrega los aspectos mencionados en el párrafo anterior, así como la definición del concepto de transacciones financieras sospechosas como parte de los esfuerzos del Estado por combatir el lavado de dinero proveniente de actividades ilícitas. En julio del 2000 fue promulgada la Ley N.º 27328, en virtud de la cual se amplió el ámbito de acción la SBS, al incorporar bajo su control y supervisión a las AFPs. De esta manera,

a partir del 25 de julio del 2000, la SBS asumió las funciones que, desde 1992 venía desempeñando la Superintendencia de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, cambiando su nombre posteriormente, a Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones⁸⁸⁰.

2. Aspectos esenciales de la regulación actual del mercado crediticio

La Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley N.º 26702) establece el marco de regulación y supervisión a que se someten las empresas que operen en el sistema financiero y de seguros, así como aquellas que realizan actividades vinculadas o complementarias al objeto social de dichas personas. Dentro de estas empresas destacan los bancos, las empresas financieras, las cajas de ahorro, entre otras más. Si bien su participación en el mercado crediticio parte de las reglas del libre mercado, tal como se desprende de la libertad de asignación de recursos (artículo 8 de la LGSF) y de la libertad de fijación de intereses, comisiones y tarifas (artículo 9 de la LGSF), lo cierto es que los intereses de los usuarios del sistema financiero obligan a establecer determinadas limitaciones o requerimientos especiales para controlar los riesgos de este tipo de actividad (riesgos crediticios, de mercado, de liquidez y operativo⁸⁸¹). A la llamada Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) se la asigna la función de velar por el cumplimiento de estas exigencias estatales a las empresas que intervienen en el sector financiero⁸⁸².

La forma como el Estado interviene en el sistema financiero se encuentra definido, en sus rasgos esenciales, por la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (LGSF). El punto de partida es que la intervención en el mercado crediticio para ofrecer servicios de intermediación financiera requiere contar con una autorización previa, cumplir con ciertas pautas legalmente establecidas y someterse a una supervisión estatal permanente. Si estas con-

880 Portal de la SBS (www.sbs.gob.pe), reseña histórica.

881 Vid., al respecto, PASTOR TORRES/PONCE RÁZURI, *Ius et veritas* 40, pp. 216 y ss.; RUILOBA MORANTE, *Ius et veritas* 35, p. 275.

882 Vid., LAMAS PUCCIO, *Derecho penal económico*, pp. 243 y ss.; GARCÍA NAVARRO, *Derecho Penal*, PE, p. 189.

diciones de actuación no se cumplen, la misma normativa sectorial asigna al órgano de supervisión facultades administrativas de sanción. Sin pretender realizar una exposición exhaustiva de los aspectos dispuestos por la regulación del mercado crediticio, consideramos necesarios hacer algunas referencias generales que permitan definir el contexto en el que tienen lugar los delitos contra el mercado crediticio que se analizarán en el apartado siguiente.

Lo primero que la regulación del sistema financiero define puntualmente son las condiciones para poder operar en este sector económico específico. Toda persona que pretenda hacerlo, requiere de una autorización previa de la SBS, de acuerdo con los requisitos legalmente establecidos. Estos requisitos están referidos a diversos aspectos como son las condiciones para ser organizador de una de empresa del sector financiero, la forma societaria requerida, el capital mínimo, las condiciones para ser accionistas, la aprobación y contenido de los estatutos, los órganos de gobierno, entre otros puntos más. En cuanto al desarrollo de sus actividades, la normativa financiera contiene también determinadas exigencias que inciden en la transferencia de acciones, el aumento o disminución del capital, el uso del patrimonio efectivo, el reparto de utilidades, las operaciones y servicios que pueden prestar, la constitución de sucursales o subsidiarias, las reservas, provisiones o dividendos, etc. Igualmente se hace una regulación especial sobre su disolución y liquidación. El control ordinario del cumplimiento de los diversos requerimientos antes mencionados le corresponde a la SBS, pudiendo intensificarse con los regímenes de vigilancia e intervención.

En cuanto al funcionamiento del sistema financiero, la LGSF establece diversos mecanismos de protección de los intereses de los ahorristas. Junto a la indicación de diversas medidas dirigidas a atenuar el riesgo del ahorrista (artículo 132), protegerlo adecuadamente (artículo 134) y permitir un acceso cognitivo a la información sobre la marcha de la empresa (artículo 135)⁸⁸³, se disponen medidas de prevención especialmente intensas, como el encaje legal determinado conforme a lo indicado por el Banco Central de Reserva (BCR) o el fondo de seguro de depósitos⁸⁸⁴. De manera especial, debe destacarse los distintos límites operativos que se imponen a las empre-

883 Vid., RUILOBA MORANTE, *Ius et veritas* 35, p. 271.

884 Como expresión de la función de garantizar el ahorro asignada por la Constitución al Estado, RUILOBA MORANTE, *Ius et veritas* 35, pp. 269 y ss.

sas del sistema financiero en relación con el uso del patrimonio efectivo –lo que constituye la variable más importante para el control del riesgo de las actividades financieras⁸⁸⁵–, así como también la realización obligatoria de provisiones específicas frente a créditos clasificados como de dudosa o imposible cobrabilidad⁸⁸⁶.

III. Los delitos contra el mercado crediticio

El Código Penal actual regula, dentro del título referido a los delitos contra el orden financiero y monetario, los llamados delitos financieros. Pese a que utiliza el término “orden financiero”, debe ponerse de relieve que estas figuras delictivas tienen lugar en un sector económico que no está definido intervencionistamente por el Estado, sino que está sometido a las reglas del libre mercado, aunque con ciertos recaudos estatales tomados para evitar una eventual afectación de los diversos intereses colectivos comprometidos (específicamente el dinero de los ahorristas). Esto explica que no hayamos abordado el estudio de los delitos financieros en el marco de los delitos contra el orden económico⁸⁸⁷, sino en el presente título que agrupa, más bien, a los delitos cometidos en sectores económicos que cuentan con una supervisión estatal especial.

La exposición de motivos del Código Penal de 1991 señaló que los delitos contra el orden financiero constituían un rubro innovador⁸⁸⁸, pues no se contaba con antecedentes similares en su predecesor, el Código Penal de 1924⁸⁸⁹. Como criterio clasificatorio, el legislador penal hizo alusión a delitos contra el orden financiero cometidos tanto dentro como fuera del mismo. Intentando integrar esta idea contenida en la exposición de motivos, los de-

885 MORRIS, en *La reforma incompleta*, pp. 318 y ss.

886 MORRIS, en *La reforma incompleta*, pp. 319 y ss.

887 De otro parecer, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 223, quien considera que el orden financiero es un subsistema del orden económico. Similarmente, al poner como bien jurídico de los delitos financieros el orden económico, IBERICO CASTANEDA, *Derecho & Sociedad* 19, (<http://blog.pucp.edu.pe>).

888 Destaca la ausencia de instrumentos jurídicos para prevenir los ilícitos contra el sistema financiero hasta antes del Código Penal de 1991, LAMAS PUCCIO, *Derecho penal económico*, pp. 246 y ss.; GARCÍA NAVARRO, *Derecho Penal*, PE, p. 190.

889 Aunque en su artículo 375 se recogía la figura del fraude financiero que, aunque se centraba en la emisión de moneda o billetes, incluía cheques y otros títulos valores.

litos financieros podrían ser ordenados en dos grupos distintos. Por un lado estarían los delitos financieros que lesionan el sistema financiero desde dentro: la concentración crediticia, el condicionamiento de créditos, la omisión de provisiones específicas y la obstaculización a las labores de supervisión; y, por el otro, los delitos financieros que afectan el sistema financiero desde fuera: las instituciones financieras ilegales y el pánico financiero.

1. El bien jurídico penalmente protegido

En la doctrina penal la determinación del bien jurídico protegido se ha realizado en relación con los delitos financieros en general. La exposición de motivos del Código Penal de 1991 sostiene que con los delitos financieros lo que se busca proteger son las leyes, normas y regulaciones vinculadas al sistema financiero frente a acciones u omisiones que las vulneren. Conforme a esta lógica, la protección penal es abiertamente accesorio, pues ni siquiera está referida al sistema financiero en sí mismo, sino a las normas que lo regulan⁸⁹⁰. Los delitos financieros serían no más que un refuerzo sancionatorio a las normas regulatorias del sistema financiero. Al respecto debe señalarse que no hay duda que varios delitos financieros están estructurados típicamente a partir de una relación de accesoriedad con la normativa bancaria o financiera, pero eso no implica necesariamente una homogeneidad regulativa. La protección penal tiene una autonomía funcional innegable, por lo que define su fin de protección desde su propio estatuto regulatorio.

Rompiendo con la idea de una protección penal accesorio, un sector de la doctrina sostiene que el bien jurídico penalmente protegido por los delitos financieros sería el sistema financiero⁸⁹¹. Es decir, tendría el mismo objeto de regulación que el derecho bancario o financiero, pero con la diferencia de que la protección penal no estaría intermediada por este ámbito jurídico. Esta perspectiva le reconoce al Derecho penal una autonomía re-

890 Igualmente crítico, GARCÍA NAVARRO, *Derecho Penal*, PE, p. 191.

891 Vid., IBERICO CASTAÑEDA, *De Iure*. Revista para litigantes, 1 (2007), p. 152; REYNA ALFARO, *Manual de Derecho penal económico*, pp. 533 y ss. Similarmente, HERNÁNDEZ QUINTERO, *Los delitos económicos en la actividad financiera*, p. 108, al señalar que los delitos financieros atacan contra el sistema financiero. De manera parcial, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 242, al complementarlo con una perspectiva individual que se refiere a la protección de los ahorristas e inversionistas.

gulatoria, más allá de que, para determinar algunos elementos constitutivos de las conductas delictivas, los tipos penales se remitan a la normativa financiera. Lo cuestionable de esta posición es que parte de una protección global al sistema financiero que evidentemente el Derecho penal no despliega. La protección penal está referida a ciertas condiciones específicas del sistema financiero, no a su funcionamiento global. Incluso el delito financiero que tiene el mayor espectro de protección como es el pánico financiero, no precisa una desestabilización del sistema financiero, sino solamente de una institución que opera con fondos del público⁸⁹².

Bajo la lógica de concretar el aspecto específico del sistema financiero que resulta resguardado por los llamados delitos financieros, un sector de la doctrina penal nacional señala que el bien jurídico penalmente protegido es el sistema crediticio⁸⁹³. Tal denominación, además de generar cierta confusión con los delitos que el Código Penal agrupa bajo el título de delitos contra el sistema crediticio, parece poco adecuada para abarcar las distintas figuras delictivas englobadas dentro del capítulo de los delitos financieros, tal como sucede, por ejemplo, con el delito de obstaculización de las labores de supervisión económica del artículo 245 del CP. A nuestro entender, lo que debe hacerse es concretar en cada delito financiero cuál es el aspecto específico que sustenta la incriminación penal.

Dado que, como ya se indicó anteriormente, lo que se abordará en el presente capítulo se circunscribe a los delitos financieros contra el mercado de créditos, lo que se hará, al analizar cada uno de estos tipos penales, es determinar cuál es la específica expectativa normativa de conducta de carácter esencial, cuyo mantenimiento contrafáctico en el mercado de créditos se consigue por medio de la imposición de la sanción penal. No es posible hacer aquí una caracterización general lo suficientemente útil del bien jurídico penalmente protegido por los delitos financieros contra el mercado de créditos.

892 Sin embargo, GARCÍA NAVARRO, *Derecho Penal*, PE, p. 195, sostiene que el bien jurídico protegido por el delito de pánico financiero es el normal funcionamiento del sistema financiero.

893 Así, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 447; MAZUELOS COELLO, *Derecho & Sociedad*, N.º 11 (1996), p. 216; GARCÍA NAVARRO, *Derecho Penal*, PE, p. 191.

2. Los tipos penales

A. El delito de concentración crediticia (artículo 244 del CP)

El delito de concentración crediticia sanciona al miembro de una empresa del sistema financiero que otorga créditos, descuentos o cualquier financiamiento por encima de los límites operativos establecidos en la normativa del mercado crediticio. Junto con un tipo penal básico, la regulación penal contempla además dos supuestos de agravación de grados distintos, en función de si los beneficiarios de los financiamientos concedidos son personas vinculadas a la empresa o de si se produce una intervención de la SBS en la institución que concede los créditos. En su parte final, el artículo 244 del CP hace una regulación especial sobre la participación delictiva de los beneficiarios del financiamiento.

La incriminación de la concentración crediticia se sustenta en la necesidad de asegurar la observancia de los límites establecidos en las operaciones de las empresas que intermedian en el mercado de créditos. Existen al respecto límites globales e individuales que se determinan en función del patrimonio efectivo de la institución financiera. Los límites individuales son los que dan lugar a la prohibición de que los créditos se concentren en determinadas proporciones en una misma persona o grupo. Estos límites operativos se imponen con la finalidad de proteger el dinero que los ahorristas han puesto en las instituciones financieras, pues con la diversificación de la cartera se reduce los riesgos de pérdida por incumplimiento de pago. Sobre la base de estas ideas, puede decirse que el bien jurídico protegido por el delito de concentración crediticia es la expectativa normativa de conducta de que las instituciones que intermedian en el mercado crediticio otorgarán créditos, descuentos u otras formas de financiamiento, respetando el límite operativo individual impuesto al uso de su patrimonio efectivo.

a. Los sujetos del delito

El delito de concentración crediticia es un delito especial⁸⁹⁴, pues circunscribe el círculo de autores a los funcionarios de una empresa del merca-

894 En este sentido, IBERICO CASTAÑEDA, *De Iure*. Revista para litigantes, 1 (2007), p. 152; PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 244; LÓPEZ PÉREZ, *Gaceta Penal & Procesal*

do crediticio. Dos son, al parecer, los limitantes subjetivos recogidos por el artículo 244 del CP. El tipo penal se circunscribe, en primer lugar, a ciertos miembros de una empresa que opera en el mercado crediticio, tanto a los que actúan individualmente (gerente, administrador, representante legal o funcionario), como a los que lo hacen colegiadamente (director, miembro del consejo de administración o miembro del comité de crédito)⁸⁹⁵. El segundo limitante está referido a ciertas empresas del mercado crediticio, en la medida que se limita a una institución bancaria, financiera u otra que opere con fondos públicos.

Pese a que el tipo penal menciona puntualmente qué miembros de la empresa del sector financiero podrían ser autores, al utilizar finalmente el término “funcionario”, lo que hace es abarcar a cualquier miembro de la institución que tenga capacidad decisoria para el otorgamiento de créditos, descuentos u otros financiamientos. Por lo tanto, el delito no se circunscribe a determinados órganos de decisión de la empresa del sector financiero, sino a cualquiera que pueda aprobar algún tipo de financiamiento. En el caso de los órganos de decisión colegiada, habrá que individualizar la intervención de cada miembro en la toma de decisión de aprobar el crédito, descuento o financiamiento.

En relación con las empresas del sistema financiero, se hace también una enumeración que va de lo más específico a lo más general. En primer lugar, se menciona a la institución bancaria, cuyo negocio principal consiste en recibir dinero del público en depósito o bajo cualquier otra modalidad contractual y en utilizar ese dinero, su propio capital y el que obtenga de otras fuentes de financiación, en conceder créditos en las diversas modalidades o a aplicarlos a operaciones sujetas a riesgos de mercado. En segundo lugar, utiliza la denominación más general de institución financiera, la que debe ser entendida como aquella que provee de servicios de intermediación en el mercado de créditos. A través de la cláusula general de “u otra que opere con fondos públicos”, se procura abarcar, en general, a las otras empresas que participan en el mercado de créditos. Pese a que el tenor literal parecería incluir a cualquier empresa que use fondos del público, la conducta delictiva

Penal 42 (diciembre de 2012), p. 185.

895 Procede a definir a cada uno de estos miembros de la empresa bancaria o financiera, LÓPEZ PÉREZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal 42* (diciembre de 2012), p. 186.

presupone que se trate de empresas que están sometidas a la normativa financiera que impone límites a las operaciones de otorgamiento de créditos, descuentos u financiamientos. Por lo tanto, estas empresas deben estar autorizadas por la SBS para la intermediación financiera (por ejemplo, las cajas de ahorro y crédito, las EDIPYMES, etc.).

En cuanto al sujeto pasivo, la anticipación de la tutela penal que trae consigo la incriminación del delito de concentración crediticia supone que la conducta típica no recaiga sobre una determinada persona. En estricto, no existe un sujeto pasivo del delito. Sin embargo, con la finalidad de poder identificar a un sujeto titular de lo afectado por la conducta típica, la doctrina penal sostiene que el sujeto pasivo es la colectividad que interviene en las actividades de intermediación financiera⁸⁹⁶. Esta posición parte de la premisa de que el bien jurídico penalmente protegido es de naturaleza colectiva, por lo que su titular lo será una colectividad. A nuestro entender, por el contrario, el titular de los intereses que representan el bien jurídico son los ahorristas, siendo lo único particular que el tipo penal sanciona una actuación que aún no repercute negativamente en ningún integrante de este grupo social.

b. La conducta típica

El delito se realiza con la conducta de aprobar, directa o indirectamente, créditos, descuentos u otros financiamientos por encima de los límites operativos establecidos en la ley de la materia. La primera duda interpretativa es si el verbo típico de “aprobar” implica únicamente la decisión definitiva de la institución financiera de conceder el crédito o financiamiento a favor del usuario, o si es necesario que se haya hecho efectivo. Dado que el tipo penal se sustenta en la observancia de los límites operativos individuales, el término “aprobar” no debe interpretarse como el efectivo desembolso del financiamiento, sino que basta con que el funcionario competente de la ins-

⁸⁹⁶ Así, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 449; IBERICO CASTAÑEDA, *De Iure*. Revista para litigantes, 1 (2007), p. 153; PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 245. Por el contrario, LÓPEZ PÉREZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 42 (diciembre de 2012), p. 187, sostiene que el sujeto pasivo es el Estado en tanto titular del orden financiero.

titución crediticia haya decidido concederlo⁸⁹⁷. La conducta alcanza un sentido delictivo unívoco con la aprobación del crédito. Alegar que el perjuicio se alcanza recién con la materialización del financiamiento no es nada acertado, pues eso no implica aún que el dinero dispuesto no va regresar al banco o institución financiera. La expectativa normativa de conducta se defrauda con la inobservancia de los límites operativos, más allá de que los intereses de los ahorristas no se hayan aún afectado.

El tipo penal admite dos modalidades de realización de la conducta típica: directa o indirectamente. La aprobación directa tiene lugar cuando el crédito se concede a un mismo usuario o cliente, mientras que la aprobación indirecta se presenta cuando se utiliza una interpósita persona (natural o jurídica). La aprobación indirecta puede darse por medio de familiares (esposa, hijos, etc.) o de empresas (accionista que controla la empresa). Es evidente que penalmente no basta con acreditar la existencia de una vinculación personal o empresarial, sino que es necesario establecer una instrumentalización de una interpósita persona o una sociedad fachada, de manera tal que se pueda concluir que, en el fondo, el financiamiento está dirigido al hombre de atrás.

La conducta de aprobación directa o indirecta recae sobre un crédito, descuento u otro financiamiento. El crédito es la operación financiera por medio de la cual una entidad financiera presta a un cliente una cantidad de dinero por un periodo de tiempo determinado (artículo 221 inciso 5 de la LGSF). El descuento es una operación financiera consistente en la presentación de un título de crédito a una entidad bancaria o financiera para que esta anticipe su importe y gestione su cobro. Ambas operaciones financieras son formas de financiamiento, pero no las únicas. Por ello, el tipo penal utiliza la cláusula general de “u otros financiamientos” para poder englobar otras formas de acceso a recursos financieros por parte de los usuarios de las empresas del sector financiero (p. e., pagarés, líneas de crédito, financiamientos por cuentas por cobrar o por inventarios, etc.). Si bien el tipo penal utiliza el plural para referirse a los créditos, descuentos o financiamientos, este uso no

897 Igualmente, IBERICO CASTAÑEDA, *De Iure*. Revista para litigantes, 1 (2007), p. 153. Por el contrario, sostienen que es necesario que el crédito haya sido desembolsado, LÓPEZ PÉREZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 42 (diciembre de 2012), p. 183; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 450, en la redacción anterior del delito de concentración crediticia.

implica que el delito solamente se podrá cometer con la aprobación de una pluralidad de financiamientos. Lo usual es que sea así, pero eso nada impide que con un préstamo se puedan superar los límites operativos al uso del patrimonio efectivo de una empresa bancaria o financiera. En consecuencia, el uso del plural no debe ser interpretado en su sentido literal, sino como la situación usual, pero no única.

El delito de concentración crediticia es una ley penal en blanco, pues se remite a una normativa extrapenal para establecer los límites operativos de las empresas del sector financiero⁸⁹⁸. Esta normativa extrapenal de remisión es la Ley General del Sistema Financiero que, en sus artículos 198 y siguientes, establecen los límites a la labor de intermediación de las empresas del sistema financiero. Lo primero que debe tenerse en cuenta es que estos límites se establecen en función del patrimonio efectivo⁸⁹⁹, el cual es el importe extra-contable que resulta de sumar o de restar del patrimonio contable el importe de diversos conceptos señalados por la LGSF sobre la base de lo que se conoce como patrimonio básico y patrimonio suplementario (artículo 184). Por un lado, existe un límite global (artículo 199 de la LGSF) y también límites por operaciones. Los límites por operaciones pueden ser globales (artículo 200 de la LGSF) o individuales (artículo 201 al 211 de la LGSF). El delito de concentración crediticia está referido a los límites operativos de carácter individual.

Conforme al artículo 206 de la LGSF, las empresas del sistema financiero no pueden conceder, en favor o por cuenta de una misma persona, natural o jurídica, directa o indirectamente, créditos, inversiones o contingentes que excedan el equivalente al diez por ciento (10%) de su patrimonio efectivo, con excepción de las fianzas que garanticen la suscripción de contratos derivados de los procesos de licitación pública, las que están sujetas a un límite de treinta por ciento (30%). Este límite se puede ampliar excepcionalmente al 15% (artículo 207), al 20% (artículo 208) y al 30% (artículo 209) del patrimonio efectivo, si se presentan ciertas garantías especiales. Por lo tanto, las conductas de aprobación de cualquier forma de financiamiento que superen estos límites operativos individuales podrán alcanzar relevancia penal.

898 En el mismo sentido, IBERICO CASTAÑEDA, *De Iure*. Revista para litigantes, 1 (2007), p. 154. Con una posición crítica frente a esta remisión normativa, GHERSI, *Thémis* 32, p. 118.

899 Vid., IBERICO CASTAÑEDA, *De Iure*. Revista para litigantes, 1 (2007), p. 154.

c. *El elemento subjetivo*

A nivel subjetivo, el tipo penal requiere, conforme a la regla del artículo 12 del CP, una realización dolosa⁹⁰⁰. El autor debe saber, por lo tanto, que está aprobando un financiamiento directa o indirectamente a favor de una persona por encima de los límites operativos de carácter individual establecidos en la normativa bancaria o financiera. Dado que el tipo penal no establece parámetros suficientes para determinar el alcance de los límites operativos, el conocimiento debe abarcar lo dispuesto en la Ley General del Sistema Financiero. No obstante, debe tenerse presente que el conocimiento no se verifica como una realidad subjetiva, sino que se imputa en función de parámetros jurídico-penales. En este orden de ideas, es un conocimiento situacional central para cualquier funcionario de una institución bancaria o financiera los límites operacionales de carácter individual. Si no se presenta en el caso concreto ninguna circunstancia especial que haya impedido que el autor acceda al conocimiento de estos límites, entonces la imputación del conocimiento de este aspecto del hecho delictivo podrá tener lugar, sin mayor cuestionamiento.

En cuanto a las diversas formas de dolo, el tipo penal tiene una particularidad que produce una restricción al respecto. En efecto, el tipo penal exige que el autor actúe “a sabiendas”, lo que significa que debe imputársele un conocimiento cierto de todos los aspectos típicamente relevantes del hecho que se subsume en el delito de concertación crediticia. Si el conocimiento imputado al autor solamente le permite tener como posible (culpa) o incluso como probable (dolo eventual) el desborde de los límites operativos, entonces no se podrá sostener la tipicidad del comportamiento por falta de la imputación subjetiva legalmente requerida. En consecuencia, el dolo solamente es admisible en su forma directa, mas no eventual⁹⁰¹.

d. *Consumación y tentativa*

El delito de concentración crediticia se consuma con la sola aprobación definitiva del crédito⁹⁰². Si se trata de varios créditos o financiamientos, el

900 Igualmente, IBERICO CASTAÑEDA, *De Iure*. Revista para litigantes, 1 (2007), p. 153; LÓPEZ PÉREZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 42 (diciembre de 2012), p. 187.

901 Similarmente, IBERICO CASTAÑEDA, *De Iure*. Revista para litigantes, 1 (2007), p. 154. De otro parecer, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 250.

902 De igual parecer, IBERICO CASTAÑEDA, *De Iure*. Revista para litigantes, 1 (2007), p. 156.

delito se consuma con la aprobación del que supera el límite operacional establecido legalmente. En la medida que el tipo penal apunta a impedir que no se vea afectado el patrimonio de una institución bancaria o financiera que está constituido por los depósitos de los ahorristas, es evidente que el tipo penal está estructurado como un delito de peligro abstracto⁹⁰³. Si bien el acto de aprobar un crédito es un procedimiento, por lo general, complejo que puede dividirse en varias etapas, eso no debería dar pie a criminalizar como tentativa una realización parcial de la conducta típica, pues al tratarse de un delito de peligro abstracto, el adelantamiento de la tutela penal que produce no justifica un nuevo adelanto de la tutela penal por medio del castigo de la tentativa⁹⁰⁴.

e. Intervención delictiva

Las reglas generales de la intervención delictiva son aplicables al delito de concentración crediticia. Si bien se trata de un delito especial, su estructura material es la de un delito de dominio⁹⁰⁵, pues la restricción del círculo de autores del delito responde a que el bien jurídico penalmente protegido se presenta en un ámbito social específico (el mercado de créditos). Por lo tanto, autor del delito será aquel que, por estar incardinado en dicho ámbito social específico, domina el riesgo penalmente relevante. Lo que determina la cualificación del autor no es la posesión formal del estatus, sino la intervención efectiva en el sector financiero del mercado de créditos. Todos los que ayudan al autor a cometer el delito, podrán responder como cómplices primarios o secundarios, en función de la entidad de su aporte al hecho.

En el último párrafo del artículo 244 del CP se establece que los beneficiarios de las operaciones de financiamiento serán sancionados con la misma pena que corresponde al autor. El punto central de esta regulación especial de la participación en el delito de concentración crediticia es que dichos beneficiarios no responden por el hecho de serlos, sino por haber

903 Igualmente, IBERICO CASTAÑEDA, *De Iure*. Revista para litigantes, 1 (2007), p. 153; PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 246, como delito de aptitud o idoneidad.

904 Admite, por el contrario, el castigo de la tentativa, LÓPEZ PÉREZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 42 (diciembre de 2012), p. 187.

905 Por el contrario, como un delito de infracción de un deber, IBERICO CASTAÑEDA, *De Iure*. Revista para litigantes, 1 (2007), p. 152.

participado en el delito⁹⁰⁶. Por lo tanto, es necesario que hayan intervenido en el hecho de una forma penalmente relevante. En cuanto a la pena, se dispone que se les castigue con la misma pena que corresponde al autor. Dado que se trata de una regulación típica general, hay que entender que la correspondencia de penas se refiere al marco penal abstracto. Esto supone que, en realidad, esta regulación solamente establece una regla especial para la complicidad secundaria, pues en cuanto a la complicidad primaria y la instigación, la regla general establece una correspondencia del marco penal abstracto con la que se prevé para el autor.

f. Penalidad y agravantes

La pena prevista por la comisión del delito de concentración crediticia es una privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años y una multa de trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. A estas penas principales se les puede sumar una pena de inhabilitación accesoria, específicamente aquella que produce incapacidad para ejercer, por cuenta propia o por intermedio de un tercero, profesión, comercio, arte o industria (artículo 36 inciso 4 del CP). Dado que se trata de una inhabilitación accesoria, su duración será la misma que la pena principal (pena privativa de libertad).

Las penas principales se agravan en dos supuestos. Al no ser la agravación de la pena la misma en ambos supuestos, se trata de agravantes de distinto grado. Como agravante de primer grado, se prevé el caso en el que la aprobación del crédito, descuento u otro financiamiento se haga en favor de directores o trabajadores de la institución, o de persona vinculada a un accionista de la propia institución, conforme a los criterios de vinculación normados por la SBS. El marco penal abstracto se incrementa solamente en su extremo mínimo a no menor de seis años de pena privativa de libertad. Como puede verse, esta agravación de primer grado contempla dos supuestos distintos: por un lado, el caso de los directores o trabajadores de la institución y, por el otro, el caso de las personas vinculadas con la propiedad de la institución. Para tener claro cómo se determina la vinculación en cada

906 Igualmente, IBERICO CASTAÑEDA, *De Iure*. Revista para litigantes, 1 (2007), pp. 155 y ss.

uno de estos supuestos y sus límites operativos, conviene tratarlos diferenciadamente:

- *Límites a los directores o trabajadores.* El artículo 201 de la LGSF establece que ningún director o trabajador puede recibir créditos por encima del cinco por ciento (5%) del límite global del siete por ciento (7%) de su patrimonio efectivo, para lo cual se deberá considerar también los créditos o financiamientos concedidos a su cónyuge y parientes. La Circular N.º B-2148-2005 sobre la aplicación de límites operativos a que se refieren los artículos 201 al 212 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, precisa que para el seguimiento y control de este límite, las empresas deberán contar con una base de datos actualizada que comprenda a los directores y trabajadores, así como a sus cónyuges y parientes.
- *Límites a las personas vinculadas con la propiedad.* El artículo 202 de la LGSF dispone que, sin perjuicio de los límites individuales generales, el total de los créditos, arrendamientos financieros, inversiones y contingentes que una empresa del sistema financiero otorgue a personas naturales y jurídicas vinculadas de manera directa o indirecta a su propiedad en proporción mayor al 4% (cuatro por ciento), o con influencia significativa en su gestión, no puede superar un monto equivalente al 30% (treinta por ciento) del patrimonio efectivo de la empresa. A lo anterior la Circular N.º B-2148-2005 sobre aplicación de límites operativos a que se refieren los artículos 201 al 212 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, agrega que tratándose de personas naturales vinculadas a la empresa, deberá considerarse también como una exposición frente a esta persona natural, salvo prueba en contrario, todo financiamiento otorgado a su cónyuge, así como todo financiamiento otorgado a una persona jurídica sobre la cual la persona natural vinculada ejerza el control, sea de forma individual o por pertenecer a un grupo de personas naturales que actúan como unidad de decisión. Tratándose de personas jurídicas vinculadas a la empresa, deberá considerarse también como exposición frente a esta persona jurídica, salvo prueba en contra-

rio, todo financiamiento otorgado a una persona jurídica que pertenezca a su grupo económico.

Como agravante de segundo grado, el tercer párrafo del artículo 244 del CP incrementa la pena privativa de libertad a no menor de ocho años ni mayor de doce años cuando como consecuencia de la aprobación de los financiamientos, la SBS resuelve la liquidación de la institución. La aplicación de esta agravante supone la materialización del riesgo de detrimento patrimonial en perjuicio de los ahorristas que precisamente los límites operativos quieren evitar⁹⁰⁷. No basta con que objetivamente se produzca la liquidación de la institución bancaria o financiera, sino que es necesario que exista una vinculación objetiva y subjetiva con la conducta del autor. Por lo tanto, la liquidación de la institución debe ser consecuencia de una situación de insolvencia en la que se entra o se agrava por la aprobación de los financiamientos por encima de los límites operativos⁹⁰⁸ y que debe ser abarcada por el dolo del autor⁹⁰⁹. Si falta alguno de estos requisitos, entonces la imputación penal solamente podrá llevarse a cabo con el tipo penal básico.

B. El delito de condicionamiento de créditos (artículo 248 del CP)

El delito de condicionamiento de créditos sanciona al director, gerente, administrador o funcionario de una institución bancaria, financiera u otra que opere con fondos públicos, por condicionar directa o indirectamente el otorgamiento de un crédito a la entrega de una contraprestación indebida por parte del beneficiario. En contra de lo que pudiese pensarse, este delito no se sustenta en una tendencia moralizante en el mercado crediticio que apunte a reprimir supuestos de corrupción privada⁹¹⁰, sino en la necesidad de que las instituciones financieras concedan créditos en atención a la capacidad de pago del solicitante y no por otro tipo de incentivos. Si al final es el pago de una ventaja al funcionario bancario lo que motiva el otorgamiento de un crédito, entonces lo más seguro es que el beneficiario no esté en con-

907 En términos similares, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 249.

908 Igualmente, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 250; LÓPEZ PÉREZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 42 (diciembre de 2012), p. 185.

909 De otro parecer, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 250, al considerar que el plus de injusto está solamente en el resultado.

910 Como lo destaca, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 283.

diciones de honrar su deuda, lo que hará que el crédito se vuelva incobrable en detrimento de la institución financiera y, por último, de los ahorristas.

Con base en las consideraciones precedentes, puede decirse que el delito de condicionamiento de créditos apunta a evitar una asignación deficiente de los recursos financieros por parte de la institución crediticia que ponga en riesgo su recuperabilidad. Lo que protege, por lo tanto, es la expectativa normativa de conducta de que la concesión de un crédito por parte de las instituciones bancarias o financieras se hará en atención a la efectiva capacidad de pago del solicitante, lo que se defraudará si la decisión se toma por el pago de una prebenda. En cuanto a su estructura material, se trata de un delito especial de dominio que castiga a los funcionarios de una institución bancaria o financiera por generar con su actuación una situación de riesgo para la recuperabilidad de un crédito. Son competencias por organización las que los hacen penalmente responsables por el delito tipificado en el artículo 248 del CP.

a. Los sujetos del delito

Cualquiera no puede ser autor del delito de condicionamiento de créditos, pues el tipo penal exige que se trate de un director, gerente, administrador o funcionario de una institución bancaria, financiera u otra que opere con fondos del público⁹¹¹. Lo común de todos los cargos mencionados es la capacidad de aprobar el otorgamiento de un crédito u otra forma de financiamiento⁹¹². La sintaxis de la redacción típica no es la más acertada, pues, por un lado, utiliza el plural en cada calidad especial y une con la conjunción “y” a los distintos tipos de empresas del sector financiero a las que debe pertenecer el autor del delito. Estas particularidades llevarían, en una comprensión literal, a interpretar el delito de condicionamiento de créditos como un delito plurisubjetivo (no basta con que un director cometa el delito, sino que deben ser dos o más directores) y a exigir irrazonablemente que el autor del delito sea miembro simultáneamente de una empresa bancaria, financiera y de las demás que operen con fondos del público. Es evidente que

911 Así, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 285, calificándolo con un delito especial propio.

912 Puntualiza que se trata de personas con capacidad de decisión y rango directriz, LAMAS PUC-CIO, *Derecho penal económico*, p. 267.

tal comprensión de las exigencias especiales para poder ser autor del delito no es mínimamente razonable, por lo que queda claro que el delito podrá ser cometido por un solo autor y que, además, basta con que sea miembro con capacidad de decisión de una institución del sistema financiero que esté habilitada para la concesión de créditos a los usuarios.

En cuanto al sujeto pasivo, este no es el usuario del sistema financiero al que se le condiciona la concesión del crédito, pues, como ya se dijo, el delito de condicionamiento de créditos no sanciona la obtención de una ventaja indebida en el ejercicio de una posición de decisión. Lo que sustenta la existencia de este tipo penal es, más bien, que el otorgamiento de un crédito no dependa de la capacidad de pago del beneficiario, sino de un pago indebido realizado a favor del funcionario bancario o financiero que tiene el poder de decisión. Por lo tanto, la conducta típica no recae sobre un interés o derecho del que es titular una determinada persona, sino que simplemente se genera una condición que aumenta, de manera general, el riesgo de falta de pago de los créditos, de insolvencia de la empresa y finalmente de perjuicio a los ahorristas.

b. La conducta típica

La conducta típica consiste en condicionar el otorgamiento de un crédito a la entrega por parte del usuario de contraprestaciones indebidas. El condicionamiento significa que la aprobación del crédito depende de que se haga entrega de una contraprestación que no forma parte de aquellas que se contemplan en el contrato de préstamo. El condicionamiento puede ser expreso o implícito, siendo la única exigencia que sea concluyente. No será típico, por el contrario, el caso en el que el usuario ofrece al funcionario bancario el pago de una ventaja indebida para que le conceda el crédito, pues la aceptación de la ventaja no puede ser calificada de un condicionamiento⁹¹³. Tampoco debe considerarse típico el condicionamiento que se hace respecto de un crédito que corresponde aprobar conforme a los parámetros financieros. Si lo que se protege penalmente, como ya se dijo, no es el correcto desempeño ético del funcionario de una empresa bancaria o financiera, sino la ineficiente asignación de los recursos financieros, entonces el delito de

913 Del mismo parecer, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 284.

condicionamiento de créditos se deberá considerar realizado si es que, de no haberse accedido a pagar la ventaja indebida, el préstamo no se habría concedido⁹¹⁴.

A diferencia del delito de concentración crediticia, el delito de condicionamiento de créditos limita la conducta típica a los créditos, no incluyendo otras formas de financiamiento. Si se sigue esta ordenación sistemática, habría que concluir que el tipo penal solamente será aplicable al otorgamiento de préstamos por parte de una institución bancaria o financiera, pero no a otro tipo de financiamiento. Razones de estricta legalidad apoyan esta delimitación típica. Distinta es la solución, sin embargo, en cuanto a la utilización del plural “créditos” que podría llevar, en una interpretación literal, a exigir que el condicionamiento se haga respecto de una pluralidad de créditos. Es evidente que aquí se trata de un simple giro idiomático por la utilización plural del sujeto activo del delito. Por lo tanto, no hay ninguna dificultad para que el tipo penal se realice con el condicionamiento indebido de un solo crédito a un usuario.

El tipo penal admite la realización de la conducta típica tanto de forma directa, como indirecta. Dado que este complemento circunstancial de modo está referido a la conducta de “condicionamiento”, el carácter directo o indirecto debe estar referido a la acción de condicionar. Un condicionamiento directo se presenta cuando el autor pide al usuario el pago de la contraprestación indebida para conceder el crédito. El indirecto tendrá lugar cuando se le pide al usuario cumplir con alguna condición que le significa asumir un costo indebido (por ejemplo, si se le obliga a contratar con determinado constructor para conceder un crédito hipotecario). Por la redacción literal del tipo, lo que no se podrá abarcar son los condicionamientos que se le hacen a una persona distinta del usuario que solicita el crédito (por ejemplo, un tercero interesado en la operación de otorgamiento del crédito).

Cabe preguntarse si el delito de condicionamiento de créditos puede cometerse por medio de una omisión. En cuanto a la posición de garantía, no parecería haber mayor problema, por ejemplo, en el caso de un directivo que conoce el condicionamiento que un funcionario de su institución

914 En la misma línea, aunque planteándolo como un tema de imputación objetiva, PEÑA CABRE-RA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 287.

está haciendo para la concesión de un crédito, sin hacer nada al respecto. Lo dudoso aquí es si esta omisión alcanza la identidad normativa de una realización activa del delito. Al parecer eso no tiene lugar, pues el funcionario bancario tiene autonomía funcional, por lo que el condicionamiento no se puede reconducir al ámbito de organización del directivo. Sin embargo, esta situación no impide que se le pueda imputar una responsabilidad como cómplice por omisión, en la medida que, con el incumplimiento de su deber de intervención ha facilitado la realización del delito por parte del funcionario que tiene contacto directo con el cliente.

c. El tipo subjetivo

A nivel subjetivo, el autor debe actuar dolosamente⁹¹⁵, lo que significa imputarle el conocimiento de que está condicionando el otorgamiento de un crédito al pago de una contraprestación indebida. Dado el claro sentido delictivo que tiene la parte objetiva del delito, no hay duda de que el delito solamente puede cometerse con dolo directo⁹¹⁶. No es plausible una acción de condicionamiento realizada con dolo eventual. Situaciones de error de tipo son perfectamente posibles, en especial respecto de ciertos elementos normativos del tipo como el carácter indebido de la contraprestación solicitada.

d. Consumación y tentativa

El delito de condicionamiento de créditos se consuma en el momento en el que el autor hace conocer al usuario del sistema financiero que el otorgamiento del crédito solicitado depende del pago de una ventaja indebida. No es necesario que el crédito se haya aprobado⁹¹⁷ y mucho menos desembolsado⁹¹⁸. Basta simplemente con que se le haga saber al usuario que la aprobación del crédito depende del pago de una contraprestación ajena al contrato de préstamo⁹¹⁹. Se trata, por lo tanto, de un delito de mera conduc-

915 Igualmente, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 458.

916 Así parece ser también la posición de PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 288.

917 De otra opinión, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 287.

918 Del mismo parecer, *Ibidem*, p. 287.

919 Similarmente, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 458.

ta, en la medida que se configura con la sola acción de condicionamiento. En términos materiales, es un delito de peligro abstracto, pues lo que busca es asegurar que los prestamos se concedan a usuarios con la efectiva capacidad de asumir dichos prestamos y no poner en riesgo su recuperación. Este adelantamiento de la tutela penal hace político-criminalmente injustificado el castigo de la tentativa, por lo que el delito debe ser castigo únicamente si se llega a consumir⁹²⁰.

e. Intervención delictiva

Al tratarse de un delito de dominio, las reglas generales de la autoría y la participación son plenamente aplicables. La única limitación formal es que el autor debe reunir la calidad especial de director, gerente, administrador o funcionario de una institución bancaria, financiera u otra que opere con fondos del público. Los que contribuyan a la realización del delito podrá responder como cómplices. Se discute si los usuarios deben responder como cómplices. Un sector de la doctrina penal nacional entiende que esta participación es posible⁹²¹, lo que no parece de recibo, pues no tienen una intervención en la conducta típica de condicionar. Distinto es el caso de quien ayuda al funcionario bancario a condicionar al cliente, por ejemplo, siendo intermediario del mensaje. Pero el solo hecho de acceder al condicionamiento no hace al usuario un cómplice del delito.

f. Penalidad

La pena prevista por el artículo 248 del CP es una pena conjunta de pena privativa de libertad y pena de multa. En cuanto a la primera, el marco penal abstracto es no menor de uno ni mayor de tres años. Respecto de la segunda, el marco penal abstracto es de noventa a ciento ochenta días-multa. Es indudable que este delito implica un abuso de la posición por parte de los funcionarios de la institución bancaria o financiera, por lo que es completamente viable la imposición accesoria de una pena de inhabilitación conforme a los parámetros del artículo 36 inciso 4 del CP.

920 Tampoco admite una tentativa, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 458.

921 Vid., PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 286.

C. El delito de omisión de provisiones específicas (artículo 250 del CP)

El delito de omisión de provisiones específicas está previsto en el artículo 250 del CP. Se sanciona a los miembros de una empresa supervisada que opera con fondos del público, por la realización de dos actos conjuntos: por un lado, la omisión de efectuar las provisiones específicas para determinados créditos o activos; y, por el otro, la inducción al órgano social pertinente a repartir dividendos, distribuir utilidades o capitalizarlas. Como puede verse, se trata de un delito compuesto que precisa de la ejecución de dos conductas⁹²². En términos materiales es claramente un delito de dominio, pues castiga a los administradores de una institución supervisada por crear una situación de riesgo de disminución de los valores reales de su patrimonio en perjuicio de sus acreedores, especialmente los ahorristas, depositantes o afiliados.

El injusto penal del delito de omisión de provisiones específicas gira en torno a la necesidad de ajustar el patrimonio de las empresas que captan dinero del público a valores reales. Como se sabe, el sentido de las provisiones específicas es hacer un registro contable que se sitúa en el pasivo de la empresa para hacer frente al riesgo de disminución patrimonial⁹²³. En el presente caso, las provisiones específicas están referidas a créditos o activos con riesgos de pérdida o de disminución de su valor. Si los administradores de una empresa supervisada no hicieran las provisiones contables frente a una situación de riesgo patrimonial, sus estados financieros revelarían un valor irreal y si, bajo estas condiciones, se procediese a repartir dividendos o utilidades, entonces el patrimonio de la empresa que respalda los ahorros o depósitos se verá materialmente disminuido. Con base en estas ideas, puede decirse que el bien jurídico protegido es la expectativa normativa de conducta de que los administradores de las empresas, que operan con fondos del público, administrarán su patrimonio con base en valores reales.

922 Por el contrario, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 307, sostiene que se trata de un delito mutilado en dos actos, lo que no parece correcto, pues el tipo penal exige la realización objetiva de los dos actos.

923 Similarmemente, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 303.

a. Los sujetos del delito

Para poder ser autor del delito de omisión de provisiones específicas es necesario tener la calidad de director, administrador, gerente, funcionario, accionista o asociado de una institución bancaria, financiera u otra que opere con fondos del público supervisada por la SBS u otra entidad de regulación y control⁹²⁴. Nuevamente la redacción no es la más feliz, pues no solamente establece la calidad especial innecesariamente en plural, sino que las vincula con una “y” en lugar de una “o”, lo que podría llevar a interpretar que el autor debe poseer todas las calidades especiales mencionadas. A ello habría que agregar que la calidad especial está referida a diversas empresas que operan con dinero del público, las que, al estar designadas con la conjunción “y”, deberían todas tener como miembro al autor del delito. Pese a lo que se desprende de una interpretación literal, lo cierto es que no existe la menor duda de que la intención del legislador es poder sancionar al miembro individual con facultades de gestión en alguna de las distintas empresas supervisadas por la SBS u otra entidad de regulación y control. Por esta razón, para ser autor del delito bastará con reunir una de las calidades especiales dentro de alguna de las empresas supervisadas mencionadas.

En relación con la calidad de director, administrador, gerente y funcionario no existe mayor discusión, pues a todos ellos se les asignan funciones de gestión dentro de una empresa del sector financiero. Si quien posee alguno de estos casos realiza, en el marco de sus funciones de gestión, la conducta típica, entonces podrá responder como autor del delito. Lo que, por el contrario, suscita ciertas dudas es que se incluya también al accionista o asociado. Es evidente que su inclusión no obedece a su estatus de propietario de una empresa del sector financiero, sino a que, como tal, de acuerdo a la estructuración societaria asumida, le corresponde también funciones de administración del negocio (por ejemplo, una cooperativa de ahorro y crédito). Por lo tanto, lo que caracteriza al autor del delito de omisión de provisiones específicas es la asignación de funciones de gestión que le obligan a efectuar o controlar que se efectúen las provisiones para determinados créditos o activos con riesgo de pérdida.

924 Vid., PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 304.

En cuanto a las empresas de las que debe formar parte el autor del delito, debe señalarse que el artículo 250 del CP no se limita a las empresas del mercado crediticio, sino que abarca también a las que operan con fondos del público en el mercado de valores. Esta afirmación se ve claramente confirmada por el hecho de que el tipo penal no se circunscribe a las empresas supervisadas por la SBS, sino que incluye a las que lo están por otra entidad de regulación y control, en donde cabe incluir, sin lugar a dudas, a la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV).

El delito tipificado en el artículo 250 del CP no tiene un sujeto pasivo determinado. Ni siquiera se trata de un delito con un sujeto pasivo difuso. Es cierto que apunta finalmente a proteger a los ahorristas⁹²⁵, pero también que el tipo penal se anticipa en la tutela penal, de modo que no se requiere una puesta en peligro, ni mucho menos una lesión efectiva de los intereses económicos de los ahorristas. No es correcto, por lo tanto, sostener que el sujeto pasivo es la colectividad⁹²⁶, sino que se trata de una conducta que se sanciona penalmente sin que produzca ninguna incidencia negativa en los intereses de los ahorristas.

b. La conducta típica

Como se dijo al inicio del presente apartado, el delito de omisión de provisiones específicas sanciona la realización conjunta de dos conductas (delito de dos actos). Una de carácter omisivo y otra de carácter activo. La primera consiste en omitir efectuar las provisiones específicas para créditos calificados como dudosos o pérdida, o para otros activos sujetos igualmente a provisión. La segunda se realiza mediante la inducción al órgano social correspondiente para que apruebe el reparto de dividendos, la distribución de utilidades o la capitalización de las mismas⁹²⁷.

En cuanto al primer acto de la conducta típica, debe decirse que la omisión es atribuible a quien, en el marco de las funciones de administración

925 Los considera el sujeto pasivo del delito, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 304.

926 De tal parecer, sin embargo, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 460.

927 Igualmente, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 307.

dentro de la empresa supervisada, le corresponde hacer una provisión específica, ordenar su realización o controlar su cumplimiento. A cualquiera de estos administradores podrá imputársele la omisión de no haber efectuado tal provisión. Dado que se trata de una omisión, es necesario determinar previamente la existencia de un mandato específico. En el caso de las empresas del mercado crediticio, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 132 inciso 4 de la LGSF que señala que una forma de atenuar los riesgos para el ahorrista es constituir provisiones genéricas o específicas de cartera para la eventualidad de créditos impagos. Por ello, el artículo 133 de la LGSF establece que las empresas deberán constituir, con cargo a resultados, provisiones genéricas o específicas por riesgo de crédito según la clasificación del deudor, conforme a las normas que dicte la SBS.

El acto omisivo de la conducta típica está referido a las provisiones específicas, no a las genéricas. La diferencia entre ambas clases de provisiones está en función del riesgo crediticio del deudor, el cual puede ser: normal, con riesgos potenciales, deficiente, dudoso o pérdida. Las provisiones genéricas se establecen de manera preventiva sobre los créditos directos y la exposición equivalente a riesgo crediticio de los créditos indirectos de deudores clasificados en categoría Normal, mientras que las provisiones específicas se constituyen sobre los créditos directos y la exposición equivalente a riesgo crediticio de los créditos indirectos de deudores, a los que se ha clasificado en una categoría de mayor riesgo que la categoría Normal. La clasificación crediticia del deudor está determinada principalmente por su capacidad de pago, su flujo de caja y el grado de cumplimiento de sus obligaciones. El procedimiento para determinar la clasificación crediticia, así como la provisión específica a realizar conforme a la clasificación, se encuentran establecidos en la Resol. SBS N.º 11356-2008.

La omisión de provisiones no se limita únicamente a las que se deben hacer por la clasificación crediticia del crédito de dudosa o pérdida, sino que incluye también las provisiones que deben realizarse en relación con determinados activos. Por ejemplo, el artículo 215 de la LGSF establece que cuando, como consecuencia del pago de una deuda contraída previamente y de buena fe, se reciba o adjudique en pago total o parcial, bienes muebles o inmuebles, estos deben ser enajenados en el plazo de un año, el cual que puede ser prorrogado por la SBS por una sola vez y por un máximo de seis (6) meses. Vencido dicho plazo, sin que se haya efectuado la venta o el

arrendamiento financiero del bien, la empresa del sistema financiero deberá constituir una provisión hasta por el monto equivalente al costo en libros de los bienes no vendidos. La omisión de la provisión por este activo, configura también el primer acto típico del delito de omisión de provisiones específicas.

El segundo acto de la conducta típica consiste en inducir al órgano societario pertinente a repartir dividendos, distribuir utilidades o capitalizar utilidades. El acto de inducir no debe entenderse en los términos de la inducción o instigación al delito, pues eso limitaría el alcance típico a los casos en los que el inducido sabe que no se han hecho previamente las provisiones específicas correspondientes. Lo razonable es, por lo tanto, abarcar también los casos en los que el omitente se aprovecha de una situación de error de los miembros del órgano social pertinente para que procedan a tomar decisiones sobre los dividendos o utilidades. Las posibles decisiones a las que se debe inducir al órgano social son tres. En primer lugar está el reparto de dividendos, esto es, la parte de las utilidades que reciben los accionistas como compensación por la tenencia de la acción. En segundo lugar se encuentra la decisión de distribuir utilidades bajo cualquier modalidad. Si bien la distribución de las utilidades se hace normalmente a los accionistas por medio de los dividendos, es también posible que se haga a favor de trabajadores en función de acuerdos laborales. En tercer lugar, el acto de inducción puede estar referido a la capitalización de las utilidades, es decir, a la emisión de nuevas acciones integrando las utilidades en el capital social.

c. El elemento subjetivo

Siguiendo la regla general del artículo 12 del CP, el delito de omisión de provisiones específicas solamente puede castigarse si el autor actúa dolosamente⁹²⁸. El dolo exige que se haya imputado al autor el conocimiento de la relevancia de los dos actos que componen la conducta típica. Eso significa que, por un lado, debe saber que está omitiendo realizar una provisión específica en relación con un crédito u otro activo y, por el otro, que está determinando al órgano social pertinente a tomar indebidamente una deci-

928 Vid., BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 461; PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 309.

sión sobre utilidades que no son reales. Si bien teóricamente es posible una situación de error de tipo respecto de cualquiera de los aspectos relevantes de los dos actos, es muy poco el margen para un error en el acto de inducción. Mayor posibilidad de admisión tiene el error en cuanto a la omisión de efectuar las provisiones; por ejemplo, si se yerra sobre el carácter dudoso o de pérdida del crédito.

d. Consumación y tentativa

El delito de omisión de provisiones específicas se consuma con la realización del acto de inducción al órgano social encargado de tomar la decisión sobre el destino de las utilidades. No es necesario que se hayan repartido o capitalizado las utilidades⁹²⁹, sino que basta con haber determinado al órgano social a tomar esta decisión. Si se realiza únicamente el acto de omisión de efectuar las provisiones específicas, pero no se llega a inducir al órgano social correspondiente a distribuir o capitalizar utilidades por causa ajena a la voluntad del autor, entonces lo que corresponde es castigar esta ejecución parcial del delito como tentativa conforme al artículo 16 del CP. Si el autor solamente omitió hacer las provisiones, pero sin tener la voluntad de inducir a que se apruebe su distribución o capitalización, entonces no será posible aplicar la regulación de la tentativa, pues el autor no estaba decidido a cometer el delito. Esta situación no excluye la posibilidad de que se le pueda imputar otro delito por la sola omisión de las provisiones. Dada la cobertura típica para un castigo de la tentativa, será posible también que el autor se desista del mismo durante su ejecución.

e. Intervención delictiva

El tipo penal previsto en el artículo 250 del CP puede ser realizado tanto por un autor individual, como por varios autores en coautoría. Esta última posibilidad puede presentarse tanto como una realización conjunta de cada uno de los actos típicos⁹³⁰, como también mediante la distribución de los

929 Igualmente, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 308. De otro parecer, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 461; LAMAS PUCCIO, *Derecho penal económico*, p. 273.

930 Así, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 304.

mismos (uno omite y el otro se encarga de inducir a que se distribuyan o capitalicen las utilidades). Igualmente es posible la participación en el delito por otros miembros de la empresa supervisada (*intranei*), como por terceros (*extranei*). Como cómplices responderán todos los que llevan a cabo algún tipo de aporte con sentido delictivo a la realización del delito por parte del autor.

f. Penalidad

En la misma línea de los otros delitos contra el mercado de créditos, el delito de omisión de provisiones específicas contempla una penalidad conjunta: una pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y una pena de multa de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. La aplicación accesorio de una pena de inhabilitación es perfectamente posible conforme a los parámetros del artículo 39 del CP.

D. El delito de obstaculización de las labores de supervisión en el sistema financiero (artículo 245 del CP)

Una de las características del sistema financiero es que las empresas que captan fondos del público están sometidas a regulación y supervisión estatal. En el marco de la supervisión estatal, estas empresas deben hacer llegar a los organismos competentes la información sobre su situación económica. Para asegurar que esta información sea efectivamente alcanzada, el delito de obstaculización de las labores de supervisión en el sistema financiero sanciona a los administradores o representantes de las empresas del sistema financiero por incumplir con la obligación de suministrar al organismo de supervisión la información legalmente establecida sobre su situación patrimonial. El ámbito de aplicación del artículo 245 del CP no se limita a las empresas del mercado crediticio, aunque se dirija fundamentalmente a ellas, sino que alcanza también a las empresas que captan los fondos del público en el mercado de valores. Por lo tanto, se trata de un delito contra el sistema financiero, lo que abarca el mercado crediticio y el mercado de valores.

Lo que sustenta la protección penal dispensada por el delito de obstaculización de las funciones de supervisión en el sistema financiero es la posibilidad del Estado de identificar con la información entregada situaciones de riesgo

para los intereses en juego en este sector económico específico, concretamente, que las empresas que captan dinero del público no se encuentren o hayan entrado en una situación de déficit o insolvencia patrimonial que pueda poner en riesgo los depósitos de ahorristas o inversionistas. No es necesario que tal riesgo exista, sino solamente que se perturbe el funcionamiento del mecanismo administrativo establecido para acceder a la información pertinente que permita detectar oportunamente las situaciones de riesgo. Por consiguiente, el bien jurídico protegido estará constituido por la expectativa normativa de conducta de que las empresas del sistema financiero cumplan con entregar información fidedigna sobre su situación patrimonial a los organismos de control y regulación (fundamentalmente la SBS y la SMV).

En cuanto al criterio de imputación penal que subyace en el artículo 245 del CP, debe señalarse, en primer lugar, que el Estado involucra en su labor de identificación preventiva a las empresas supervisadas, a las que obliga a entregar periódicamente información sobre su situación económica y también la que le sea requerida de manera específica. El delito se configura, en este caso, por el incumplimiento del deber de contribuir a la función preventiva asignada a la SBS o a la SMV de controlar la estabilidad económica de las empresas supervisadas. En términos dogmáticos, se trataría de un delito de infracción de un deber asignado a las empresas supervisadas. Sin embargo, el aforismo del *societas delinquere non potest* que aún rige en nuestro sistema penal, impide responsabilizar penalmente a las empresas del sistema financiero. Por esta razón, el tipo penal traslada el cumplimiento del deber de entregar información a sus representantes legales o administradores.

Lo anteriormente dicho presenta cierta fricción con la intención del legislador penal de ampliar el círculo de autores a todos los que ejercen funciones de administración y representación⁹³¹, lo que alcanzaría no solo a cualquier directivo, sino incluso a los que no cuentan con un nombramiento como tal (bastaría el solo ejercicio de las funciones de administración o representación)⁹³². Una alternativa sería concluir que el tipo penal extiende

931 Sobre todo si se tiene en cuenta que la redacción original del tipo penal delimitaba el círculo de autores por medio del estatus: director, gerente, administrador, representante legal o funcionario). Vid., al respecto, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 451.

932 Admite que la responsabilidad penal se puede alcanzar aunque el nombramiento adolezca de ciertos vicios, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 254.

el deber de suministro de información a todos los que ejercen funciones de administración y representación dentro de la empresa supervisada. A esta interpretación cabría oponer que el representante obligado a suministrar la información al supervisor no sea cualquier representante o administrador y, mucho menos, un administrador de hecho. Solamente los representantes orgánicos son los que están autorizados a expresar la voluntad de la empresa supervisada. Si el artículo 245 del CP está configurado como un delito de infracción de un deber, la imputación penal tendrá que circunscribirse a estos representantes legales (scil. Gerente General).

Teniendo en cuenta lo hasta ahora dicho, la única manera de poder explicar la extensión del círculo de autores del delito previsto en el artículo 245 del CP sería admitiendo que, dentro de su ámbito de prohibición, entrarán no solo los casos en los que se pide información a la empresa supervisada (infracción del deber), sino también cuando el requerimiento se hace directamente a miembros concretos de la empresa (dominio del riesgo prohibido). En este último caso, la imputación penal no se sustentará en una vinculación institucional del supervisado con la autoridad de control y regulación, sino en un acto de organización de un particular que impide que dicha autoridad acceda a información relevante para el cumplimiento de sus funciones. El delito estará aquí configurado como un delito de dominio. Con esta estructuración de la imputación penal cobrará pleno sentido el criterio fáctico asumido por el tipo penal al momento de delimitar el círculo de autores, esto es, el ejercicio de las funciones de administración o representación.

a. Los sujetos del delito

Con base en las explicaciones anteriormente dadas, queda claro que el delito de obstaculización de las labores de supervisión en el sistema financiero es un delito especial, pues solamente puede ser cometido por determinados miembros de una empresa bancaria, financiera u otra que opere con fondos del público. En su modalidad de infracción de un deber, el círculo de autores se circunscribe a los representantes nombrados, a quienes les corresponde legalmente el deber de suministrar a la SBS o a la SMV la información exigida. El círculo se extiende a cualquiera que ejerza labores de administración o representación en la empresa supervisada, si se trata de la modalidad

de dominio. En este caso, el órgano de regulación o supervisión pide directamente la información al particular que realiza labores de administración o representación en la empresa supervisada.

El sujeto pasivo del delito es el órgano de supervisión, en tanto la conducta típica perturba o frustra sus labores de control y regulación en el sistema financiero. En el caso de la SBS, el artículo 345 de la LGSF establece que este organismo de supervisión ejerce, en el ámbito de sus atribuciones, el control y la supervisión de las empresas conformantes del sistema financiero y de seguros. En este contexto, a las empresas supervisadas se les impone obligaciones de información. Por un lado, el artículo 197 de la LGSF señala que la SBS establecerá la periodicidad, formato y demás condiciones de los informes que deban presentarle las empresas, debiendo dichos informes mostrar el requerimiento patrimonial, las posiciones afectas a los distintos riesgos, estados financieros y otros temas exigidos por la SBS. Por otro lado, el artículo 350 de la LGSF, en su tercer párrafo, otorga al superintendente la facultad de requerir a las empresas supervisadas todos los antecedentes que juzgue necesarios para informarse acerca de su situación financiera, recursos, administración o gestión, actuación de sus representantes, grado de seguridad y prudencia con que se realizan las inversiones, y en general, de cualquier otro asunto que, en su opinión, deba esclarecerse. En el caso de la SMV, el artículo 3 inciso 7 de su Ley Orgánica establece que, para el desarrollo de su facultad de inspección, podrá examinar cualquier información que sea necesaria para el cumplimiento de sus funciones, existiendo para ello, la obligación de la empresa y de su representante de brindar al personal encargado de las inspecciones todas las facilidades que requieran para el cumplimiento de su cometido. Igualmente se podrá requerir todos los antecedentes necesarios para informarse acerca de su situación financiera, recursos, administración o gestión, actuación de sus representantes, grado de seguridad y prudencia con que se realizan las inversiones y, en general, de cualquier otro asunto que, en su opinión, deba esclarecerse.

En contra de lo que sostiene un sector de la doctrina penal nacional, la calidad de sujeto pasivo no puede ser asignada, de manera general, a la colectividad⁹³³ o a los ahorristas, pues, tal como se dijo, el tipo penal se ubica en

933 Como lo sostienen, por el contrario, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 452.

un nivel de labores de prevención de riesgos, es decir, antes de que pueda haberse producido una situación de riesgo para los intereses de los ahorristas u otros intervinientes en el sistema financiero. Lo que se afecta es la función de supervisión que despliegan con fines de prevención los reguladores en el sistema financiero.

b. La conducta típica

La realización de la conducta típica presupone una situación objetiva de iliquidez o insolvencia de la empresa supervisada. El legislador no ha sido muy acertado al utilizar la expresión “situaciones de liquidez”, pues debió referirse, más bien, a situaciones de iliquidez. Pero no hay duda que de lo que se trata aquí es de situaciones de falencia patrimonial de la institución financiera. Bajo este contexto interpretativo, la situación de liquidez debe estar referida a una situación de falencia patrimonial, lo que se presenta cuando los activos no pueden ser convertidos de forma inmediata en dinero efectivo⁹³⁴. Por su parte, una situación de insolvencia tiene lugar cuando la institución financiera no está en capacidad de poder hacer frente a las obligaciones o deudas contraídas⁹³⁵. En ambos casos, es necesario que la entidad estatal de supervisión tome conocimiento de estas situaciones económicas, pues de esta manera podrá disponer que se tomen medidas preventivas especiales, vigilar puntualmente a la empresa en cuestión o finalmente intervenirla.

La conducta típica puede realizarse de dos formas distintas: por un lado, omitiendo o negándose a proporcionar la información sobre las situaciones económicas antes referidas y, por otro lado, proporcionando información con datos falsos. El delito se configura con la ejecución de cualquier de estas formas de realización del delito. En la forma de realización de no entrega de la información, el delito se comete si no se cumple con la obligación de remitir periódicamente la información económica establecida (“omitir”) o si se desatiende el pedido de información económica requerida específicamente por el órgano supervisor (“negar”)⁹³⁶. En la forma de realización de

934 Vid., PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 255.

935 Vid., PEÑA CABRERA FREYRE, *Loc. cit.*

936 Por ello, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 258, exige en este caso un requerimiento formal previo de solicitud de información.

suministro de información falsa, el delito se comete con la entrega de información que se sustente en datos falsos. La exigencia típica de falsedad de la información excluye de lo penalmente relevante la sola utilización de parámetros de valoración inadecuados en la información remitida. El tipo penal se realizará solamente si la información suministrada cuenta con un dato de la realidad que es falso.

La imputación penal de la conducta típica se modula de manera distinta si se trata de la modalidad de infracción de un deber (obligación de entrega de información impuesta a la empresa supervisada que se traslada a su representante legal orgánico) o si se trata de la modalidad de dominio (obligación de entrega de información requerida a un miembro específico de la empresa supervisada). En el primer caso, la imputación penal a título de autor se satisface con el mero incumplimiento del deber de entregar una información fidedigna sobre la situación económica de la empresa supervisada. Si quien administra la información al interior de la empresa que no se entrega o quien elabora el documento remitido al organismo supervisor con datos falsos es una persona distinta, no es algo que defina la imputación penal, pues lo decisivo es que al representante legal orgánico le corresponde asegurarse que se dé una respuesta con datos ciertos. Quién ejecuta esa labor, es algo que no exonera, ni modifica la imputación penal. Muy distinto es el caso en la modalidad de dominio, pues en dicho caso el miembro individual de la empresa responderá como autor solamente si tiene dentro de su ámbito de administración la información requerida o es el que la suministra con datos falsos.

Resulta obligado señalar que el delito financiero bajo comentario no podrá ser imputado al autor si es que este no está en capacidad de cumplir con la entrega de la información exigida o requerida por el organismo de supervisión. Por ejemplo, si se trata de información que no se tiene a disposición, que se ha perdido o que su elaboración conlleva un tiempo que excede el otorgado para cumplir con su entrega. Una imputación penal, en este caso, solamente podría tener lugar si es que lograrse acreditarse que el autor se puso responsablemente en una situación de incapacidad de incumplimiento con la finalidad de ocultar la situación patrimonial de la empresa supervisada (*actio libera in causa*).

c. El elemento subjetivo

El autor debe actuar dolosamente para que la conducta sea típica⁹³⁷. No basta a nivel subjetivo con una actuación culposa. El dolo del autor se encuentra determinado por el elemento subjetivo especial de “con el propósito de ocultar situaciones de liquidez o insolvencia de la institución”. Esto supone que, al margen de lo penalmente relevante, quedará la actuación con dolo eventual. En efecto, el autor debe saber que la empresa supervisada está en una situación de iliquidez o de insolvencia y que la negativa a entregar la información o la entrega de información con datos falsos responde al propósito de impedir que el órgano de control y regulación tome conocimiento de esta situación. En este orden de ideas, será atípico la actuación sin un conocimiento cierto de la situación de falencia económica de la institución, aun cuando el autor sea consciente de la falta de entrega de la información o incluso de la entrega de una información falsa.

d. Consumación y tentativa

El delito de obstaculización de labores de supervisión en el sistema financiero se consuma de manera distinta según cada forma de realización del tipo penal. En el caso de la falta de entrega de información, el delito se consuma instantáneamente en el momento en que se concluye el plazo establecido para la entrega de la información sin que se haya cumplido con hacerlo. Si el delito se comete en su modalidad de entrega de información falsa, entonces el delito se consuma instantáneamente en el momento en que se entrega la información falsa a la autoridad de control y regulación correspondiente. Una tentativa será posible únicamente en el supuesto de entrega de información falsa, si es que, por alguna razón ajena a la voluntad del autor, la información enviada no llega a la entidad estatal⁹³⁸.

e. Penalidad

El artículo 245 del CP castiga el delito financiero aquí analizado con una pena conjunta de pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de

937 Vid., BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 452.

938 Niega, por el contrario, la posibilidad de una tentativa, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 259.

ocho años y pena de multa de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa. Si bien la pena abstractamente prevista es aplicable a las dos formas de realización del delito, no hay duda que, a nivel de la pena concreta, deberá tenerse en consideración el mayor desvalor que tiene la conducta de proporcionar información falsa frente a la conducta de omitir o negarse a entregar la información solicitada.

f. Concursos

El delito financiero previsto en el artículo 245 del CP presenta usualmente dos situaciones de concurso. Por un lado, la conducta concreta podrá subsumirse también en el delito general de obstaculización de las labores de supervisión del artículo 242 del CP. Los elementos típicos son muy similares, siendo la diferencia fundamental que el delito previsto en el artículo 242 del CP se aplica a las labores de supervisión de cualquier organismo de control, mientras que el delito previsto en el artículo 245 del CP se limita al organismo de control del sistema financiero. Ante esta situación es claro que se tratará de un concurso de leyes que, con base en el principio de especialidad, se define con la aplicación del delito financiero. Por otro lado, puede ser que la información falsa se sustente en documentos falsificados, lo que llevará a una situación de concurso ideal con el delito de uso de documento falso.

E. El delito de instituciones financieras ilegales (artículo 246 del CP)

La importancia de los intereses involucrados en el sistema financiero hace que las empresas no puedan captar fondos del público sin contar con una autorización administrativa⁹³⁹. El delito de instituciones financieras ilegales sanciona precisamente a los que se dedican a realizar actividades en el sistema financiero sin estar autorizados conforme a los parámetros legalmente establecidos. Esta prohibición penal apunta a impedir que los ahorristas depositen o inviertan su dinero en instituciones financieras informales que no ofrecen ninguna garantía de un transparente y correcto uso de los recursos financieros captados. En este orden de ideas, el bien jurídico penalmente protegido será la expectativa normativa de conducta de que las personas o empresas que se dedican a captar dinero del público, cumplirán

⁹³⁹ Vid., PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, pp. 262 y ss.

con las condiciones de idoneidad para entrar y mantenerse operativos en el negocio financiero, lo que supone contar previamente con un permiso administrativo y estar sometidas a una supervisión estatal permanente.

a. Los sujetos del delito

El delito de instituciones financieras ilegales puede ser cometido por cualquier persona⁹⁴⁰, por lo que se trata de un delito común. Lo usual es que la actividad delictiva sea desplegada por una persona jurídica, al punto que el *nomen iuris* de este tipo penal utiliza el término de “instituciones”. En tal caso, responderán por el delito los distintos sujetos individuales que intervinieron en la actividad penalmente relevante de la persona jurídica conforme a las reglas generales de la autoría y la participación. El tipo penal hace la precisión adicional de que el autor puede actuar por cuenta propia o ajena, por lo que responderá penalmente no solo cuando él mismo sea el titular del negocio, sino también cuando no sea más que un representante.

El sujeto pasivo del delito serán los ahorristas que han entregado sus fondos a quien no está autorizado para intermediar en el mercado crediticio o de valores mediante la captación de fondos del público y, por lo tanto, no reúne las condiciones de idoneidad legalmente establecidas para garantizar un manejo adecuado de los recursos captados. Si bien la conducta típica implica no cumplir con tramitar ante el organismo estatal correspondiente el permiso respectivo, el desvalor del hecho no reside en el incumplimiento del trámite estatal, sino en la ausencia de garantías para respaldar los recursos del público captados⁹⁴¹.

b. La conducta típica

Lo que se reprime penalmente con el artículo 246 del CP es la conducta de dedicarse directa o indirectamente a la captación habitual de recursos del público bajo la forma de depósito, mutuo o cualquier modalidad. Lo pri-

940 Así, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 454; LAMAS PUCCIO, *Derecho penal económico*, p. 262; PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 265.

941 Por el contrario, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 265, sostiene que el sujeto pasivo del delito es el Estado. Igualmente en la regulación penal colombiana, HERNÁNDEZ QUINTERO, *Los delitos económicos en la actividad financiera*, p. 427.

mero que cabe resaltar de la conducta típica es que asume la forma de un delito de organización, en la medida que sanciona una actuación del autor cuantitativamente indeterminada de captación de recursos⁹⁴². Por lo tanto, no se reprime la realización de cada acto individualizado de captación de fondos, sino el despliegue de una actividad permanente, lo que se desprende de la exigencia típica de la habitualidad de la captación⁹⁴³. Por ejemplo, si una persona recibe dinero de dos o tres amigos con la promesa de pagarles un interés, no hay evidentemente una dedicación a la actividad de captación de recursos del público. Para ello, es necesario mostrar que existe la disposición de recibir dinero de cualquier persona. El que el tipo penal esté conformado como un delito de organización hace que todos los actos de captación se engloben en una sola realización típica, por lo que no puede afirmarse la comisión de varios delitos.

Conforme al tenor típico, la actividad de captación de fondos del público puede ser directa o indirecta, de lo que se desprende que la sanción penal alcanzará también a aquellas instituciones que utilizan a otros como intermediarios para proveerse de los fondos. En cuanto a las formas de captación de recursos del público, el tipo penal menciona concretamente a los depósitos o los mutuos, pero utiliza también el elemento típico indeterminado de “cualquier modalidad”. Con esta cláusula general se podrá englobar cualquier otra forma de captación de fondos del público⁹⁴⁴, lo que es especialmente aplicable al caso de la intermediación en el mercado de valores. El que el tipo penal se limite a las actividades financieras de captación de fondos del público, hace que, por otra parte, queden al margen de lo punible los casos en los que la actividad habitual se limita a colocar o prestar dinero al público⁹⁴⁵.

El tipo penal exige, como un elemento negativo del tipo, que la conducta típica se haga sin contar con el permiso de la autoridad competente. En este caso, el tipo penal asume una relación de accesoriedad administrativa de acto, por lo que el delito no se habrá realizado si la SBS o la SMV han auto-

942 Vid., respecto de los delitos de organización, GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal*, PG, p. 789.

943 En el mismo sentido, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 268.

944 Igualmente, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 454.

945 En este sentido, diferenciando captación de colocación, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 266.

rizado a la institución a realizar labores de captación de fondos del público. La sola solicitud del permiso no puede ser suficiente para excluir la tipicidad de la conducta⁹⁴⁶. Si bien lo usual es que la institución financiera ilegal actúe completamente al margen de la normativa financiera, no hay ningún inconveniente para castigar el caso de una institución autorizada para operar en el sistema financiero, pero no para realizar específicamente operaciones de captación de fondos del público⁹⁴⁷. En caso de contar con una autorización nula, el tipo objetivo se habrá realizado, por lo que la imputación penal solamente se podrá levantar si pudiese alegarse una situación de error. Si la autorización es anulable, la imputación penal se mantendrá si la causa del vicio es un acto reconducible al administrado (falsa información, coacción o corrupción).

En el plano de la imputación objetiva, se plantea la cuestión de si la competencia por el riesgo debe trasladarse a la víctima cuando los que entregan sus fondos saben que lo hacen a una institución que no cuenta con la autorización administrativa para operar. Algunos ponen en duda que a estas personas complacientes con la situación de informalidad de las instituciones a las que confían sus ahorros, pueda llamárseles víctimas⁹⁴⁸. Esto supondría que la protección penal no debería alcanzar a los que conscientemente ponen su dinero en instituciones financieras informales. A ello podría replicársele que el tipo penal no parte de un usuario informado, sino de uno que simplemente busca rentabilizar sus ahorros frente a una empresa que le ofrece una ganancia asegurada. Por lo tanto, el que consienta en colocar sus fondos en una empresa que es informal, no supone que asuma necesariamente la ausencia de garantías de devolución. Por lo tanto, aunque se pueda alegar que los usuarios conocían que la empresa operaba sin autorización, eso no levanta en lo absoluto la responsabilidad penal de los que realizan la actividad financiera al margen de la legalidad.

946 En este sentido, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, pp. 26y y ss.

947 En el mismo sentido en la regulación penal colombiana, HERNÁNDEZ QUINTERO, *Los delitos económicos en la actividad financiera*, p. 427.

948 Así, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 454.

c. El elemento subjetivo

A nivel subjetivo, el autor tiene que actuar dolosamente⁹⁴⁹. Eso supone que se le pueda imputar el conocimiento de que está realizando labores de captación habitual de fondos del público y que, para hacer ello, debía contar con una autorización de la SBS o de la SMV. Si bien el desconocimiento de algunos de estos aspectos relevantes daría lugar a un error de tipo, el carácter extendido del sistema financiero en la sociedad actual y el conocimiento de las particularidades de su funcionamiento, hacen poco probable que alguien pueda alegar válidamente que desconocía la necesidad de contar con una autorización administrativa para poder realizar captaciones de fondos del público. Mayor margen de aceptación tendrá el error si es que se contó con una autorización, pero esta no era válida por una actuación deficiente del funcionario público correspondiente.

d. Consumación y tentativa

El delito se consuma con la realización de una captación efectiva de recursos económicos en un contexto inequívoco de apertura al público⁹⁵⁰. Como se dijo, lo que define la conducta típica no es la sola pluralidad de la captación de los recursos, sino que se haga de manera abierta al público. Por lo tanto, no es necesario que se hayan realizado varias captaciones, aunque eso sea lo normal, sino que se haga una en el contexto de una actividad que tiende a hacerlo con cualquiera que esté dispuesto. Una tentativa será posible si se anuncia el desarrollo de la actividad de captación de recursos del público y ninguna persona deposita ahí su dinero por causas ajenas a la voluntad del autor⁹⁵¹. Dado que existe un margen para la tentativa, lo habrá también para el desistimiento por parte del autor. Si luego de consumado, el autor revierte la situación (por ejemplo, devolviendo el dinero a los clientes), entonces lo que corresponde es una atenuación de la pena por un arrepentimiento activo.

949 Vid., BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 454; PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 269.

950 En este sentido, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 268.

951 Admiten también una tentativa, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 455.

e. Penalidad y agravación

La penalidad prevista por la comisión del delito de instituciones financieras ilegales es de pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y pena de multa de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. La pena privativa de libertad se incrementa a no menor de cuatro años ni mayor de ocho años si la labor de captación de fondos se anuncia por medios de comunicación social. Esta agravación responde, sin duda, al mayor número de personas que podrían poner en riesgos sus ahorros en las instituciones informales⁹⁵². Además de las penas, lo que en estos casos corresponde es también la aplicación de una consecuencia accesorio a la persona jurídica de disolución y liquidación conforme al artículo 105 del CP.

F. El delito de pánico financiero (artículo 249 del CP)

A diferencia de otros sectores económicos, el sistema financiero es especialmente sensible a la difusión de noticias sobre situaciones de riesgo patrimonial de las instituciones que operan con fondos del público. Esta especial sensibilidad justifica que se haya incriminado en el artículo 249 del CP la propalación de noticias que les atribuyen falsamente una situación de inestabilidad patrimonial que pueda llevar al retiro masivo de los fondos colocados en dichas empresas. Y también que la pena se agrave si quien difunde la noticia falsa es una persona con especial credibilidad por su actividad en el sistema financiero. De manera explícita, el artículo 249 del CP se aplica a todo el sistema financiero, lo que abarca el mercado crediticio, de seguros y de valores.

Lo que sustenta la represión penal es que la alarma social provocada con la falsa noticia propalada es capaz de producir retiros masivos de ahorros e inversiones que pueden desestabilizar económicamente a una entidad del sistema financiero. Ello debido a que parte de su patrimonio se encuentra colocado en inversiones a mediano o largo plazo y, por ello, su recuperación no puede ser inmediata. Al final, la entidad afectada corre el riesgo de colapsar no por encontrarse en una situación de insolvencia, sino por el efecto

952 Así, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 267.

que producen, en sí mismos, los retiros o desinversiones masivos⁹⁵³. Esto significa, en términos dogmáticos, que el bien jurídico penalmente protegido es la expectativa normativa de conducta de que las afirmaciones vertidas sobre la situación patrimonial de una empresa del sector financiero, de seguros o de valores serán veraces. Al que se organiza de una manera tal que de su esfera de organización surgen noticias falsas que puedan motivar retiros masivos, defraudará la expectativa antes mencionada y tendrá que responder como autor del delito tipificado en el artículo 249 del CP. Dado que la reprochabilidad penal se sustenta en un acto de organización, el delito de pánico financiero debe ser interpretado como un delito de dominio⁹⁵⁴.

a. Los sujetos del delito

El delito de pánico financiero puede ser cometido por cualquier persona, lo que lo hace un delito común⁹⁵⁵. Si bien puede ser cometido por una sola persona, nada impide que varias lo puedan ejecutar coordinadamente⁹⁵⁶. Por ejemplo, si dos periodistas de un semanario económico redactan una nota sobre la deficiente situación patrimonial de una institución bancaria, ambos responderán como coautores. La intervención en el delito puede presentarse también por medio de una omisión, si es que se trata de un garante que debe velar por la legalidad de la información que se difunde. Por ejemplo, podrá imputarse el delito de pánico financiero al director de un programa de televisión sobre temas financieros que deja que el conductor difunda información sobre la situación patrimonial de un banco que sabe que es falsa.

El sujeto pasivo del delito es la entidad que resulta afectada por la difusión de las noticias falsas y que debe enfrentar el peligro concreto de reti-

953 Vid., PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 292.

954 En el mismo sentido, GARCÍA NAVARRO, *Derecho Penal*, PE, p. 195.

955 En este sentido, IBERICO CASTAÑEDA, *Derecho & Sociedad* 19, (<http://blog.pucp.edu.pe>); GARCÍA NAVARRO, *Derecho Penal*, PE, p. 195; BRAMONT-ARIAS TORRES, L. A., *Actualidad Jurídica* 114 (mayo de 2003), (www.gacetajuridica.com.pe); PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 294.

956 Igualmente, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 294.

ros masivos⁹⁵⁷. Es su estabilidad económica la que se pone en riesgo por el comportamiento típico⁹⁵⁸, lo que la hace el titular del interés afectado por la conducta típica. Estas empresas pueden formar parte de tres sectores económicos del sistema financiero: el mercado crediticio (empresas del sistema financiero), el mercado de seguros (empresas del sistema de seguros) y el mercado de valores (administradoras de fondos mutuos de inversión en valores o de fondos de inversión, administradoras privadas de fondos de pensiones u otra que opere con fondos públicos).

b. La conducta típica

La conducta típica consiste en propalar noticias que atribuyen falsamente cualidades o situaciones de riesgo a una empresa del sistema financiero general. Por propalar debe entenderse la comunicación de la noticia de una manera que pueda difundirse en la población. No basta, por lo tanto, con hacer afirmaciones falsas en una conversación o en una comunicación particular con otra persona⁹⁵⁹, sino que debe hacerse de un modo o utilizando un medio que lleve a la difusión de la noticia entre la colectividad⁹⁶⁰. El tipo penal no alude a un modo específico o a la utilización de algún medio en especial, por lo que puede ser cualquiera que resulte idóneo para la difusión de la noticia en la población⁹⁶¹. Por otro lado, es necesario que la noticia se haga en un contexto tal que goce de credibilidad, lo que no será el caso si se hace de manera puramente especulativa o como un simple rumor sin ninguna confirmación.

957 De otra opinión, IBERICO CASTAÑEDA, *Derecho & Sociedad* 19, (<http://blog.pucp.edu.pe>), aunque le asigna la calidad de agraviado, por lo que podría constituirse en actor civil. Similarmente, GARCÍA NAVARRO, *Derecho Penal*, PE, p. 196.

958 Lo que no significa desconocer que la quiebra de una institución financiera, como lo indica PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 290, genera una legítima desconfianza en el sistema financiero mismo, pero el alcance del tipo penal está en relación a las instituciones financieras, no al sistema financiero global.

959 Similarmente, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 297.

960 En esta línea, GARCÍA NAVARRO, *Derecho Penal*, PE, p. 197, habla de noticias masivas o sociales.

961 Igualmente, BRAMONT-ARIAS TORRES, L. A., *Actualidad Jurídica* 114 (mayo de 2003), (www.gacetajuridica.com.pe).

La noticia propalada debe atribuir falsamente una cualidad o situación que pone en riesgo la estabilidad económica de una empresa del sistema financiero. No puede ser, por lo tanto, cualquier noticia, siendo necesario que esté específicamente referida a un estado de inestabilidad económica de una o varias empresas del sistema financiero⁹⁶². Una cualidad es una característica negativa de la empresa en cualquiera de sus aspectos (propiedad, administración, eficiencia, etc.), mientras que una situación está referida a un estado de cosas en el que se encuentra la empresa. La situación de riesgo de la empresa puede provenir de la actuación de la misma empresa o de un tercero, por lo que podrá considerarse también típica, por ejemplo, la propalación de una noticia falsa sobre la intención del gobierno de estatizar la banca, pues esa noticia atribuye a una empresa una situación de riesgo⁹⁶³. Un sector de la doctrina penal circunscribe la noticia a situaciones actuales (grave crisis económica) o futuras (la inminente intervención de la SBS)⁹⁶⁴, lo que no parece adecuado, pues también sucesos pasados pueden hacer perder la confianza en la solidez de una institución del sistema financiero (por ejemplo, que sus propietarios anteriormente desfalcaron un banco en otro país o cometieron delitos de lavado de activos). Lo que sí debe necesariamente darse es que la noticia difundida sea objetivamente falsa, por lo que el delito no tendrá lugar si lo informado al público se ajusta a la verdad⁹⁶⁵. En el caso de las situaciones futuras es evidente que no se puede hablar en términos de falsedad, por lo que el dato falso estará referido a las condiciones presentes que permiten tomar como de segura aparición la situación futura.

c. El resultado típico

La conducta de propalar la noticia falsa debe producir alarma en la población, es decir la pérdida de confianza en la institución del sistema financiero⁹⁶⁶. Podría pensarse que tal exigencia típica hace que este delito esté configurado como un delito de lesión. Sin embargo, el desvalor penal no se

962 Admite, en este sentido, que la noticia falsa puede estar referida a una pluralidad de empresas, GARCÍA NAVARRO, *Derecho Penal*, PE, p. 198.

963 Igualmente, IBERICO CASTAÑEDA, *Derecho & Sociedad* 19, (<http://blog.pucp.edu.pe>).

964 En este sentido, GARCÍA NAVARRO, *Derecho Penal*, PE, p. 197.

965 Igualmente, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 297.

966 En este sentido, IBERICO CASTAÑEDA, *Derecho & Sociedad* 19, (<http://blog.pucp.edu.pe>).

sustenta en la tranquilidad pública, sino en la estabilidad de las instituciones del sistema financiero. Precisamente en relación con este aspecto, el tipo penal exige que las cualidades o situaciones de riesgo atribuidas a la empresa deben generar el peligro de retiros masivos de depósitos o el traslado o la redención de instrumentos financieros de ahorro o de inversión⁹⁶⁷. Por lo tanto, el delito de pánico financiero debe ser interpretado como un delito de peligro concreto⁹⁶⁸, en la medida que la conducta típica debe producir una situación de alarma social que suscite el peligro concreto de retiros masivos de ahorros o inversiones. Que el pánico colectivo lleve efectivamente a retiros masivos no es necesario para la configuración del tipo penal.

d. El elemento subjetivo

El delito de pánico financiero es un delito que precisa de una actuación dolosa. La exigencia típica de que el autor actúe a sabiendas, limita las formas de dolo a las clases de dolo directo, quedando al margen de lo punible, por lo tanto, la actuación con dolo eventual⁹⁶⁹. En este orden de ideas, el autor debe saber que está propalando una información falsa sobre una institución del mercado crediticio, de seguros o de valores y que esa información va a producir una situación de alarma social, con el peligro concreto de retiros o desinversiones masivas. El error en relación con alguno de estos aspectos, dará pie a un error de tipo que, sea invencible o vencible, provoca impunidad.

e. Consumación y tentativa

El delito se consuma con la producción de la alarma en la población por la difusión de las noticias falsas. No es necesario que los retiros o los actos

967 Por el contrario, en la redacción originaria del artículo 249 del CP, sí se exigía la producción de retiros masivos, como lo informa LAMAS PUCCIO, *Derecho penal económico*, p. 269; IBERICO CASTAÑEDA, *Derecho & Sociedad* 19, (<http://blog.pucp.edu.pe>).

968 También GARCÍA NAVARRO, *Derecho Penal*, PE, p. 199, sostiene que el delito de pánico financiero es un delito de peligro, pero sin precisar si es abstracto o concreto. Por el contrario, la posición de PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 299, apunta al peligro abstracto.

969 Igualmente, GARCÍA NAVARRO, *Derecho Penal*, PE, p. 200. En la redacción anterior no existía el elemento típico de “a sabiendas”, por lo que IBERICO CASTAÑEDA, *Derecho & Sociedad* 19, (<http://blog.pucp.edu.pe>) admitía la comisión delito con dolo eventual.

de desinversión masivos tengan lugar⁹⁷⁰. La consumación es instantánea. Al ser el peligro concreto un resultado, el delito de pánico financiero admite una tentativa⁹⁷¹, la que tiene lugar cuando se propala la información falsa, pero por razones ajenas a la voluntad del autor no se produce la situación de alarma en la población. Una rectificación de la noticia propalada antes de que se produzca la alarma social debe ser tratada como un desistimiento que excluye la pena. Si la rectificación es posterior a la alarma social, entonces se estará ante un arrepentimiento activo que solamente puede fungir de atenuante de la pena.

f. Penalidad y agravantes

La penalidad prevista para el delito de pánico financiero en el artículo 249 del CP consiste en una pena conjunta: una privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de seis años y una pena de multa de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. La pena se incrementa a pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de ocho años y a multa de trescientos sesenta a setecientos veinte días-multa si el agente ha desempeñado un cargo que le da una mayor credibilidad a sus afirmaciones. En efecto, el artículo 249 del CP establece concretamente los siguientes supuestos de agravación que están referidas a la posición del autor en el sistema financiero:

- *Si el agente es miembro del directorio, gerente o funcionario de una empresa del sistema financiero, del sistema de seguros o del mercado de valores (una sociedad de administradora de fondos mutuos de inversión en valores o de fondos de inversión, una administradora de privada de fondos de pensiones u otra que opere con fondos del público). Se trata de personas que se desenvuelven en el mercado crediticio, de seguros o de valores, por lo que sus afirmaciones gozan de una mayor credibilidad. La agravante no exige que el agente sea funcionario de la misma empresa a la que se le atribuye la cua-*

970 En este sentido, BRAMONT-ARIAS TORRES, L. A., *Actualidad Jurídica* 114 (mayo de 2003), (www.gacetajuridica.com.pe).

971 Así, también, GARCÍA NAVARRO, *Derecho Penal*, PE, p. 200. De otro parecer, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 300.

lidad o situación de riesgo, por lo que puede perfectamente ser de otra empresa.

- *Si el agente es miembro del directorio o gerente de una empresa auditora, de una clasificadora de riesgo u otra que preste servicios a una empresa del sistema financiero, del sistema de seguros o del mercado de valores.* Esta agravante abarca a aquellas personas que cumplen una función directiva en empresas que prestan servicios a las empresas del sistema financiero, del sistema de seguros o del mercado de valores en aspecto tales que les permiten conocer su situación económica o patrimonial. Una empresa auditora es la que se encarga de auditar los estados financieros de las empresas financieras, de seguros o de intermediación en el mercado de valores. Por su parte, una clasificadora de riesgo es la persona jurídica que se encarga de categorizar los valores que una empresa va a emitir por oferta pública. La agravante utiliza una cláusula abierta que permite incluir a otras empresas que presten servicios a las empresas del sistema financiero con acceso a información económica sensible.
- *Si es funcionario del Ministerio de Economía y Finanzas, el BCR, la SBS o la SMV o lo ha sido hasta seis años atrás.* No hay duda que integrar o haber integrado las entidades estatales mencionadas le da al autor una gran credibilidad en lo que respecta a afirmaciones sobre la situación económica o patrimonial de una empresa del sistema financiero. La alarma social producida es evidentemente más difícil de manejar si es que la noticia proviene de una fuente autorizada como lo es aquella que ha laborado precisamente en las entidades estatales con acceso a la información económica de las empresas del sistema financiero⁹⁷².

3. Situaciones de *bis in idem*

Tanto la Ley General del Sistema Financiero y de Seguros (artículo 361), como la Ley del Mercado de Valores (artículo 342) prevén la posibilidad de

972 Por el contrario, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 299, considera injustificado el incremento punitivo de los ex funcionarios públicos, sin tener en cuenta que el mayor reproche penal no se debe a el estatus que tienen, sino a la credibilidad de la noticia que propagan.

que las respectivas superintendencias impongan sanciones administrativas a quienes incumplan lo establecido en estas leyes o las infracciones que se tipifiquen vía reglamento. Un rasgo común de ambas previsiones legales es que se indica que la imposición de estas sanciones administrativas se habrán sin perjuicio de las sanciones penales correspondientes (artículo 361 de la LGSF y artículo 347 de la LMV). Frente a esta situación se suscita la cuestión de si efectivamente es posible acumular ambas clases de sanción o si el principio del *non bis in idem* impide esta acumulación.

Si ambas se sanciones se aplican a la misma persona por la misma infracción, entonces no hay duda de que existe una situación de *bis in idem* que obliga a limitar la sanción a la penal por mandato expreso del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal. La situación es distinta si la sanción administrativa se dirige a la empresa que opera en el sistema financiero, pues en dicho caso no habrá identidad de sujeto con el responsable penal. Sin embargo, la posibilidad de aplicar ambas sanciones no debe pasar por encima la necesidad de asegurar que la respuesta del Estado sea única, por lo que el procedimiento sancionatorio contra la empresa financiera debe suspenderse hasta que se decida la imposición de la sanción penal y con base en los hechos judicialmente determinados aplicar la sanción administrativa.

4. El informe técnico

En la Cuarta Disposición Final y Complementaria de la LGSF se establece que, en toda denuncia de carácter penal que se interponga contra una empresa del Sistema Financiero y de Seguros o sus representantes, así como cualquier otra supervisada, la autoridad que conozca de dicha denuncia deberá solicitar el informe técnico de la Superintendencia, tan pronto como llegue a su conocimiento la denuncia correspondiente, bajo responsabilidad. El tenor de esta exigencia legal es interpretado por algunos como una cuestión previa, por lo que el fiscal no podrá formalizar investigación preparatoria o el juez abrir proceso penal si es que no se ha recabado previamente el informe técnico de la SBS⁹⁷³. A nuestro entender, no se desprende del tenor legal que se trate de una condición de procedibilidad de la acción penal, pues no se establece que el fiscal deba recabarla y ponderarla antes de decidir pro-

973 Vid., SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho Procesal Penal*, I, p. 369.

mover la acción penal. Por lo tanto, se trata de una obligación funcional que, de no cumplirla, le alcanzará únicamente responsabilidad disciplinaria.

La situación se muestra distinta en la Disposición Final y Complementaria Vigésimo Novena, en donde se dispone que, en toda denuncia de carácter penal que sea interpuesta contra un trabajador o funcionario de la SBS por actos u omisiones realizados en el ejercicio de sus funciones de regulación y supervisión, la autoridad que conozca de dicha denuncia deberá solicitar a la SBS, con anterioridad a cualquier pronunciamiento, un informe técnico que señale el alcance de las funciones del referido trabajador o funcionario. En este caso, el tenor legal es muy claro al señalar que el informe técnico debe ser solicitado antes de cualquier pronunciamiento, por lo que puede concluirse que sí se trata de una cuestión previa.

Capítulo III

LOS DELITOS CONTRA EL MERCADO DE VALORES

I. Introducción

Como se indicó en el capítulo anterior, dentro del sistema financiero es posible individualizar lo que se conoce como el mercado de valores. Este mercado del sistema financiero es el lugar en el que concurren los ciudadanos y las empresas para invertir en valores que le produzcan eventualmente una ganancia o para captar recursos financieros de aquellos que lo tienen disponible. A quienes concurren a captar recursos se les denomina emisores y a quienes cuentan con recursos disponibles para financiar se les denomina inversionistas. El mercado de valores no es un sector sometido absolutamente a la libre voluntad de los intervinientes, sino que el Estado interviene para asegurar su correcto funcionamiento y proteger especialmente los aportes de los inversionistas⁹⁷⁴. Esto explica la diversa regulación jurídica sobre este sector específico del sistema financiero y la instauración de una entidad estatal supervisora. Sin embargo, esta intervención estatal no debe entenderse en los términos de una ordenación de la economía, sino como el aseguramiento de un marco idóneo para el libre desenvolvimiento de los intervinientes⁹⁷⁵.

En el ámbito específico del mercado de valores, pueden presentarse actuaciones altamente perturbadoras que merezcan y deban ser sancionadas

974 SERRA PUENTE-ARNAO, *Thémis* 40, p. 38.

975 En este sentido, SERRA PUENTE-ARNAO, *Thémis* 40, p. 40, sostiene que la regulación macro o de estructura (que determina la organización del mercado y se fijan las condiciones mínimas de acceso) le corresponde al Estado, mientras que la regulación micro o de comportamiento (que determina las operaciones que pueden realizarse en el mercado) debería estar a cargo de los entes privados como las bolsas de valores.

penalmente⁹⁷⁶. Si bien al momento de aprobarse el Código Penal de 1991, la protección penal del sistema financiero estuvo focalizada fundamentalmente en el mercado crediticio, modificaciones legales posteriores han ampliado su ámbito de irradiación para abarcar también al mercado de valores. La visibilidad penal del mercado de valores se ha producido sobre todo a partir del desarrollo experimentado por este sector del sistema financiero en los años noventa y las extraordinarias cifras obtenidas en la primera década del siglo XXI. Sin embargo, es cierto también que no se conocen procesos penales por delitos contra el mercado de valores que hayan concluido en condenas⁹⁷⁷, lo que podría suscitar la sospecha de que se trata no más que de una legislación penal simbólica⁹⁷⁸. En nuestra opinión, este déficit sancionatorio no se debe a una indiferencia social frente a las conductas perturbadoras del mercado de valores, sino a factores diversos como la falta de un manejo adecuado de los criterios de interpretación de los tipos penales, el desconocimiento de los aspectos de la regulación del mercado de valores que son típicamente relevantes por parte de los órganos de persecución penal y la ausencia de una criminalística idónea para detectar y perseguir este tipo de criminalidad⁹⁷⁹. Por ello, sin una solución integral, no es posible revertir la impunidad que reina actualmente en el mercado de valores.

El emprendimiento de un estudio dogmático de los delitos contra el mercado de valores constituye un paso importante para hacer que la persecución penal se haga efectiva, pues ofrecerá claridad sobre cómo los tipos penales deben aplicarse en la realidad. Esto es lo que precisamente se procura hacer con el presente capítulo que está dirigido a analizar los delitos que inciden negativamente en el mercado de valores. Sin embargo, dado que los tipos penales cuentan con conceptos o remisiones que se vinculan con la regulación del mercado de valores, se hace necesario llevar a cabo una

976 Sobre el mercado de valores como un sector económico altamente criminógeno por ser sensible a la especulación y a las oscilaciones del mercado, GÓMEZ INIESTA, *La utilización abusiva de información privilegiada*, pp. 37 y ss.

977 Sintomático es que REAÑO PESCHIERA, *Derecho penal bursátil*, pp. 23 y ss., recurra a ejemplos de naturaleza periodística para ejemplificar en el Perú la aparición de conductas de uso de información privilegiada.

978 Así, discute la cuestión de si el delito contra el mercado de valores de uso de información privilegiada es una manifestación del Derecho penal simbólico, VEGA GUTIÉRREZ, *Mercado de Valores en Derecho penal*, pp. 26 y ss.

979 De parecer similar, VEGA GUTIÉRREZ, *Mercado de Valores en Derecho penal*, pp. 29 y ss.

explicación panorámica sobre dicha regulación antes de entrar en las particularidades típicas de cada una de las figuras delictivas agrupadas bajo la denominación general de delitos contra el mercado de valores.

II. La regulación del mercado de valores

1. La evolución legislativa

Históricamente el origen del mercado de valores puede remontarse a los centros de contrataciones medievales o antiguas Lonjas, en donde los mercaderes y corredores de comercio ser reunían para la negociación de mercaderías junto a títulos valores individuales y, posteriormente, empréstitos⁹⁸⁰. Sin embargo, el primer antecedente del mercado de valores tal y como funciona ahora, es la constitución de la Compañía Holandesa de las Indias Orientales (East India Company) en 1610, por ser la primera compañía que cotizó acciones y emitió bonos en la Bolsa de Amsterdam. De este modo, se hizo posible la captación de importantes sumas de dinero a través de pequeñas inversiones de los ahorros de un gran número de personas, a cambio de una participación (las acciones) en los resultados de ese negocio. Con la expansión del capitalismo y la empresa privada el mercado de valores se fue generalizando y adquiriendo mayor complejidad, lo que dio lugar al surgimiento de bolsas de valores en las ciudades más importantes del mundo: Londres (1570), Nueva York (1792), París (1794) o Madrid (1831).

En el Perú, la primera bolsa fue la llamada Bolsa de Comercio, la cual fue creada en 1860 durante el gobierno de Ramón Castilla. Si bien en sus tres décadas de existencia no llegó a negociar acciones de ningún tipo, al cumplir labores de una cámara de comercio⁹⁸¹, logró registrar a través de la Comisión de Cotización las cotizaciones nominales de las principales plazas comerciales. Su función se vio, sin embargo, opacada con la crisis inflacionaria soportada por Perú entre los años 1872 a 1880. Con el presidente Nicolás de Piérola tuvo un resurgimiento vigoroso bajo la denominación de Bolsa Comercial de Lima en 1898, llegándose a aprobar incluso el reglamento que creaba la Cámara Sindical compuesta por tres comerciantes y tres agentes de

980 En este sentido, GÓMEZ INIESTA, *La utilización abusiva de información privilegiada*, p. 1.

981 Vid., VIDAL RAMÍREZ, *Thémis* 40, p. 18.

cambio. El marco normativo para constituirse en un mercado de valores fue dado por el Código de Comercio de 1902, el que la legisló como una bolsa de comercio, considerándola un lugar común de contratación mercantil donde podían negociarse valores y efectos públicos, así como valores industriales y mercantiles emitidos por particulares, sociedades o empresas legalmente constituidas⁹⁸².

La Bolsa Comercial de Lima funcionó conforme a las disposiciones del Código de Comercio. La incertidumbre y enorme fluctuación de los valores entre 1929 y 1932, trajo como consecuencia diversos cambios institucionales, por lo que tuvo que ser reorganizada y conformada como una sociedad anónima en 1951 bajo la razón social de Bolsa de Comercio de Lima⁹⁸³. El primer intento de modernización del mercado de valores y de la bolsa tuvo lugar en mayo 1968 con la expedición de la Ley N.º 17020, la que creó la llamada Comisión Nacional de Valores, a la que se le encargó fundamentalmente la misión de cuidar que los valores inmobiliarios ofrecidos al público, se emitieran y negociaran con corrección. El positivo impulso dado al mercado de valores por la Ley N.º 17020 duró muy poco, pues en octubre de 1968 se produjo el golpe de Estado de Velasco, lo que impidió que las importantes reformas dispuestas se implementen⁹⁸⁴.

El 2 de junio de 1970 se expidió el Decreto Ley N.º 18302, cuyos puntos esenciales fueron la puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de Valores –que en 1972 pasó a llamarse Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (Conasev)–, la reorganización de la bolsa que pasó a llamarse Bolsa de Valores de Lima y que dejó de ser una sociedad anónima para ser una asociación civil, el establecimiento de un nuevo régimen de intermediarios bursátiles como los únicos que podían intervenir en las transacciones de la bolsa y la reglamentación de la oferta pública de valores con base en la distinción entre oferta primaria (primera colocación) y secundaria⁹⁸⁵. Durante esta época, el mercado de valores no experimentó mayor crecimiento, en especial por las medidas económicas adoptadas por el gobierno militar como el control del tipo de cambio, la creación de las comunidades

982 En este sentido, VIDAL RAMÍREZ, *Thémis* 40, p. 18.

983 Vid., VIDAL RAMÍREZ, *Thémis* 40, p. 18.

984 Así, VIDAL RAMÍREZ, *Thémis* 40, p. 19.

985 Vid., VIDAL RAMÍREZ, *Thémis* 40, p. 19.

laborales en las empresas y, en general, las que llevaron a producir serios procesos inflacionarios en el sistema económico.

El retorno a la democracia en los años ochenta tuvo una repercusión importante en el mercado de valores. En el marco de la delegación de facultades al Poder Ejecutivo para derogar o modificar la normativa expedida por el gobierno de facto, se dictó el D. Leg. N.º 198 (Ley Orgánica de la Conasev) y el D. Leg. N.º 211 (Ley Normativa del Mercado Bursátil). A la Conasev se le asignó la función de promover el mercado de valores, velar por el adecuado manejo de las empresas y establecer las normas de su contabilidad, mientras que a la Bolsa de Valores de Lima se le mantuvo en su naturaleza jurídica de asociación civil, pero atribuyéndole la función de centralizar la negociación de los valores admitidos a cotización, organizar las ruedas de bolsa y verificar que las transacciones con valores se hagan necesariamente con intervención de los agentes de bolsa⁹⁸⁶. Durante sus más de diez años de vigencia, estas normas no produjeron el efecto deseado del crecimiento del mercado de valores. En mucho influyó, sin duda, la severa crisis económica padecida por el país durante el primer gobierno de Alan García.

El mercado de valores experimentó un impulso importante durante el gobierno de Fujimori. En 1992 se promulgó el Decreto Legislativo N.º 755 (Ley del Mercado de Valores) con el propósito firme de favorecer el desarrollo del mercado de valores y fomentar especialmente la inversión privada. Con esta nueva regulación se normó la oferta pública de valores, la bolsa, los intermediarios y las empresas emisoras de valores, dando un especial énfasis a la transparencia del mercado de valores y la protección del inversionista⁹⁸⁷. Si bien en un primer momento solo se hicieron modificaciones a la Ley Orgánica de la Conasev entonces vigente, luego del autogolpe de 1992 se aprobó el Decreto Ley N.º 29126 como nueva Ley Orgánica de la Conasev, asignándole la función principal de supervisar el mercado de valores. Con la finalidad de optimizar aún más el mercado de valores, se aprobó en 1996 la nueva Ley del Mercado de Valores (Decreto Legislativo N.º 861), estableciendo mecanismos operativos para la efectiva transparencia del sistema financiero, regulando de manera más puntual la oferta pública de valores,

986 En este sentido, VIDAL RAMÍREZ, *Thémis* 40, p. 20.

987 Así, VIDAL RAMÍREZ, *Thémis* 40, p. 20.

abriendo la posibilidad de negociar diversos valores mobiliarios, entre otros aspectos más. Todos estos cambios legislativos, acompañados de un manejo responsable de la economía nacional, produjeron un crecimiento significativo del mercado de valores tanto en la capitalización bursátil, como en la incidencia de los montos manejados en relación con el PBI⁹⁸⁸.

En el año 2010, la Bolsa de Valores de Lima se posicionó entre las bolsas más rentables del mundo, la cual llegó a tener un crecimiento anual de 64.99%. Si bien esta tendencia de crecimiento ha disminuido en la actualidad, el Gobierno está poniendo especial interés en mantener el dinamismo del mercado de valores peruano. En este orden de ideas, se aprobó en el 2011 la Ley de Fortalecimiento de la Supervisión del Mercado de Valores (Ley N.º 29782), en el que se refuerza la posición del organismo supervisor del mercado de valores, pasando a tener la categoría de Superintendencia del Mercado de Valores (SMV). En el 2013 se aprobó la Ley N.º 30050, llamada Ley de Promoción del Mercado de Valores, cuyo objetivo principal es estimular el ingreso de la pequeña y mediana empresa al mercado de valores.

2. Aspectos esenciales de la regulación actual del mercado de valores

La Ley del Mercado de Valores apunta a promover el desarrollo ordenado y la transparencia del mercado de valores, así como una adecuada protección del inversionista⁹⁸⁹. Esto requiere una reglamentación estatal que, respetando su naturaleza de mercado, abandone la lógica liberal de dejarlo absolutamente en las manos de los particulares. Por ello, la regulación actual del mercado de valores se ocupa de precisar los principios que rigen su organización y funcionamiento, reglamentar la actuación de los distintos intervinientes, establecer las modalidades de negociación y las distintas operaciones, instaurar el sistema de supervisión estatal, entre otros aspectos más⁹⁹⁰. Se parte de un sector económico sometido a las reglas del libre mercado (absoluta libertad de contratar), pero con intervención del Estado para resguardar los distintos intereses convergentes.

988 Vid., DELGADO/HUMALA, *Revista Estudios Económicos* 1 (1997), pp. 73 y ss.

989 Vid., SERRA PUENTE-ARNAO, *Thémis* 40, p. 45.

990 Vid., GÓMEZ INIESTA, *La utilización abusiva de información privilegiada*, p. 15.

A. Los principios ordenadores del mercado de valores

El punto de partida es que el mercado de valores tiene como función primordial permitir el acceso a las fuentes de financiamiento. Para cumplir con dicha función debe tener en consideración las características principales del mercado de valores, los que pueden sintetizarse en tres: una competencia monopolística con algunos rasgos de oligopolio (pocos ofertantes con capacidad de fijar el precio), la existencia de importantes asimetrías informativas entre los agentes concurrentes y una relativa irracionalidad en el proceso de formación de precios⁹⁹¹. Estas particularidades del mercado de valores hacen que cobren especial importancia dos principios esenciales para asegurar su correcto funcionamiento: el principio de eficiencia y el principio de protección del inversionista.

a. El principio de eficiencia

El funcionamiento del mercado de valores se orienta, en primer lugar, por el llamado *principio de eficiencia*. Si bien este mercado no es perfecto, eso no significa que renuncie a alcanzar una situación ideal, dentro de la que destaca indudablemente la eficiencia. Un mercado de valores es eficiente cuando la competencia entre los que intervienen en el mismo, guiados por el principio del máximo beneficio, conduce a una situación de equilibrio en la que el precio de mercado de cualquier título constituye una buena estimación de su *precio teórico o intrínseco*⁹⁹². Si todos los títulos están perfectamente valorados, los inversionistas obtendrán un rendimiento sobre su inversión que será el apropiado para el nivel de riesgo asumido. En un mercado eficiente, todos los títulos estarán perfectamente valorados, por lo que no existirán títulos sobre o infravalorados.

La eficiencia en el mercado de valores se concreta por medio de tres criterios: eficiencia institucional (la existencia de garantías legales y reglamentarias a los inversores en el momento de acceder a mercado), eficiencia operativa (referida a la operatividad del mercado en relación a las tran-

991 Vid., con mayor detalle, PAREDES CASTAÑÓN, *Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios en los mercados de valores*, publicado en www.academia.edu pp. 10 y ss.

992 Vid., ARAGONÉS/MASCAREÑAS, *Análisis Financiero* N.º 64 (1994), pp. 76 y ss. Similarmente, SERRA PUENTE-ARNAO, *Thémis* 40, p. 42.

sacciones realizadas) y eficiencia informativa (capacidad del mercado para reflejar toda la información relevante para la decisión de los inversores)⁹⁹³. Sin duda, la eficiencia informativa es a la que la regulación del mercado de valores le da una importancia especial⁹⁹⁴, lo que explica que el Título II de la LMV se dedique a asegurar normativamente la transparencia en el mercado de valores⁹⁹⁵.

Lo primero que garantiza la transparencia es el Registro del Mercado de Valores, en el que deben inscribirse los valores, los programas de emisión de valores, los fondos mutuos, los fondos de inversión y los participantes del mercado de valores que señale la normativa correspondiente, con la finalidad de poner a disposición del público la información necesaria para la toma de decisiones de los inversionistas. El registro de un determinado valor o programa de emisión acarrea para su emisor la obligación de informar a la SMV y, en su caso, a la bolsa respectiva o entidad responsable de la conducción del mecanismo centralizado, de los hechos de importancia, incluyendo las negociaciones en curso, sobre sí mismo, el valor y la oferta que de este se haga, así como la de divulgar tales hechos en forma veraz, suficiente y oportuna (*mandatory disclosure*)⁹⁹⁶. La información debe ser proporcionada a dichas instituciones y divulgada tan pronto como el hecho ocurra o el emisor tome conocimiento del mismo, según sea el caso. La importancia de un hecho se mide por la influencia que pueda ejercer sobre un inversionista sensato para modificar su decisión de invertir o no en el valor. Excepcionalmente, el emisor puede asignar a un hecho o negociación en curso el carácter de reservado, si su divulgación prematura puede acarrearle algún perjuicio. Esta decisión debe ser puesta en conocimiento de la SMV dentro del día siguiente a su adopción. El hecho debe ser divulgado tan pronto cese la causa de la reserva.

993 En este sentido, GÓMEZ INIESTA, *La utilización abusiva de información privilegiada*, p. 26. De una eficiencia asignacional, operacional e informativa habla PRIETO DEL PINO, *Uso de información privilegiada*, p. 108.

994 Así, también, ÍÑIGO CORROZA, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), p. 297.

995 Sobre la importancia de la transparencia en el mercado de valores, SERRA PUENTE-ARNAO, *Thémis* 40, pp. 41 y ss.; MARTÍNEZ, *Thémis* 47 (2003), pp. 236 y ss.

996 Sobre esta obligación de información, LONDOÑO MARTÍNEZ, *Polít. crim.* Vol. 8, N.º 15 (julio 2013), p. 78; QUINTANAR DIEZ, *Los delitos bursátiles*, p. 23.

b. El principio de protección del inversionista

La regulación del mercado valores ajusta el cumplimiento de su función de financiamiento, en segundo lugar, al principio de protección del inversionista (*need of protection*)⁹⁹⁷. La protección de los inversionistas no es una mera exigencia ética, sino que es una condición para la propia confiabilidad del mercado de valores⁹⁹⁸. Por lo tanto, para que funcione adecuadamente debe preservarse a los inversionistas de fraudes, manipulaciones, uso de información privilegiada, etc.⁹⁹⁹.

La tutela del inversionista se expresa mediante el aseguramiento de la igualdad de todos los operadores económicos¹⁰⁰⁰. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que no todos los inversionistas están en la misma posición, por lo que sus niveles de protección no tienen que ser los mismos. En este orden de ideas, se puede distinguir entre el inversionista particular y el inversionista institucional. Dentro de esta última categoría entran los bancos, financieras y compañías de seguros regidos por la Ley General del Sistema Financiero y de Seguros, los agentes de intermediación, las administradoras privadas de fondos de pensiones, las sociedades administradoras de fondos de inversión, las sociedades administradoras de fondos mutuos, así como las entidades del exterior que desarrollen actividades similares y las demás personas a las que SMV califique como tales.

B. Los intervinientes en el mercado de valores

El mercado de valores cuenta con diversos intervinientes, respecto de los cuales la Ley del Mercado de Valores establece exigencias específicas. En primer lugar están los emisores, esto es, las empresas o entidades gubernamentales que emiten valores con la finalidad de obtener dinero para financiar sus actividades. Entre otras obligaciones, a los emisores se les establece limitaciones para conceder préstamos o entregar bienes a sus directores, gerentes o personas vinculadas (artículo 51 de la LMV), se les impone la obli-

997 Vid., REGGIARDO DENEGRI, *Thémis* 40, p. 51.

998 Destaca la necesidad de proteger al inversionista para reforzar la confianza en los mercados, SERRA PUENTE-ARNAO, *Thémis* 40, p. 39.

999 Vid., MARTÍNEZ, *Thémis* 47 (2003), p. 238.

1000 Vid., GÓMEZ INIESTA, *La utilización abusiva de información privilegiada*, p. 35.

gación de elaborar su contabilidad conforme a las normas establecidas por el supervisor (artículo 30 de la LMV) y se les prohíbe revelar información sobre las operaciones en bolsa realizadas (artículo 45 de la LMV). En segundo lugar, están los inversionistas, quienes son los que adquieren los valores mobiliarios para rentabilizar su capital y a los que la regulación legal busca proteger frente a posibles fraudes, manipulaciones o abusos (por ejemplo, con la calidad de la información establecida en el artículo 10 de la LMV). En tercer lugar, están los intermediarios o agentes de intermediación, esto es, las sociedades anónimas que, como sociedades agentes o sociedades intermediarias, se dedican a la intermediación de valores en el mercado y cuya intervención es necesaria en la oferta pública de valores. La complejidad, celeridad y variedad de las transacciones que se realizan en el mercado de valores obligan a la intervención de los intermediarios¹⁰⁰¹. El Título VII de la LMV se dedica a hacer una regulación extensa de los agentes de intermediación.

C. La bolsa de valores

La expresión organizada del mercado de valores es la bolsa de valores¹⁰⁰². Una bolsa es, en términos generales, un mercado donde los inversionistas realizan operaciones de compra o venta de valores mobiliarios (acciones, bonos, papeles comerciales, etc.), siendo estas transacciones realizadas por intermediarios especializados (las llamadas sociedades agentes de bolsa). Los mercados bursátiles deben estar debidamente organizados y con una clara reglamentación sobre la forma en la que deben ser realizadas las operaciones bursátiles. En la regulación de estos aspectos, la normativa legal les reconoce a las bolsas una capacidad de autorregularse¹⁰⁰³. Pero una particularidad esencial del mercado bursátil es su transparencia, pues solamente así las operaciones podrán ser efectuadas con absoluta confianza¹⁰⁰⁴.

La Ley del Mercado de Valores regula detenidamente a las bolsas de valores, a las que define como personas jurídicas de especiales características que pueden adoptar la estructura legal de las asociaciones civiles o de las

1001 Vid., REGGIARDO DENEGRI, *Thémis* 40, pp. 51 y ss.

1002 En este sentido, VIDAL RAMÍREZ, *Thémis* 40, p. 22.

1003 Vid., con mayor detalle, REAÑO PESCHIERA, *Derecho penal bursátil*, pp. 56 y ss.

1004 Vid., PRIETO DEL PINO, *Uso de información privilegiada*, pp. 88 y ss.; HURTADO POZO, *LH-Tiedemann*, p. 416.

sociedades anónimas. Su finalidad es facilitar la negociación de valores inscritos, proveyendo los servicios, sistemas y mecanismos adecuados para la intermediación justa, competitiva, ordenada, continua y transparente de valores de oferta pública, instrumentos derivados e instrumentos que no sean objeto de emisión masiva que se negocien en mecanismos centralizados de negociación distintos a la rueda de bolsa que operen bajo la conducción de la bolsa (artículo 130 de la LMV). La regulación del mercado de valores entra en aspectos puntuales de las bolsas como su constitución, funciones, exigencias, prohibiciones o liquidación.

D. Los valores mobiliarios y las operaciones en el mercado de valores

En un ámbito más operativo, la Ley del Mercado de Valores regula lo que debe entenderse por valores mobiliarios y se ocupa, de manera específica, de las particularidades de los más importantes (acciones, bonos, etc.). Del mismo modo, legisla con detalle sobre los mercados en los que tiene lugar la oferta pública de los valores, diferenciando la oferta pública primaria (mercado de emisiones) y la oferta pública secundaria (mercado de transacciones)¹⁰⁰⁵. En cuanto a las modalidades de realización de la oferta pública, la regulación del mercado de valores se ocupa de los mecanismos centralizados de negociación, haciendo una distinción entre la rueda de bolsa (artículos 117) y otros mecanismos de negociación de valores de emisión no masiva (artículo 124). Debe hacerse la precisión de que los mecanismos centralizados de negociación que se llevan a cabo en la bolsa no se limitan a la rueda de bolsa, aunque esta última sea la que se ajusta propiamente a sus particularidades.

E. La supervisión estatal

Debe destacarse, por último, que la regulación del mercado de valores le asigna a la SMV la función de supervisar el correcto funcionamiento de este mercado¹⁰⁰⁶, estableciendo además obligaciones puntuales a los distin-

1005 Vid., sobre esta distinción de la oferta pública de valores, VIDAL RAMÍREZ, *Thémis* 40, p. 23; QUINTANAR DIEZ, *Los delitos bursátiles*, p. 19.

1006 SERRA PUENTE-ARNAO, *Thémis* 40, p. 45; PEÑA CABRERA FREYRE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 60 (junio de 2014), p. 181.

tos intervinientes en este sector específico del sistema financiero en relación con el organismo estatal de supervisión. Su funcionamiento se rige por las normas de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Mercado de Valores (anteriormente CONASEV) y la Ley de Fortalecimiento de la Supervisión en el Mercado de Valores. La SMV es un organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas que tiene por finalidad velar por la protección de los inversionistas, la eficiencia y transparencia de los mercados bajo su supervisión, la correcta formación de precios y la difusión de toda la información necesaria para tales propósitos. Tiene personería jurídica de derecho público interno y goza de autonomía funcional, administrativa, económica, técnica y presupuestal. Dentro de sus diversas atribuciones vale resaltar, de manera especial, la función reglamentaria en materia del mercado de valores, la función supervisora respecto de la observancia de la normativa pertinente y la función sancionatoria para los casos de incumplimiento¹⁰⁰⁷.

III. Los delitos contra el mercado de valores

Los delitos contra el mercado de valores están regulados en el Código Penal. La mayoría de estos delitos están incluidos en el capítulo de los delitos financieros junto con los delitos contra el mercado crediticio. Solamente el delito de intermediación transaccional fraudulenta se regula aparte, dentro del título referido a los delitos contra el orden económico, en un capítulo que incluye también al delito de funcionamiento ilegal de casinos y casas de juego. Al parecer el legislador penal ha dado, en este último caso, mayor relevancia a la ausencia de los requisitos legales para intermediar que a la afectación de una condición esencial para el funcionamiento del mercado de valores como parte del sistema financiero. Pese a esta separación sistemática realizada por el texto punitivo, lo cierto es que los tipos penales que se abordarán a continuación, pueden ser agrupados bajo el denominador común de la perturbación a aspectos del mercado de valores que son esenciales para la orientación de los agentes económicos.

1007 Con mayor detalle sobre las atribuciones asignadas a la SMV (antes CONASEV), REAÑO PESCHIERA, *Derecho penal bursátil*, pp. 71 y ss.

1. El bien jurídico penalmente protegido

Del mismo modo como sucede en los delitos contra el mercado crediticio, no es posible identificar un único bien jurídico en los distintos delitos contra el mercado de valores. Así es como también lo ha enfocado la doctrina penal nacional, pues no se ha determinado un bien jurídico común para todos los delitos contra el mercado de valores, sino que tal labor de determinación se ha hecho en el análisis de cada figura delictiva en particular, como ha sucedido, por ejemplo, en el delito de uso de información privilegiada¹⁰⁰⁸. A nuestro entender, este enfoque es el correcto, por lo que no vamos a identificar un bien jurídico colectivo referido al buen funcionamiento del mercado de valores y que sea común a los distintos delitos contra el mercado de valores, sino que, en el estudio de cada uno de ellos, se hará la precisión de qué aspecto específico del mercado de valores es el que sustenta el desvalor jurídico-penal¹⁰⁰⁹.

Lo anterior no impide que, de manera general, se pueda hacer una referencia a la necesaria observancia del principio de fragmentariedad en la labor de criminalización, conforme al cual no toda conducta lesiva de un aspecto esencial del mercado de valores debe ser pasible de una reacción punitiva¹⁰¹⁰. En efecto, no puede criminalizarse cualquier comportamiento irregular en el mercado de valores, sino únicamente aquellos que, de la manera más intolerable, lesionen un aspecto esencial del mercado de valores. El legislador penal peruano ha tomado la decisión de incriminar, en esta línea de pensamiento, únicamente cuatro tipos de conductas: uno referido al uso de información privilegiada, otro a la manipulación de los precios, un tercero que tiene que ver con actos de intermediación no autorizados y un último que se centra en la falsa información entregada al organismos de supervisión estatal.

1008 Así, REAÑO PESCHIERA, *Derecho penal bursátil*, pp. 80 y ss.; REYNA ALFARO, en *La regulación penal del mercado de valores*, pp. 40 y ss.

1009 Esta orientación es seguida en el análisis de los delitos contra el mercado de valores en el Derecho penal portugués por DE LACERDA DA COSTA PINTO, *Revista Penal* N.º 6 (2000) p. 98.

1010 Vid. al respecto, PRIETO DEL PINO, *Uso de información privilegiada*, pp. 221 y ss.

2. Los tipos penales

A. El delito de uso de información privilegiada (artículo 251-A del CP)

El uso de información privilegiada no estuvo contemplado como delito al aprobarse el Código Penal de 1991, sino que fue recién incorporado por la Novena Disposición Final de la LMV el 21 de octubre de 1996 como un delito financiero¹⁰¹¹. Esta sistematización no debe llevar a la conclusión errada de que se trata de un delito contra el mercado crediticio (o de la intermediación financiera), pues su ámbito de aplicación está claramente referido al mercado de valores. Se sanciona concretamente al que obtiene un beneficio o se evita un perjuicio de carácter económico mediante el uso de información privilegiada. Pese a que el tipo penal no está contextualizado expresamente en el mercado de valores, su ordenación como un delito contra el sistema financiero evidencia que no se castiga el uso indebido de cualquier información privilegiada, sino únicamente la que tiene lugar en el mercado de valores. El delito se agrava si es que es cometido por quien tiene una posición especial en el mercado de valores que le facilita el acceso a la información privilegiada.

Salvo un sector minoritario¹⁰¹², la opinión general es favorable a la criminalización de las conductas de *insider trading* en el mercado de valores. Por un lado, existe el pleno convencimiento de que estas conductas merecen y necesitan de una respuesta penal¹⁰¹³. Bajo la lógica de la subsidiariedad, se ha llegado al convencimiento de que los mecanismos de control extrajurídi-

1011 Vid., REAÑO PESCHIERA, *Derecho penal bursátil*, pp. 24 y ss., a diferencia de otros países que cuentan con una decisión legislativa mucho más antigua como EEUU (1934), Francia (1967), Suiza (1987), Italia (1991) o Reino Unido (1994). Vid., un análisis de derecho comparado de las operaciones de *insider trading*, GÓMEZ INIESTA, *La utilización abusiva de información privilegiada*, pp. 61 y ss.

1012 Así, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal*, PE, p. 473; BAJO/BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, p. 581; QUINTANAR DIEZ, *Los delitos bursátiles*, p. 29; ÍÑIGO CORROZA, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), pp. 301 y ss. Incluso existen posiciones que, a nivel del mismo funcionamiento del mercado de valores, entienden que el uso de la información privilegiada no debería estar prohibido (vid., con mayor detalle, PRIETO DEL PINO, *Uso de información privilegiada*, pp. 41 y ss., 134 y ss.; HAOUACHE, *Börsenaufsicht durch Strafrecht*, pp. 33 y ss.).

1013 Vid., por todos, GÓMEZ INIESTA, *La utilización abusiva de información privilegiada*, pp. 297 y ss.

cos y los jurídicos extrapenales no son suficientes para poder atajar su realización¹⁰¹⁴. Por otro lado, el desvalor del uso de información privilegiada en el mercado de valores, no puede ser abordado suficientemente con las figuras delictivas ya existentes en las leyes penales¹⁰¹⁵, lo que obliga a tener que hacer una tipificación penal específica. Está claro que para llevar a cabo esta labor de incriminación y posteriormente interpretar el tipo penal correspondiente, debe tenerse claro cuál es el bien jurídico protegido. Aquí es precisamente donde acaba el consenso doctrinal. Las diversas posiciones formuladas se pueden ordenar en función de si lo que se entiende por protegido es un solo bien jurídico (uniofensivas) o varios bienes jurídicos (pluriofensivas)¹⁰¹⁶.

Dentro de la perspectiva uniofensiva, existen diversas posiciones, las que se pueden sistematizar, a su vez, en función de la naturaleza asignada al bien jurídico protegido. Un sector importante considera que el bien jurídico protegido tiene una naturaleza colectiva. La posición más representativa de este sector doctrinal es la que sostiene que el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento del mercado de valores¹⁰¹⁷. Por su excesiva generalidad¹⁰¹⁸, a este planteamiento se le cuestiona si realmente el Derecho penal pueda tutelar dicho bien jurídico, lo que parecería estar, más bien, en manos de la regulación del mercado de valores y sus órganos funcionales¹⁰¹⁹. Por ello, han ido ganando terreno posiciones que tratan de concretar qué aspecto específico del mercado de valores resulta protegido por el delito de uso de información privilegiada¹⁰²⁰. Las propuestas son diversas: la credibilidad en

1014 Vid., REAÑO PESCHIERA, *Derecho penal bursátil*, p. 110; PRIETO DEL PINO, *Uso de información privilegiada*, pp. 293 y ss. Críticamente respecto a la decisión de incriminación del legislador penal, REYNA ALFARO, en *La regulación penal del mercado de valores*, pp. 29, 39 y ss.; HAOUACHE, *Börsenaufsicht durch Strafrecht*, pp. 76 y ss.

1015 Vid., GÓMEZ INIESTA, *La utilización abusiva de información privilegiada*, pp. 320 y ss.

1016 Así, REAÑO PESCHIERA, *Derecho penal bursátil*, pp. 80 y ss.

1017 Vid., en este sentido, REAÑO PESCHIERA, *Derecho penal bursátil*, p. 47; PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 323; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, pp. 463 y ss.; REYNA ALFARO, en *La regulación penal del mercado de valores*, p. 44. En la doctrina penal española, igualmente, ARROYO ZAPATERO, *LH-Tiedemann*, p. 55; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 294; QUINTANAR DIEZ, *Los delitos bursátiles*, p. 31; BENÍTEZ ORTÚZAR, *LH-Cobo del Rosal*, p. 86.

1018 Destaca, en este sentido, PRIETO DEL PINO, *Uso de información privilegiada*, p. 198, su gran imprecisión y falta de especificidad.

1019 Vid., VEGA GUTIÉRREZ, *Mercado de Valores en Derecho penal*, pp. 106 y ss.

1020 Sobre la necesidad de concreción PETERS, *Das Deutsche Insiderstrafrecht*, p. 18.

el mercado de valores¹⁰²¹, la transparencia del mercado de valores¹⁰²², la confianza en el funcionamiento del mercado de capitales¹⁰²³, el acceso equitativo a la información¹⁰²⁴, la igualdad en el riesgo de los inversores¹⁰²⁵, la participación del inversor en el mercado de valores¹⁰²⁶, la paridad informativa en el mercado de capitales¹⁰²⁷ o la justicia informativa en las cotizaciones¹⁰²⁸. Como es usual, el principal cuestionamiento a estas tesis es que un delito en específico no suprime o desestabiliza tales condiciones generales del mercado de valores, lo que procura ser evitado alegando que la tipificación penal renuncia a ello con la técnica del peligro abstracto¹⁰²⁹.

La perspectiva uniofensiva engloba también a aquellas posturas que le asignan al bien jurídico protegido una naturaleza individual. Estas posturas presentan, a su vez, distintas variantes. Unas se enfocan en los intereses de la sociedad emisora de los valores, sea bajo la forma de la infracción de un deber de fidelidad¹⁰³⁰, la producción de daños patrimoniales¹⁰³¹ o la provocación de un daño reputacional. Otras ponen la atención, más bien, en el interés individual de los inversionistas, el cual puede ser entendido en tér-

1021 En este sentido, en el Derecho penal español, FARALDO CABANA, *Estudios Penales y Criminológicos*, XVIII, 1995, p. 61.

1022 Vid., FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret* 2/2009, p. 13.

1023 Así, OTTO, *LH-Tiedemann*, p. 461.

1024 Este teoría tiene su origen en la *equal access theory* de raigambre norteamericana, aunque ha encontrado su propia plasmación en Europa (vid., al respecto, VEGA GUTIÉRREZ, *Mercado de Valores en Derecho penal*, pp. 150 y ss.). En la doctrina penal española, la defienden RODRÍGUEZ MOURULLO, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* N.º 37 (2007), p. 603.

1025 Así, VEGA GUTIÉRREZ, *Mercado de Valores en Derecho penal*, p. 193.

1026 Así, RUIZ RODRÍGUEZ, *Protección penal del mercado de valores*, p. 319

1027 Vid., PETERS, *Das Deutsche Insiderstrafrecht*, p. 18.

1028 En este sentido, PRIETO DEL PINO, *Uso de información privilegiada*, p. 198 y ss.

1029 Sobre la necesidad de utilizar la técnica de tipificación del peligro abstracto, OTTO, *LH-Tiedemann*, pp. 461 y ss.

1030 En este línea puede ser enmarcada la *fiduciary duty theory* de origen norteamericano que le imponía el deber a los administradores de la sociedad de dar a conocer en la adquisición de sus títulos la información a la que se tenía acceso. Vid., sobre esta teoría, PRIETO DEL PINO, *Uso de información privilegiada*, pp. 182 y ss.; VEGA GUTIÉRREZ, *Mercado de Valores en Derecho penal*, pp. 109 y ss.

1031 Sobre esta posición, vid., PRIETO DEL PINO, *Uso de información privilegiada*, p. 187; VEGA GUTIÉRREZ, *Mercado de Valores en Derecho penal*, pp. 114 y ss.

minos patrimoniales (el patrimonio del inversor¹⁰³²) o en términos extra-patrimoniales (la confianza del inversor¹⁰³³). Las críticas contra las diversas tesis que asignan una naturaleza individual al bien jurídico protegido por el delito de uso de información privilegiada se centran fundamentalmente en el hecho de que este ilícito penal no requiere, para su configuración, que se perjudique a nadie en concreto¹⁰³⁴.

La falta de consenso sobre cuál es el bien jurídico protegido por el delito de uso de información privilegiada ha sido terreno fértil para la aparición de posturas que intentan salvar el disenso de opinión con fórmulas de compromiso, dentro de las cuales destaca especialmente la tesis de que se trata de un delito pluriofensivo. Las posiciones que afirman el carácter pluriofensivo del delito de uso de información privilegiada, pueden ordenarse en dos grandes grupos. Por un lado están los que sencillamente vinculan dos o más bienes jurídicos¹⁰³⁵ y, por el otro, los que intentan vincular un bien jurídico de naturaleza colectiva (correcto funcionamiento del mercado de valores) con un bien jurídico individual (intereses de los inversores)¹⁰³⁶. De lo que no hay duda es que el castigo de una conducta delictiva puede tener incidencia en diversos ámbitos de la realidad, pero ese solo hecho no los convierte en el fundamento de la incriminación. Por ello, lo que se debe hacer es identificar cuál es el interés específico que sustenta el desvalor penal del delito de uso

1032 En este sentido, DINGELDEY, *Insider-Handel und Strafrecht*, pp. 68 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, en *I Congreso*, Martínez-Buján Pérez (dir.), p. 170.

1033 Vid., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, ADPCP 1993, p. 1034; GÓMEZ INIESTA, *La utilización abusiva de información privilegiada*, p. 292; ÍÑIGO CORROZA, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), pp. 299 y ss.

1034 Sobre la calidad asignada al delito de uso de información privilegiada de ser un delito sin víctimas (*victimless crime*), vid., BAJO/BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, pp. 583 y ss.; VEGA GUTIÉRREZ, *Mercado de Valores en Derecho penal*, pp. 138 y ss.

1035 Así, por mencionar solamente algunos ejemplos, REYNA ALFARO, en *La regulación penal del mercado de valores*, p. 44, sostiene que los bienes jurídicos protegidos son la igualdad de los inversores y la transparencia en el mercado bursátil, mientras que HURTADO POZO, en *LH-Tiedemann*, pp. 419 y ss., afirma que el delito de uso de información privilegiada protege la igualdad de los inversores respecto de las posibilidades de participar en el mercado de valores y los intereses de la empresa emisora de los valores.

1036 Así, en la regulación penal española, MORENO CÁNOVES/RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, pp. 207 y ss. En el Derecho penal alemán, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 9, n.m. 356, sostiene que se protege la institución bursátil y la igualdad de oportunidades en el acceso a las informaciones relevantes para las cotizaciones.

de información privilegiada y lo que resulta efectivamente protegido con la imposición de la pena.

Ante el vasto panorama de posiciones doctrinales, la doctrina mayoritaria se inclina por negar que el bien jurídico tenga una naturaleza individual bajo el argumento de que el tipo penal no exige un resultado lesivo sobre alguien en concreto. Pero esa conclusión no es definitiva, pues el tipo penal puede adelantar la tutela penal y centrar la lesividad en el riesgo difuso sin que ello signifique abandonar el bien jurídico de naturaleza individual. La postura colectiva tiene, por el contrario, el riesgo de confundir lo propio del Derecho penal con el fin de protección de la regulación administrativa que apunta claramente a la funcionalidad del mercado de valores. Por ello, lo que corresponde es ubicar el bien jurídico en aquella expectativa de los intervinientes en el mercado de valores que el castigo de las conductas de *insider trading* asegura normativamente.

En nuestra opinión, la expectativa de conducta que protege el delito de uso de información privilegiada con la imposición de la pena, es la posibilidad de un uso igualitario de la información relevante en el mercado de valores. Debe quedar claro que esta afirmación no supone que todos los inversionistas deban tomar decisiones con la misma base de información, pues es evidente que, en los hechos, no existe un acceso igualitario a la información por parte de los inversores¹⁰³⁷ e incluso que no todo inversionista cuenta con la misma información. Por eso, debe remarcarse que lo que se protege penalmente es que todos los inversionistas *puedan* tomar decisiones en el mercado de valores con la misma base informativa, con independencia de que, por razones de mayor eficiencia, unos recojan más información o lo obtengan antes que otros.

a. Los sujetos del delito

La redacción típica del delito de uso de información privilegiada lo pone como un delito común, pues no exige ninguna calidad o circunstancia especial para poder ser autor del delito¹⁰³⁸. Quien cuente con la información

1037 Así, PRIETO DEL PINO, *Uso de información privilegiada*, pp. 179 y ss.

1038 En este sentido, REYNA ALFARO, en *La regulación penal del mercado de valores*, p. 46. Críticamente, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, pp. 325 y ss.; RUÍZ RODRÍGUEZ, en

privilegiada, podrá ser autor del delito de uso de información privilegiada¹⁰³⁹. Pese al tenor literal, un sector de la doctrina penal sostiene que, por el contrario, se trata de un delito especial, a lo que se llegaría por medio de una interpretación que tenga en cuenta lo dispuesto por la normativa sobre el mercado de valores¹⁰⁴⁰.

En sus orígenes norteamericanos, la figura del uso de información privilegiada estuvo restringida a los miembros de las empresas emisoras de los valores que tenían conocimiento de la información privilegiada (*insiders*)¹⁰⁴¹. El círculo de autores se amplió luego para alcanzar también a los que la recibían de los primeros (los llamados *tippees*)¹⁰⁴². Esto no significó, sin embargo, que cualquiera pudiese cometer el delito, pues la ampliación de la prohibición solamente alcanzó a los que recibían la información privilegiada del *insider*. La regulación nacional actual sobre la información privilegiada en el mercado de valores es mucho más extensiva. El artículo 43 de la LMV señala que toda persona que cuente con información privilegiada está prohibida de hacer uso indebido de ella, lo que significa claramente que la prohibición es general¹⁰⁴³. Sobre la base de esta regulación primaria, podría tener sentido que la regulación penal del delito de uso de información privilegiada haya abierto la puerta de la autoría a cualquier persona que cuente con dicha in-

La regulación penal del mercado de valores, pp. 108 y ss. Distinto es el caso en el Derecho penal español que exige del autor que "haya tenido acceso reservado a la información con ocasión de su actividad profesional o empresarial". Vid., al respecto, VEGA GUTIÉRREZ, *Mercado de Valores en Derecho penal*, pp. 199 y ss.; PRIETO DEL PINO, *Uso de información privilegiada*, pp. 298 y ss.; QUINTANAR DIEZ, *Los delitos bursátiles*, pp. 49 y ss.

1039 En el ámbito administrativo, la tenencia de la información privilegiada se hace a través de presunciones legales (artículos 41 y 42 de la LMV), lo que evidentemente no puede ser trasladado al ámbito penal por la presunción de inocencia y la carga de la prueba sobre el Ministerio Público. Vid., al respecto, REAÑO PESCHIERA, *Derecho penal bursátil*, p. 151.

1040 Así, REAÑO PESCHIERA, *Derecho penal bursátil*, p. 145, quien sostiene que, con una interpretación que tenga en cuenta la regulación primaria, se puede sostener que se trata de un delito especial.

1041 En este sentido, BAJO/BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, p. 587; VEGA GUTIÉRREZ, *Mercado de Valores en Derecho penal*, p. 195.

1042 Vid., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, ADPCP 1993, pp. 1038 y ss.; GÓMEZ INIESTA, *La utilización abusiva de información privilegiada*, pp. 194 y ss.; PRIETO DEL PINO, *Uso de información privilegiada*, p. 226.

1043 Vid., REAÑO PESCHIERA, *Derecho penal bursátil*, pp. 74 y ss. La misma situación se presenta en la normativa alemana, como lo señala SCHRÖDER, en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 10. Teil, 2, n.m. 101.

formación, sin importar la forma como haya accedido a ella (iniciados sucesivos u ocasionales). Así, autor del delito podrá serlo, por ejemplo, el taxista que escucha la conversación en la que se revela información privilegiada¹⁰⁴⁴ o la persona que la recibe por un correo electrónico que le ha llegado por error. En contra de esta línea de interpretación, podría alegarse que razones de mínima intervención hacen razonable limitar la sanción penal a los que tienen un deber especial de fidelidad o confianza¹⁰⁴⁵. Sin embargo, esto no parece convincente, pues si el delito se sustenta en la posibilidad de un acceso igualitario a la información en el mercado de valores, da igual cómo el que rompe con esta condición esencial haya entrado en conocimiento de la información privilegiada. Que la actuación de unos puede ser más grave que la de otros, será un tema de agravación, pero no de fundamentación del injusto penal.

Lo anterior permite entrar a definir si el delito de uso de información privilegiada es un delito de dominio o de infracción de un deber. Si se mantuviese la idea de que este delito solamente puede ser cometido por los *insiders* y el desvalor del delito se ubicase en la infracción de un deber de fidelidad con la organización emisora de los valores (*fiduciary duty*), entonces sería plausible sostener que se trata de un delito de infracción de un deber¹⁰⁴⁶. Sin embargo, la configuración típica no solo abre el círculo de autores a cualquier persona que tiene a su disposición de la información

1044 En contra, en la regulación alemana, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 9, n.m. 357. Críticamente en la doctrina penal italiana sobre esta posibilidad, FOFFANI, *LH-Tiedemann*, p. 507, por nivelar artificiosamente comportamientos con una carga de lesividad y desvalor bien diferente. Igualmente, SEMINARA, *LH-Tiedemann*, p. 533

1045 Así, REAÑO PESCHIERA, *Derecho penal bursátil*, pp. 159, 197, limita el círculo de autores a los iniciados primarios (sujetos vinculados al emisor o a inversionistas institucionales vinculados por su cargo o actividad) y a los secundarios (los que adquieren la información privilegiada por su vinculación con algún iniciado primario). No obstante, alega como principal argumento que la regulación administrativa no impone la prohibición de uso de la información privilegiada a cualquiera, por lo que la sanción penal no puede tener un espectro mayor que la administrativa (p. 151). Esto, sin embargo, no se condice con el carácter general de la prohibición que anteriormente le asignó a la prohibición administrativa de alcanzar a cualquiera que esté en posesión de la información privilegiada sin importar la forma en la que accedió a ella (p. 75). Igualmente excluyen del círculo de autores a los que acceden a la información de manera fortuita, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, pp. 465 y ss.

1046 Sostiene que se trata de un delito de infracción de un deber, ÍÑIGO CORROZA, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), p. 298. Críticamente, GÓMEZ INIESTA, *La utilización abusiva de información privilegiada*, pp. 422 y ss.

privilegiada, sino que centra el injusto penal en el uso igualitario de la información relevante en el mercado de valores, por lo que se trata claramente de un delito construido sobre una competencia organizacional que afecta una condición esencial para el funcionamiento del mercado de valores. Por lo tanto, el delito de uso de información privilegiada es claramente un delito de dominio¹⁰⁴⁷.

El sujeto pasivo del delito es el titular de la expectativa de conducta protegida por el delito de uso de información privilegiada. Se trata de los inversores en el mercado de valores. Sin embargo, el tipo penal se mueve en un nivel previo a cualquier situación de perjuicio concreto, por lo que no debe individualizarse a ningún inversor concretamente afectado, lo que ha llevado a un sector doctrinal a sostener que el sujeto pasivo es la colectividad difusa de inversionistas¹⁰⁴⁸. No obstante, debe hacerse la puntualización de que no se trata de un colectivo titular del bien jurídico, sino de una forma de denominar a un número indeterminado de inversores individuales que pueden verse perjudicados por el accionar delictivo. El que sea el conjunto de los inversores el titular del bien jurídico, no impide que cualquier otro que resulte perjudicado (por ejemplo, la empresa emisora de los valores) pueda constituirse en actor civil en el proceso penal.

b. La conducta típica

La conducta típica consiste en usar una información privilegiada para obtener un beneficio o evitarse un perjuicio económico (“uso operativo”). Aunque el tipo penal no sea explícito al respecto, este uso se circunscribe a operaciones en el mercado de valores, pues el delito de uso de información privilegiada se tipifica como un delito contra el mercado de valores. Por otro lado, no cualquier operación es abarcada por el tipo penal, sino únicamente las susceptibles de generar beneficios o evitar perjuicios, eso es, la venta, permuta, cesión e incluso pignoración de los valores mobiliarios¹⁰⁴⁹. Otras con-

1047 Del mismo parecer, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 298; VEGA GUTIÉRREZ, *Mercado de Valores en Derecho penal*, p. 225.

1048 En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 295; VEGA GUTIÉRREZ, *Mercado de Valores en Derecho penal*, p. 231; QUINTANAR DIEZ, *Los delitos bursátiles*, pp. 52 y ss.

1049 Vid., VEGA GUTIÉRREZ, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 62 (agosto 2014), pp. 187 y ss.

ductas como revelar la información privilegiada a otro antes de que se divulgue en el mercado (*tipping*)¹⁰⁵⁰ o recomendarle, con base en la información privilegiada, que realice determinadas operaciones con valores (*tuyautage*), no pueden ser subsumidas en el tipo penal, por lo que su incidencia será estrictamente administrativa (artículo 43 de la LMV)¹⁰⁵¹. En efecto, mientras que la normativa administrativa impone una prohibición de uso, entrega y recomendación, la regulación penal se restringe a la prohibición de uso.

El tenor del tipo penal es claro al establecer que la operación realizada con los valores mobiliarios debe hacerse utilizando la información privilegiada. En este orden de ideas, si la operación ya estaba decidida antes de llegar a conocer la información, entonces la obtención de los beneficios no adquiere un carácter delictivo, aun cuando, al momento de su realización, se tenga la información privilegiada y, por lo tanto, la certeza del beneficio. Para hacer alusión a esta necesaria vinculación entre la información privilegiada y la operación con valores, en la doctrina penal se habla de una causalidad psíquica. Dicho en términos más precisos: La información privilegiada debe ser la causa que motiva la realización de la operación en el mercado de valores¹⁰⁵². No tiene que ser la causa única, por lo que podrían concurrir también otras razones que motiven al agente a realizar la transacción¹⁰⁵³.

Existen determinadas actuaciones irregulares en el mercado de valores respecto de las que se suscita la duda de si pueden ser castigadas con el tipo penal del delito de uso de información privilegiada. Sin ánimo de exhaustividad, vamos a referirnos a las más discutidas y a responder a la cuestión de si reúnen los elementos constitutivos de la figura delictiva tipificada en el artículo 251-A del CP.

En primer lugar, está la conducta que se conoce como *front-running* o tomar la delantera. Esta conducta tiene lugar cuando se realizan operaciones

1050 Situación distinta a la normativa penal española que castiga no solo el uso, sino también el suministro de la información privilegiada. Vid., al respecto, VEGA GUTIÉRREZ, *Mercado de Valores en Derecho penal*, pp. 318 y ss.

1051 Vid., REAÑO PESCHIERA, *Derecho penal bursátil*, p. 198.

1052 Vid., PRIETO DEL PINO, *Uso de información privilegiada*, pp. 354 y ss.; VEGA GUTIÉRREZ, *Mercado de Valores en Derecho penal*, p. 291.

1053 En este sentido, SCHRÖDER, en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 10. Teil, 2, n.m. 163.

bursátiles en beneficio propio, tomando como referencia órdenes de compra o venta emitidas por determinado cliente¹⁰⁵⁴. Por lo general, quien realiza una conducta de *front-running* es un intermediario financiero que recibe la orden de hacer una operación que va a influir en el precio de los valores en el mercado y procede a hacer operaciones bursátiles previas en beneficio propio. Conforme a la regulación nacional, no hay duda de que se trata de información privilegiada, pues se califica como tal a aquella que se tiene respecto de las órdenes de compra o venta a efectuar dentro o fuera de mecanismos centralizados de negociación¹⁰⁵⁵. Su uso, por lo tanto, para obtener beneficios o preservarse de pérdidas es un delito de uso de información privilegiada.

Otra figura discutida es el llamado *scalping* (o reventa), la que se presenta cuando un sujeto compra valores a precios bajos y, aprovechándose del prestigio que goza en el mercado de valores, hace públicamente valoraciones positivas sobre dichos valores, para luego rentabilizar su inversión con una posterior venta de los valores a un precio incrementado como consecuencia de sus valoraciones públicas¹⁰⁵⁶. Su estructura básica es transacción-recomendación-transacción. La principal objeción a la inclusión de esta conducta como una forma de uso de información privilegiada es que, en realidad, no se está frente a una información privilegiada, pues se trata de una intención interna que no proviene de otra persona¹⁰⁵⁷. Lo que podría tener lugar, más bien, es una treta o engaño para conseguir un beneficio indebido. Por lo tanto, el lugar en donde esta forma de proceder puede encontrar cabida es, más bien, en el ámbito de las prácticas manipulativas en el mercado de valores¹⁰⁵⁸.

1054 Vid., PRIETO DEL PINO, *Uso de información privilegiada*, p. 336; VEGA GUTIÉRREZ, *Mercado de Valores en Derecho penal*, p. 293.

1055 Del mismo parecer en la regulación penal alemana, PETERS, *Das Deutsche Insiderstrafrecht*, p. 76.

1056 Vid., SCHRÖDER, en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 10. Teil, 2, n.m. 132; VEGA GUTIÉRREZ, *Mercado de Valores en Derecho penal*, pp. 296 y ss.

1057 Vid., SCHRÖDER, en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 10. Teil, 2, n.m. 133. En contra también de considerar aquí una información privilegiada, FEIJOO SANCHEZ, *InDret* 2/2009, p. 16.

1058 Así, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 9, n.m. 349, señala que una práctica manipulativa en el Derecho penal alemán es el *scalping*.

Si el uso de la información obtenida en un *due diligence* practicado en operaciones con empresas emisoras constituye un uso de información privilegiada es también un tema discutido¹⁰⁵⁹. En principio, no hay duda que con un *due diligence* se accede a información privilegiada, pero lo que queda también claro es que la decisión de compra no proviene de esa información, sino que se tomó antes y, por eso, mismo se practica el *due diligence*. Por lo tanto, no se presenta la llamada causalidad psíquica entre la información privilegiada y la operación bursátil¹⁰⁶⁰. La situación cambia si es que con la información obtenida con el *due diligence* se decide hacer otra operación distinta¹⁰⁶¹. En este último caso, es evidente que se dan las condiciones para poder afirmar la realización de un delito de uso de información privilegiada.

Lo usual es que el delito analizado se cometa por medio de una conducta activa, pero también es posible que tenga lugar por medio de una omisión¹⁰⁶². El caso más discutido es el llamado *insider non-tradig*, el cual se presenta cuando el sujeto no realiza la operación bursátil prevista porque ha tenido acceso a información privilegiada que le hace cambiar de opinión. Pese a que un sector de la doctrina penal niega la posibilidad de castigo especialmente por dificultades de prueba¹⁰⁶³, tal limitación probatoria no puede negar el hecho de que existe un uso de la información privilegiada, ya que el cambio de parecer se debe a la información privilegiada¹⁰⁶⁴. Esto se refuerza más con el hecho de que el artículo 251-A del CP admite expresa-

1059 Al respecto, ampliamente, VEGA GUTIÉRREZ, *Mercado de Valores en Derecho penal*, pp. 303 y ss.

1060 Vid., SCHRÖDER, en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 10. Teil, 2, n.m. 173.

1061 Así, SCHRÖDER, en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 10. Teil, 2, n.m. 173.

1062 Niega tal posibilidad, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, pp. 336 y ss.

1063 Vid., REAÑO PESCHIERA, *Derecho penal bursátil*, p. 201; RUIZ RODRÍGUEZ, en *Actas del II Seminario Internacional de Derecho Penal Económico*, Ruiz Rodríguez (ed.), p. 150; BAJO/BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, p. 589; TERRADILLOS BASOCO, en *I Congreso*, Martínez-Buján Pérez (dir.), pp. 173 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 301; VEGA GUTIÉRREZ, *Mercado de Valores en Derecho penal*, pp. 317 y ss.; SCHRÖDER, en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 10. Teil, 2, n.m. 160.

1064 Admiten el castigo, FARALDO CABANA, *Estudios Penales y Criminológicos*, XVIII, 1995, p. 115; RUIZ RODRÍGUEZ, *Protección penal del mercado de valores*, pp. 345 y ss.; PRIETO DEL PINO, *Uso de información privilegiada*, p. 374, aunque señalando que no es un problema de comisión por omisión.

mente el caso en el que el uso de la información privilegiada evite un perjuicio económico. Distinto es el caso en el que el sujeto mantiene la decisión de ejecutar la operación en el mercado de valores, pues su decisión no se tomó con información privilegiada, aunque su conocimiento posterior haya confirmado lo adecuado de su operación¹⁰⁶⁵. La inclusión de los supuestos de *insider non-trading* se apoya claramente en la idea de que la diferencia naturalista entre acción y omisión es normativamente irrelevante.

Mucho más discutible es la posibilidad de imputar responsabilidad penal a través de la figura de la comisión por omisión. El ejemplo más gráfico se presenta cuando quien tiene el deber de impedir el uso de la información privilegiada, no hace nada por evitar que otro la use en operaciones en el mercado de valores¹⁰⁶⁶. Si la posición de garantía surge de una fuente institucional, entonces la posesión del estatus especial será suficiente para hacerlo responsable como autor del delito por no impedir su materialización. Si la competencia penal tiene, por el contrario, una base organizativa, entonces solo responderá como autor quien ha asumido ostensiblemente la posición de una barrera de contención de los riesgos de uso de dicha información, de modo que la omisión de impedir dicho uso le hará responsable del delito.

c. *El objeto material del delito*

El objeto material del delito es la información privilegiada. Si se utilizase el sentido que le asigna el lenguaje ordinario, podría decirse que se trata de cualquier dato que permite un mejor conocimiento para la toma de decisiones. Sin embargo, dado que el contexto en el que se usa el término de información privilegiada es el mercado de valores, debe acudirse a lo que específicamente en ese sector económico concreto se considera una información privilegiada. El artículo 40 de la LMV define a la información privilegiada como cualquier información referida a un emisor, a sus negocios

1065 Aunque PRIETO DEL PINO, *Uso de información privilegiada*, p. 376, diferencia los casos en los que la operación proyectada requiere de un acto de confirmación. Si no necesita de un acto de confirmación, no hay un uso de información privilegiada, lo que es distinto si es que la confirmación requerida se hace con la información privilegiada. Similarmente, VEGA GUTIÉRREZ, *Mercado de Valores en Derecho penal*, p. 318.

1066 Admite sin problemas la responsabilidad penal por omisión de los garantes, GÓMEZ INIESTA, *La utilización abusiva de información privilegiada*, pp. 416 y ss.; SCHRÖDER, en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 10. Teil, 2, n.m. 194.

o a uno o varios valores por ellos emitidos o garantizados, no divulgada al mercado, y cuyo conocimiento público, por su naturaleza, sea capaz de influir en la liquidez, el precio o la cotización de los valores emitidos. Dentro de este concepto se incluye también la información reservada (aquel hecho o negociación en curso a la que se le asigna el carácter de reservado, en la medida que su divulgación prematura pueda acarrear perjuicio al emisor), la información referida a las operaciones de adquisición o enajenación a realizar por un inversionista institucional en el mercado de valores y la información referida a ofertas públicas de adquisición¹⁰⁶⁷. A nivel penal debe hacerse uso de esta definición legal de información privilegiada, bajo la lógica de lo que se conoce como una accesoriedad administrativa de concepto que, en el presente caso, es indiscutible¹⁰⁶⁸.

De la definición acabada de realizar sobre lo que es una información privilegiada para la normativa del mercado de valores, no se desprende si esta se restringe a la que está referida a hechos o si incluye también valoraciones. No hay ninguna limitación para que la información englobe valoraciones¹⁰⁶⁹, siempre que se sustenten en hechos no publicitados. Pero si la valoración no difundida se basa en hechos conocidos, entonces no se tratará propiamente de una información privilegiada¹⁰⁷⁰. Tampoco hay inconveniente para que la información abarque hechos pasados, actuales e incluso futuros, siempre que su realización se pueda tener objetivamente como segura¹⁰⁷¹. Por otro lado, para que la información pueda ser calificada de privilegiada, debe reunir ciertas características que se desprenden de la definición legal antes reproducida, las que deben presentarse de forma conjunta. Veamos cuáles son.

1067 Vid., con mayor detalle, REAÑO PESCHIERA, *Derecho penal bursátil*, pp. 183 y ss.; REYNA ALFARO, en *La regulación penal del mercado de valores*, p. 22. Considera que, salvo la precisión hecha sobre la inclusión de la información reservada, las otras precisiones son superfluas, RUIZ RODRÍGUEZ, en *Actas del II Seminario Internacional de Derecho Penal Económico*, Ruiz Rodríguez (ed.), p. 148.

1068 Vid., REYNA ALFARO, en *La regulación penal del mercado de valores*, p. 21, nota 16; REAÑO PESCHIERA, *Derecho penal bursátil*, p. 168. Similarmente, en la regulación española, BENÍTEZ ORTÚZAR, LH-Cobo del Rosal, p. 91; QUINTANAR DIEZ, *Los delitos bursátiles*, pp. 47 y ss.

1069 Vid., PETERS, *Das Deutsche Insiderstrafrecht*, p. 52; SCHRÖDER, en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 10. Teil, 2, n.m. 137.

1070 En este sentido, HAOUACHE, *Börsenaufsicht durch Strafrecht*, p. 98; PETERS, *Das Deutsche Insiderstrafrecht*, p. 48.

1071 Vid., PETERS, *Das Deutsche Insiderstrafrecht*, pp. 50 y ss.; SCHRÖDER, en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 10. Teil, 2, n.m. 126.

- En primer lugar, la información debe estar referida a un emisor, a sus negocios o a uno o varios valores por ellos emitidos o garantizados¹⁰⁷². Esta característica tiene una doble incidencia. Por un lado, exige que la información deba ser concreta, ya que debe estar referida específicamente al emisor, sus negocios o valores, quedando fuera, por lo tanto, las informaciones generales, indeterminadas o imprecisas¹⁰⁷³. Por otro lado, la información concreta que alude a otros aspectos, tampoco podrá ser típicamente relevante, lo que sucederá, por ejemplo, con la información sobre la situación económica del competidor. No hay problema para englobar

1072 En la regulación reglamentaria sobre el abuso de mercado (Resol. N.º 005-2012-SMV) se hace una lista enunciativa, pero no exhaustiva, de información referida a un emisor, a sus negocios, o a uno o varios valores por ellos emitidos o garantizados: Cambios en la unidad de decisión o control del emisor; cambios en los acuerdos de control del emisor; fusiones, adquisiciones u otras reorganizaciones societarias; cambios en las utilidades o pérdidas esperadas; transferencias de paquetes accionarios; cambios en los miembros del Directorio, Gerencia u órganos equivalentes; dictámenes de auditores con opinión calificada; nuevas patentes, licencias o marcas registradas; contratos con el gobierno, clientes o proveedores; incumplimientos de pagos en el caso de instrumentos representativos de deuda; planes de recompra o redención de acciones; pago de dividendos o cambios en las políticas de dividendos; informes de clasificación de riesgo de los valores y cambios en la clasificación de riesgo de un valor; reestructuración económica y financiera, liquidación extrajudicial o quiebra; compra o disposición de activos o cambios en la calidad o valor de los mismos; disputas legales significativas; revocación o cancelación de líneas de crédito; insolvencia de deudores relevantes; los estados financieros del emisor; información relacionada con la oferta o demanda de los valores emitidos en el mercado por un emisor, incluyendo aquella referida a las ofertas públicas de adquisición y la que se tiene respecto de las órdenes de compra o venta a efectuar dentro o fuera de mecanismos centralizados de negociación; informes de valorización elaborados por las sociedades de auditoría, bancos, bancos de inversión o empresas de consultoría en el marco de una oferta pública de adquisición u oferta pública de compra por exclusión; información respecto de las garantías que respaldan el pago de los derechos conferidos a los titulares de valores; información relacionada con los aspectos económicos, legales y financieros propios del emisor o de alguna empresa perteneciente a su grupo económico; información respecto del entorno económico, social y político en el que opera el emisor o alguna de las empresas de su grupo económico; información proveniente de entidades de gobierno incluyendo, entre otros, reportes sobre tendencias económicas (producción, empleo, tipo de cambio, tasa de interés, inflación, etc.) y decisiones de política económica, con incidencia en el desenvolvimiento legal, económico y financiero del emisor; información de las operaciones de adquisición o enajenación a realizar por un inversionista institucional en el mercado de valores; información referida al patrimonio cuyo propósito exclusivo es respaldar el pago de los derechos conferidos a los titulares de valores emitidos con cargo a dicho patrimonio, así como información referida a un fondo mutuo de inversión en valores y/o fondo de inversión.

1073 En este sentido, REAÑO PESCHIERA, *Derecho penal bursátil*, p. 183; PRIETO DEL PINO, *Uso de información privilegiada*, pp. 338 y ss.; VEGA GUTIÉRREZ, *Mercado de Valores en Derecho penal*, pp. 235, 239 y ss.; SEMINARA, *Tiedemann-FS*, pp. 1087 y ss.

tanto las informaciones internas que surgen en el seno de la empresa emisora (*inside information*) como las externas que tienen su origen extramuros del emisor (*outside information*), siempre que repercutan en el emisor, sus negocios o valores. La inclusión de informaciones de fuente externa permite abarcar también las informaciones derivadas de la tendencia de las operaciones o la coyuntura bursátil (las llamadas *market informations*)¹⁰⁷⁴.

- En segundo lugar, la información no debe estar divulgada en el mercado (*unpublish information*), es decir, que debe de tratarse de información reservada a la que solamente tienen acceso personas en una posición privilegiada¹⁰⁷⁵. La falta de divulgación no exige que se trate de una información, cuya reserva ha sido autorizada por la SMV, sino que basta con que no se haya divulgado al mercado por la razón que sea¹⁰⁷⁶. Cuando la información se hace pública (*generally available*), pierde su protección jurídica y, por tanto, también la penal¹⁰⁷⁷. En la doctrina se discute cómo debe determinarse el momento en el que la información privilegiada se hace pública, manejándose al respecto diversos criterios: cuando se pone a disposición del mercado (criterio de la accesibilidad), cuando es efectivamente conocida por un número elevado de personas (criterio cuantitativo), cuando se difunde por medios ampliamente extendidos (criterio de la difusión) o se incorpora al precio de las cotizaciones (criterio del mercado eficiente)¹⁰⁷⁸. La normativa sobre información privilegiada opta por el criterio de la

1074 Vid., REAÑO PESCHIERA, *Derecho penal bursátil*, p. 176. Del mismo parecer, HAOUACHE, *Börsenaufsicht durch Strafrecht*, p. 99; PETERS, *Das Deutsche Insiderstrafrecht*, pp. 54 y ss.; SCHRÖDER, en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 10. Teil, 2, n.m. 138; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 9, n.m. 358, en la regulación penal alemana; GARCÍA PALOMINOS, *Polít. crim.* Vol. 8, N.º 15 (2003), Art. 2, pp. 32. 47 y ss., en la regulación penal chilena; SEMINARA, en *I Congreso*, Martínez-Buján Pérez (dir.), pp. 144 y ss., en la regulación penal italiana. En contra, en la regulación penal española VEGA GUTIÉRREZ, *Mercado de Valores en Derecho penal*, pp. 264 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret* 2/2009, p. 16.

1075 Vid., PRIETO DEL PINO, *Uso de información privilegiada*, pp. 318 y ss.

1076 De otro parecer, BAJO/BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, p. 593, señalando que la información no divulgada sin autorización de reserva es ilegítima y, por lo tanto, impune su uso.

1077 QUINTANAR DIEZ, *Los delitos bursátiles*, p. 65; HURTADO POZO, *LH-Tiedemann*, p. 427.

1078 Vid., al respecto, PRIETO DEL PINO, *Uso de información privilegiada*, pp. 319 y ss.; VEGA GUTIÉRREZ, *Mercado de Valores en Derecho penal*, pp. 246 y ss.

difusión, al establecerse en el artículo 4 del Reglamento contra el Abuso del Mercado (Resol. SMV 05-2012) que la información es pública una vez que ha sido diseminada a través de mecanismos que permitan el acceso a dicha información por parte del público en general, incluyendo el Registro Público del Mercado de Valores que lleva la SMV, los sistemas de información que administra la Bolsa de Valores de Lima o cualquier otro medio masivo de comunicación¹⁰⁷⁹.

- Finalmente, la información privilegiada debe tener la idoneidad de influir en la liquidez, el precio o la cotización de los valores emitidos, si es que se hace pública (*price sensitive information*)¹⁰⁸⁰. La exigencia de esta idoneidad permite excluir del concepto de información privilegiada, los simples rumores que no pueden ser tomados en serio¹⁰⁸¹. Por otro lado, el juicio de idoneidad debe estar referido a valores mobiliarios que se cotizan en el mercado de valores, no a cualquier título valor¹⁰⁸². En lo que existe discusión es en el criterio para determinar la idoneidad exigida de la información. Al respecto existen dos clases de parámetros. Por un lado está el parámetro cualitativo, en donde se discuten dos aspectos puntuales. En primer lugar, debe decirse si la idoneidad de la información debe ser evaluada desde una perspectiva *ex ante* o *ex post*¹⁰⁸³. En segundo lugar, también tiene que definirse si

1079 Sobre la idoneidad de los medios para la publicitación de la información, GÓMEZ INIESTA, *La utilización abusiva de información privilegiada*, p. 134. PETERS, *Das Deutsche Insiderstrafrecht*, p. 60, sostiene que la publicitación de la información debe hacerse por medio de un medio masivo estandarizado de carácter general.

1080 Vid., GÓMEZ INIESTA, *La utilización abusiva de información privilegiada*, p. 126; PRIETO DEL PINO, *Uso de información privilegiada*, pp. 323 y ss.

1081 Así, como expresión del requisito de la idoneidad de la información, PRIETO DEL PINO, *Uso de información privilegiada*, p. 342. Por el contrario, GÓMEZ INIESTA, *La utilización abusiva de información privilegiada*, p. 120, considera que no es una información privilegiada por su falta de carácter concreto. Sin embargo, el rumor puede ser muy concreto, siendo lo que le caracteriza, más bien, su falta de apoyo probatorio.

1082 Vid., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 296; PRIETO DEL PINO, *Uso de información privilegiada*, p. 351.

1083 Vid., con mayores referencias, PRIETO DEL PINO, *Uso de información privilegiada*, pp. 325 y ss.; VEGA GUTIÉRREZ, *Mercado de Valores en Derecho penal*, pp. 255 y ss. Afirma que tal determinación no es posible hacer desde ninguna perspectiva, HAOUACHE, *Börsenaufsicht durch Strafrecht*, pp. 101 y ss.

la idoneidad debe ser determinada con un criterio objetivo (desde la perspectiva de un inversionista razonable¹⁰⁸⁴) o subjetivo (desde la perspectiva del agente concreto). Por otro lado, entra también en consideración un parámetro cuantitativo, según la cual se exige la superación de un determinado umbral de variación del precio de los valores¹⁰⁸⁵. En la regulación nacional solamente se menciona el parámetro cualitativo de carácter objetivo, al señalarse que la información es capaz de influir en la liquidez, el precio o la cotización de un valor, si, divulgada, influiría en las decisiones de inversión adoptadas por los inversionistas (artículo 4.2 del Reglamento contra el Abuso del Mercado). A nuestro parecer, para determinar la idoneidad de la información para influir relevantemente sobre el precio de los valores debe acudir a una perspectiva objetiva *ex ante* que atienda a las particulares circunstancias del caso concreto¹⁰⁸⁶. Si bien la normativa legal no menciona ningún parámetro cuantitativo de determinación¹⁰⁸⁷, es evidente que la naturaleza de *ultima ratio* del Derecho penal obliga a exigir una idoneidad de cierta relevancia cuantitativa en la variación del precio, cotizaciones o liquidez¹⁰⁸⁸.

d. El resultado típico

El delito de uso de información privilegiada exige la producción de un resultado que consiste en obtener un beneficio o evitarse un perjuicio (o

1084 Sobre el criterio de inversionista razonable, vid., con detalle, SEMINARA, *Tiedemann-FS*, pp. 1089 y ss.

1085 Vid., GÓMEZ INIESTA, *La utilización abusiva de información privilegiada*, p. 127.

1086 SCHRÖDER, en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 10. Teil, 2, n.m. 146. Siguen una perspectiva *ex ante*, GÓMEZ INIESTA, *La utilización abusiva de información privilegiada*, p. 129; PRIETO DEL PINO, *Uso de información privilegiada*, p. 326; GARCÍA PALOMINOS, *Polít. crim.* Vol. 8, N.º 15 (2003), art. 2, p. 50; REAÑO PESCHIERA, *Derecho penal bursátil*, p. 179. Sobre la necesidad de hacer una determinación referida al caso concreto y las circunstancias actuales, PETERS, *Das Deutsche Insiderstrafrecht*, p. 63.

1087 Vid., REAÑO PESCHIERA, *Derecho penal bursátil*, p. 180.

1088 Igualmente, PRIETO DEL PINO, *Uso de información privilegiada*, pp. 331 y ss.; HAOUACHE, *Börsenaufsicht durch Strafrecht*, p. 99.

ambos a la vez)¹⁰⁸⁹. Como expresamente lo admite el tipo penal, esta situación de provecho puede darse directamente en la persona del autor del delito o alcanzarle por medio de terceros, como sería el caso, por ejemplo, de un familiar directo (esposa o hijos), una empresa que le pertenece o un simple testaferro¹⁰⁹⁰. Lo que, sin embargo, no se encuentra abarcado por el tipo penal es el uso de información privilegiada que incide a favor de una persona distinta con la que no hay ningún tipo de vinculación que le permita al autor beneficiarse con las operaciones realizadas¹⁰⁹¹.

Dado que entre la conducta de usar la información privilegiada y el resultado de obtención de beneficio o evitación de perjuicio, no hay una relación de necesidad, no es posible sostener que el delito bajo análisis sea un delito de mera conducta, por lo que lo acertado es calificarlo, más bien, como un delito de resultado. La mayor prueba de ello es que puede usarse la información privilegiada en una operación en el mercado de valores sin que ello conlleve necesariamente la obtención de una ventaja o la evitación de una pérdida económica. El resultado requerido por el tipo penal de uso de información privilegiada no es de peligro concreto¹⁰⁹², sino de lesión¹⁰⁹³, pues la modificación de realidad exigida conlleva la falta de un uso igualitario de la información relevante en el mercado de valores¹⁰⁹⁴. En efecto, aun cuando el resultado esté formulado desde la perspectiva del beneficio del autor del delito, eso supone necesariamente un perjuicio al resto de participantes en el mercado de valores que tomaron decisiones sin conocer la información relevante no divulgada. A diferencia de otros países¹⁰⁹⁵, la regu-

1089 Distinto es el caso de la regulación alemana que no exige la obtención de la ventaja procurada (PETERS, *Das Deutsche Insiderstrafrecht*, p. 65). En la regulación penal española, sí se exige, aunque BAJO/BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, p. 587, consideran que es innecesaria para la tipificación del delito de uso de información privilegiada.

1090 BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 466.

1091 Igualmente, REAÑO PESCHIERA, *Derecho penal bursátil*, pp. 198 y ss.

1092 Como lo entiende, por el contrario, REYNA ALFARO, en *La regulación penal del mercado de valores*, p. 47.

1093 Igualmente, REAÑO PESCHIERA, *Derecho penal bursátil*, p. 100.

1094 Esto explica que el delito de uso de información privilegiada no sea un delito patrimonial que exija un perjuicio patrimonial contra la víctima, sino un delito económico que afecta una condición esencial del mercado de valores. Vid., a este respecto, REAÑO PESCHIERA, *Derecho penal bursátil*, pp. 51 y ss.

1095 Como es el caso de España que requiere que el beneficio obtenido supera los 600,000 euros. Vid., al respecto, VEGA GUTIÉRREZ, *Mercado de Valores en Derecho penal*, pp. 342 y ss.

lación nacional no establece una entidad cuantitativa del resultado para que la conducta sea punible, por lo que hasta el beneficio más ínfimo podría dar pie a imputar la comisión del delito de *insider trading*¹⁰⁹⁶.

El que el tipo penal del delito de uso de información privilegiada esté configurado como un delito de lesión, obliga a establecer una relación de imputación objetiva entre el uso de la información privilegiada y la obtención del beneficio o la evitación del perjuicio. Por lo tanto, el rédito económico conseguido por el autor debe reconducirse, con base en las reglas de funcionamiento del mercado de valores, al uso de la información privilegiada. Si, por el contrario, tal resultado es la realización de cualquier otro factor concurrente, entonces el resultado no podrá imputarse objetivamente a la conducta típica, por lo que solo cabrá un castigo a título de tentativa.

e. *El elemento subjetivo*

El delito de uso de información privilegiada solamente puede ser cometido dolosamente¹⁰⁹⁷. Dado que no existe ninguna exigencia subjetiva especial, no hay ninguna objeción para que el dolo alcance también al dolo eventual¹⁰⁹⁸. El dolo requiere imputar al autor el conocimiento de que la información que tiene es privilegiada en función de las características que debe tener para ser tal y también que su uso en una operación en el mercado de valores es apta para producirle beneficios o evitarle perjuicios económicos. Por lo tanto, si usa la información, pero desconoce que es privilegiada, lo que habrá es un error de tipo que, bajo cualquier escenario, resulta impune¹⁰⁹⁹.

El tipo penal no exige, en el plano subjetivo, algún elemento subjetivo especial. Algunos han sostenido que, en virtud del resultado típico exigido,

1096 Así, REAÑO PESCHIERA, *Derecho penal bursátil*, p. 208. Críticamente, REYNA ALFARO, en *La regulación penal del mercado de valores*, p. 49.

1097 En Alemania la última reforma penal al delito de uso de información privilegiada admite también un supuesto de culpa grave o inexcusable (*Leichtfertigkeit*). Vid., SCHRÖDER, en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 10. Teil, 2, n.m. 100 y 199.

1098 Así, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 340. Igualmente en el Derecho penal alemán, PETERS, *Das Deutsche Insiderstrafrecht*, p. 69.

1099 Del mismo parecer, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 465. Igualmente en el Derecho penal español, PRIETO DEL PINO, *Uso de información privilegiada*, p. 386.

el autor debe actuar con ánimo de lucro¹¹⁰⁰. Si bien lo usual es que el autor actúe con dicho ánimo especial, no es necesario que internamente lo tenga. En este orden de ideas, podrá ser sancionado por el delito de uso de información privilegiada el que comete este delito para luego donar a una institución de caridad los beneficios obtenidos con las operaciones en el mercado de valores. En el plano subjetivo, por lo tanto, bastará con que el autor tenga conocimiento de que del empleo realizado de la información privilegiada en el mercado de valores, obtendrá un beneficio o se evitará un perjuicio económico.

f. Consumación y tentativa

En relación con la consumación del delito de uso de información privilegiada, existen tres posibles momentos: el momento en el que el agente da la orden de adquirir o vender, el momento en el que se ejecuta la orden o el momento en que se verifica el beneficio tras la operación realizada¹¹⁰¹. La legislación penal nacional ha optado claramente por el tercer momento, en la medida que el uso de la información privilegiada debe producir la obtención de un beneficio o la evitación de un perjuicio de carácter económico¹¹⁰². Por lo tanto, el delito se consuma instantáneamente en el momento en el que se produce el beneficio o se evita el perjuicio económico con la variación del curso de los valores mobiliarios a los que está referida la información privilegiada¹¹⁰³. No es necesario, por el contrario, que exista un ingreso efectivo en la esfera patrimonial del autor.

La consumación del delito de uso de información privilegiada admite una realización sucesiva que debe ser tenida como la realización de un único delito. Su estructuración típica como un delito de lesión, abre la posibilidad

1100 En este sentido, REYNA ALFARO, en *La regulación penal del mercado de valores*, p. 48; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 467. En contra, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 337.

1101 Vid., GÓMEZ INIESTA, *La utilización abusiva de información privilegiada*, p. 430.

1102 Igualmente en el Derecho penal español, BAJO/BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, p. 590.

1103 En este sentido, HURTADO POZO, *LH-Tiedemann*, p. 432; REAÑO PESCHIERA, *Derecho penal bursátil*, p. 207.

dogmática a una tentativa¹¹⁰⁴, la que tendrá lugar cuando el uso de la información privilegiada no produce el beneficio o no consigue evitar el perjuicio por razones ajenas a la voluntad del autor. El espacio existente entre la conducta típica y el resultado típico permite también que pueda presentarse un supuesto de desistimiento, si el autor no prosigue con la conducta o impide finalmente la producción del resultado. En dicho caso, quedará exonerado de responsabilidad penal.

g. Intervención delictiva

El delito puede ser cometido directamente por quien tiene la información privilegiada o por medio de otro que intermedia en la operación en el mercado de valores¹¹⁰⁵. En este segundo caso, la determinación de las responsabilidades penales debe hacerse con base en las reglas generales de la intervención delictiva. Si quien cuenta con la información privilegiada le pide a otro que haga las operaciones a favor suyo o de un tercero vinculado (sin revelar la información), este no será más que un instrumento en manos del primero que deberá responder como autor mediato¹¹⁰⁶. Si, por el contrario, el que realiza las operaciones sabe que quien se lo está pidiendo cuenta con información privilegiada, entonces no habrá mayor problema para que pueda responder como cómplice primario del delito¹¹⁰⁷. Para el caso en el que se use a una persona jurídica para efectuar las operaciones en el mercado de valores, una perspectiva fáctica permitirá atribuir directamente el uso de la información privilegiada a quien, en los hechos, las realiza.

No es una situación inusual que el delito bajo análisis sea cometido por una pluralidad de intervinientes. Dependiendo del aporte realizado en la configuración del hecho, se puede hablar de una coautoría o una complicidad. Un ejemplo discutible es el caso del iniciado primario que entrega la

1104 Vid., REYNA ALFARO, en *La regulación penal del mercado de valores*, p. 48; REAÑO PESCHIERA, *Derecho penal bursátil*, p. 208; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 468; PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 339. Igualmente en la regulación penal española, VEGA GUTIÉRREZ, *Mercado de Valores en Derecho penal*, p. 394.

1105 Sobre las operaciones realizadas por intermediarios financieros, GÓMEZ INIESTA, *La utilización abusiva de información privilegiada*, pp. 162 y ss.

1106 Vid., GÓMEZ INIESTA, *La utilización abusiva de información privilegiada*, pp. 426 y ss.

1107 Vid., BENÍTEZ ORTÚZAR, *LH-Cobo del Rosal*, p. 95.

información a otro para que este haga las operaciones correspondientes en el mercado de valores. En este caso, una comprensión naturalista que exige para la coautoría una intervención en la ejecución del delito, llevaría a sostener una simple complicidad del iniciado. La situación se presenta distinta si lo que se evalúa no es el momento del aporte, sino su relevancia. Y está claro que, bajo dicha perspectiva, el que aporta la información privilegiada debe ser castigado como un coautor del delito.

Otra situación, nada extraña, es que el delito se cometa en el marco de una estructura empresarial, en la que el directivo que cuenta con la información privilegiada deja que un subordinado acceda a dicha información para rentabilizarla en el mercado de valores. Dado que el artículo 43 de la LMV establece un deber del superior de impedir que sus subordinados usen la información privilegiada, entonces no habrá inconveniente para darle a su falta de intervención un sentido delictivo. Lo discutible es determinar el título de imputación, es decir, si debe responder como autor o como cómplice. Una posición restrictiva sostiene que su omisión se dio a nivel del acceso a la información, no del uso, por lo que debería responder como cómplice al no intervenir en la ejecución del delito. Una posición extensiva afirma que a dicho directivo le asiste un deber institucional, cuya infracción lo hace siempre autor del delito. En una posición intermedia se ubica la tesis de que se trata de un aporte organizativo, pero no de la entidad de una complicidad, sino tan relevante como la acción ejecutiva de uso, por lo que debería existir en estos casos una coautoría. Este último parecer es el que resulta más adecuado a la naturaleza del delito y la entidad del aporte.

h. Penalidad y agravación

La pena prevista para el delito de uso de información privilegiada es una pena privativa de la libertad no menor de uno (1) ni mayor de cinco (5) años. Si el delito es cometido por un agente de intermediación, es evidente que puede aplicársele accesoriamente la pena de inhabilitación para el ejercicio de la actividad de intermediación en el mercado de valores¹¹⁰⁸. Si el autor del delito actúa en el marco de las actividades de una persona jurídica y esta tiene una organización con la que es probable que se puedan cometer

¹¹⁰⁸ En este sentido, REYNA ALFARO, en *La regulación penal del mercado de valores*, p. 51.

nuevos delitos, entonces también podrá aplicarse consecuencias accesorias a la persona jurídica misma¹¹⁰⁹.

La pena privativa de libertad se incrementa a no menor de cinco (5) ni mayor de siete (7) años, si el delito es cometido por un director, funcionario o empleado de una Bolsa de Valores, de un agente de intermediación, de las entidades supervisoras de los emisores, de las clasificadoras de riesgo, de las administradoras de fondos mutuos de inversión en valores, de las administradoras de fondos de inversión, de las administradoras de fondos de pensiones, así como de las empresas bancarias, financieras o de seguros. En esta agravante se incluyen diversos supuestos que deben ser diferenciados de cara a encontrar el fundamento del incremento punitivo. Lo que llama la atención es que no se haya incluido a los llamados iniciados *per se*, esto es, a los directivos, administradores o trabajadores de la entidad emisora de los valores.

Por un lado, están los funcionarios públicos que intervienen en el mercado de valores realizando labores de supervisión. La agravante alcanza específicamente los miembros de las entidades supervisoras de los emisores, quienes por su propia labor de supervisión tienen acceso a diversa información privilegiada que pueden rentabilizar en el mercado de valores. El fundamento de la agravación es el mayor reproche que se le puede hacer a quien accede a la información en el ejercicio de funciones dirigidas a resguardar el regular funcionamiento del mercado de valores y lo que hace es, más bien, utilizarla para beneficiarse a costa de trastocar la condición del uso igualitario de la información relevante en el mercado de valores. Dado que a los funcionarios públicos les asiste un deber institucional por el cumplimiento de los deberes estatales, el delito se configurará aquí como un delito de infracción de un deber.

Por otro lado, están los miembros de los llamados inversionistas institucionales, esto es, los agentes de intermediación, las administradoras de fondos mutuos de inversión en valores, las administradoras de fondos de inversión, las administradoras de fondos de pensiones, las empresas bancarias, financieras o de seguros. En la medida que se trata de inversores con una participación regular en el mercado de valores, la posibilidad de acce-

1109 Igualmente, REYNA ALFARO, en *La regulación penal del mercado de valores*, p. 50.

der a información privilegiada se presenta de manera más frecuente y, por lo tanto, el daño a la condición de uso igualitario de la información en el mercado de valores es mayor. El fundamento de la agravación se encuentra, por lo tanto, por su posición especial respecto de la vulnerabilidad del bien jurídico, por lo que se tratará de un delito especial (impropio) de dominio.

Finalmente, la agravante alcanza también a los directivos o empleados de la bolsa de valores o de una clasificadora de riesgo. Su posición en el mercado de valores supone un acceso permanente a información privilegiada, de manera que si no se asegura que esta información no sea utilizada en el mercado de valores, no se contará con las condiciones mínimas para que funcione de forma confiable para los distintos inversionistas. Esta importancia central de su reserva para el correcto funcionamiento del mercado de valores justifica la agravación de la pena. La agravante adquiere el carácter de un delito de infracción de un deber con base en la institución de la confianza especial que indudablemente recae en los sujetos cualificados antes mencionados.

B. El delito de manipulación de precios en el mercado de valores (artículo 251 B del CP)

El delito de manipulación de precios en el mercado de valores fue incorporado en el Código Penal como un delito financiero por la Ley N.º 29660 del 4 de febrero del 2011¹¹¹⁰. Esta ley estuvo dirigida a enfrentar de forma integral la manipulación de precios en el mercado de valores, por lo que su regulación no se quedó en el plano penal de crear una nueva figura delictiva, sino que también estableció un conjunto de principios a ser observados por las personas autorizadas a intervenir en el mercado de valores y modificó la Ley del Mercado de Valores con la finalidad de regular administrativamente las diversas conductas lesivas de la integridad y la transparencia en el mercado de valores¹¹¹¹.

1110 Sobre el procedimiento prelegislativo para la incorporación de este ilícito penal, ABANTO QUEVEDO, *Cathedra Lex*, 15 (2011), p. 113.

1111 Vid., PEÑA CABRERA FREYRE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 60 (junio de 2014), pp. 181 y ss.; CALDERÓN VALVERDE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 36 (junio de 2012), pp. 131 y ss.

La transparencia de la información y de las operaciones en el mercado de valores contribuye a que los inversionistas puedan tomar decisiones de inversión eficientes y negociar a precios que se formen por la libre interacción de la oferta y la demanda. Por ello, se deben desterrar las prácticas manipulativas que atentan contra la correcta formación de precios en el mercado de valores. La distorsión de la información relevante o la introducción de datos incorrectos o falsos se traducen en un precio manipulado de los valores mobiliarios que menoscaba el rol de los mercados financieros en el proceso de asignación de recursos en la economía¹¹¹². En este orden de ideas, la regulación del mercado de valores prohíbe expresamente los actos de manipulación de los precios (artículo 12 de la LMV), a los que sanciona administrativamente. Si a la represión administrativa se le debe sumar una respuesta penal¹¹¹³, es algo que ha encontrado una respuesta afirmativa en diversos ordenamientos jurídicos. En Alemania, por ejemplo, se cuenta con un tipo penal que específicamente reprime los actos de manipulación de precios de los valores mobiliarios¹¹¹⁴. Una respuesta penal se prevé igualmente en España, aunque por medio de una protección general para los consumidores (que incluiría al consumidor-inversor)¹¹¹⁵. El legislador penal peruano ha optado también por adicionar una protección penal a la prohibición administrativa, al regular en el artículo 251 B del CP el delito de manipulación de precios en el mercado de valores.

1112 Vid., PRIETO DEL PINO, *Uso de información privilegiada*, pp. 104 y ss. Sobre la cualidad informativa del precio en el mercado de valores, vid., LONDOÑO MARTÍNEZ, *Polít. crim.* Vol. 8, N.º 15 (julio 2013), pp. 80 y ss.

1113 Vid., desde la perspectiva del principio de subsidiariedad, PAREDES CASTAÑÓN, *Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios en los mercados de valores*, publicado en www.academia.edu p. 22 y ss. Por el contrario, ABANTO QUEVEDO, *Cathedra Lex*, 15 (2011), p. 118, cuestiona la incriminación del delito de manipulación de precios en el mercado de valores por entender que se trata de un Derecho penal meramente simbólico sin ninguna finalidad instrumental.

1114 Vid., TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 9, n.m. 347.

1115 Vid., TERRADILLOS BASOCO, en *Protección penal del consumidor*, García Rivas (coord.), pp. 133 y ss.; PAREDES CASTAÑÓN, *Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios en los mercados de valores*, publicado en www.academia.edu pp. 1 y ss. Actualmente existe la tendencia a implementar un tipo penal específico, en atención a lo dispuesto por la nueva Directiva europea sobre las sanciones penales aplicables a las operaciones con información privilegiada y a la manipulación del mercado que obliga a la introducción de “sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias” (artículo 6 de la Directiva).

En cuanto al bien jurídico protegido en el ámbito penal, existen dos orientaciones distintas. Por un lado, se encuentra la tendencia general que tira hacia una perspectiva macrosocial que ubica el bien jurídico en el correcto funcionamiento del mercado de valores¹¹¹⁶. Esta perspectiva tiene el inconveniente de su excesiva generalidad que difícilmente permite hacer un juicio crítico a la incriminación penal. Por ello, sus mismos defensores se encargan de precisar el aspecto específico del funcionamiento del mercado de valores que apunta a ser resguardado, lo que les ha llevado a ubicar el bien jurídico penalmente protegido en la confianza de los intervinientes en el mercado de valores sobre la fiabilidad y la veracidad de la formación de los precios o cotizaciones¹¹¹⁷. Por otro lado, cabe también tener en cuenta una posible perspectiva individual que entiende que la manipulación de precios supone un perjuicio para los inversionistas que adquieren los valores a precios distorsionados, por lo que el bien jurídico será el patrimonio de estos agentes económicos¹¹¹⁸.

A la perspectiva individual habría que hacerle el cuestionamiento de que el delito de manipulación de precios en el mercado de valores puede configurarse sin que se haya producido perjuicio patrimonial alguno, por lo que su desvalor penal no reside propiamente en el daño patrimonial a otros agentes económicos, sino en la afectación a una condición esencial para el funcionamiento del mercado de valores. Pero también es cierto que la repuesta penal no procura asegurar el funcionamiento global del mercado de valores, pues a ello apunta precisamente la regulación administrativa y el despliegue de funciones de la SMV. Al Derecho penal le corresponde, más bien, mantener la vigencia de una expectativa normativa de conducta esencial para que los inversionistas puedan participar confiadamente en el mercado de valores. Se trata específicamente de asegurarles que los precios de los valores ofrecidos en el mercado de valores se determinan con base en

1116 Así, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 9, n.m. 347; SEMINARA, *Tiedemann-FS*, p. 1100.

1117 Así, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 9, n.m. 347; SCHRÖDER, en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 10. Teil, 2, n.m. 5; SEMINARA, *Tiedemann-FS*, p. 1100; DE LACERDA DA COSTA PINTO, *Revista Penal* N.º 6 (2000) p. 98; PEÑA CABRERA FREYRE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 60 (junio de 2014), p. 182.

1118 Sobre tal perspectiva en la manipulación de precios en el mercado de valores, PAREDES CASTAÑÓN, *Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios en los mercados de valores*, publicado en www.academia.edu pp. 14 y ss.

operaciones verdaderas que se llevan a cabo con información relevante que se corresponde con la realidad. Dado que el mercado de valores es muy sensible a las tendencias y a la información, es necesario asegurar penalmente la integridad y transparencia de las mismas.

a. Los sujetos del delito

Conforme al tenor literal, el delito de manipulación de precios en el mercado de valores podría ser cometido por cualquier persona¹¹¹⁹. Podría sostenerse, sin embargo, a que tal apertura no resulta posible, pues el artículo 50 de la LMV establece que la intervención de un agente de intermediación es obligatoria en las ofertas públicas de valores, salvo ciertas excepciones como la colocación directa de instrumentos de corto plazo, la colocación directa de valores no accionarios de propia emisión de empresas supervisadas por la SMV, las transacciones de valores realizadas para inversionistas institucionales debidamente autorizadas por la SMV y la colocación primaria de certificados de participación de los fondos mutuos y los fondos de inversión. Por lo tanto, en principio, no cualquiera podría cometer el delito tipificado en el artículo 251 B de la LMV, en tanto este tipo penal exige la realización de una transacción en el mercado de valores que solamente puede llevar a cabo un agente de intermediación por encargo de alguien. Tal interpretación no es correcta, pues el agente de intermediación, salvo cuando actúa por cuenta propia, no es el que realiza la operación en el mercado de valores, limitándose su función a cumplir con la orden emitida por un comitente de negociar valores o instrumentos financieros. Por lo tanto, el delito podrá ser cometido por cualquier persona que participa en el mercado de valores como comitente, intermediario, inversionista institucional, etc.

Sujeto pasivo del delito son evidentemente los inversionistas que negocian valores mobiliarios en el mercado de valores, pues ellos parten de la confianza de que la cotización de los valores responde a tendencias e informaciones reales. Como se dijo al precisar cuál es el bien jurídico penalmente protegido por el delito de manipulación de precios en el mercado de valores, no se protege el patrimonio de los inversionistas, sino la expectativa de

¹¹¹⁹ Igualmente, ABANTO QUEVEDO, *Cathedra Lex*, 15 (2011), p. 115; PEÑA CABRERA FREYRE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 60 (junio de 2014), pp. 183 y ss.

conducta sobre los factores que inciden en la formación de los precios de los valores que se cotizan en el mercado de valores. La conducta delictiva defrauda a los inversionistas que operan en el mercado de valores. Dado que se trata de una generalidad de sujetos, la doctrina penal se inclina a señalar que a la sociedad le corresponde el estatus de sujeto pasivo del delito¹¹²⁰. Sin embargo, no se trata de la afectación a una condición de utilidad general, sino de una lesividad difusa que no puede circunscribirse a determinados sujetos individuales. Por ello, lo correcto es señalar que los sujetos pasivos son los inversionistas que intervienen en el mercado de valores bajo la confianza de que los precios se determinan conforme a las reglas que rigen el funcionamiento del mercado de valores.

b. La conducta típica

La conducta típica es proporcionar señales falsas o engañosas respecto de la oferta o demanda de un valor o instrumento financiero. En el mercado de valores, una señal es todo dato del que se desprende una tendencia de las operaciones con valores o instrumentos financieros que incide en su precio o cotización¹¹²¹. La señal será falsa, si no se corresponde con las reales condiciones del mercado referidas al valor o instrumento financiero del que se trata, mientras que será engañosa cuando, siendo cierta, se ha presentado de una forma tal que es capaz de inducir a un error sobre la tendencia de las operaciones¹¹²². En este contexto, proporcionar debe entenderse como toda forma de hacer conocida en el mercado de valores la señal falsa o engañosa sobre los valores o instrumentos financieros que allí se negocian.

Debe hacerse la precisión de que el tipo penal no sanciona el suministro de cualquier señal falsa o engañosa, sino solamente aquella que tiene lugar por medio de transacciones dirigidas a crear o mantener deliberadamente niveles artificiales en precio o liquidez de los valores o instrumentos finan-

1120 Así, PEÑA CABRERA FREYRE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 60 (junio de 2014), p. 184.

1121 Similarmente, SCHRÖDER, en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 10. Teil, 2, n.m. 48.

1122 Vid., SCHRÖDER, en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 10. Teil, 2, n.m. 48. En la doctrina penal nacional, ABANTO QUEVEDO, *Cathedra Lex*, 15 (2011), p. 115, cuestiona la subjetividad del carácter falso o engañoso de las señales, al vincularlo al parecer del inversor, lo que no parece ser así, pues no está vinculada al criterio del inversor.

cieros, distintos de los que resultarían de la libre interacción de la oferta y la demanda de múltiples ofertantes y demandantes. Está claro que una sola transacción no puede ser considerada una señal, sino que debe tratarse de diversas operaciones sucesivas o alternadas por parte de una o más personas que actúan de manera concertada. Las transacciones que constituyen la señal falsa o engañosa pueden ser ciertas o ficticias¹¹²³. Se consideran transacciones ficticias a aquellas en las cuales no se produce una real transferencia de valores o instrumentos financieros, de los derechos sobre ellos u otras semejantes; o aquellas en las que, aun habiendo una transferencia efectiva de valores o instrumentos financieros, no se produce el pago de la contraprestación (*wash sales*).

El que la señal falsa o engañosa se circunscriba a transacciones en el mercado de valores, significa que, conforme a la clasificación de las manipulaciones con base en el medio material empleado, solamente se han criminalizado las manipulaciones con base negociaciones u órdenes de negociación en un mercado relevante (lo que se conoce como *trade-based-manipulations*)¹¹²⁴. Al margen de lo penalmente relevante quedarán las señales falsas o engañosas que tienen su origen en informaciones, rumores o noticias respecto de la situación de un valor o instrumentos financieros, de su emisor o sus negocios (*information-based-manipulations*) y las que se desprenden de comportamiento humanos engañosos ejecutados en un contexto externo al mercado de valores (*action-based-manipulations*)¹¹²⁵. Esta

1123 Vid., sobre la discusión en la doctrina alemana sobre si las transacciones reales pueden ser incluidas como práctica manipulativa, vid., SCHRÖDER, en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 10. Teil, 2, n.m. 51, lo que deberá decidirse en el caso concreto. En la regulación penal portuguesa la redacción es mucho más clara para circunscribirse a las transacciones ficticias, como lo informa DE LACERDA DA COSTA PINTO, *Revista Penal* N.º 6 (2000) p. 96.

1124 Sobre la clasificación de las prácticas manipulativas en función del medio material empleado en *trade-based-manipulations*, *information-based-manipulations* y *action-based-manipulations* LONDOÑO MARTÍNEZ, *Polít. crim.* Vol. 8, N.º 15 (julio 2013), p. 86, nota 54.

1125 De otro parecer, CALDERÓN VALVERDE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 36 (junio de 2012), p. 133, quien incluye en el tipo penal los casos de información falsa o engañosa. Distinto es el caso en Alemania, donde no solo se castiga penalmente la manipulación referida a las transacciones, sino también la manipulación informativa. Vid., al respecto, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 9, n.m. 348. Sobre la manipulación informativa (en su variante activa y omisiva), vid., SCHRÖDER, en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 10. Teil, 2, n.m. 17 y ss.

irrelevancia penal no impide evidentemente que estas formas de manipulación puedan ser pasibles de sanción administrativa.

No hay duda que la tipificación asume una configuración abierta y elástica con la finalidad, muy seguramente, de permitir abarcar una realidad tan compleja y dinámica como es el mercado de valores¹¹²⁶. Sin embargo, eso puede generar espacios de relativa arbitrariedad interpretativa que debe, de alguna forma excluirse o controlarse. Con la finalidad precisamente de definir con mayor detalle la regulación general de las prácticas manipulativas en el mercado de valores, el artículo 12 del Reglamento contra el Abuso del Mercado (Resol. N.º 005-2012 SMV) recoge una lista de prácticas manipulativas abarcadas por la regulación general. Sin embargo, debe hacerse la precisión de que no existe una remisión normativa del tipo penal a la referida reglamentación, por lo que no se trata de una ley penal en blanco que obligue al intérprete penal a seguir los parámetros establecidos en la normativa administrativa¹¹²⁷. No obstante, es evidente que tal reglamentación debe orientar al juez penal en la labor de concreción de los elementos típicos.

La enumeración de prácticas manipulativas realizada por la reglamentación administrativa no es taxativa, sino que recoge solamente aquellas que la experiencia internacional y local ha mostrado como las más usuales en el mercado de valores. Por ello, el juez penal podrá perfectamente incluir otras prácticas manipulativas no previstas de manera expresa en la reglamentación administrativa, así como rechazar aquellas que, por las exigencias concretas del tipo penal, no se adecuen al supuesto de hecho previsto en la ley penal. Las prácticas manipulativas previstas en el artículo 12 del Reglamento contra el Abuso del Mercado (Resol. N.º 005-2012 SMV) son las siguientes:

- *Incrementar, reducir o fijar la cotización de cierre de un valor durante los últimos treinta (30) minutos de la fase de negociación o durante la fase de subasta de cierre en rueda, mediante la instrucción de órdenes de compra o venta de dicho valor de forma individual o conjunta, que lleven al ingreso de propuestas a precios que mejo-*

¹¹²⁶ Destaca esta particularidad de las regulaciones legales de las conductas manipulativas en el mercado de valores, LONDOÑO MARTÍNEZ, *Polít. crim.* Vol. 8, N.º 15 (julio 2013), p. 68.

¹¹²⁷ Le niega el carácter de una ley penal en blanco al delito de manipulación de precios en el mercado de valores, ABANTO QUEVEDO, *Cathedra Lex*, 15 (2011), p. 117. De otro parecer, PEÑA CABRERA FREYRE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 60 (junio de 2014), p. 186.

ran el mercado o a la realización de transacciones (numeral 12.1). A esta práctica manipulativa se le conoce como “*marking the close*” y consiste en la instrucción de órdenes de compra o venta de un valor de forma individual o conjunta que lleven al ingreso de propuestas a precios que mejoran el mercado o a la realización de transacciones que afecten la cotización de cierre de un determinado valor¹¹²⁸. Esta cotización es la que ejerce un mayor impacto sobre la percepción de los inversionistas respecto de la tendencia que sigue el valor, pues la variación diaria en el precio de un determinado valor se calcula sobre la base del precio de cierre. Se proporciona indicios falsos o engañosos en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de instrumentos financieros mediante la venta o compra de dichos instrumentos en el momento de cierre del mercado con el efecto de inducir a error a los inversores que actúan basándose en las cotizaciones de cierre.

- *Incrementar, reducir o mantener el precio, volumen o liquidez de un valor o evitar que la cotización del valor pierda vigencia mediante la realización de transacciones de manera concertada* (numeral 12.2). Con esta práctica manipulativa se quiere destacar la posibilidad de que las transacciones manipulativas se hagan de manera concertada. No obstante, solamente tendrán relevancia penal las prácticas que incrementan o reducen el precio o la liquidez de un valor, pues el tipo penal circunscribe la manipulación a estos resultados. Un ejemplo destacado por la exposición de motivos del Reglamento contra el Abuso del Mercado está referido al valor de las acciones. Según las disposiciones dictadas por el Directorio de la Bolsa de Valores de Lima, la cotización de las acciones se establece cuando el monto negociado supera una UIT y pierde vigencia luego de 20 sesiones de negociación sin que se registre una nueva cotización. En ese contexto, podría ocurrir que, obedeciendo a intereses particulares, algunos accionistas actúen concertadamente a fin de evitar que la cotización de un valor pierda vigencia, transfiriéndose mutuamente los valores mediante compras y ventas cada cierto periodo de tiempo (menor que 20 sesiones de rueda), en las cuales

1128 Vid., LONDOÑO MARTÍNEZ, *Polít. crim.* Vol. 8, N.º 15 (julio 2013), p. 95.

uno interviene como comprador y el otro como vendedor, y viceversa.

- *Incrementar, reducir o mantener el precio, volumen o liquidez de un valor o evitar que la cotización del valor pierda vigencia mediante la realización de transacciones entre dos o más personas que hubiesen ingresado propuestas al mismo precio o aproximadamente al mismo precio, al mismo tiempo o aproximadamente al mismo tiempo y por la misma cantidad o aproximadamente por la misma cantidad (numeral 12.3).* Al igual que la práctica manipulativa anterior, la relevancia penal se circunscribe al incremento o reducción del precio o liquidez de un valor. Esta práctica internacionalmente se conoce como “*matched orders*” y ha sido utilizada, en algunas ocasiones, como medio o instrumento para manipular las condiciones de negociación de ciertos valores en el mercado, por lo que su utilización ha sido prohibida en mercados internacionales como el norteamericano y europeo, en los cuales se encuentra expresamente proscrita¹¹²⁹.
- *Incrementar, reducir o mantener la cotización de un valor o establecer un nuevo precio de referencia para la siguiente sesión mediante la instrucción de órdenes de compra o venta de un valor de forma individual o conjunta, que generen el ingreso de propuestas de compra o venta a precios sucesivamente superiores o inferiores a la última cotización vigente o al precio de la mejor propuesta de compra o venta disponible para dicho valor (numeral 12.4).* También en relación con esta práctica manipulativa, la relevancia penal se circunscribe a las acciones que incrementan o reducen la cotización de un valor. Aquí la manipulación recae sobre la cotización del valor o el precio de referencia para la siguiente sesión por medio del manejo de las órdenes de compra o venta con la finalidad de generar una tendencia artificiosa.
- *Instruir órdenes de compra o venta de un valor de manera individual o conjunta, por una cantidad significativa respecto del que en promedio se negocia con dicho valor, que lleven al ingreso de pro-*

1129 SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934 - Sec 9 (a) (1) (B) / Market Abuse Directive – The Committee of European Securities Regulators – 4.11, c).

puestas que son canceladas en un tiempo lo suficientemente corto para que no sean ejecutadas (numeral 12.5). A esta práctica manipulativa se le conoce como “spoofing” y es considerada como una señal falsa o engañosa empleada para afectar la oferta o demanda de un valor por medio de la instrucción de órdenes que son canceladas antes de ser ejecutadas.

- *Incrementar el precio o reducir la tasa de corte en el marco de una colocación primaria o de oferta pública de venta realizadas a través de una subasta holandesa, mediante la instrucción de órdenes de compra de un valor que generen el ingreso de una o más propuestas de compra, por parte de personas que actúen en concierto con el emisor, con el vendedor de valores o con el colocador, o por parte del colocador directamente* (numeral 12.6). La exposición de motivos del Reglamento contra el Abuso del Mercado señala que, conforme se ha podido apreciar de la experiencia local e internacional en la investigación de las prácticas manipulativas, estas no solo se presentan en el mercado secundario sino también en el mercado primario, en el marco de una colocación de valores, por lo que resultaba indispensable tenerla en cuenta como un ámbito en el que cabe también que se den señales falsas o engañosas. Como elemento relevante en el análisis de este tipo de práctica manipulativa, debe tenerse en consideración la relación que puede existir entre la persona que ingresa las órdenes de compra y el emisor, colocador o vendedor de los valores.
- *Diseminar información falsa o engañosa en el mercado, referida al emisor, al valor, al sector o al mercado en general, a través de los medios de comunicación, incluyendo internet o cualquier otro medio, afectando el precio de dicho valor de forma favorable a su tenencia o a la de las personas con quienes actúe concertadamente, o con el objetivo de efectuar o de que las personas con quienes actúe concertadamente efectúen una transacción con dicho valor* (numeral 12.7). Esta práctica manipulativa está basada en el manejo de información falsa o engañosa. Su relevancia administrativa no alcanza, sin embargo, al ámbito penal, pues, como ya se dijo, el tipo penal recogido en el artículo 251 B del CP se limita a las manipulaciones basadas en transacciones (*trade-based-manipulations*). Por

lo tanto, su relevancia penal no se podrá conseguir por la vía del delito de manipulación de precios en el mercado de valores, sino por delitos generales como la estafa, la falsa información societaria o la falsedad genérica.

- *Elaborar y difundir directa o indirectamente, o difundir al público en general o a un segmento de este, de manera reiterada, opiniones o recomendaciones de inversión afectando el precio de dicho valor de forma favorable a su tenencia o a la de las personas con quienes actúe concertadamente, o con el objetivo de efectuar o de que las personas con quienes actúe concertadamente efectúen una transacción con dicho valor* (numeral 12.8). En la exposición de motivos del Reglamento contra el Abuso del Mercado se destaca la importancia de la sanción de la manipulación de mercado que tiene lugar mediante la emisión reiterada de opiniones o recomendaciones que proporcionen señales falsas o engañosas. Sin embargo, como se dijo anteriormente, el tipo penal limita la señal falsa o engañosa a las que surgen de la realización de transacciones, por lo que la incidencia de esta práctica manipulativa deberá limitarse al ámbito administrativo sancionador.

c. El resultado típico

El tipo penal del delito de manipulación de precios en el mercado de valores requiere que las transacciones que constituyen la señal falsa o engañosa produzcan un determinado resultado: suban o bajen el precio de los valores o instrumentos financieros, o incrementen o reduzcan su liquidez¹¹³⁰. Como puede verse existen cuatro posibles resultados que deben estar vinculados a la conducta típica: que las transacciones suban el precio de los valores o instrumentos financieros, que las transacciones bajen su precio, que las transacciones incrementen su liquidez o que las transacciones reduzcan su

1130 Igualmente, en la regulación penal alemana el delito de manipulación de precios es un delito de resultado, tal como lo señala TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 9, n.m. 353, frente a lo cual la doctrina penal ha resaltado la difícil probanza de que una determinada cotización sea producto de una manipulación. Sobre la necesidad de que el desvalor de la manipulación de precios en el mercado de valores exija como resultado una alteración significativa de los precios, PAREDES CASTAÑÓN, *Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios en los mercados de valores*, publicado en línea: <www.academia.edu>, pp. 19 y ss.

liquidez. El precio está referido al valor de cotización del valor o instrumento financiero, mientras que la liquidez alude a la posibilidad del inversor de transformar los valores en efectivo cuando lo requiera. Esta característica de los valores o instrumentos financieros es muy importante, ya que la liquidez junto con el riesgo y el rendimiento son los tres elementos básicos para tomar una decisión de inversión.

El resultado típico debe estar vinculado causal y normativamente a las transacciones. Es evidente que la variación del precio o la liquidez puede deberse a la conjunción de varios factores, pero si uno de ellos son las transacciones manipulativas, entonces el delito se habrá igualmente configurado¹¹³¹. Por el contrario, si se llega a determinar que el resultado es consecuencia de factores completamente ajenos a la señal falsa o engañosa proporcionada por el autor, entonces el riesgo no se habrá realizado en el resultado y, por lo tanto, lo único que podrá discutirse es una tentativa del delito.

d. El elemento subjetivo

El delito de manipulación de precios en el mercado de valores es un delito doloso. Aunque lo usual es que el autor actúe con dolo directo de primer grado, es perfectamente posible la realización del delito por medio de un dolo eventual¹¹³². Por ejemplo, si el autor conoce que el tipo de transacción que está realizando muy probablemente pueda dar pie a una falsa señal en el mercado de valores. El conocimiento imputado al autor no solamente debe circunscribirse al carácter falso o engañoso de las transacciones realizadas, sino que debe incluir también su idoneidad para variar el precio o la liquidez de los valores o instrumentos financieros. El error en alguno de estos aspectos puede ser tenido como un error de tipo que excluya el dolo¹¹³³.

1131 Vid., al respecto, en el Derecho penal alemán, SCHRÖDER, en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 10. Teil, 2, n.m. 85.

1132 Igualmente en la regulación penal alemana, SCHRÖDER, en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 10. Teil, 2, n.m. 93. De otro parecer, por el contrario, en la regulación nacional, PEÑA CABRERA FREYRE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 60 (junio de 2014), p. 189.

1133 Vid., PAREDES CASTAÑÓN, *Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios en los mercados de valores*, publicado en línea: <www.academia.edu>, p. 39.

El tipo penal exige un elemento subjetivo especial consistente en actuar en beneficio propio o ajeno. Lo que se procura con esta precisión típica no es estrechar el ámbito de aplicación del tipo penal, sino, por el contrario, dejar claramente establecido que la relevancia penal de la conducta manipulativa no se limita a los casos en los que el autor actúa en interés propio. En tal sentido, abarcados por el tipo penal quedarán no solo las conductas egoístas, sino también las altruistas. A diferencia de lo que sostiene un sector de la doctrina penal nacional¹¹³⁴, la exigencia de este elemento subjetivo especial no es incompatible con el castigo de la actuación con dolo eventual, pues no se trata de un aspecto que incida en el conocimiento del hecho, sino en la finalidad procurada por el autor con su accionar.

e. La consumación y la condición objetiva de punibilidad

El delito de manipulación de precio en el mercado de valores se consuma instantáneamente con la producción del resultado típico, esto es, con la subida o bajada del precio de los valores o instrumentos financieros, o con el incremento o reducción de su liquidez¹¹³⁵. Pese a que el delito se consuma conforme al criterio acabado de señalar, el legislador penal ha decidido que el castigo solamente se materialice si es que se da alguna de las siguientes condiciones objetivas de punibilidad: si el monto de las transacciones, el beneficio obtenido, la pérdida evitada o el perjuicio causado superen las trescientas (300) UITs vigentes al momento de la comisión del delito¹¹³⁶. De no presentarse alguna de estas condiciones objetivas, la conducta quedará solamente en el ámbito del Derecho administrativo sancionador. Como se trata de condiciones objetivas de punibilidad, no es necesario que el dolo del autor los abarque¹¹³⁷.

1134 Vid., PEÑA CABRERA FREYRE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 60 (junio de 2014), pp. 188 y ss.

1135 Igualmente, PEÑA CABRERA FREYRE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 60 (junio de 2014), p. 189.

1136 Califica a la exigencia cuantitativa como una condición objetiva de punibilidad, ABANTO QUEVEDO, *Cathedra Lex*, 15 (2011), p. 116. Considera que no se trata de una condición objetiva de punibilidad, sino de un elemento típico de corte normativo, PEÑA CABRERA FREYRE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 60 (junio de 2014), p. 189.

1137 Por el contrario, PEÑA CABRERA FREYRE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 60 (junio de 2014), p. 190, sostiene que el monto exigido debe ser abarcado por el dolo del autor.

En la medida que la conducta típica consiste en dar una señal falsa o engañosa por medio de transacciones, podría pensarse que cada transacción sería, por sí misma, una infracción administrativa que, una vez alcanzado en conjunto el monto exigido como condición objetiva de punibilidad, serían todas tratadas como un solo delito continuado¹¹³⁸. Esta interpretación no es, sin embargo, merecedora de reconocimiento, pues el tipo penal del delito de manipulación de precios en el mercado de valores está configurado como de realización sucesiva, por lo que todas las transacciones realizadas por una sola persona o varias en concierto darán lugar solamente a un único delito, cuando se consiga variar el precio o la liquidez de los valores o instrumentos financieros. Lo único que se exige para la punición es que el volumen involucrado en las transacciones, el beneficio obtenido, la pérdida evitada o el perjuicio causado superen el valor de 300 UITs.

En cuanto a la tentativa, no hay duda que esta tiene lugar si las transacciones realizadas no producen alguno de estos resultados alternativos procurados por el autor por causas ajenas a su voluntad. Lo que resulta discutible es su castigo, pues si el delito exige una condición objetiva de punibilidad, ello solamente tendrá lugar con la producción del resultado típico, es decir, cuando el delito se haya consumado. Esta afirmación es parcialmente cierta, pues es correcta únicamente en relación con la exigencia de un beneficio obtenido, pérdida evitada o perjuicio causado mayor a 300 UITs. Pero en relación con la condición objetiva de punibilidad de que el valor de las transacciones realizadas supere las 300 UITs es perfectamente conciliable con la tentativa. Por lo tanto, el delito podrá castigarse como tentativa si las transacciones que constituyen una señal falsa o engañosa involucren un monto mayor a las 300 UITs y el resultado de variación del precio o de la liquidez no se haya producido por causas ajenas a la voluntad del autor.

f. Intervención delictiva

El delito de manipulación del precio en el mercado de valores es, a todas luces, un delito de dominio, pues sustenta la imputación penal en actos organizativos que afectan o trastocan las reglas de configuración del precio, cotización o liquidez de los valores. Dado que, por lo general, la práctica

1138 Sigue este razonamiento, ABANTO QUEVEDO, *Cathedra Lex*, 15 (2011), p. 116.

manipulativa supone la realización concertada de diversas transacciones, no habrá problema en imputar el delito como coautores a todos los que realizaron las transacciones. La necesidad de un agente de intermediación presenta también ciertas particularidades para determinar el grado de intervención en el delito. Si el agente de intermediación desconoce que la transacción que realiza por cuenta de su comitente es una práctica manipulativa, entonces no será más que un instrumento de este último que deberá responder como autor mediato. Si, por el contrario, el agente de intermediación conoce que la orden dada por su cliente va a llevar a una manipulación de los precios de los valores, entonces deberá responder como autor. Lo discutible es si el comitente debe ser responsabilizado también como autor o solamente como instigador. Lo que corresponde en dicho caso es afirmar una coautoría, uno por aportar la decisión y otro por ejecutarla.

g. Penalidad

El delito de manipulación de precios en el mercado de valores se castiga con una pena privativa de libertad no menor de uno, ni mayor de cinco años. A esta pena se le puede sumar la pena de inhabilitación accesoria si el autor del delito ha cometido el delito en el ejercicio de su profesión, arte u oficio. En caso que el autor del delito haya actuado en el marco de las actividades de una persona jurídica, se podrá imponer a esta una consecuencia accesoria si es que existe la peligrosidad objetiva de comisión de nuevos delitos.

h. Modalidad especial de la manipulación de precios en el mercado de valores por parte de inversionistas institucionales

En el segundo párrafo del artículo 251 B del CP se castiga con la misma pena prevista para el delito de manipulación de precios en el mercado de valores a los directores, gerentes, miembros del comité de inversiones, funcionarios y personas vinculadas al proceso de inversión de un inversionista institucional que, en beneficio propio o ajeno, manipulen el precio de su cartera de valores o instrumentos financieros, o la administrada por otro inversionista institucional, mediante transacciones, suban o bajen el precio, incrementen o reduzcan la liquidez de los valores o instrumentos financieros que integren dicha cartera. No se trata de una figura distinta a la mani-

pulación de precios, sino de una especificación hecha en relación con los inversionistas institucionales.

Lo primero que debe destacarse de la figura delictiva de manipulación de precios en el mercado de valores por parte de inversionistas institucionales es su mala redacción que hace poco comprensible cuáles son sus elementos constitutivos. Una primera lectura parecería llevar a la conclusión de que se abarquen dos modalidades de realización: la manipulación del precio de su cartera de valores o instrumentos financieros y la realización de transacciones que suban o baje su precio o incrementen o reduzcan su liquidez. Esta interpretación no es, sin embargo, viable, pues la primera modalidad castigaría toda forma de manipulación y la segunda una forma específica (la manipulación basada en transacciones o *trade-based-manipulation*). Eso no tendría ninguna lógica. La respuesta a la cuestión de cómo debe interpretarse el delito previsto en el segundo párrafo del artículo 251 B del CP, solamente se puede encontrar si se tiene en cuenta la prohibición administrativa contenida en el artículo 12, literal b) de la LMV, pues no hay duda que el tipo penal se construye sobre dicha prohibición.

Conforme a lo establecido en el artículo 12 literal b) de la LMV, la proscripción de las prácticas manipulativas en el mercado de valores prohíbe que los directores, gerentes, miembros del comité de inversiones, funcionarios y personas vinculadas al proceso de inversión de un inversionista institucional, en beneficio propio o ajeno, manipulen el precio de su cartera de valores o instrumentos financieros, o la administrada por otro inversionista institucional, mediante transacciones, propuestas o transacciones ficticias, haciendo subir o bajar el precio, incrementando o reduciendo la liquidez de los valores o instrumentos financieros que integren dicha cartera. De su tenor literal queda claro que no se trata de dos prohibiciones, sino de una sola, pues se castiga la manipulación de los precios de la cartera de valores o instrumentos financieros de los inversionistas institucionales realizada por medio de transacciones que suban o bajen su precio, o incrementen o reduzcan su liquidez. Por lo tanto, la figura delictiva prevista en el segundo párrafo del artículo 251 B del CP sanciona, al igual que la figura básica del primer párrafo del mismo dispositivo legal, una conducta de manipulación basada en transacciones (*trade-based-manipulation*), con la particularidad de estar referida a valores o instrumentos financieros que forman parte de la cartera de un inversionista institucional.

De lo expuesto, se puede concluir que los elementos constitutivos del delito regulado en el segundo párrafo del artículo 251 B del CP son los mismos que los establecidos para el delito de manipulación de precios en el mercado, por lo que nos remitimos a lo dicho al respecto. La particularidad de la modalidad especial es que el sujeto activo es un inversionista institucional (delito especial) y que el objeto material del delito son los valores e instrumentos financieros que tiene en su cartera o en la de otro inversionista institucional. Hay, sin embargo, un aspecto concreto en el que hay una diferencia muy importante. Se trata concretamente de la condición objetiva de punibilidad que existe en el primer párrafo, pero que no se reproduce en el segundo párrafo del artículo 251 B del CP. Esta particularidad legal lleva a la conclusión clara de que la modalidad especial se castigará con independencia del valor de las transacciones, el beneficio obtenido, la pérdida evitada o el perjuicio causado. No interesará, por lo tanto, a cuánto ascienda su valor, pues el delito se consumará y podrá ser castigado con la producción del resultado de variación del precio o liquidez de los valores o instrumentos financieros.

i. Los concursos

El primer delito con el que se puede asociar la manipulación del precio en el mercado de valores es, sin duda, con el delito de uso de información privilegiada. Pese a que ambos delitos tienen en común un trastocamiento de las reglas que rigen el transparente funcionamiento del mercado de valores¹¹³⁹, su incidencia es claramente distinta. Mientras que con el delito de uso de información privilegiada se obtiene una ventaja patrimonial como consecuencia de realizar una operación conociendo de antemano la evolución de las cotizaciones, con el delito de manipulación de precios en el mercado se fuerzan los factores que inciden en la formación del precio de los valores para lograr producir una situación sin sustento real¹¹⁴⁰. Por lo tanto, lo usual no es una situación concursal, sino que se trata de ámbitos de protección claramente diferenciados.

¹¹³⁹ SEMINARA, *Tiedemann-FS*, p. 1085.

¹¹⁴⁰ En este sentido, PRIETO DEL PINO, *Uso de información privilegiada*, p. 37. Destaca igualmente la distinta lesividad, SEMINARA, *Tiedemann-FS*, pp. 1085, 1099 y ss.

Una situación de concurso se presenta, por el contrario, con el delito de agiotaje societario del artículo 198 del CP. Esta modalidad de administración fraudulenta de persona jurídica sanciona la conducta de promover, por cualquier medio fraudulento, una falsa cotización de acciones o títulos. En relación con el delito de manipulación de mercado de valores, no existe una plena identidad, pues el agiotaje societario es subjetivamente más restrictivo (es un delito especial) y objetivamente es más extensivo (uso de cualquier medio fraudulento y sin ningún límite cuantitativo en cuanto al perjuicio). Sin embargo, si la falsa señal produce un perjuicio en la persona jurídica o terceros interesados que supera las 300 UITs (inversionistas), entonces la situación de concurso es indiscutible. Lo que suscita dudas es el tipo de concurso que tendría lugar, es decir, si es un concurso de leyes o de delitos. Podría decirse que al proteger estos delitos bienes jurídicos distintos, lo que se presenta es un concurso ideal de delitos. Esta conclusión no es, sin embargo, incontrovertible, pues, de alguna manera, el patrimonio del inversionista se encuentra abarcado por la condición objetiva de punibilidad del perjuicio. Por lo tanto, lo que habrá es un concurso de leyes que, por principio de legalidad, deberá limitar la respuesta penal al delito de manipulación de precios en el mercado de valores.

C. El delito de intermediación transaccional fraudulenta

El artículo 243 B del CP sanciona al que, por cuenta propia o ajena, realiza o desempeña actividades propias de los agentes de intermediación, sin contar con la autorización para ello, efectuando transacciones o induciendo a la compra o venta de valores, por medio de cualquier acto, práctica o mecanismo engañoso o fraudulento. Al igual que los delitos contra el mercado de valores anteriormente estudiados, el legislador penal incorporó esta figura delictiva con posterioridad a la aprobación del Código Penal de 1991, lo que tuvo lugar concretamente con la Décima Disposición Transitoria y Final de la Ley N.º 27649 del 23 de enero de 2002 que hizo diversas modificaciones a la Ley del Mercado de Valores. La única diferencia con los otros delitos contra el mercado de valores es que el delito de intermediación transaccional fraudulenta no ha sido incardinado como un delito financiero, sino como un delito contra el orden económico.

Sobre su legitimidad político-criminal no existe mayor discusión debido a la especial necesidad de protección que merece el inversionista en

el mercado de valores¹¹⁴¹. En el plano dogmático, la labor fundamental se centra en identificar cuál es el bien jurídico penalmente protegido. Podría sostenerse que el artículo 243 B del CP apunta a asegurar la idoneidad para desempeñarse como agente de intermediación en el mercado de valores. A este planteamiento podría objetársele, sin embargo, que la relevancia penal no se alcanza con el solo hecho de realizar las actividades propias de un agente de intermediación sin estar autorizado para ello, sino que es necesario que la actividad de intermediación se haga utilizando el engaño o el fraude. A partir de ello, resulta claro que lo que más se ajusta al tenor del tipo penal del delito de intermediación transaccional fraudulenta es sostener que el bien jurídico protegido es la expectativa de los inversionistas particulares sobre la regularidad de la actividad de intermediación¹¹⁴². Esta expectativa no se defrauda con la falta de autorización para intermediar en el mercado de valores, sino cuando tal intermediación es engañosa o fraudulenta.

De *lege ferenda* podría reprochársele al legislador penal haber limitado la sanción penal al que realiza labores de intermediación en el mercado de valores sin estar autorizado. Si la protección penal dice relación con la expectativa de los inversionistas en la regularidad de la labor de intermediación, entonces resulta inexplicable que el tipo penal deje al margen al agente de intermediación autorizado. A ello podría responderse que el agente de intermediación autorizado está sometido a diversos mecanismos de control y está obligado a constituir las correspondientes garantías que, de alguna manera, dan resguardo a los inversionistas, lo que no sucede si el que intermedia no está autorizado. De esta manera, adquiere sentido que el delito de intermediación transaccional fraudulenta se circunscriba a los que carecen de autorización para intermediar en el mercado de valores.

a. Los sujetos del delito

El delito regulado en el artículo 243 B del CP está redactado como un delito común que podría ser cometido por cualquier persona¹¹⁴³. Pese a esta

1141 Así, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, pp. 209 y ss.

1142 Sobre la confianza en que el intermediario en el mercado de valores sea eficiente, honesto y solvente, REGGIARDO DENEGRI, *Thémis* 40, p. 55.

1143 PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 211.

formulación abierta, el hecho es que este delito no puede ser cometido por un agente de intermediación debidamente autorizado, pues, como ya se indicó, condición para poder ser autor del mismo es carecer de la autorización administrativa para desempeñarse como tal¹¹⁴⁴. Si el agente de intermediación autorizado actúa irregularmente en relación con sus comitentes o inversionistas, lo que procederá es sancionarlo administrativamente o incluso a nivel penal si su actuación reúne los elementos constitutivos de un delito contra el patrimonio como podría ser la apropiación indebida o la estafa.

Conforme a la normativa que regula el mercado de valores, un agente de intermediación debe estar organizado como una sociedad anónima. Por lo tanto, lo usual será que el delito se cometa en el marco de las actividades de una entidad societaria que no cuenta con la autorización administrativa legalmente requerida. Dado que, en tal caso, serán varias las personas individuales que intervienen como miembros de la persona jurídica, habrá que individualizar su responsabilidad penal en función del aporte organizativo de cada uno al hecho. Por el contrario, para imputarles responsabilidad penal no será necesario acudir al artículo 27 del CP, pues estamos ante un delito común que no presenta ningún problema de legalidad para sancionar a los responsables¹¹⁴⁵.

El sujeto pasivo del delito lo serán los inversionistas particulares que lleven a cabo sus operaciones en el mercado de valores con la intermediación de una persona que no está autorizada para hacerlo¹¹⁴⁶. Sobre estos inversionistas recae definitivamente la conducta delictiva, en la medida que efectúan transacciones o deciden comprar o vender valores por intermedio o consejo de una persona no autorizada para intermediar que los engaña o defrauda. Es cierto que el tipo penal no exige que se produzca un perjuicio en los inversionistas particulares, pero eso no excluye la idoneidad de la acción típica para perjudicarlos, por lo que deben ser considerados, desde esa perspectiva, como los sujetos pasivos del delito.

1144 Igualmente, PEÑA CABRERA FREYRE, *loc. cit.* p. 211.

1145 De otro parecer, *Ibidem*, p. 212.

1146 Quien si bien parte de que es el Estado el sujeto pasivo, reconoce que al final se trata de los inversionistas engañados, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 214.

De lo anterior surge como un supuesto discutible, si el delito tendrá lugar aun cuando el inversionista por quien el intermediario no autorizado hace la transacción o al que induce a comprar o vender un valor, sepa que este último carece de la autorización para actuar como tal. Un sector de la doctrina penal sostiene que el delito se habrá igualmente cometido e incluso considera que el inversionista será cómplice del delito¹¹⁴⁷. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la protección penal no gira en torno a la exigencia de una autorización para intermediar en el mercado de valores, sino en la falta de resguardo que un inversionista particular tiene cuando hace sus operaciones por medio de una persona no autorizada. Bajo estas consideraciones, el conocimiento cierto de que se está recurriendo a una persona que no ha pasado por el filtro de idoneidad de la SMV, hará que la competencia por el engaño o el fraude recaiga sobre el propio inversionista y se proceda a imponerle al autor solamente una sanción administrativa por intermediar sin autorización. Siguiendo esta misma lógica, al margen de la protección de este tipo penal deberán quedar los inversionistas institucionales que cuentan con mayores capacidades de evaluación.

b. La conducta típica

La conducta típica supone primeramente que el autor del delito no cuente con la autorización para desempeñarse como agente de intermediación en el mercado de valores, en contra de la exigencia establecida por el artículo 168 de la LMV de contar con una autorización de organización y de funcionamiento expedida por SMV¹¹⁴⁸. En esa situación de déficit, el autor debe realizar o desempeñar por cuenta propia o ajena actividades que corresponden a un agente de intermediación en el mercado de valores. La actividad de intermediación por cuenta propia es la que lleva a cabo por medio de adquisiciones de valores que se efectúan de manera habitual con el fin de colocarlos ulteriormente en el público y percibir un diferencial en el precio (*underwriting*)¹¹⁴⁹. La intermediación por cuenta ajena consiste en la realización habitual de operaciones de compra, venta, colocación, distribución, corretaje, comisión o negociación de valores con base en la orden

1147 Así, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 217.

1148 Así, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 216.

1149 Vid., al respecto, REGGIARDO DENEGRI, *Thémis* 40, p. 52.

de un inversionista¹¹⁵⁰. En el desarrollo de cualquiera de estas formas de intermediación es posible la comisión del delito contra el mercado de valores aquí analizado.

Pese a que la conducta típica parte de la realización de actividades de intermediación en el mercado de valores por cuenta propia o ajena, el tipo penal hace luego la precisión de que esas actividades deben consistir en transacciones con valores o en una inducción a la compra o a la venta de valores. De ello se desprende que el tipo penal no abarcará otro tipo de actividad propia de los agentes de intermediación. Pero lo que termina por definir la conducta penalmente relevante es que ella debe realizarse por medio de un acto, práctica o mecanismo engañoso o fraudulento. Este engaño o fraude debe ser entendido como el aprovechamiento de la inexperiencia del inversionista particular para llevarlo a realizar operaciones con valores que no se ajusten a sus intereses¹¹⁵¹. El medio es engañoso cuando genera en el inversionista una falsa representación de la realidad, mientras que será fraudulento cuando se abusa de la confianza o de las facultades otorgadas.

c. El elemento subjetivo

El delito de intermediación transaccional fraudulenta se castiga solamente en su modalidad dolosa, conforme a la regla general del artículo 12 del CP. El claro sentido delictivo que tiene la conducta típica deja poco espacio para un delito realizado con dolo eventual. El dolo se podrá afirmar con la imputación del conocimiento al autor de que no cuenta con una autorización para intermediar en el mercado de valores y que realiza transacciones o induce a realizarlas por medio de engaño o fraude. Situaciones de error de tipo son posibles, si es que no se le puede imputar el conocimiento de alguno de los aspectos antes indicados, como, por ejemplo, si el autor cree contar con una autorización que realmente no tiene¹¹⁵².

1150 Vid., usando como referencia el artículo 6 de la LMV, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 209; REGGIARDO DENEGRI, *Thémis* 40, p. 52.

1151 Destaca precisamente la intervención de los intermediarios por la necesidad de ese mayor conocimiento sobre el mercado de valores e incluso la garantía de la calidad de los valores que, con base en una relación fiduciaria, el intermediario ofrece a su cliente, REGGIARDO DENEGRI, *Thémis* 40, p. 53.

1152 Igualmente, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 221.

d. Consumación y condición objetiva de punibilidad

El delito se consuma instantáneamente con la realización de las transacciones por el autor o por los actos de compra o venta de valores por parte de los inversionistas¹¹⁵³. El tipo penal no exige la producción de resultado alguno¹¹⁵⁴. Sin embargo, la estructura compleja de los verbos típicos permite una realización imperfecta, por lo que sería posible hablar de una tentativa si, por ejemplo, la transacción no se llega a perfeccionar por causas ajenas a la voluntad del autor. Si bien la tentativa es dogmáticamente posible, su castigo no es conciliable con el texto de la ley, en la medida que la imposición de la pena por el delito de intermediación transaccional fraudulenta exige una condición objetiva de punibilidad: Que los valores involucrados en tales actuaciones tengan en conjunto un valor de mercado superior a cuatro (4) UITs. Por lo tanto, la sanción penal solamente podrá imponerse con la consumación del delito y siempre que las transacciones o las operaciones de compra o venta inducidas estén referidos a valores que, en conjunto, superen las 4 UITs¹¹⁵⁵.

e. Penalidad

La pena prevista para el autor del delito de intermediación transaccional fraudulenta es una pena privativa de libertad no menor de uno (1) ni mayor de cinco (5) años. Otras consecuencias jurídicas pueden ser también adoptadas por el juez penal, en especial, el decomiso de las ganancias ilícitas y las medidas aplicables a la persona jurídica si el agente de intermediación organiza su actuación en el marco de una sociedad anónima para dar una apariencia de formalidad sobre su actividad (artículo 167 de la LMV).

f. Concursos

Especial atención merece la posible relación concursal entre el delito de intermediación transaccional fraudulenta y el delito de instituciones finan-

1153 Similarmente, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 220, exige un acto concreto de operación bursátil.

1154 Vid., PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 220.

1155 Para lo cual PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 219, considera necesario practicar una pericia valorativa.

cieras ilegales del artículo 246 del CP. Esto, sobre todo, porque el artículo 171 de la LMV contiene una cláusula de remisión inversa el cual establece que la realización de actividades de intermediación sin estar debidamente autorizado configura el delito de instituciones financieras ilegales¹¹⁵⁶. Lo primero que debe quedar claro es que una cláusula de remisión inversa no implica una forma de ampliar el alcance de los tipos penales, por lo que solamente si la conducta remitida reúne los elementos del tipo penal correspondiente, entonces será posible su castigo. En el presente caso, la sola realización de actividades de intermediación no autorizada no configura el tipo penal del artículo 246 del CP, sino que resulta necesario que exista una captación habitual de fondos del público. Si esta captación sucede y se utiliza el engaño o el fraude para hacer transacciones o inducir a la compra o venta de acciones, entonces el concurso es innegable. Lo que queda por resolver es el tipo de concurso que ocurrirá en tal caso. Mientras que el tipo penal del artículo 243 B del CP protege al inversionista frente al engaño o fraude en la realización de operaciones en el mercado de valores, el tipo penal del artículo 246 del CP apunta a proteger a los distintos inversionistas por la entrega de dinero sin que medie algún tipo de engaño. Se trata, por lo tanto, de dos injustos distintos, por lo que se tratará de un concurso ideal de delitos que debe resolverse con base en lo dispuesto en el artículo 48 del CP.

D. El delito de falsa información suministrada por sociedades emisoras de valores (artículo 245 A del CP)

Mediante la Ley N.º 30050, Ley de Promoción del Mercado de Valores, se adicionó el artículo 245 A al Código Penal como un delito financiero, dirigido a sancionar los actos de suministro de información falsa en el mercado de valores. Se castiga específicamente al administrador de una sociedad emisora de valores que, estando legalmente obligado a presentar o revelar información de carácter económico-financiera, contable o societaria sobre la sociedad, los valores que emitida o la oferta de los mismos; cumple con hacerlo, pero dando datos falsos. Esta conducta se agrava si es que, como consecuencia de la conducta falsaria, se produce un perjuicio económico a algún inversionista o adquirente de los valores o instrumentos financieros.

¹¹⁵⁶ Vid., REGGIARDO DENEGRÍ, *Thémis* 40, p. 54.

El delito de falsa información suministrada por sociedades emisoras de valores parte de la obligación impuesta a los emitentes de valores de suministrar cierta información requerida para la transparencia del mercado de valores. Bajo esta lógica, puede decirse que el bien jurídico protegido por el delito tipificado en el artículo 245 A del CP es la expectativa normativa de conducta de que los administradores de las sociedades emisoras de valores cumplirán, conforme a lo exigido por la normativa del mercado de valores, con proporcionar de manera fidedigna la información relevante para la toma de decisiones sobre los valores emitidos por dichas sociedades.

a. Los sujetos del delito

Autor del delito de falsa información suministrada por sociedades emisoras de valores no puede ser cualquier persona. Dado que el tipo penal está referido al incumplimiento de una obligación específica de los emisores de valores que están inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores, únicamente estos deberían poder realizarlo. Sin embargo, el mandato de la norma jurídico-penal no se puede dirigir directamente al emisor de valores, pues conforme a la regulación actual solamente una persona jurídica de derecho privado o público puede emitir valores en el mercado de valores (artículos 3 y 7 literal g de la LMV). Ante esta situación, el tipo penal se dirige directamente al administrador de la sociedad emisora con valores inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores. El delito de falsa información suministrada por sociedades emisoras de valores se configura, por lo tanto, como un delito especial que solamente puede ser cometido por el administrador de una sociedad que ha emitido valores que se encuentran inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores.

En cuanto al miembro específico de la sociedad emisora que puede ser autor del delito, el tipo penal utiliza una fórmula bastante abierta, pues solamente requiere que el agente ejerza funciones de administración. No precisa específicamente qué funciones de administración y tampoco un nombramiento como tal, sino simplemente el hecho fáctico del ejercicio de una función de administración. Sin embargo, una interpretación acorde con la base de la imputación que subyace al tipo penal, obliga a hacer una restricción teleológica. En efecto, el autor no puede ser cualquiera que ejerza funciones de administración en la sociedad emisora de valores, sino solamente aquel

que cuenta con la función específica de comunicar en nombre de la sociedad emisora la información relevante legalmente requerida.

El sujeto pasivo del delito son los potenciales adquirientes de los valores emitidos por la sociedad de que se trate, en la medida que no contarán con información fidedigna sobre la sociedad, los valores que emite o la oferta de dichos valores. Si bien el tipo penal no exige el perjuicio a algún inversionista, eso no puede soslayar que el injusto penal está dirigido a darles una base de información inadecuada para la toma de decisiones sobre la adquisición o negociación de los valores correspondientes. Lo anterior se hace mucho más visible si se tiene en cuenta la agravación prevista en el segundo párrafo del artículo 245 A del CP, en la medida que el fundamento del incremento de la pena está en el perjuicio efectivo producido sobre el inversionista o adquirente de los valores.

b. La conducta típica

La conducta típica consiste en proporcionar o consignar información o documentación falsas de carácter económico-financiera, contable o societaria referidas al emisor, a los valores que emita o a la oferta que haga de estos. Se trata de un tipo penal mixto que admite dos modos de ejecución, cada uno capaz de realizar por sí mismo el tipo penal. La acción de proporcionar supone la entrega de la información o documentación a alguien en concreto, mientras que la acción de consignar está referida al deber de registrarla en algún lugar. Lo común en ambos casos es que la información o documentación deben ser falsos, lo que significa que su contenido no se ajusta a la verdad. Lo que no se castiga penalmente es la omisión de entrega o registro de información o documentación legalmente requerida. El tipo penal se pone únicamente en el caso de suministro o puesta en conocimiento de la información o documentación.

El tipo penal hace la precisión de que debe tratarse de una información o documentación que el emisor se encuentre obligado a presentar o revelar conforme a la normatividad del mercado de valores. En consecuencia, el tipo penal asume la configuración de una ley penal en blanco, pues solamente podrán adquirir relevancia penal con base en el artículo 245 A del CP los casos en los que exista un deber legal que le imponga al emisor poner en conocimiento cierta información o documentación sobre sí mismo, sus

valores o la oferta que haga de estos. Esta remisión normativa se hace, de manera general, a la normatividad del mercado de valores, por lo que podrá estar referida a la ley general, a su reglamento o a reglamentaciones específicas. Sin embargo, del tipo penal se desprende con total claridad que se trata de obligaciones legales o reglamentarias posteriores al registro del valor en el Registro Público del Mercado de Valores, por lo que las falsedades al registrar el valor deberán reconducirse a otro tipo penal como podría ser la falsa declaración en procedimiento administrativo.

Dentro de las normas que concretan la obligación de informar, cabe mencionar especialmente al artículo 28 de la LMV, en donde se establece que el registro de un determinado valor o programa de emisión acarrea para su emisor la obligación de informar verazmente a la SMV y, en su caso, a la bolsa respectiva o entidad responsable de la conducción del mecanismo centralizado, los hechos de importancia, incluyendo las negociaciones en curso, sobre sí mismo, el valor y la oferta que de este se haga. A lo anterior debe agregarse lo regulado en el artículo 29 LMV, en el que se dispone la entrega oportuna a la SMV y, en su caso, a la bolsa respectiva o entidad responsable de la conducción del mecanismo centralizado, de la información que una u otra le requieran y, necesariamente, sus estados, indicadores financieros y su memoria anual.

c. El elemento subjetivo

En el plano subjetivo, el tipo penal solamente puede ser realizado a título de dolo. Del elemento típico “deliberadamente”, se infiere que el dolo no puede presentarse en cualquiera de sus formas, sino que debe tener un elemento volitivo. Eso supone que el hecho penalmente relevante solo podrá realizarse con dolo directo, quedando al margen la actuación que tenga lugar con dolo eventual. Un error de tipo es perfectamente posible si recae sobre algunos de los elementos objetivos del tipo penal. Así, por ejemplo, si el autor desconoce la existencia del hecho que debe ser informado. Mucho más difícil de aceptar es el desconocimiento del emisor sobre su obligación de informar, pues forma parte de los conocimientos mínimos de todo emisor que debe poner en conocimiento del mercado de valores cualquier información relevante.

Al elemento subjetivo general del dolo, debe sumarse un elemento subjetivo especial consistente en la finalidad del autor de obtener un beneficio o evitar un perjuicio propio o de un tercero. Se trata claramente de un delito cortado en dos actos con un elemento subjetivo de tendencia trascendente, pues se castiga solamente la realización objetiva de la conducta típica de informar falsamente, dejando en el plano subjetivo de la finalidad del autor la obtención de un beneficio o la evitación de un perjuicio propio o ajeno. Esto último le permite al tipo penal englobar no solo las actuaciones egoístas, sino también las altruistas. La exigencia típica de una finalidad específica no es incompatible con la existencia de otra intención prioritaria en el autor (por ejemplo, no perder su empleo por la mala administración de la sociedad emisora), pues también en dicho caso el autor apunta, aunque no exclusivamente, a ocultar al mercado una información relevante.

d. La consumación

El delito previsto en el artículo 245 A del CP se consuma instantáneamente con la conducta de proporcionar o consignar la información o documentación falsas. Lo primero tiene lugar con la entrega, lo segundo con el registro. Dado que esas conductas son de realización compleja, es posible una ejecución parcial que pueda dar pie a una tentativa inacabada. Del mismo modo, la no prosecución de la conducta típica que voluntariamente hace el autor, debe ser tratada como un desistimiento que excluye la pena.

e. Penalidad y agravación

La penalidad prevista por la realización del delito de falsa información suministrada por sociedades emisoras de valores es una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años y una pena de multa con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Además de la pena, podrá imponerse una consecuencia accesoria a la sociedad emisora si existe la peligrosidad objetiva de la comisión de nuevos delitos. Si como consecuencia de la conducta típica se produce un perjuicio económico para algún inversionista o adquirente de los valores o instrumentos financieros, la pena se agravará a pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y a pena de multa de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Para la imposición de la pena agravada es necesario que el resultado cualificante pueda serle imputado objetiva y subjetivamente al autor. En el plano objetivo es necesario establecer que el perjuicio es consecuencia de una decisión tomada por el inversionista o adquirente de valores con la información o documentación falsas entregadas o consignadas por el autor del delito. Si la decisión encuentra explicación en otros datos, entonces el perjuicio no se podrá reconducir objetivamente a la conducta típica. Por otro lado, el autor debe saber que la información o documentación falsas que suministra o registra tienen la aptitud lesiva concreta de llevar a los inversionistas a decisiones perjudiciales en relación con la adquisición o negociación de los valores o instrumentos financieros emitidos por la sociedad emisora.

IV. La concurrencia de sanciones

A nivel administrativo, la SMV cuenta con la facultad de sancionar administrativamente las conductas que van contra las prohibiciones y mandatos establecidos por la regulación del mercado de valores. El artículo 342 de la LMV establece efectivamente que son sujetos pasibles de sanción por la SMV las personas comprendidas en el ámbito de aplicación de dicha ley que incurran en infracciones a sus disposiciones y a las de carácter general que dicho ente supervisor dicte. Si la infracción a la normativa sobre el mercado de valores no tiene relevancia penal, entonces lo único que habrá es un procedimiento administrativo en el que se impondrá la sanción administrativa que corresponda. Si la infracción administrativa configura también un hecho penalmente relevante, entonces se producirá una concurrencia de sanciones que debe ser resuelta con la vista puesta en el principio del *non bis in idem*.

El artículo 347 de la LMV establece que las sanciones administrativas que el órgano de control imponga, son independientes de la responsabilidad de naturaleza civil o penal que se derive de las infracciones de la presente ley y sus normas reglamentarias. Este dispositivo legal podría dar pie a entender que es posible acumular la sanción penal y la sanción administrativa. Sin embargo, una lectura conforme a la Constitución y concretamente al artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal debe llevar a

una interpretación distinta¹¹⁵⁷. En efecto, si se presenta la triple identidad (sujeto, hecho y fundamento), entonces solamente se podrá imponer la sanción penal por ser la normativamente más severa. Si esa triple identidad no se presenta, entonces no hay problema para imponer ambas sanciones. Por lo tanto, lo primero que debe hacerse es determinar si existe una situación de *bis in idem* o no.

La identidad de fundamento (o, para ser más exactos, de efectos) es clara en el presente caso, pues la imposición de la sanción penal despliega empíricamente los efectos que legitima la sanción administrativa sobre los administrados¹¹⁵⁸. Lo que puede no darse es, más bien, la identidad de hecho o de sujeto. Si la infracción administrativa está referida a un hecho distinto, aunque relacionado con el hecho penalmente relevante, no habrá identidad de hecho, por lo que sanción administrativa y pena podrán perfectamente concurrir. Lo mismo cabe señalar respecto de la identidad de sujeto, por ejemplo, si la sanción administrativa se le impone a la persona jurídica y la persecución penal se dirige a los administradores individuales. En tal caso, también es posible que las sanciones concurren, pero bajo la condición de que la base fáctica sea la misma, por lo que el procedimiento administrativo debe suspenderse hasta que en el proceso penal se defina el hecho sobre el cual se hará la valoración jurídica correspondiente.

Lo anterior supone tener claridad sobre la incidencia administrativa y penal del hecho concreto. A este respecto debe reconocerse que la normativa correspondiente no define un criterio general de delimitación entre la infracción administrativa y el delito¹¹⁵⁹. En algunos delitos contra el mercado de valores sí lo ha hecho, estableciendo un criterio cuantitativo de distinción, como es el caso del delito de manipulación de precios en el mercado (300 UITs) y el delito de intermediación transaccional fraudulenta (4 UITs). En el resto de delitos, sin embargo, existe una carencia de referentes legales, por lo que la doctrina tendrá que asumir el trabajo de encontrar cuál es ese criterio.

1157 Igualmente, REAÑO PESCHIERA, *Derecho penal bursátil*, pp. 115 y ss.

1158 Aunque de otro parecer es PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, pp. 219 y ss., en el caso del delito de manipulación de precios en el mercado de valores.

1159 En este sentido, en relación con el uso de información privilegiada, RUIZ RODRÍGUEZ, en *Actas del II Seminario Internacional de Derecho Penal Económico*, Ruiz Rodríguez (ed.), p. 116.

En el caso del delito de uso de información privilegiada, un sector de la doctrina penal nacional afirma que la incidencia penal se debe circunscribir a los iniciados primarios o secundarios, mientras que la incidencia administrativa alcanza a cualquiera que use la información privilegiada que tenga a su disposición¹¹⁶⁰. Este criterio no parece conveniente, pues supone que el bien jurídico penalmente protegido está relacionado con la especial posición del autor, lo que no es el caso, pues de lo que se trata, como ya se indicó en su momento, es de mantener ciertas condiciones esenciales del mercado de valores, las que pueden ser lesionadas por cualquier persona. Por lo tanto, la delimitación debe encontrar otros criterios.

Al respecto debe tenerse presente, en primer lugar, que la normativa administrativa no se circunscribe al uso de la información privilegiada, sino que sanciona también su comunicación a terceros o la recomendación que, con base en ella, se hace a otros para la realización de operaciones en el mercado de valores. En segundo lugar, la infracción administrativa se produce con el simple uso de la información privilegiada, tal como lo dispone el artículo 6.2. de la Resolución 005-2012-SMV, en donde se señala claramente que las sanciones por la infracción de las prohibiciones previstas en el artículo 43 de la LMV se aplican al infractor con independencia de que haya obtenido una ganancia o evitado una pérdida. Finalmente, debe tenerse también en cuenta que el delito de uso de información privilegiada se castiga únicamente a título dolo, por lo que al margen de lo penalmente relevante quedarán las actuaciones culposas o negligentes.

Lo mismo es posible deducir del delito de falsa información suministrada por sociedades emisoras de valores. El artículo 10 de la LMV establece la obligación administrativa de que toda información que, por disposición de esta ley deba ser presentada a la SMV, a la bolsa, a las entidades responsables de los mecanismos centralizados o a los inversionistas, sea veraz, suficiente y oportuna. El tipo penal no abarca todas las exigencias legales que la normativa del mercado de valores impone al deber de información, sino que se limita al deber de veracidad. Por lo tanto, la falta de entrega oportuna o suficiente de la información no entrará en el ámbito de incidencia de la normativa penal. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que, por razones de

1160 Así, REAÑO PESCHIERA, *Derecho penal bursátil*, pp. 119 y ss.

lesividad, no toda falta de veracidad es penalmente relevante, sino solamente aquella que sea idónea para motivar decisiones perjudiciales en los inversionistas. Como filtro de relevancia penal debe también ser considerado el dolo del autor, pues su actuación culposa no alcanza el desvalor suficiente para ameritar una respuesta punitiva.

V. Los informes técnicos

En los últimos párrafos de los artículos 245 A, 251 A y 251 B del CP, se establece que previamente a la formalización de la denuncia respectiva, el Ministerio Público deberá requerir un informe técnico a la SMV que será emitido dentro del plazo de quince días de solicitado, vencido el cual resolverá¹¹⁶¹. Lo primero que debe ponerse de manifiesto es que esta exigencia procesal no se hace en relación con todos los delitos contra el mercado de valores, pues el artículo 243 B del CP, que regula el delito de intermediación transaccional fraudulenta, no establece esta exigencia. Por lo tanto, la obligación de requerir un informe técnico a la SMV se limitará a los delitos de uso de información privilegiada, manipulación de precios y obstaculización de labores de supervisión. No se entiende el sentido de tal restricción.

La exigencia de un informe técnico de la SMV responde fundamentalmente a dos razones. En primer lugar, los delitos contra el mercado de valores contienen elementos típicos que se encuentran definidos o fuertemente condicionados por la regulación primaria del mercado de valores, por lo que el fiscal necesita conocer, por medio del informe técnico, la normativa administrativa relevante para el análisis de su caso penal. En segundo lugar, no debe olvidarse que estos delitos se presentan en un mercado con una estructura compleja y parámetros técnicos que no le son familiares al titular de la acción penal, por lo que necesita ineludiblemente del apoyo esclarecedor del órgano técnico en la regulación del mercado de valores¹¹⁶². Estos aspectos son los que han llevado al legislador penal a exigir legalmente que, previa a

1161 Vid., PEÑA CABRERA FREYRE, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 60 (junio de 2014), p. 190.

1162 En el caso del *insider trading* el informe técnico puede resolver el tema técnico de la idoneidad de la información para variar la cotización de los valores negociados. Sobre la necesidad de acudir a una prueba pericial para determinar este aspecto, SCHRÖDER, en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 10. Teil, 2, n.m. 155.

la formalización del proceso penal, el fiscal solicite a la SMV la evacuación de un informe técnico.

Un aspecto particular de la regulación del informe técnico en los delitos contra el mercado de valores es que, de su tenor literal, se desprende que el fiscal resolverá luego de cumplido el plazo de 15 días que se le otorga a la SMV para evacuar el informe técnico. Esto supone que dicha decisión se debe tomar con independencia de que la SMV haya cumplido con elaborar y entregar al Ministerio Público el informe técnico. Bajo estas circunstancias, la solicitud del informe técnico no se presentará como una condición de procedibilidad de la acción penal, sino como un mecanismo de auxilio a la labor fiscal¹¹⁶³. Su incumplimiento, por lo tanto, no impedirá que el fiscal decida lo pertinente, más allá de la responsabilidad administrativa que les corresponderá a los funcionarios de la SMV por no cumplir con entregar el informe técnico requerido.

1163 Vid., ABANTO QUEVEDO, *Cathedra Lex*, 15 (2011), p. 117.

Capítulo IV

EL DELITO DE EXPLOTACIÓN ILEGAL DE JUEGOS DE CASINO Y MÁQUINAS TRAGAMONEDAS

I. Introducción

El juego y la apuesta es una actividad lúdica que, en nuestro país, no se encuentra prohibida. Esta situación no significa, sin embargo, que pueda ser llevada a cabo libremente, sino que muchas veces es necesaria la obtención de autorizaciones previas y el cumplimiento de con ciertas exigencias legalmente establecidas. La necesidad de esta ordenación se hace más patente en aquellos ámbitos específicos del juego y de la apuesta, en los que puede tener lugar una actividad de explotación económica, pues el afán de lucro puede llevar a excesos o abusos en perjuicio de los jugadores o apostadores. Este es el caso precisamente de los juegos de casino y las máquinas tragamonedas, lo que ha motivado no solo la aprobación de una reglamentación específica, sino también que se haya establecido un organismo estatal que se encargue de monitorear el desarrollo de esta actividad para excluir las situaciones de riesgo.

La regulación de la actividad del juego por medio de casinos se llevó a cabo inicialmente por el Decreto Ley N.º 22515 del 1 de mayo de 1979. Esta regulación estableció diversas condiciones para el desarrollo de la actividad de explotación de casinos de juego, siendo la más importante la necesidad de contar con una concesión de explotación otorgada por el entonces Ministerio de Industria, Comercio, Turismo e Integración. En el año 1992, esta regulación fue sustituida por el Decreto Ley N.º 25836 con la finalidad de reglamentar de manera más detallada la actividad de explotación de los casinos de juego. Se eliminó la idea de la concesión de explotación y reguló esta actividad como una actividad sujeta a autorización administrativa.

Al entonces Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales se le encargó la función de autorizar, normar y controlar su funcionamiento como parte integrante de la planta turística del país, creándose a tales efectos la llamada Comisión Nacional de Casinos de Juego. Uno de los aspectos más destacados de esta nueva regulación fue el refuerzo penal que se le dio al control de la actividad de los casinos de juego con la aprobación del artículo 243 A del CP, dirigido a sancionar a los que organizaran o condujeran casinos de juego sujetos a autorización sin haber cumplido con los requisitos legales y reglamentarios establecidos¹¹⁶⁴.

Por Ley N.º 27153 del 8 julio de 1999, se volvió a sustituir la regulación de la actividad de los casinos de juego, quedando derogado el Decreto Ley N.º 25836. Esta nueva normativa es la que rige actualmente y cuenta con una regulación más profusa. Parte de la idea de que la actividad y explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas se permite de manera excepcional como parte de la actividad turística y que lo regulado no es el establecimiento (casino), sino la actividad de explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas. Establece además que la regulación de esta actividad tiene como objetivos centrales los siguientes: garantizar que los juegos de casino y máquinas tragamonedas sean conducidos con honestidad, transparencia y trato igualitario; establecer medidas de protección para los grupos vulnerables de la población; y evitar que la explotación de los juegos de casino y de máquinas tragamonedas sea empleada para propósitos ilícitos. Hace también una regulación de las condiciones que debe reunir el establecimiento en el que se desarrollará la actividad de explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas, el ingreso de personas, los juegos autorizados, las características técnicas de las máquinas tragamonedas, la autorización, garantías e inicio de operaciones, entre otros aspectos más. A la Dirección Nacional de Turismo le corresponde las facultades administrativas de autorización, fiscalización, supervisión, evaluación y sanción vinculadas a la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas.

En el plano penal tuvo lugar una situación que llevó a confusión al legislador. La derogación del Decreto Ley N.º 25836 por la Ley N.º 27153 fue entendida, de manera incorrecta, como una derogación también del artículo

¹¹⁶⁴ Vid., PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 182.

243 A del CP que la primera de estas regulaciones legales había incorporado al Código Penal¹¹⁶⁵. Pero el que la Ley N.º 27153 haya dispuesto en su Tercera Disposición Final la derogación del Decreto Ley N.º 25836 no suponía, en lo absoluto, que también quedara abolido el delito de funcionamiento ilegal de casinos de juego. La derogación de una ley no resucita las leyes que esta, a su vez, derogó, ni se derogan las modificaciones que dispuso en otras leyes¹¹⁶⁶. Este error de comprensión sobre la derogación de las leyes llevó a que, por Ley N.º 28842 del 26 de julio de 2006, se incorporara otro delito de funcionamiento ilegal de juegos de casino como artículo 243 C del CP que, en lo esencial, sancionaba lo mismo que el artículo 243 A del CP. Esta situación ha producido una situación de normas penales superpuestas que, definitivamente, no pueden convivir¹¹⁶⁷. A nuestro entender, la manera como debe resolverse esta situación es sosteniendo que ha operado una derogación tácita del artículo 243 A del CP por la Ley N.º 28842, al tener el mismo objeto de regulación. En efecto, la norma posterior abarca completamente el objeto de regulación de la anterior, lo que debe llevar a su derogación tácita.

II. La regulación de la explotación de los juegos de casino y las máquinas tragamonedas

La actividad de explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas se encuentra regulada actualmente por la Ley N.º 27153, regla-

1165 Conforme al diario de debates 19 A Sesión del 5 de julio de 2006, al discutirse el proyecto de ley que introducía el artículo 243 C del CP, el congresista Chamorro Balvín hizo la atinencia de que la conducta de funcionamiento ilegal de juegos de casino se iba a regular dos veces, pues el artículo 243 A del CP también lo hacía, por lo que propuso que simplemente se adicione la conducta de funcionamiento ilegal de máquinas tragamonedas al artículo 243 A del CP. Ante esta alegación, el congresista Mulder Bedoya objetó que ello sea así, pues el artículo 243 A del CP había quedado derogado por la Ley N.º 27153 que derogó el Decreto Ley N.º 25836 que había introducido, a su vez, el artículo 243 A en el Código Penal. Así, también en la doctrina penal BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código Penal Anotado*, p. 403, sostienen la derogación del artículo 243 A del CP en virtud de la Ley N.º 27153.

1166 Igualmente, Consulta: Diferencias entre los delitos de “funcionamiento” ilegal y “explotación” ilegal de juegos de casino y máquinas tragamonedas, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 13 (julio de 2010), pp. 209 y ss.

1167 Aunque se ha sostenido la posibilidad de distinguirlas, pero sin ofrecer un criterio que permita establecer un objeto de regulación distinto. Vid., Consulta: Diferencias entre los delitos de “funcionamiento” ilegal y “explotación” ilegal de juegos de casino y máquinas tragamonedas, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 13 (julio de 2010), pp. 209 y ss.

mentada por el D.S. N.º 009-2002-MINCETUR. Para llevarla a cabo es necesario contar con una autorización expresa, la que debe ser emitida por la autoridad competente de conformidad con la referida normativa. Esta autorización faculta a su titular a realizar la actividad de explotación de juegos de casino o máquinas tragamonedas o a explotar un determinado número de mesas de casino o máquinas tragamonedas, según las modalidades o programas de juego. Para obtener la autorización de explotación, debe presentarse una solicitud ante la autoridad competente, adjuntando lo siguiente:

- Testimonio de la Escritura Pública de Constitución Social del solicitante;
- Copia del documento donde consten las facultades del representante legal del solicitante y la vigencia del mismo;
- Copia de la ficha registral de los Registros Públicos donde se encuentre inscrita la Sociedad;
- Listado de los socios y directores del solicitante de la autorización, así como de todas las personas naturales o jurídicas que participen indirectamente mediante una persona jurídica en el capital social del solicitante. Cuando el solicitante o cualquiera de las personas jurídicas indicadas, tenga la naturaleza de una sociedad anónima abierta, solo se exigirá la relación de aquellos accionistas cuya participación en el capital de dicha sociedad sea igual o mayor al 2% (dos por ciento);
- Declaración Jurada de cada uno de los socios, directores, gerentes, apoderados, personas con funciones ejecutivas o con facultades de decisión del solicitante de la autorización, de no encontrarse incurso en los impedimentos legales;
- Relación suscrita por el solicitante de la autorización, señalando el cargo y funciones inherentes a cada uno de los directores, gerentes apoderados, personas con funciones ejecutivas o con facultades de decisión y personal vinculado directamente a la explotación, debiendo comunicar cualquier variación que se produzca;
- Declaración Jurada señalando que la ubicación del establecimiento se encuentra conforme a lo dispuesto legalmente;
- Copia de la constancia otorgada por la Dirección Nacional de Turismo, que acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos para

hoteles que ostenten la categoría de 3 (tres), 4 (cuatro) o 5 (cinco) estrellas, *resorts* equivalentes a las categorías de hoteles 5 (cinco) estrellas y restaurantes turísticos de 5 (cinco) tenedores, conforme al artículo 6 de la Ley N.º 27153, según sea el caso;

- Copia de los documentos que acrediten el derecho de propiedad y de ser el caso, de posesión del inmueble en donde pretende explotarse juegos de casino o máquinas tragamonedas; la relación existente entre el solicitante y el titular del derecho sobre el inmueble; y el consentimiento expreso del propietario para su explotación en el mismo;
- Plano de ubicación del establecimiento en donde se pretende explotar los juegos de casino y máquinas tragamonedas, suscrito por arquitecto o ingeniero civil colegiado;
- Plano de distribución precisando la ubicación de la totalidad de mesas de juego o máquinas tragamonedas a instalarse, suscrito por arquitecto o ingeniero civil colegiado;
- Copia del informe técnico emitido por el Instituto Nacional de Defensa Civil indicando que los ambientes físicos, donde se pretende explotar juegos de casino o máquinas tragamonedas, cumplen con las condiciones de seguridad requeridas; así como, el número máximo de personas que pueden permanecer en estos al mismo tiempo;
- Dos copias del reglamento interno de operación, que contengan los datos señalados en el modelo aprobado por la autoridad competente;
- Copia del certificado de inscripción en el Registro Único de Contribuyentes;
- Licencia municipal de funcionamiento del establecimiento a que se hace referencia en el artículo 6 de la Ley N.º 27153;
- Información detallada respecto de la propiedad, fabricación, características y registro de cada una de las mesas de casino, máquinas tragamonedas y programas de juego, así como las modalidades de juegos de casino;
- Para el caso de salas de juegos de casino: información detallada del sistema de audio y vídeo en cada una de las mesas de juego, en las

áreas de caja y sala de conteo, bóveda, así como en las puertas de ingreso y salida de personas, de conformidad con las especificaciones técnicas establecidas reglamentariamente;

- Para el caso de salas de juego de máquinas tragamonedas: información detallada del sistema de audio y vídeo en las áreas de caja y sala de conteo, bóveda, así como en las puertas de ingreso y salida de personas, de conformidad con las especificaciones técnicas establecidas reglamentariamente;
- La garantía impuesta por la ley en el tiempo y forma que señale el Reglamento;
- Constancia de pago por derecho de trámite;
- Plan de Prevención de la Ludopatía, que debe contener las acciones concretas que la empresa operadora se compromete a realizar, por ella misma o asociada con otras empresas, con la finalidad de disminuir los riesgos de la ludopatía en la población, cada 2 años y presenta los resultados a la Dirección General de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas que remite un informe a la Comisión Nacional de Prevención y Rehabilitación de Personas Adictas a los Juegos de Azar;
- Otros que establezca el reglamento.

Presentada la solicitud de autorización, la Dirección General de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas evalúa los antecedentes del solicitante en un plazo no mayor de treinta (30) días, antes de emitir su autorización, con la finalidad de verificar su solvencia económica, la de sus accionistas, directores, gerentes y apoderados con facultades inscritas. Esta evaluación tiene carácter permanente, en tanto se mantenga vigente la autorización. La resolución que otorgue la autorización debe indicar la razón o denominación social de la persona jurídica en favor de la cual se otorga la autorización; los datos de identificación del establecimiento, legalmente apto, para explotar juegos de casino o máquinas tragamonedas, según sea el caso; la cantidad de mesas e identificación de los tipos de juegos autorizados a explotarse en caso de que la resolución se refiera a juegos de casino; la cantidad de máquinas tragamonedas e identificación de los modelos y programas en caso de que se refiera a juegos de máquinas tragamonedas; y el plazo de vigencia de la autorización.

La vigencia de la autorización dura cinco años, pudiendo el titular iniciar sus operaciones con su otorgamiento. Importante es tener en cuenta que todos los requisitos y condiciones antes mencionados deben mantenerse durante la vigencia de la autorización. Su incumplimiento da lugar a la cancelación de la autorización y a la clausura del establecimiento, previo requerimiento de la Dirección Nacional de Turismo, sin perjuicio de la aplicación de otras sanciones administrativas establecidas por ley. La autorización puede ser renovada por plazos sucesivos y adicionales de cuatro (4) años. Para la renovación se deberán mantener las condiciones y requisitos por las que fue concedida.

El titular de la autorización es la persona jurídica organizada bajo el régimen de la Ley General de Sociedades, que obtiene una autorización expresa para explotar juegos de casino o máquinas tragamonedas. No pueden participar a través del titular de la autorización o de la actividad misma de explotación de juegos de casino o máquinas tragamonedas, en su condición de socio, director, gerente, apoderado o persona con función ejecutiva, las siguientes personas:

- Los funcionarios públicos;
- Los que directa o indirectamente participen en los procedimientos de autorización, fiscalización y control de los juegos de casino y máquinas tragamonedas (esta prohibición rige hasta cinco años posteriores al cese del cargo);
- Los que hubieran sido socios, directores o gerentes de una empresa sancionada con clausura definitiva o cancelación de autorización de explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas, siempre que hayan tenido tal condición desde la comisión del hecho que originó la aplicación de tales sanciones;
- Los que tengan juicio pendiente con el Estado, promovido por este último, derivado de las normas sobre explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas;
- Las personas sobre las que haya recaído sentencia firme en su contra por incumplimiento de la normativa de explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas;

- Los que registren protestos en los últimos dos años, cuyo monto total sea superior a cinco UITs por año y no hubieran sido levantados conforme a ley hasta seis meses antes de la presentación de la solicitud de autorización;
- Los acogidos a cualquier proceso concursal y los declarados en quiebra;
- Los sancionados con inhabilitación para la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas; y,
- Los condenados por delito doloso de tráfico ilícito de drogas, terrorismo y atentado contra la seguridad nacional, aun cuando hubieran sido rehabilitados.

El titular de una autorización para explotar juegos de casinos y máquinas tragamonedas queda obligado a:

- Explotar directamente las actividades establecidas en la resolución de autorización. La explotación directa impone, en todos los casos, al titular de la autorización conferida, la obligación de la gestión, dirección y/u operación de las actividades autorizadas.
- Garantizar el correcto desarrollo de los juegos de casino y el adecuado funcionamiento y mantenimiento de las máquinas tragamonedas.
- Cancelar de inmediato el pago correspondiente al usuario ganador, así como canjear en efectivo las fichas o cualquier otro medio que posibilite la jugada.
- Garantizar la integridad y seguridad física de los usuarios.
- Remitir la información que solicite la autoridad competente.
- Impedir el ingreso de las personas a que se hace referencia en el artículo 9 de la Ley 27153.
- Registrar y presentar la información que determine la autoridad competente, vinculadas a las transacciones con dinero, de acuerdo a los montos y criterios que establezcan las normas reglamentarias.
- Cumplir las reglas de los juegos que exploten, sin otorgar tratos desiguales o discriminatorios a los usuarios.

- Pagar oportunamente los impuestos derivados de la actividad.
- Admitir únicamente los medios de pago establecidos por la Dirección Nacional de Turismo.
- Mantener en operación, bajo responsabilidad, un sistema de circuito cerrado de audio y vídeo no visible al público, en las salas donde se exploten juegos de casino y máquinas tragamonedas, de acuerdo a las especificaciones y plazos establecidos en las normas reglamentarias.
- Conservar los registros magnéticos correspondientes por los plazos legalmente establecidos.
- Mantener una caja central de entrada de dinero y canje de fichas en la sala de máquinas tragamonedas y salas de casino, así como una caja de canje de fichas en cada una de las mesas de juegos de casino.
- Dar al personal de la autoridad competente, las facilidades necesarias que le permitan cumplir con su función de control y fiscalización.
- Comunicar los cambios de socios, directores, gerentes, apoderados, personas con funciones ejecutivas o con facultades de decisión y la contratación de personal.
- Contar en todo momento con un duplicado de las llaves que permitan abrir y fiscalizar las máquinas tragamonedas.
- Presentar la declaración jurada del Impuesto a los Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas en el lugar, la oportunidad y el formulario, que disponga el órgano administrador del tributo.
- Presentar espectáculos artísticos, dando especial preferencia al artista nacional.
- Cumplir estrictamente los horarios de funcionamiento que determine la Municipalidad correspondiente.
- Vender fichas de juego para máquinas tragamonedas conforme al valor mínimo que establezca la autoridad competente.
- Publicitar en un lugar visible de su establecimiento un aviso notorio con el rótulo siguiente: jugar en exceso causa ludopatía. Difundir sobre los riesgos y consecuencias de la ludopatía.

Queda prohibido al titular de la autorización, a los socios, directores, gerentes, apoderados, personas con funciones ejecutivas o facultades de decisión y personal del titular de la autorización:

- Desarrollar dentro de la sala de casino o máquinas tragamonedas actividades distintas a las autorizadas.
- Participar directa o indirectamente en los juegos que explota en su establecimiento.
- Transportar o guardar fichas o dinero durante su servicio en el interior de la sala de casino o de máquinas tragamonedas en forma diferente a la prevista en los procedimientos aprobados en el reglamento.
- Otorgar o permitir que se otorguen créditos, descuentos, bonificaciones o cualquier otro beneficio similar.
- Dar en concesión la autorización para la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas.

Los establecimientos destinados a la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas deben cumplir con los requisitos de seguridad, previsión de siniestros y demás condiciones establecidas por la normativa correspondiente. Deben adecuarse además a las normas que sobre zonificación, seguridad, higiene, parqueo y demás condiciones establezcan las municipalidades en sus respectivas circunscripciones para el otorgamiento de la licencia municipal correspondiente. Deberán contar también con instalaciones sanitarias, sistema de ventilación artificial, sistema de extinción de incendios, sistema de videos, controles de acceso, salidas de emergencia, sistema aislante acústico y ventanillas de caja, sala de caja, bóveda, sala de conteo y demás instalaciones anexas. Solamente se podrá dejar ingresar a mayores de edad previa presentación de su documento de identidad.

De acuerdo a la regulación legal, las modalidades de juegos de casino así como los modelos de máquinas tragamonedas y sus respectivos programas de juego cuya explotación se permite en el país; son aquellos que cuentan con autorización administrativa y su correspondiente registro legalmente otorgados. Para la autorización y registro de los modelos de máquinas tragamonedas, estos deben someterse a un examen técnico previo ante un laboratorio de una entidad autorizada por la autoridad competente. Solo podrán

explotarse aquellas máquinas tragamonedas que cumplan con los siguientes requisitos:

- Que correspondan a modelos registrados ante la autoridad competente.
- Que las “memorias de solo lectura” que conforman su programa de juego se encuentren registradas ante la autoridad competente.
- Que el modelo de la máquina tragamonedas y su programa de juego de acuerdo a la certificación de la entidad autorizada por la autoridad competente, cumplan con los requisitos siguientes: un porcentaje de retorno al público no menor de 85%, que será puesto en conocimiento del público usuario; un generador de números aleatorios; y los requisitos técnicos establecidos por las normas reglamentarias y por la autoridad competente mediante directivas de cumplimiento obligatorio.

A la Dirección Nacional de Turismo le corresponde las facultades administrativas de autorización, fiscalización, supervisión, evaluación y sanción vinculadas a la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas. En este marco podrá concretamente: expedir y revocar las autorizaciones de explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas; expedir directivas de obligatorio cumplimiento para la mejor aplicación de la ley y sus reglamentos; designar a los inspectores de juego y disponer la realización de visitas de fiscalización; solicitar documentación contable y otros documentos vinculados a la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas guardando, bajo responsabilidad, reserva de su contenido; solicitar los informes y comprobaciones que considere necesario en resguardo del interés público; aplicar las sanciones legalmente previstas; clausurar aquellas salas que no cuenten con autorización expresa, pudiendo requerir el apoyo de la autoridad policial; proceder a inmovilizar y precintar aquellas máquinas tragamonedas que no cuentan con la autorización expresa o que se estime de dudosa procedencia hasta que se culmine la investigación respectiva; proceder al comiso de aquellos juegos de casino y máquinas tragamonedas que no reúnan las características técnicas legalmente establecidas o que sean operadas en establecimientos que no cuenten con autorización expresa, pudiendo requerir el apoyo de la autoridad policial; proceder a la destrucción de juegos de casino y/o máquinas tragamonedas decomisados, en los casos

en que corresponda; resolver en primera instancia los recursos impugnatorios; absolver las consultas de carácter general que sobre la interpretación de las normas administrativas se aplique en cumplimiento de su labor; entre otras más.

III. El delito de explotación ilegal de juegos de casino y máquinas tragamonedas (artículo 243 C del CP)

1. El bien jurídico penalmente protegido

Posiblemente el tipo penal recogido en el artículo 243 C del CP sea uno de los más cuestionados en relación con la legitimidad de su incriminación¹¹⁶⁸. Y ello no porque se incrimine una conducta en el marco de la actividad de explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas, sino porque dicha conducta consiste simplemente en realizar dicha actividad sin cumplir con los requisitos legalmente establecidos¹¹⁶⁹. No existe ningún elemento típico que le dé especial desvalor a la conducta, como podría ser, por ejemplo, dejar que jueguen menores de edad o personas que adolecen de alguna enfermedad lúdica, que se manipulen los juegos o máquinas para defraudar a los usuarios, que se preste dinero a personas para que sigan apostando, etc. Podría decirse que es un caso claro de administrativización del Derecho penal¹¹⁷⁰, en el que se recurre innecesariamente a la represión penal para resolver un problema que podría ser atendido suficientemente por el Derecho administrativo sancionador.

Lo anterior hace que el bien jurídico penalmente protegido esté estrechamente vinculado con los fines de la regulación administrativa¹¹⁷¹. La accesoriedad de la protección penal es clara, no solo por el hecho de que el tipo penal esté configurado como una ley penal en blanco, sino porque la relevancia penal de la conducta tipificada se sustenta en un aspecto completamente administrativo. Bajo estas circunstancias, puede decirse que el bien

1168 De hecho, en el debate parlamentario el congresista Francesa Marabotto consideró que el proyecto de incorporación del artículo 243 C del CP constituía la incriminación de una actividad empresarial, por lo que era un uso exagerado del Derecho penal.

1169 Así, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, pp. 179 y ss.

1170 Del mismo parecer, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 180.

1171 En el mismo sentido, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 182.

jurídico penalmente protegido por el delito de explotación ilegal de juego de casino y máquinas tragamonedas es la expectativa normativa de conducta de que el despliegue de la actividad de explotación económica de juegos de casino y máquinas tragamonedas se haga observando los requisitos administrativos establecidos por la normativa correspondiente.

2. El tipo penal

A. Los sujetos del delito

De acuerdo al tenor literal del artículo 243 C del CP, el delito de explotación ilegal de juegos de casino y máquinas tragamonedas podría ser cometido por cualquier persona, por lo que se tratará de un delito común. Esta conclusión no es, sin embargo, acertada, si el tipo penal se interpreta desde su finalidad de protección. Si lo que se busca asegurar penalmente es que solamente se pueda emprender la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas una vez que se haya obtenido la autorización de explotación, queda claro entonces que al margen de lo punible quedarán los que cuentan con una autorización de explotación. Eso significa que no se podrá castigar penalmente al titular de una autorización de explotación que incumple con sus obligaciones, no mantiene ciertas exigencias legales o incluso se excede de lo autorizado¹¹⁷². Estas actuaciones irregulares podrán quedar sujetas a medidas administrativas como la cancelación de la autorización e incluso a sanciones administrativas, pero no podrán sancionarse penalmente.

Si la actividad de explotación ilegal se hace a través de una persona jurídica, se tendrá que determinar el grado de responsabilidad de los distintos sujetos individuales intervinientes con base en las reglas generales de la autoría y la participación (artículos 23, 24 y 25 del CP). Dado que el tipo penal no exige una calidad especial para poder ser autor de delito, no será necesario acudir al artículo 27 del CP para sortear algún problema de legalidad. Aunque sea la persona jurídica la que realiza, en términos

¹¹⁷² Muy por el contrario, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, pp. 189 y ss., considera que el autor del delito no puede ser cualquier, sino solamente el titular de la autorización, por lo que el delito de explotación ilegal de juegos de casino y máquinas tragamonedas no se aplicará al informal, sino solamente al que cuenta con una autorización expresa.

comerciales, la explotación del negocio del juego, bastará con una interpretación fáctica para poder responsabilizar a sus miembros individuales que llevan a cabo los actos de explotación (las llamadas actuaciones en lugar de otro impropias¹¹⁷³).

El sujeto pasivo del delito es la Administración Pública concretada en la Dirección Nacional de Turismo¹¹⁷⁴, en la medida que la conducta está referida a la realización de la actividad de explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas sin cumplir con los requisitos legales que le corresponde verificar y controlar a esta institución estatal. Lo que el tipo penal hace es reforzar las facultades administrativas de autorización, fiscalización, supervisión y evaluación de la Dirección Nacional de Turismo.

B. La conducta típica

La conducta típica contempla tres formas de realización alternativas, por lo que el tipo penal se configurará con la verificación de cualquiera de ellas: organizar, conducir o explotar juegos de casino y máquinas tragamonedas. Todas ellas tienen como base común el inicio de las operaciones de explotación económica de juegos de casino o máquinas tragamonedas. La conducta de organizar está referida a la ordenación de todos los pasos y la disposición de todos los medios necesarios para poder realizar la actividad de explotación antes referida. La conducta de conducir alude, por su parte, a una labor de dirección de tal actividad¹¹⁷⁵. Finalmente, la conducta de explotar engloba lo que es la ejecución directa del ofrecimiento al público de juegos de casinos o con máquinas tragamonedas para obtener algún tipo de beneficio o provecho.

Los elementos típicos de juegos de casino y máquinas tragamonedas deben ser interpretados teniendo en consideración el sentido atribuido en la regulación primaria (Ley N.º 27153). Se trata claramente de una accesoriedad administrativa de conceptos. Por juego de casino se entiende todo juego de mesa en el que se utilice naipes, dados o ruletas y que admita apuestas del

1173 Vid., GARCÍA CAVERO, *El actuar en lugar de otro*, pp. 86 y ss.

1174 Igualmente, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 196.

1175 Utiliza la idea de llevar la batuta, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 197.

público, cuyo resultado dependa del azar, así como otros juegos a los que se les otorgue esta calificación de conformidad con la ley de la materia. Por su parte, las máquinas tragamonedas son definidas como todas las máquinas de juego, electrónicas o electromecánicas, cualquiera sea su denominación, que permitan al jugador un tiempo de uso a cambio del pago del precio de la jugada en función del azar y, eventualmente, la obtención de un premio de acuerdo con el programa de juego.

Lo que define el desvalor del hecho es que los actos de organización, conducción o explotación de los juegos de casino o máquinas tragamonedas se hagan sin haber cumplido con los requisitos que exigen las leyes y sus reglamentos para poder realizar dicha actividad. Este elemento típico constituye, sin duda, una remisión normativa que hace del artículo 243 C del CP una ley penal en blanco¹¹⁷⁶. Por eso, habrá que determinar, con base en la Ley N.º 27153 y su reglamento, cuáles son los requisitos que, de manera previa, se deben cumplir para poder explotar económicamente juegos de casino y máquinas tragamonedas. Esta determinación la debe hacer el juez penal y sin que tenga que esperar a un pronunciamiento previo de la autoridad administrativa¹¹⁷⁷. Con la finalidad de no administrativizar más el tipo penal de lo que ya, de por sí, lo está, es necesario limitar su ámbito de aplicación a los casos, en los que se opera sin autorización expresa de explotación. Por lo tanto, no habrá que abarcar los casos en los que el titular de la autorización de explotación incumple sus obligaciones.

Distinta es la situación si la autorización es nula, se cancela o vence su plazo de vigencia sin haber sido renovada. Estos casos pueden tratarse como un supuesto de falta de autorización, por lo que podrían ser subsumidas sin ningún problema en el tipo penal. Esto no excluye, por cierto, que pueda presentarse una situación de error que excluya el dolo: por ejemplo, que se desconozca la nulidad de la autorización recibida.

1176 Igualmente, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 197; Consulta: diferencias entre los delitos de “funcionamiento” ilegal y “explotación” ilegal de juegos de casino y máquinas tragamonedas, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 13 (julio de 2010), p. 210.

1177 Como lo interpreta, por el contrario, FERNÁNDEZ MUÑOZ, *Lex Data Penal* N.º 008-2006 (www.munizlaw.com).

C. El elemento subjetivo

El delito de explotación ilegal de juegos de casino y máquinas tragamonedas se castiga a título de dolo¹¹⁷⁸. No existe ningún elemento típico que restrinja el dolo a alguna de sus formas, por lo que puede ser cometido también con un dolo eventual. Para poder afirmar el dolo, es necesario imputar al autor el conocimiento de que está interviniendo en una actividad de explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas y que no cuenta con la autorización de explotación legalmente exigida. El error sobre alguno de estos aspectos excluiría el dolo, con independencia de la vencibilidad de error.

D. Consumación y tentativa

La consumación del delito se produce instantáneamente con la realización de la conducta de organizar, conducir o explotar juegos de casino o máquinas tragamonedas. Una particularidad típica que debe tenerse en cuenta es que se trata de delitos de realización típica iterativa, por lo que deben englobarse como un solo delito diversos actos de organización, conducción o explotación. Por ejemplo, una persona puede haber organizado diversos aspectos de la explotación de los juegos de casino o máquinas tragamonedas, pero eso no significa que se trata de varias realizaciones típicas, sino que todas deberán considerarse una sola realización típica. No hay, por lo tanto, un concurso homogéneo de delitos, ni un delito continuado.

La estructura típica del delito de explotación ilegal de juegos de casino y máquinas tragamonedas es la de un delito de mera conducta¹¹⁷⁹. Esto reduce las posibilidades para admitir una tentativa. Dado que las conductas típicas se configuran con el solo emprendimiento de la acción, una tentativa no será posible¹¹⁸⁰. La ejecución del primer acto de organización, conducción o explotación realiza plenamente el tipo penal, de tal manera que lo que habrá es un delito consumado.

1178 Vid., PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 199.

1179 Igualmente, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 198.

1180 Del mismo parecer, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal económico*, p. 201.

E. Penalidad

La penalidad prevista en el artículo 243 C del CP abarca tres clases de penas que deben imponerse cumulativamente: una pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, una pena de multa fija de trescientos sesenta y cinco días-multa y una pena de inhabilitación para ejercer la actividad de explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas, conforme al artículo 36 inciso 4 del CP. Lo que constituye una particularidad muy llamativa es la pena tasada de multa, lo que no permite su dosificación en función de la gravedad específica del delito concretamente cometido. Pero lo que es una seria omisión es que no se haya establecido un marco penal abstracto para la pena de inhabilitación, lo que debería llevar a su inaplicación por infracción al principio de legalidad. Además de las penas, es posible imponer otras consecuencias jurídicas del delito, como podrían ser las consecuencias aplicables a personas jurídicas si la actividad de explotación se hace por medio de una persona jurídica y existe la peligrosidad de que, en el futuro, se cometan nuevos delitos.

Junto con la pena por el delito cometido concurrirá también una sanción administrativa por la infracción contenida en el artículo 45.2 de la Ley N.º 27153 (explotar juegos de casino o máquinas tragamonedas sin contar previamente con la autorización correspondiente). Por mor del principio de *non bis in ídem*, ambas sanciones no podrán ser impuestas sobre la misma persona. La única posibilidad de concurrencia sería imponer la sanción administrativa a la persona jurídica, pero eso requiere que, en sede penal, se haya determinado previamente el hecho y sobre la base de esa determinación probatoria se decida la imposición de la sanción administrativa a la persona jurídica. En cualquier caso, el procedimiento administrativo sancionatorio debe suspenderse hasta que se decida el tema penal.

BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO QUEVEDO, Mario, “Exigencias de tipicidad en el delito de manipulación de precios en el mercado de valores”, en *Cathedra Lex*, N.º 15, Lima, 2011, pp. 112 y ss.
- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Derecho penal económico. Parte especial*, Idemsa, Lima, 2000 [cit. *Derecho penal económico*, PE].
- ACHENBACH, Hans, “Schwerpunkte der BGH-Rechtsprechung zum Wirtschaftsstrafrecht”, 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV, München, 2000, pp. 608 y ss. [cit. *Festgabe aus der Wissenschaft*, IV].
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “Fraude de ley y negocio simulado en el delito fiscal (SSTC 120/2005y 129/2008): El derecho a la legalidad penal y los límites de intervención del Tribunal Constitucional”, en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, N.º 2, 2012, pp. 373 y ss. [cit. *ADPE*, N.º 2, 2012].
- ALESSANDRI, Alberto, *Manuale di diritto penale dell’ impresa*, Pedrazzi/Alessandri/Foffani/Seminara/Spagnolo, 2.ª ed., Bologna, 2000 [cit. *Manuale*, 2000].
- ALVA MONGE, Pedro José, “La administrativización de los delitos aduaneros: A propósito del Decreto Legislativo N.º 1111”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.º 37, julio de 2012, pp. 34 y ss.
- AMMIRATI, Domenico, *Il delitto di usura. Credito e sistema bancario*, CEDAM, Padova, 1997 [cit. *Il delitto di usura*].
- ARAGONÉS José y Juan MASCAREÑAS, “La eficiencia y el equilibrio en los mercados de capital”, en *Análisis Financiero*, N.º 64, Madrid, 1994, pp. 76 y ss.
- ARÉVALO VELA, Javier, “La protección penal de la seguridad y salud en el trabajo”, en *Actualidad Penal*, N.º 6, diciembre 2014, pp. 138 y ss.
- ARÉVALO VELA, Javier, *La criminalización en el ámbito de las relaciones laborales*, Tesis de Magister, Universidad Nacional Mayo de San Marcos, Lima, 2008 [cit. *La criminalización en el ámbito de las relaciones laborales*, 2008].

- AROCENA, Gustavo, "Contrabando", en *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.), Buenos Aires, 2004, pp. 179 y ss. [cit. *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.)]
- AROCENA, Gustavo, "Delitos aduaneros", en *Derecho penal económico parte especial*, t. 2, Balcarce (dir.), Córdoba, 2004, pp. 53 y ss. [cit. *Derecho penal económico*, PE, t. 2, Balcarce (dir.)].
- ARROYO ZAPATERO, Luis y Adán NIETO MARTÍN, "Fraude de subvenciones en la UE y en el CP", Publicaciones del Portal Iberoamericano de Ciencias Penales, s/f. Ver en línea: <<http://bit.ly/1MkJ50V>> [cit. *Fraude de subvenciones*].
- ARROYO ZAPATERO, Luis, "El abuso de información privilegiada en el Derecho español vigente y en el Proyecto de Código Penal", en *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor al Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, pp. 45 y ss. [cit. *LH-Tiedemann*].
- ARZT, Gunther, "Die Hehlerei als Vermögensdelikt", en *NStZ* 1981, pp. 10 y ss.
- ASMAT COELLO, Diana, "La estructura del tipo penal de atentado contra las condiciones de seguridad e higiene industriales", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.º 47, mayo, Lima, 2013, pp. 153 y ss.
- ASÚA BATARRITA, Adela, "Estafa común y fraude de subvenciones: De la protección del patrimonio a la protección de la institución subvencional", en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995 [cit. *LH-Tiedemann*].
- ASÚA BATARRITA, Adela, "Incrimination penal del fraude de subvenciones. Opciones legislativas: modelo alemán, modelo español y la propuesta del Corpus Iuris", en *Estudios de Derecho penal económico*, Mir/Modolell/Gallego/Bello (coord.), Caracas, 2002, pp. 301 y ss.
- BACHMANN, Jochen, *Vorsatz und Rechtsirrtum im allgemeinen Strafrecht und im Steuerstrafrecht*, Broschiert, 1993 [cit. *Vorsatz und Rechtsirrtum im allgemeinen Strafrecht und im Steuerstrafrecht*].
- BACIGALUPO, Silvina, *Ganancias ilícitas y Derecho penal*, Madrid, 2002 [cit. *Ganancias ilícitas y Derecho penal*].
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, "El delito fiscal", en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), Buenos Aires, 2000, pp. 299 y ss. [cit. *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.)].

Bibliografía

- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Sanciones administrativas (derecho español y comunitario)*, Colex, Madrid, 1991 [cit. *Sanciones administrativas*].
- BAIGÚN, David, “El bien jurídico orden económico”, en *Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje al Prof. Julio B. Maier*, Buenos Aires, 2005 [cit. *LH-Maier*].
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; Mercedes PÉREZ MANZANO y Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de derecho penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*, 2.^a ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993 [cit. *Manual, PE*].
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y Silvina BACIGALUPO, *Delitos tributarios y previsionales*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001 [cit. *Delitos tributarios y previsionales*].
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y Silvina BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, 2.^a ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2010 [cit. *Derecho penal económico*, 2010].
- BENITES SÁNCHEZ, Santiago, *Derecho penal peruano. Leyes especiales complementarias del Código Penal*, Lima, 1959 [cit. *Derecho penal peruano*].
- BENÍTEZ ORTÚZAR, Francisco, “El uso de información relevante para la cotización en el mercado de valores. Relevancia jurídico-penal del *insider tradig*”, en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, pp. 80 y ss. [cit. *LH-Cobo del Rosal*].
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ, *Todo sobre el fraude tributario*, Ciss Praxis, Barcelona, 1994 [cit. *Todo sobre el fraude tributario*].
- BERGERO, Eliseo, *La represión de la usura en el Código penal argentino*, (art. 175 bis), Advocatus, Córdoba, 2003 [cit. *La represión de la usura*].
- BERGMANN, Lothar, *Begehungsort im internationalen Strafrecht Deutschlands, Englands und der Vereinigten Staaten von Amerika*, De Gruyter, Berlin, 1966 [cit. *Begehungsort*].
- BERNSMANN, Klaus, “Strafbarer Wucher”, en *Achenbach/Wannemacher (Hrsg.), Beraterhandbuch zum Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht*, 1998, pp. 162 y ss. [cit. *Achenbach/Wannemacher (Hrsg.), Beraterhandbuch zum Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht*].
- BERRUEZO, Rafael, “Derecho penal laboral”, en *Derecho penal laboral. Delitos contra los trabajadores*, Buenos Aires, 2011, pp. 1 y ss. [cit. en *Derecho penal laboral*].

- BILSDORFER, Schrifttum, "Die Steuerverkürzung auf Zeit", en *Straverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht*, Kohlmann (Hrsg.), Köln, 1983, pp. 155 y ss. [cit. *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.)].
- BITTMANN, Folker y Dörte DREIER, "Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität nach dem Ende der fortgesetzten Handlung", en *NStZ*, 1995, pp. 105 y ss.
- BLUMERS, Wolfgang, "Zur Auslegung des § 371 AO am Beispiel «Tatentdeckung»" en *wistra* 1985, pp. 85 y ss.
- BOIX REIG, Francisco y Enrique ORTS BERENGUER, "Consideraciones sobre el artículo 316 del Código Penal", en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, II, Cuenca, 2001, pp. 59 y ss. [cit. *LH-Barbero Santos*].
- BOLEA BARDÓN, Carolina, "Imputación de resultados lesivos en accidentes laborales: cuotas de responsabilidad", en *Protección penal de los derechos de los trabajadores, seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, Hortal Ibarra (coord.), Buenos Aires, 2009, pp. 281 y ss. [cit. en *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Hortal Ibarra (coord.)].
- BONGARTZ, Wolfgang, *Der Fortsetzungszusammenhang im Steuerstrafrecht*, Diss., Frankfurt a.M., 1990 [cit. *Der Fortsetzungszusammenhang*].
- BORINSKY, Mariano, *Derecho penal económico y de la empresa*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004 [cit., *Derecho penal económico*].
- BRÄHLER, Volker, *Die rechtliche Behandlung von Serienstraftaten und -ordnungswidrigkeiten*, Berlín, 2000 [cit. *Die rechtliche Behandlung*].
- BRAMONT ARIAS, *Temas de Derecho penal*, 5, SP Editores, Lima, 1988 [cit. *Temas de Derecho penal*, 5].
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., "La nueva tipificación de los delitos aduaneros", en *Actualidad Jurídica*, t. 116, julio, Lima, 2003, pp. 71 y ss.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., "Recientes precisiones a la regulación de los delitos aduaneros", en *Actualidad Jurídica*, t. 118, septiembre, Lima, 2003, pp. 81 y ss.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., "Aspectos penales de la nueva Ley de Títulos Valores Ley 27287", en *Gaceta Jurídica* 83-B, Lima, 2000, pp. 51 y ss.
- BRAMONT-ARIAS TORRES Luis y María GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 4.ª ed., San Marcos, Lima, 1998 [cit. *Manual*].

Bibliografía

- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., “La regulación del delito de pánico financiero”, en *Actualidad Jurídica*, N.º 114, mayo, Lima, 2003.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis F., “El engaño exigido por el delito de defraudación tributaria”, en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, N.º 67, Lima, 2009, pp. 131 y ss.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis F., “La criminalización del delito de defraudación tributaria”, en *Libro Homenaje al Prof. Luis Alberto Bramont Arias*, Lima, 2003, pp. 533 y ss. [cit. *LH-Bramont Arias*].
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis F., “El delito tributario: Criminalización y tipificación”, en *Revista del Instituto de Derecho Tributario*, N.º 32, Lima, 1997, pp. 49 y ss.
- BRAUNS, Uwe, “Materiell-strafrechtliche Wertaspekte der Selbstanzeige (§ 371 AO)”, en *wistra* 1987, pp. 233 y ss.
- BRAVO CUCCI, Jorge, “La elusión, el fraude a la ley y el segundo párrafo de la norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario”, en *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, N.º 44, abril, Lima, 2006, pp. 143 y ss.
- BREYER, Jörg, *Der Inhalt der strafbefreienden Selbstanzeige*, Baden-Baden, 1999 [cit. *Der Inhalt der strafbefreienden Selbstanzeige*].
- BULNES JIMÉNEZ, Luis Mauricio, “Los delitos y las infracciones tributarias: Hacia una correcta imputación de responsabilidad”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.º 55, Lima, 2014, pp. 159 y ss.
- BUOMPADRE, Eduardo, *Insolvencia fraudulenta*, Astrea, Buenos Aires, 2005 [cit. *Insolvencia fraudulenta*].
- CAJINA SAMAMÉ, Claudio, “La defraudación tributaria y las modificaciones a la Ley Penal Tributaria”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.º 37, Lima, 2012, pp. 43 y ss.
- CALDERÓN VALVERDE, Leonardo, “La incorporación del artículo 168-A en el Código Penal como consecuencia de la Ley de seguridad y salud en el trabajo”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.º 32, Lima, 2012, pp. 118 y ss.
- CALDERÓN VALVERDE, Leonardo, “Comentarios a las modificaciones realizadas por los Decretos Legislativos N.º 1111 y N.º 1112 a la Ley de los Delitos Aduaneros”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.º 37, Lima, 2012, pp. 21 y ss.

- CALDERÓN VALVERDE, Leonardo, "El delito de manipulación de precios en el mercado de valores: artículo 251-B del CP", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.º 36, Lima, 2012, pp. 131 y ss.
- CALDERÓN VALVERDE, Leonardo, "Delito de contrabando", en *Delitos tributarios y aduaneros*, Lima, 2012, pp. 87 y ss. [cit. *Delitos tributarios y aduaneros*].
- CALDERÓN VALVERDE, Leonardo, "Análisis de la modificación del artículo 168-A del Código Penal efectuada por la Ley N.º 30222", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.º 63, Lima, 2014, pp. 13 y ss.
- CALDERÓN VALVERDE, Leonardo, *Derecho penal laboral*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014 [cit. *Derecho penal laboral*].
- CANCIO MELÍA, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal*, Bosh, Bogotá, 2001 [cit. *Conducta de la víctima*].
- CARMONA, Angelo, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economía*, Cedam, Milán, 2002, [cit. *Premesse*].
- CARMONA SALGADO, Concepción; Juan GONZÁLEZ RUS; Lorenzo MORILLAS CUEVA y Miguel POLAINO NAVARRETE, *Manual de Derecho penal. Parte especial, II*, Madrid, 1992 [cit. *Manual*, PE, II].
- CARO CORIA, Carlos, "Recientes modificaciones a los delitos tributarios y aduaneros", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.º 37, Lima, 2012, pp. 13 y ss.
- CARO CORIA, Carlos, "La falsa tutela penal del trabajador", en el portal de Caro y Asociados, 2006. Versión en línea: <www.ccfirma.com>.
- CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal. Parte especial*, t. V. IV, traducción de Ortega y Guerrero, Bogotá, 1991 [cit. *Programa*, PE].
- CASTRONUOVO, Donato, "La protección de la salud y la seguridad en el trabajo en el Derecho penal italiano", en *Protección penal de los derechos de los trabajadores, seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, traducción de Gallego, Hortal Ibarra (coord.), Buenos Aires, 2009, pp. 155 y ss. [cit. en *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Hortal Ibarra (coord.)].
- CATANIA, Alejandro, *Régimen penal tributario*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2005 [cit. *Régimen Penal Tributario*].
- CHIARA DÍAZ, Carlos, "Delitos tributarios y previsionales", en *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.), Buenos Aires, 2004, pp. 347 y ss. [cit. *Derecho penal de los negocios*, Carrera/Vásquez (dir.)]

Bibliografía

- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales*, Bosch, Barcelona, 2003 [cit. *Responsabilidad de auditores*].
- COBO DEL ROSAL Manuel; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, "Responsabilidad penal por accidentes laborales: riesgo permitido y autopuesta en peligro", en *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 82, Lima, 2004, pp. 5 y ss.
- COMPAÑY CATALÁ, José Miguel, *La protección penal de la seguridad y salud en el trabajo. Los arts. 316 y 317: un análisis desde su consideración como derecho de los trabajadores a desempeñar su trabajo en condiciones mínimas de seguridad personal*, Tesis Doctoral, Universidad Pompeu Fabra, Barcelomna, 2010 [cit. *La protección penal de la seguridad y salud en el trabajo*].
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, "Una cuestión problemática en el delito fiscal: ¿Responsabilidad penal por defraudación fiscal en supuestos de ganancias ilícitas?", en *Cuadernos de Derecho Judicial: Derecho Penal Económico*, Madrid, 2003, pp. 239 y ss. [cit. *Derecho penal económico*].
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, "Delitos laborales. Ámbito y eficacia de la protección penal de los derechos de los trabajadores", en *Cuadernos de Derecho Judicial: Derecho Penal Económico*, Conde Pumpido (dir.), Madrid, 2003, pp. 87 y ss. [cit. *Cuadernos de Derecho Judicial: Derecho Penal Económico*, Conde Pumpido (dir.)].
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, "Siniestralidad laboral y responsabilidad penal", en *Protección penal de los derechos de los trabajadores, seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, Hortal Ibarra (coord.), Buenos Aires, 2009, pp. 359 y ss. [cit. en *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Hortal Ibarra (coord.)].
- CORZO DE LA COLINA, Rafael y Jorge SINFÓN PHUM, "El régimen legal de los intereses en las operaciones del sistema crediticio", en *Ius et veritas*, N.º 11, Lima, 2010, pp. 145 y ss.
- COSÍO JARA, Edgar Fernando, *Comentarios a la Ley General de Aduanas, Decreto Legislativo N.º 1053*, Jurista Editores, Lima, 2012 [cit. *Comentarios a la Ley General de Aduanas*].
- CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1983 [cit. *Derecho penal*, PE, t. I].
- CRISTOFANO, Livio, *Usura: la tutela civile e penale dei danneggiati*, Padova, 2001 [cit. *Usura*].

- DANNECKER, Gerhard, *Das intertemporale Strafrecht*, Tübingen, 1993 [cit. *Das intertemporale Strafrecht*].
- DANZER, Jürgen, "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des steuerlichen Beraters", en *Straverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht*, Kohlmann (Hrsg.), Köln, 1983, pp. 73 y ss. [cit. *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.)].
- DE LA PUENTE Y LVALLE, Manuel, "Pago de intereses usurarios", en *Themis*, N.º 12, Lima, 1988, pp. 63 y ss.
- DELGADO, Luis y Alberto HUMALA, "El mercado bursátil peruano y la hipótesis del mercado y la hipótesis del mercado eficiente", en *Revista Estudios Económicos*, N.º 1, Lima, 1997, pp. 73 y ss.
- DERKSEN, Ronald, *Handeln auf eigene Gefahr*, Berlín, 1992 [cit. *Handeln*].
- DINGELDEY, Thomas, *Insider-Handel und Strafrecht*, Köln, 1983 [cit. *Insider-Handel und Strafrecht*].
- DOVAL PAÍS, Antonio, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999 [cit. *Posibilidades y límites*].
- DÜRR, Ernst, *El papel del Estado en la planificación económica*, traducción García Echevarría, Alcalá de Henares, 1984 [cit. *El papel del Estado en la planificación económica*].
- EHLERS, Hans y Heinz LOHMEYER, *Steuerstraft- und Steuerordnungswidrigkeitenrecht einschließlich Verfahrensrecht*, 5. Aufl., Stuttgart, 1982 [cit. *Steuerstraft- und Steuerordnungswidrigkeitenrecht*].
- ESER, Albin, en Schönke/Schröder *StGB*, 26. Aufl., München, 2001.
- EZAINE CHÁVEZ, Amado, *Diccionario de Derecho penal*, voz: usura, 2, Lima, 1989 [cit. *Diccionario*].
- FARALDO CABANA, Patricia, "El artículo 294 del Código penal español: Incriminación de las conductas contrarias al ejercicio de las facultades de inspección y supervisión de determinadas personas, órganos o entidades", en *Temas de Derecho penal económico, III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho penal económico*, Madrid, 2004, pp. 115 y ss. [cit. *Temas de Derecho penal económico*].
- FARALDO CABANA, Patricia, "Algunos aspectos del delito de abuso de información reservada en el mercado de valores en el Proyecto de Código Penal de 1994", en *Estudios Penales y Criminológicos*, XVIII, Lima, 1995, pp. 45 y ss.

Bibliografía

- FERNÁNDEZ MUÑOZ, Carlos, “La exportación definitiva de mercancías y el tipo penal básico de contrabando”, en *Ius et Veritas*, N.º 41, Lima, 2010, pp. 308 y ss.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, “Algunos apuntes acerca del delito societario de obstrucción al control administrativo”, en *Temas de Derecho penal económico*, III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho penal económico, Madrid, 2004, pp. 289 y ss. [cit. *Temas de Derecho penal económico*].
- FISSENWERT, Peter, *Der Irrtum bei der Steuerhinterziehung*, Frankfurt a.M., 1993 [cit. *Der Irrtum*].
- FLEISCHER, Wolfgang, “Die materiellrechtliche Bewältigung von Serienstraftaten”, en *NJW*, 1979, pp. 248 y ss.
- FLORES POLO, Pedro, “Delitos económicos y delitos tributarios”, en *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, N.º 31, Lima, 1996, pp. 25 y ss.
- POFFANI, Luigi, “Tutela penal del mercado y abuso de información privilegiada: La experiencia italiana”, en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, pp. 501 y ss. [cit. *LH-Tiedemann*].
- FRANZHEIM, Horst, “Parteispende – Steuerhinterziehung – Straffreiheit?”, en *NStZ*, 1982, pp. 137 y ss.
- FREES, Christian-Peter, *Die steuerrechtliche Selbstanzeige: zur kriminalpolitischen Zweckmäßigkeit des § 371 AO*, Frankfurt a.M., 1991 [cit. *Die steuerrechtliche Selbstanzeige*].
- FRICK, Jörg, “Vorsätzliche, leichtfertige und leichtfahrlässige Steuerverkürzung”, en *Straverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht*, Kohlmann (Hrsg.), Köln, 1983, pp. 38 y ss. [cit. en *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.)].
- FRISCH, Wolfgang, *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht*, Heidelberg, 1993 [cit. *Verwaltungsakzessorietät*].
- GALLARDO GARCÍA, Rosa María, “La protección penal de la salud de los trabajadores”, en *Derecho y Salud*, vol. 14, N.º 2, julio-diciembre, Cádiz, 2006, pp. 267 y ss.
- GALLO, Patricia, “Accidentes de trabajo y Derecho penal argentino”, en *Derecho Penal Laboral*, 2.ª ed., Buenos Aires, 2014 [cit. *Derecho penal laboral*, 2.ª ed.].
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino y Walter Javier DELGADO TOVAR, *Derecho penal. Parte especial*, II, Jurista Editores, Lima, 2011 [cit. *Derecho Penal*, PE, II].

- GARCÍA ARÁN, Mercedes, "Sentido actual y contenido material de la incriminación de la usura", en *RFDUC* VI, Valencia, 1983, pp. 318 y ss.
- GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, "Algunos alcances del principio de legalidad en el ámbito del ordenamiento jurídico peruano", en *Revista Institucional*, N.º 7, Academia de la Magistratura, Lima, 2006, pp. 85 y ss.
- GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, "La pérdida de vigencia del principio *non bis in idem* en el ámbito de los delitos tributarios", en *Gaceta Jurídica*, t. 70-B, Lima, 1999, pp. 65 y ss.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *El actuar en lugar de otro en el Derecho penal peruano*, Ara, Lima, 2003 [cit. *El actuar en lugar de otro*].
- GARCÍA FIGUEROA, *Los sujetos activos de los delitos contra la seguridad y salud en el trabajo. Especial consideración al sector de la construcción*, Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2011 [cit. *Los sujetos activos de los delitos contra la seguridad y salud en el trabajo*].
- GARCÍA NAVARRO, Edward, "Análisis del tipo básico de la defraudación tributaria", en *Actualidad Jurídica*, t. 147, Lima, 2006, pp. 91 y ss.
- GARCÍA NAVARRO, Edward, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Jurista Editores, Lima, 2009 [cit. *Derecho Penal*, PE].
- GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo, "Modelo de protección en normas administrativas y penales que regulan el abuso de información privilegiada en la legislación chilena", en *Política criminal*, vol. 8, N.º 15, Santiago de Chile, 2003, art. 2, pp. 23 y ss.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis, "El Derecho bancario: consideraciones generales", en *Anuario do Faculdade de Dereito da Universidades da Coruña*, N.º 3, La Coruña, 1999, pp. 243 y ss.
- GARCÍA RADA, Domingo, *El delito tributario*, 2.ª ed., Librería y Distribuidora Sevillano, Lima, 1982 [cit. *El delito tributario*].
- GÁSLAC SÁNCHEZ, Llanet, "El delito de defraudación tributaria ... Una revisión a la legislación vigente", en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, N.º 67, Lima, 2009, pp. 191 y ss.
- GHERSI, Enrique, "Abajo el Código penal", en *Thémis*, N.º 32, pp. 114 y ss.
- GÖHLER, Erich, *Rechtsprechungsübersicht*, en *NStZ* 1981, pp. 55 y ss.

Bibliografía

- GÓMEZ APAC, Hugo y Sandy BOZA ALZAMORA, "Pago de intereses en la legislación peruana", en *Advocatus*, N.º 7, pp. 457 y ss.
- GÓMEZ INIESTA, Diego, *La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores*, McGraw-Hill, Madrid, 1997 [cit. *La utilización abusiva de información privilegiada*].
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor, "El enigmático art. 318 CP: diez cuestiones controvertidas", en *Protección penal de los derechos de los trabajadores, seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, Hortal Ibarra (coord.), Buenos Aires, 2009, pp. 227 y ss. [cit. en *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Hortal Ibarra (coord.)].
- GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *El fraude de subvenciones*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005 [cit. *El fraude de subvenciones*].
- GONZÁLEZ RUS, Juan José, "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, pp. 167 y ss. [cit. *LH-Tiedemann*].
- GRACIA MARTÍN, Luis, *Delitos contra los bienes jurídicos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993 [cit. *Delitos*].
- GRÖTSCH, Andreas, *Persönliche Reichweite der Sperrwirkung im Rahmen des § 371 Abs. 2 AO unter besonderer Berücksichtigung von Personen- und Kapitalgesellschaften*, 2003 [cit. *Persönliche Reichweite*].
- HACK, Christoph, *Probleme des Tatbestands Subventionsbetrug*, Duncker und Humblot, Berlín, 1982 [cit. *Probleme des Tatbestands Subventionsbetrug*].
- HAOUACHE, Gerhard Gordon, *Börsenaufsicht durch Strafrecht*, Frankfurt a.M., 1996 [cit. *Börsenaufsicht durch Strafrecht*].
- HARDTKE, Frank, *Steuerhinterziehung durch verdeckte Gewinnausschüttung*, 1995 [cit. *Steuerhinterziehung*].
- HARTUNG, Fritz, *Steuerstrafrecht, Kommentar*, 3. Aufl., Berlín, 1962 [cit. *Steuerstrafrecht, Kommentar*].
- HASSEMER, Winfried, *Nomos-Kommentar zum StGB*, Baden-Baden, 1995.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, "Delitos contra los trabajadores en el Derecho penal chileno", en *Derecho penal laboral. Delitos contra los trabajadores*, Buenos Aires, 2011, pp. 47 y ss. [cit. en *Derecho penal laboral*].

- HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando Antonio, "El nuevo delito de fraude de subvenciones", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 34, N.º 96, Bogotá, 2013, pp. 31 y ss.
- HOFF, Alexanmader, *Das Handlungsunrecht der Steuerhinterziehung*, Berlín, 1999 [cit. *Das Handlungsunrecht*].
- HOFFMANN, Heiko, *Die Ausschlusstatbestände der Selbstanzeige bei Steuerhinterziehung*, Baden-Baden, 1998 [cit. *Die Ausschlusstatbestände*].
- HORTAL IBARRA, Juan Carlos, "Algunas consideraciones en torno a la legitimación de la intervención penal en materia de prevención de riesgos laborales", en *Revista Catalana de Seguridad Pública*, 13/2003, pp. 73 y ss.
- HORTAL IBARRA, Juan Carlos, "Concreción del riesgo típico en el delito contra la seguridad en el trabajo (artículo 316 CP). A la vez, un apunte sobre algunos modelos europeos de protección 'penal' de la prevención de riesgos laborales", en *Protección penal de los derechos de los trabajadores, seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, Hortal Ibarra (coord.), Buenos Aires, 2009, pp. 79 y ss. [cit. en *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Hortal Ibarra (coord.)].
- HÖSER, Jürgen, *Vorbereitungshandlung und Versuch im Steuerstrafrecht*, Köln, 1984 [cit. *Vorbereitungshandlung*].
- HÜBNER, Ulrich, en *Abgabeordnung, Finanzgerichtordnung Kommentar*, 10. Aufl., 1995 [cit. *Abgabeordnung*].
- HUNSMANN, Daniel, *Das steuerstrafrechtliche Selbstanzeigeprivileg im Lichte des § 370a S. 3 AO*, Baden-Baden, 2006 [cit. *Das steuerstrafrechtliche Selbstanzeigeprivileg*].
- HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Eddili, Lima, 1987 [cit. *Manual*, PG, 2.ª ed.].
- IBERICO CASTAÑEDA, Luis Fernando, "El delito de concentración crediticia", en *De Iure*, Revista para litigantes, N.º 1, Lima, 2007, pp. 145 y ss.
- IBERICO CASTAÑEDA, Luis Fernando, "El delito de pánico financiero", en *Derecho & Sociedad*, N.º 19. Versión en línea: < <http://bit.ly/1JabnP9> >.
- IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003 [cit. *La regularización*].
- ÍÑIGO CORROZA, María Elena, "La relevancia del fraude en los delitos de competencia", en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.), Ma-

Bibliografía

- drid, 2003, pp. 283 y ss. [cit. en ¿Libertad económica o fraudes punibles?, Silva Sánchez (dir.)].
- ISENSE, Josef, "Aussetzung des Steuerstrafverfahrens – rechtsstaatliche Ermessensdirektiven", en *NJW*, 1985, pp. 107 y ss.
- JAÉN VALLEJO, Manuel, "La protección penal en el ámbito de las subvenciones", en *Derecho penal económico*, Bacigalupo (dr.), Buenos Aires, 2000, pp. 335 y ss. [cit. *Derecho penal económico*, Bacigalupo (dr.)].
- JAÉN VALLEJO, Manuel, *Cuestiones actuales del Derecho penal económico*, A-Hoc, Buenos Aires, 2004 [cit. *Cuestiones actuales*].
- JÄGER, Markus, *Steuerstrafrecht mit Zoll- und Verbrauchsteuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), 6. Aufl., München, 2005, [cit. *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.)].
- JÄHNKE, Burkhard, "Grenzen der Fortsetzungszusammenhangs", en *GA*, 1989, pp. 376 y ss.
- JAKOBS, Günther, "La prohibición de regreso en los delitos de resultado" (trad. Cancio Meliá), en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 241 y ss. [cit. *Estudios*].
- JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, traducción Cancio Meliá, Madrid, 1996 [cit. *Imputación objetiva*].
- JAKOBS, Günther, *Strafrecht*, AT, 2. Aufl., Berlín, 1991 [cit. *Strafrecht*, AT].
- JIMÉNEZ BERNALES, Carlos, "Análisis dogmático de la posible responsabilidad penal del contador fiscal por el asesoramiento brindado a su cliente", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.º 51, Lima, 2013, pp. 165 y ss.
- JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana, "Intereses, tasas, anatocismo y usura", en *Revista Jurídica del Perú*, N.º 21, Trujillo, 2001, pp. 75 y ss.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos, "De los delitos societarios y contra los consumidores", en *RJG*, N.º 1, Lima, 1996, pp. 9 y ss.
- JOECKS, Wolfgang, *Steuerstrafrecht mit Zoll- und Verbrauchsteuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), 6. Aufl., München, Einleitung, 2005 [cit. *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.)].
- KINDHÄUSER, Urs, "Zur Struktur des Wuchertatbestands", en *NStZ* 1994, pp. 105 y ss.

- KNIFFKA, Rolf, “Aspekte der Tateinheit bei Steuerhinterziehung”, en *wistra* 1986, pp. 90 y ss.
- KOHLMANN, Günter, “Der Straftatbestand der Steuerhinterziehung – Anspruch und Wirklichkeit–”, en *Straverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht*, Kohlmann (Hrsg.), Köln, 1983, pp. 7 y ss. [cit. en *Straverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.)].
- KOHLMANN, Günter, *Steuerstrafrecht. Kommentar*, Köln, Stand: November 2006, § 370 [cit. *Steuerstrafrecht. Kommentar*].
- KOPACEK, Werner, *Strafbefreiende Selbstanzeige bei Steuerdelikten*, Berlín, 1967 [cit. *Strafbefreiende Selbstanzeige*].
- KRATZSCH, Dietrich, “Die Schwierigkeiten im Umgang mit der Selbstanzeige”, en *Straverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht*, Kohlmann (Hrsg.), Köln, 1983, pp. 287 y ss. [cit. en *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.)].
- KRISCH, Matthias, *Die Steuerhhehlerei § 374 AO*, Frankfurt a.M., 1993 [cit. *Die Steuerhhehlerei*].
- KUMMER, Wolfgang, “Steuerstrafrecht”, en *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 2004, [cit. *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.)].
- KUNERT, Heinz, “Zur Rückwirkung des milderen Steuerstrafgesetzes – Nicht nur ein Beitrag zur Parteispendenaffaire”, en *NStZ*, 1982, pp. 276 y ss.
- LACKNER, Karl y Kristian KÜHL, *Stragesetzbuch*, 24. Aufl., München, 2001.
- LAMAS PUCCIO, Luis, *Derecho penal económico aplicado al Código Penal*, Lima, s/f.
- LAMPE, Ernest Joachim, “Wirtschaftsstrafrecht”, en *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft*, Albers y otros (Hrsg.), 1981 [cit. *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft*, Albers y otros (Hrsg.)].
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *El delito de usura*, Bosch, Barcelona, 1968 [cit. *El delito de usura*].
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “La prevención penal de los riesgos laborales: Cinco preguntas”, en *Estudios Penales en Homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, pp. 565 y ss. [cit. *LH-Cobo del Rosal*].
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “Los delitos contra los derechos de los trabajadores”, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Serrano-Piedecabras/Demetrio Crespo (dir.), Madrid, 2008, pp. 329 y ss. [cit. *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Serrano-Piedecabras/Demetrio Crespo (dir.)].

Bibliografía

- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, "Seis tesis sobre la autoría en el delito contra la seguridad de los trabajadores", en *Protección penal de los derechos de los trabajadores, seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, Hortal Ibarra (coord.), Buenos Aires, 2009, pp. 203 y ss. [cit. en *Protección penal de los derechos de los trabajadores, seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, Hortal Ibarra (coord.)].
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, "Tres problemas de aplicación del delito fiscal: retroactividad, prescripción y exención de los partícipes por regularización". Versión en línea: <<http://bit.ly/1N7sl0q>> [consulta: 23 de setiembre 2002].
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Civitas, Madrid, 1994 [cit. *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*].
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Sobre la retroactividad penal favorable*, Civitas, Madrid, 2000 [cit. *Sobre la retroactividad*].
- LAUTERBACH, Reinhard, *Internationales Strafrecht und Teilnahme*, Breslau, 1933 [cit. *Internationales Strafrecht*].
- LESCH, Heiko, "Anmerkung", en *JR*, 2001, pp. 385 y ss.
- LÖFFLER, Christian, *Grund und Grenzen der steuerstrafrechtlichen Selbstanzeige*, 1992 [cit. *Grund und Grenzen*].
- LOHMAR, Jens, *Steuerstrafrechtliche Risiken typischer Bankgeschäfte*, Berlin, 2002 [cit. *Steuerstrafrechtliche Risiken typischer Bankgeschäfte*].
- LONDOÑO MARTÍNEZ, Fernando, "Ilícito de manipulación bursátil: Fenómeno y lesividad. Aspectos de política sancionatoria", en *Política criminal*, vol. 8, N.º 15, Santiago de Chile, 2013, pp. 64 y ss.
- LÖWE-KRAHL, Oliver, *Steuerhinterziehung*, 2. Aufl., Stuttgart, 2000 [cit. *Steuerhinterziehung*].
- LÜDERSEN, Klaus, "Die Parteispendenproblematik im Steuerrecht und Steuerstrafrecht – Vorsatz und Irrtum", en *wistra* 1983, pp. 223 y ss.
- LÜTT, Hans-Jürgen, *Das Handlungsunrecht der Steuerhinterziehung*, 1988 [cit. *Das Handlungsunrecht der Steuerhinterziehung*].
- LUGO VILLAFANA, Wiliam, "Las 'ganancias' obtenidas por medio de la comisión de delitos pueden estar sujetas a 'tributación': su 'incumplimiento' configura delito de defraudación tributaria?", en *Boletín Virtual, Facultad de Derecho*,

- Universidad Privada San Juan Bautista, fecha de publicación, Lima, 28-05-2009, pp. 1 y ss.
- LUZÓN PEÑA, Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general*, Universitas, Madrid, 1996 [cit. *Curso*, PG].
- MAIWALD, Manfred, *Conocimiento del ilícito y dolo en el Derecho penal tributario*, traducción Sancinetti, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997 [cit. *Conocimiento del ilícito*].
- MALAMUD GOTI, Jaime, *Derecho penal de la competencia*, Hammurabi, Buenos Aires, 1984 [cit. *Derecho penal de la competencia*].
- MALITZ, Michael, *Zur behördlichen Duldung im Strafrecht*, Berlín, 1995 [cit. *Zur behördlichen Duldung*].
- MARCHINI, Geneviève, “El sistema financiero peruano: 1970-2004”, en *México y la Cuenca del Pacífico*, vol. 7, N.º 23, Guadalajara, septiembre-diciembre de 2004, pp. 44 y ss.
- MARTÍNEZ, Juan José, “Los objetivos de la regulación del mercado de valores en la legislación nacional”, en *Thémis* N.º 47, Lima, 2003, pp. 235 y ss.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2.ª ed., Valencia, 2005 [cit. *Derecho penal económico*, PE].
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico, Parte General*, 2.ª ed., Valencia, 2007 [cit. *Derecho penal económico*, PG].
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, “El delito de defraudación tributaria”, en *Revista Penal* 1 Huelva, (1998), pp. 55 y ss.
- MARTÍNEZ RUIZ, Jesús, *La tutela jurídico-penal de las potestades administrativas de supervisión e inspección de los mercados financieros. El artículo 294 del Código Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2001 [cit. *La tutela jurídico-penal de las potestades administrativas*].
- MATTERN, B., *DStZ*, 1957, pp. 97 y ss.
- MAYER LUX, “Obtención fraudulenta de prestaciones estatales”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXII, 2009, pp. 283 y ss.
- MAYER LUX, Laura, “El patrimonio del Estado como objeto de protección penal”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXIX, Valparaíso, 2007, pp. 205 y ss.

Bibliografía

- MEINE, Hans-Gerd, “Die Abgrenzung von Vorbereitungshandlung und Versuchsbeginn bei der Hinterziehung von Veranlagungssteuern unter Zuhilfenahme einer falschen Buchführung”, en GA, 1978, pp. 325 y ss.
- MEINE, Hans-Gerd, *Das Vorteilausgleichsverbot in § 370 Abs. IV S. 3 AO 1977*, 1984 [cit. *Das Vorteilausgleichsverbot*].
- MERINO JARA, Isaac y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *El delito fiscal*, 2.ª ed., Reus, Madrid, 2004 [cit. *El delito fiscal*].
- MOCCIA, Sergio, “De la tutela de bienes a la tutela de funciones: Entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales”, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Libro Homenaje a Claus Roxin, Silva Sánchez (ed.), Barcelona, 1997, pp. 118 y ss. [cit. en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.)].
- MONTOYA VIVANCO, Yvan, “Los delitos contra las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo (art. 168-A CP)”, en *El penalista de dos mundos*, Libro Homenaje al Prof. Hurtado Pozo, Lima, 2013, pp. 537 y ss. [cit. *LH-Hurtado Pozo*].
- MORALES CORRALES, Pedro, “La empresa y el delito laboral”, en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, N.º 24, Lima, 1987, pp. 76 y ss.
- MORRIS, Felipe, “La reforma del sistema financiero”, en *La reforma incompleta. Rescatando los noventa*, Lima, 2007, pp. 313 y ss. [cit. *La reforma incompleta*].
- MÖSBAUER, Heinz, *Steuerstraf- und Steuerordnungswidrikeitenrecht*, 2. Aufl., München, 2000 [cit. *Steuerstraf- und Steuerordnungswidrikeitenrecht*].
- MOSER, DSIR 1956, pp. 463 y ss.
- MUÑOZ MERINO, Ana, *El delito de contrabando*, Aranzadi, Pamplona, 1992 [cit. *El delito de contrabando*].
- OEHLER, Dietrich, *Internationales Strafrecht*, 2. Aufl., Köln, 1983 [cit. *Internationales Strafrecht*].
- OLAIZOLA NOGALES, Inés, “Delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 316 y 317 CP) y su relación con los resultados lesivos”, en *InDret* 2/2010, pp. 1 y ss.
- ORÉ SOSA, Eduardo, “Delito de atentado contra las condiciones de seguridad e higiene industriales”, en *Boletín*, N.º 33, 19 de septiembre de 2011, Lima, Estudio Oré Guardia, pp. 1 y ss.

- ORTUBAY FUENTES, Miren, *Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código Penal*, Bilbao, 2000 [cit. *Tutela penal de las condiciones de trabajo*].
- OSSANDÓN WIDOW, María, “El sujeto activo en los delitos tributarios”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXVIII, Valparaíso, 2007, pp. 155 y ss.
- OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE, *Tratado de las Obligaciones*, t. V, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1996 [cit. *Tratado*, t. V].
- OTTO, Harro, “El abuso de información privilegiada como delito de peligro abstracto”, en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor al Profesor Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, pp. 453 y ss. [cit. *LH-Tiedemann*].
- OTTO, Harro, “Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz)”, en *ZStW*, 96, 1984, pp. 339 y ss.
- OTTO, Harro, “Hehlerei § 259 StGB”, en *Jura* 1985, pp. 148 y ss.
- OTTO, Harro, voz: Versuch, en *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), estado: hasta mayo de 1990, Heidelberg, pp. 1 y ss. [cit. Otto, voz: Versuch, en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.)].
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios en los mercados de valores”, pp. 1 y ss. Versión en línea: <www.academia.edu> [cit. *Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios en los mercados de valores*].
- PASTOR TORRES, Manuel Adrián y Daniela PONCE RÁZURI, “Una mirada al tratamiento de los riesgos en el nuevo acuerdo de capital (Basilea II) y su implementación en la regulación bancaria peruana”, en *Ius et Veritas*, N.º 40, Lima, 2010.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, “El delito de atentado contra las condiciones de seguridad e higiene industriales”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.º 42, Lima, 2012, pp. 151 y ss.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, “El delito de manipulación de precios en el mercado de capitales (artículo 251-B del CP)”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.º 60, Lima, 2014, pp. 179 y ss.

Bibliografía

- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, "Análisis de las modificaciones al tipo penal de atentados contra la seguridad y salud laboral", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.º 62, Lima, 2014, p. 114.
- PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte especial, I*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994 [cit. *Tratado*, PE, I].
- PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte especial, II-B*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1995 [cit. *Tratado*, PE, II-B].
- PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal, t. IV. Todo sobre lo ilícito tributario*, Grijley, Lima, 1996 [cit. *Tratado*, IV].
- PÉREZ LÓPEZ, Jorge, "Análisis del delito de contrabando", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.º 22, Lima, 2011, pp. 121 y ss.
- LÓPEZ PÉREZ, Jorge, "La concertación crediticia como delito financiero en el Código penal peruano", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.º 42, Lima, 2012, pp. 179 y ss.
- PÉREZ LÓPEZ, Jorge, "El delito de usura como delito socioeconómico" en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.º 51, septiembre de 2013, pp. 151 y ss.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes, "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, pp. 789 y ss. [cit. *LH-Rodríguez Mourullo*].
- PETERS, Peter, *Das Deutsche Insiderstrafrecht unter Berücksichtigung strafrechtlicher Konsequenzen für Kreditinstitute und prozessualer Durchsetzung*, Frankfurt a. M., 1997 [cit. *Das Deutsche Insiderstrafrecht*].
- PHILIPOWSKI, Rüdiger, "Steuerstrafrechtliche Probleme bei Bankgeschäften", en *Straverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht*, Kohlmann (Hrsg.), Köln, 1983, pp. 142 y ss. [cit. *Strafverfolgung*, Kohlmann, (Hrsg.)].
- PIÑA GARRIDO, María Dolores, "La retroactividad de la ley penal más favorable en los delitos contra la Hacienda Pública", en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.), Pamplona, 2002, pp. 281 y ss. [cit. *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.)].
- POHL, Rolf, *Steuerhinterziehung durch Steuerumgehung. Zugleich eine Studie zur Umgebungsbekämpfung im Strafrecht*, Frankfurt a.M., 1990 [cit. *Steuerhinterziehung*].

- PRIETO DEL PINO, Ana María, *El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*, Aranzadi, Pamplona, 2004 [cit. *Uso de información privilegiada en el mercado de valores*].
- QUINTANAR DIEZ, Manuel, *Un concreto aspecto del llamado Derecho penal económico: los delitos bursátiles*, CESEJ, Madrid, 2006 [cit. *Los delitos bursátiles*].
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, t. III, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965 [cit. *Tratado*, PE, t. III].
- RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea, “Criterios de la teoría de la imputación objetiva referidos al estudio del delito contra la seguridad y salud en el trabajo”, en *Estudios en Derecho y Gobierno*, Bogotá, 2008, pp. 7 y ss.
- RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea, “Determinación de la conducta típica como elemento objetivo del tipo de delito contra la seguridad y salud en el trabajo”, en *Revista Penal*, N.º 19, Lima, 2007, pp. 137 y ss.
- RAMÍREZ BECERRA, César, “La regularización tributaria como excusa absolutoria establecida en el 189 del Código Tributario”, en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, N.º 67, Lima, 2009, pp. 262 y ss.
- RANCAÑO MARTÍN, María Asunción, *El delito de defraudación tributaria*, Marcial Pons, Madrid, 1997 [cit. *El delito de defraudación tributaria*].
- RANSIEK, Andreas y Silke HÜLS, “Zum Eventualvorsatz bei der Steuerhinterziehung”, en *NStZ*, 2011, pp. 678 y ss.
- REAÑO PESCHIERA, José Leandro, “La responsabilidad penal de los asesores financieros por los actos de sus clientes”, en *Actualidad Jurídica*, t. 147, Lima, 2006, pp. 86 y ss.
- REAÑO PESCHIERA, José Leandro, “Límites a la atribución de responsabilidad por delitos tributarios cometidos en el ámbito empresarial”, en *Ius et veritas*, N.º 26, Lima, 2003, pp. 293 y ss.
- REAÑO PESCHIERA, José Leandro, *Derecho penal bursátil*, Horizonte, Lima, 2002 [cit. *Derecho penal bursátil*].
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, “El delito de defraudación tributaria. Aspectos sustantivos y procesales”, en *Delitos tributarios y aduaneros*, Lima, 2012, pp. 9 y ss. [cit. *Delitos tributarios y aduaneros*].
- REGGIARDO DENEGRI, Aldo, “Apuntes en torno a la intermediación bursátil, el contrato de comisión mercantil y su relación con los intermediarios bursátiles”, en *Thémis*, N.º 40, Lima, 2000, pp. 49 y ss.

Bibliografía

- REYNA ALFARO, Luis, "El delito de defraudación tributaria y las ganancias ilícitas. Una explicación político-criminal a una cuestionable praxis jurisprudencial", en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, N.º 1, Lima, 2011, pp. 97 y ss.
- REYNA ALFARO, Luis, "El abuso de información privilegiada en el Derecho penal peruano", en *La regulación penal del mercado de valores*, Lima, 2001, pp. 17 y ss. [cit. en *La regulación penal del mercado de valores*].
- REYNA ALFARO, Luis, "Los delitos contra los trabajadores en el Código penal peruano", en *Revista Jurídica Electrónica Cajamarca*, N.º 3, Cajamarca, 2001, s/p.
- REYNA ALFARO, Luis, *Manual de Derecho penal económico*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002 [cit. *Manual*].
- RIGHI, *Derecho penal económico comparado*, Edersa, Madrid, 1991 [cit. *Derecho penal económico*].
- RIQUERT, Marcelo, *Cuestiones de Derecho penal tributario y procesal penal tributario*, 2.ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2004 [cit. *Cuestiones*].
- RISCO VALERA, Rolando, "El delito de usura y la regulación de las tasas de interés en una economía de libre mercado", en *Thémis* N.º 35, pp. 88 y ss. Lima, 1997.
- RODRÍGUEZ DELGADO, Julio Antonio, "No a la sobrecriminalización: La descriminalización del delito de violación de la libertad de trabajo", en *Actualidad Laboral*, N.º 235, Lima, 1996, pp. 10 y ss.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, "Delitos contra los derechos de los socios y delitos de obstrucción", en *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, Galicia, 1998, pp. 229 y ss.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, "La criminalización del uso de la información privilegiada entre el sí y el no", en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, N.º Madrid, 37, 2007, pp. 595 y ss.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, "Interpretaciones contra opulentibus en los delitos tributarios", en *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, Bueno Arús/Guzmán Dálbora/Serrano Maíllo (coord.), Lima, 2006, pp. 1033 y ss. [cit. *LH-Serrano Gómez*].
- RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz, "Hacia un concepto único de seguridad y diligencia debida en la determinación de las responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales", en *Protección penal de los derechos de*

los trabajadores, seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina, Hortal Ibarra (coord.), Buenos Aires, 2009, pp. 3 y ss. [cit. *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Hortal Ibarra (coord.)].

ROSAS BUENDÍA, Ricardo, “Nueva Ley General de Aduanas: la obligación tributaria aduanera”, en *Revista Peruana de Derecho Tributario*, Revista Electrónica, N.º 10, Lima, 2008, pp. 1 y ss.

ROXIN, Claus, *Strafrecht*, AT, 3. Aufl., München, 1993 [cit. *Strafrecht*, AT].

ROY FREYRE, Luis E., *Derecho penal peruano. Parte especial, III*, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 1983 [cit. *Derecho penal peruano*, PE, III].

RUDOLPHI, Hans, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6. Aufl., 1997, §§ 2.

RUILOBA MORANTE, Augusto, “¿Por qué se regula la actividad bancaria?”, en *Ius et Veritas*, N.º 35, pp. 266 y ss. Lima, 2007.

RUÍZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, “Protección penal del mercado de valores. Recientes influencias de la jurisdicción administrativa”, en *Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores. Actas del II Seminario Internacional de Derecho Penal Económico*, Ruiz Rodríguez (ed.), Valencia, 2002, pp. 115 y ss. [cit. en *II Seminario Internacional de Derecho Penal Económico*, Ruiz Rodríguez (ed.)].

RUÍZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, “El abuso de información privilegiada en el Derecho penal español”, en *La regulación penal del mercado de valores*, Lima, 2001, pp. 75 y ss. [cit. *La regulación penal del mercado de valores*].

RUÍZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, *Protección penal del mercado de valores (infidelidades en la gestión de patrimonios)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997 [cit. *Protección penal del mercado de valores*].

RÜPING, Hinrich, “Blankettnormen als Zeitgesetze”, en *NStZ* 1984, pp. 450 y ss.

RUPPERT, Urban Ehrenfried, “Der Tag danach: Praktische Auswirkungen des Beschlusses zur fortgesetzten Handlung”, en *MDR*, 1994, pp. 973 y ss.

SAINZ CANTERO, José, “Los delitos laborales cinco años después”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, I, Santiago de Compostela, 1976-77, pp. 331 y ss.

SALINAS SICCHA, Ramiro, *Derecho penal. Parte especial*, 5.ª ed., Iustitia, Lima, 2013 [cit. *Derecho penal peruano*, PE].

Bibliografía

- SAMHAN SALGADO, Fiorella, *Ilícitos tributarios*, Instituto Pacífico, Lima, 2015 [cit. *Ilícitos tributarios*].
- SAMSON, Erich, "Irrtumsprobleme im Steuerstrafrecht", en *Straverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht*, Kohlmann (Hrsg.), Köln, 1983 [Strafverfolgung, Kohlmann (Hrsg.)].
- SAMSON, Erich, "Möglichkeiten einer legislatorischen Bewältigung der Parteispendenproblematik", en *wistra*, 1983, pp. 235 y ss.
- SAMSON, Erich, *Steuerstrafrecht*, 3. Aufl., Franzen/Gast/Samson, München, 1985, [cit. *Steuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Samson].
- SAN MARTÍN CASTRO, César, "Persecución del delito tributario, derecho al silencio y a la no autoincriminación", en *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal*, Libro Homenaje a Juan Bustos Ramírez, Urquiza (coord.), Lima, 2007, pp. 911 y ss. [cit. *LH-Bustos Ramírez*].
- SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, I, 2.ª ed., Grijley, Lima, 2003 [cit. *Derecho procesal penal*, I].
- SÁNCHEZ LÓPEZ, Virginia, *El delito de fraude de subvenciones en el nuevo Código Penal*, Colex, Madrid, 1997 [cit. *El delito de fraude de subvenciones*].
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, *El delito contable tributario*, Aranzadi, Pamplona, 1995 [cit. *El delito contable tributario*].
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, *La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria*, Aranzadi, Navarra, 2002 [cit. *La exención*].
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, "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, pp. 91 y ss. [¿Libertad económica o fraudes punibles?, Silva Sánchez (dir.)].
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, "Una aportación al estudio de la punibilidad a propósito de la autodenuncia tras el fraude fiscal", en *Dogmática penal de Derecho penal económico y política criminal*, Homenaje a Klaus Tiedemann, Urquiza/Abanto/Salazar (coord.), vol. I, Lima, 2011, pp. 675 y ss. [cit. *LH-Tiedemann*, vol. I].
- SCHÄFER, Helmut, "Amnestie für verdeckte Parteispenden durch Änderung des Steuerrechts?", en *wistra* 1983, pp. 167 y ss.

- SCHEFFLER, Uwe, "Zum Verständnis des Wucher gem. § 302a", en GA 1992, pp. 1 y ss.
- SCHINDHELM, Sandra, *Das Kompensationsverbot im Delikt der Steuerhinterziehung*, Frankfurt a.M., 2004 [cit. *Das Kompensationsverbot*].
- SCHLEE, Joerg, "Die Bedeutung der Pflichten für das Steuerstrafrecht", BB, 1971, pp. 815 y ss.
- SCHLÜCHTER, Ellen, *Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, Heidelberg, 1987 [cit. *Zweites Gesetz*].
- SCHMITZ, Roland, *wistra*, 1993, pp. 127 y ss.
- SCHRÖDER, "Straf- Bußgeldtatbestände im BörsG und WpHG", en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 10. Teil, 2 [cit. *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.)].
- SCHRÖDER, Christian, "Die Teilnahme im internationalen Strafrecht", ZStW 61 (1942), pp. 57 y ss.
- SCHULZE-OSTERLOH, Joachim, "Unbestimmtes Steuerrecht und strafrechtlicher Bestimmtheitsgrundsatz", en *Strafverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht*, Kohlmann (Hrsg.), Köln, 1983, pp. 63 y ss. [cit. *Strafverfolgung*, Kohlmann (Hrsg.)].
- SEELMANN, Kurt, "Grundfälle zur Hehlerei (§ 359 StGB)", en JuS 1988, p. 39.
- SEIJAS RENGIFO, Teresa, "Los delitos laborales", en *Actualidad Jurídica*, N.º 94, Lima, 2001, pp. 21 y ss.
- SEMINARA, Sergio, "Kapitalmarktinformationen und Strafrecht in rechtsvergleichender Sicht", en *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht*, Festschrift für Klaus Tiedemann, Berlin, 2008, pp. 1009 y ss. [cit. *Tiedemann-FS*].
- SEMINARA, Sergio, "El nuevo delito de *insider trading* en el ordenamiento jurídico italiano", en *I Congreso Hispano-Italiano de Derecho penal económico*, Martínez-Buján Pérez (dir.), A Coruña, 1998, pp. 159 y ss. [cit. *I Congreso*, Martínez-Buján Pérez (dir.)].
- SEMINARA, Sergio, "Aspectos problemáticos en materia de *insider trading*", en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor al Profesor Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, pp. 523 y ss. [cit. *LH-Tiedemann*].
- SERRA PUENTE-ARNAO, Gerardo, "La regulación en el mercado de los valores mobiliarios", en *Thémis*, N.º 40, pp. 37 y ss., Lima, 2000.

Bibliografía

- SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón, "La responsabilidad penal del empresario, personal técnico y de los servicios de prevención en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo", en *Revista Penal*, N.º 10, Huelva, 2002, pp. 94 y ss.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Hacia el Derecho penal del Estado de la prevención", en *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económica empresarial*, Silva Sánchez (dir.), Madrid, 2003, pp. 307 y ss. [cit. en *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Silva Sánchez (dir.),].
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "¿'Ex delicto'? Aspectos de la llamada 'responsabilidad civil' en el proceso penal", en *InDret*, julio de 2001. Versión en línea: <www.indret.com>.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "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, pp. 899 y ss. [cit. *LH-Cobo del Rosal*].
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Sobre la relevancia jurídico-penal de los actos de 'reparación'", en *Estudios de Derecho penal*, Lima, 2000, pp. 213 y ss. [cit. *Estudios de Derecho penal*].
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atelier, Barcelona, 2005 [cit. *Nuevo escenario*].
- STREE, Walter y Günter HEINE, en *Schönke/Schröder StGB-Kommentar*, 26. Aufl., München, 2001 [cit. *Schönke/Schröder StGB-Kommentar*].
- SUHR, Christian, *Rechtsgut der Steuerhinterziehung und Steuerverkürzung im Festsetzungsverfahren*, Diss., Kiel, 1988 [cit. *Rechtsgut der Steuerhinterziehung*].
- TAFEL, Hermann, *Die Geltung des Territorialprinzips im deutschen Reichsstrafrecht*, Stuttgart, 1902 [cit. *Die Geltung*].
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María, "La protección penal del inversor", en *Protección penal del consumidor en la Unión Europea*, García Rivas (coord.), 2005, pp. 133 y ss. [cit. *Protección penal del consumidor*].
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María, "Protección penal del mercado financiero", en *I Congreso Hispano-Italiano de Derecho penal económico*, Martínez-Buján Pérez (dir.), A Coruña, 1998, pp. 159 y ss. [cit. *I Congreso*, Martínez-Buján Pérez (dir.)].

- TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Derecho penal de la empresa*, Valladolid, 1995 [cit. *Derecho penal de la empresa*].
- TERSTEGEN, Walter Otto Wilhelm, *Steuerstrafrecht*, Köln, 1956 [cit. *Steuerstrafrecht*].
- TIEDEMANN, Klaus, "Der Subventionsbetrug", en *ZStW* 86, 1974, pp. 897 y ss.
- TIEDEMANN, Klaus, "Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und Übersicht", en *JuS*, 1989, pp. 691 y ss.
- TIEDEMANN, Klaus, *JR*, 1973, pp. 413 y ss.
- TIEDEMANN, Klaus, *Lecciones de Derecho penal económico*, PPU, Barcelona, 1993 [cit. *Lecciones*].
- TIEDEMANN, Klaus, *Poder económico y delito*, Ariel, Barcelona, 1985 [cit. *Poder económico*].
- TIEDEMANN, Klaus, *Subventionskriminalität in der Bundesrepublik. Erscheinungsformen, Ursachen, Folgerungen*, Hamburg, 1974 [cit. *Subventionskriminalität*].
- TIEDEMANN, Klaus, *Voz: Blankettstrafgesetzen*, en *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), hasta mayo de 1990, Heidelberg, pp. 1 y ss. [Voz: *Blankettstrafgesetzen*, *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.)].
- TIEDEMANN, Klaus, *Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil mit wichtigen Gesetzes- und Verordnungstexten*, Köln, 2006 [cit. *Wirtschaftsstrafrecht*, BT].
- TIEDEMANN, Klaus, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*, Köln, 2004 [cit. *Einführung*].
- TIEDEMANN, Klaus y Gerhart, DANNECKER, *Die gesetzliche Milderung im Steuerstrafrecht*, Köln, 1985 [cit. *Die gesetzliche Milderung*].
- TIEDEMANN, Klaus y Urs KINDHÄUSER, "Umweltstrafrecht – Bewährung oder Reform?", en *NStZ* 1988, pp. 337 y ss.
- TIMANÁ ÁLVAREZ, Melina y Laurence CHUNGA HIDALGO, "El delito de 'venta ilícita de mercadería' en el Derecho penal económico", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.º 64, Lima, 2014, pp. 166 y ss.
- TROEGER, Heinrich, *Steuerstrafrecht*, 2. Aufl., 1950 [cit. *Steuerstrafrecht*].
- TRÖNDLE, Herbert y Thomas FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 51. Aufl., München, 2003 [cit. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*].

Bibliografía

- UGARTE CATALDO, José Luis, “La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: De erizo a zorro”, en *Revista de Derecho*, vol. XX, N.º 2, Valdivia (Chile), 2007, pp. 49 y ss.
- UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José Carlos, “El delito contra la libertad de trabajo”, en *Themis*, N.º 26, Lima, 1993, pp. 103 y ss.
- URQUIZO OLAECHEA, José, “El delito de defraudación tributaria y la regularización tributaria”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.º 68, Lima, 2015, pp. 123 y ss.
- URQUIZO VIDELA, Gustavo, “Los delitos contables”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.º 28, Lima, 2011, pp. 215 y ss.
- VALLÉS Y PUJALS, Joan, *Del préstamo a interés, de la usura y de la hipoteca*, Bosch, Barcelona, 1933 [cit. *Del préstamo*].
- VAN WEEZEL, Alex, *Delitos tributarios*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007 [cit. *Delitos tributarios*].
- VÁSQUEZ VÁSQUEZ, Marlio, “Repercusiones de la nueva Ley de Títulos Valores en la aplicación del Derecho penal”, en *Gaceta Jurídica*, N.º 81 B, Lima, 2000, pp. 37 y ss.
- VEGA BILLÁN, Rodolfo, “¿Por qué debe derogarse la ley penal tributaria”, en *Actualidad Jurídica*, N.º 114, mayo, Lima, 2003, pp. 26 y ss.
- VEGA GUTIÉRREZ, Zamyra, “Problemas de tipicidad en las modalidades de insider trading (artículo 285 el CP español)”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.º 62, Lima, 2014, pp. 183 y ss.
- VEGA GUTIÉRREZ, Zamyra, *Mercado de Valores en Derecho penal*, Edisofer, Buenos Aires, 2013 [cit. *Mercado de Valores en Derecho penal*].
- VIDAL ALBARRACÍN, Héctor, *Delitos aduaneros*, 2.ª ed., Corrientes, Buenos Aires, 2006 [cit. *Delitos aduaneros*].
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando, “El marco jurídico del mercado de valores”, en *Themis*, N.º 40, pp. 17 y ss., Lima, 2000.
- VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald, “Revisión de los delitos de peligro a propósito de la protección de los trabajadores en el Derecho penal” en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.º 41, Lima, 2012, pp. 147 y ss.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal, Parte general*, Grijley, Lima, 2006 [cit. *Derecho penal*, PG].

- VILLEGAS PAIVA, Alexander, "El tipo penal de atentados contra la seguridad y salud en el trabajo", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.º 63, Lima, 2014, pp. 21 y ss.
- VIRGOLINI Julio y Mariano SILVESTRONI, "Delito e infracción tributaria", en *Derecho penal tributario. Cuestiones críticas*, Galván (coord.), Santa Fe, 2005, pp. 121 y ss. [cit. *Derecho penal tributario*. Galván (coord.)].
- VOGEL, Klaus, "Begrenzung von Subventionen durch ihrem Zweck", en *Festschrift für Ipsen zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 1977, pp. 539 y ss. [cit. *LH-Ipsen*].
- VON DER HEIDE, Isabella María, *Tatbestands- und Vorsatzprobleme bei der Steuerhinterziehung nach § 370 AO*, Bochum, 1986 [cit. *Tatbestands- und Vorsatzprobleme*].
- VOSS, Reimer, *Steuerstrafrecht mit Zoll- und Verbrauchsteuerstrafrecht*, Franzen/Gast/Joocks (Hrsg.), 6. Aufl., München, 2005 [cit. *Steuerstrafrecht*].
- WABNITZ, Heinz-Bernd y Thomas JANOVSKY (Hrsg.), *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 2. Aufl., C.H. Beck Verlag, München, 2004 [cit. *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.)].
- WARDA, Heinz-Günter, *Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen*, Berlín, 1955 [cit. *Abgrenzung*].
- WINKELBAUER, Wolfgang, *Zur Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts*, Berlín, 1985 [cit. *Zur Verwaltungsakzessorietät*].
- WULF, Martin, *Handeln und Unterlassen im Steuerstrafrecht*, Baden-Baden, 2001 [cit. *Handeln und Unterlassen*].
- YON RUESTA, Roger, "¿Usura en el Perú?", en *Ius et veritas*, N.º 22, Lima, 2001. pp. 225 y ss.
- ZSCHOCKELT, Alfons, "Die praktische Handhabung nach dem Beschluß des Großen Senats für Strafsachen zur fortgesetzten Handlung", en *NStZ*, 1994, pp. 361 y ss.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, "Problemas de responsabilidad (penal, administrativa y civil) en el ámbito empresarial por accidentes de trabajo", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N.º 10-10, 2008, pp. 10: 1 y ss.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, "Los delitos societarios: entre las transformaciones del Derecho penal y del Derecho de sociedades", en *Derecho Penal*, Universidad de Friburgo, Hurtado Pozo (dir.), pp. 1 y ss. Versión en línea: <<http://bit.ly/1P7jTwN>>.

ÍNDICE ANALÍTICO DE LOS TRES VOLUMENES DE LA OBRA

Las cifras remiten a las páginas del libro, precedidas por una cifra en números romanos en **negrita**, correspondiente a cada uno de los tres volúmenes (I, II o III).

Abogado (Pago de honorarios), I 615.

Actividad financiera del Estado. V. *Delitos contra la actividad financiera del Estado*.

Actos de deterioro y confusión del dinero, I 208.

Administración de personas jurídicas. V. *Delito de administración fraudulenta de personas jurídicas; Fraude en la administración de personas jurídicas*.

Administración fraudulenta de patrimonio de propósito especial. V. *Delito de administración fraudulenta de patrimonio de propósito especial*.

Aduanas. V. *Contrabando; Defraudación de rentas de aduanas; Delito de financiamiento de delitos aduaneros; Delito de receptación aduanera; Delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas; Delitos aduaneros*

Adulteración

Delito de — de bienes de primera necesidad, II 725 y ss.

Delito de — de terminales celulares, II 740 y ss.

Agiotaje societario, I 432.

Agricultura. V. *Delito de utilización indebida de tierras agrícolas*.

Alcohol metílico. V. *Delito de comercialización de alcohol metílico*.

Alimentos

Delito de alteración de bienes de uso o consumo humano, II 750 y ss., II 770 y ss.

Delito de alteración alimentaria, II 761.

Delito de venta de animales de consumo humano peligroso, II 798.

Delito de utilización de desechos sólidos para la alimentación de animales de consumo humano, II 911.

Alteración

— del valor del dinero, I 188 y ss.

Tráfico de dinero falso o alterado, I 192 y ss.

Delitos de — de bienes, II 750.

Delito de — de bienes de uso o consumo humano, II 750 y ss., II 770 y ss.

- Delito de — alimentaria, II 761.
- Delito de — de medicamentos, II 763.
- Delitos de tráfico de bienes alterados, II 769 y ss.
- Delito de tráfico de medicamentos alterados, II 805.
- Delito de — del paisaje, II 1022 y ss.

Alteración del paisaje. V. *Delito de alteración del paisaje*.

Alteración del valor del dinero

- Alteración del valor nominal del dinero, I 188.
- Sujetos, I 188.
- Conducta típica, I 188.
- Elemento subjetivo, I 190.
- Consumación, I 190.
- Penalidad, I 190.
- Alteración del valor intrínseco de la moneda, I 191.
- Agravantes, I 211.

Animales de consumo humano peligroso. V. *Delito de venta de animales de consumo humano peligroso*.

Asociación ilícita, I 211.

Asunción indebida de préstamos para la persona jurídica, I 438.

Auditoría

- interna y externa, I 538.
- Informes de — distorsionados, I 467 y ss.

Autocartera encubierta, I 435.

Autorización de actividad urbanizadora contraria a planes o usos previstos. V. *Delito de autorización de actividad urbanizadora contraria a planes o usos previstos*.

Banco (s)

- Cheque, I 219 y ss.
- Delito de estafa referido a los datos de tarjetas bancarias, I 299.
- Delito de fraude informático aplicado a las tarjetas bancarias, I 308.
- Fraude sobre tarjetas bancarias, I 299, I 308.
- Fraudes al sistema bancario y financiero, II 1063 y ss.

Bebidas alcohólicas ilegales. V. *Delito de tráfico de bebidas alcohólicas ilegales*.

Bienes

- Delito de adulteración de — de primera necesidad, II 725 y ss.
- Delitos de alteración de —, II 750.
- Delito de alteración de — de uso o consumo humano, II 750.
- Delitos de tráfico de — alterados, II 769 y ss.
- Delito de tráfico de — de uso o consumo humano alterados, II 770.
- Delito de tráfico ilegal de — tóxicos o peligrosos, II 783.
- Delito de especulación de — de primera necesidad, III 1242 y ss.
- Ocultación de —, I 348.

Índice analítico

Delitos contra las condiciones del tráfico de —, I 503.

— tóxicos o peligrosos. V. *Delito de tráfico ilegal de bienes tóxicos o peligrosos*.

Billete

Actos de deterioro y confusión del dinero, I 208.

Alteración del valor del dinero, I 188 y ss.

Delitos contra la credibilidad del dinero como medio de pago, I 169 y ss.

Delitos contra los medios de pago, I 167 y ss.

Delitos contra los medios de pago no dinerarios, I 217 y ss.

Falsificación de dinero, I 180 y ss.

Tráfico de dinero falso o alterado, I 192.

Bosques. V. *Delito de daño a bosques o formaciones boscosas*.

Cambio preferencial. V. *Delito de malversación de subvención del tipo de cambio preferencial por venta de mercancías a precios superiores; Delito de malversación de subvención de tipo de cambio preferencial o de régimen tributario especial por aplicación de las mercancías importadas a finalidad distinta*.

Cheque (s)

Formalidades, I 219.

Emisión, endoso y pago del —, I 220.

Emisión, I 220.

Endoso, I 221, I 251.

Pago, I 222.

— especiales, I 225.

— cruzado, I 225.

— para abono en cuenta, I 226.

— intransferible, I 226.

— certificado, I 226.

— de gerencia, I 227.

— giro, I 227.

— garantizado, I 228.

— de viajero, I 228.

— de pago diferido, I 229.

Acciones cambiarias derivadas del —, I 229.

V. también *Delito de libramiento y cobro indebidos de cheque*.

Clonación de línea de telefonía celular. V. *Delito de clonación de línea de telefonía celular y adulteración de terminales celulares*.

Coacción a funcionarios en acciones de control sobre actividades forestales. V. *Delito de coacción a funcionarios en acciones de control sobre actividades forestales*.

Cobro indebido de cheque, I 218 y ss.

Colusión desleal. V. *Colusión desleal agravada; Colusión desleal simple; Delito de colusión desleal*.

Colusión desleal agravada, II 1113.

Colusión desleal simple

Ámbito de aplicación, II 1094.

Sujetos, II 1098.

- Conducta típica, II 1103.
- Elemento subjetivo, II 1109.
- Consumación y tentativa, II 1110.
- Intervención delictiva, II 1110.
- Penalidad, II 1113.
- Comercialización de alcohol metílico. V. *Delito de comercialización de alcohol metílico*.
- Comercio clandestino de productos, III 1518 y ss.
- Competencia
 - Libre —, I 37 y ss.
 - Delitos contra la —, I 37 y ss.
 - Protección de la —, I 42.
 - Modelos de protección jurídica de la —, I 42.
 - Protección de la libre — en el Perú, I 47.
 - Protección administrativa de la libre —, I 48.
 - Protección penal de la libre —, I 50.
- Concentración crediticia, III 1660.
- Concurrencia de sanciones penales con sanciones administrativas
 - ¿Existe una situación de *non bis in idem*?, II 823.
 - Non bis in idem* material, II 825.
 - Non bis in idem* procesal, II 825.
 - El caso especial de los delitos contra la salud de los consumidores, II 826.
- Concursal
 - Delitos contra el sistema crediticio, I 319 y ss.
 - Delito de fraude — doloso, I 342 y ss.
 - Fraude — culposo, I 366 y ss.
 - Suspensión fraudulenta de la exigibilidad de las obligaciones en un procedimiento —, I 371 y ss.
- Condicionamiento de créditos, III 1669.
- Consumidores. V. *Delitos contra el derecho a la información de los consumidores; Delitos contra la salud de los consumidores; Delitos contra los consumidores; Delitos contra los intereses económicos de los consumidores*.
- Contabilidad
 - Fraude contable, I 425.
 - Informes técnicos y contables de los funcionarios de la administración aduanera, III 1626.
- Contabilidad paralela
 - Bien jurídico penalmente protegido, I 484.
 - Tipo penal, I 486.
 - Sujetos del delito, I 487.
 - Conducta típica, I 490.
 - Ley penal en blanco, I 491.
 - Elemento subjetivo, I 494.
 - Consumación, I 494.
 - Intervención delictiva, I 495.
 - Penalidad, I 496.

Índice analítico

- Concursos, I 497.
- Concurrencia con el ámbito administrativo sancionatorio, I 498.
- Contaminación ambiental.** V. *Cuestiones administrativas y procesales de los delitos contra el medio ambiente; Delito de falsedad en instrumentos de gestión ambiental; Delito de favorecimiento indebido de derecho habilitante de obra o actividad lesiva del medio ambiente; Delito de favorecimiento de delito ambiental; Delitos de minería ilegal; Delitos ambientales; Delitos contra el recurso natural del suelo; Delitos de contaminación; Delitos de contaminación medioambiental; Responsabilidad penal por la gestión y el control ambiental.*
- Contrabando,** III 1545.
- Contratación estatal**
 - Corrupción en las licitaciones, I 58.
 - Delito de manipulación en licitaciones, I 54 y ss.
 - Alejamiento indebido de postor, I 62.
- Control de precios.** V. *Delitos contra el control de precios.*
- Control económico.** V. *Delito de obstaculización de las labores de control económico.*
- Corrección estatal en la economía.** V. *Delitos contra los actos de corrección estatal en la economía.*
- Crédito promocional.** V. *Delito de malversación de crédito promocional.*
- Criminalidad organizada,** I 506, I 518.
- Cuestiones administrativas y procesales de los delitos contra el medio ambiente**
 - Cuestiones administrativas, II 1045.
 - Delimitación entre el delito ambiental y las infracciones administrativas ambientales, II 1045.
 - Non bis in idem,* II 1048.
 - Cuestiones procesales, II 1050.
 - Actor civil, II 1050.
 - Prueba, II 1051.
 - Colaboración eficaz, II 1053.
 - Informe técnico de la autoridad ambiental, II 1054.
 - Imposición de medidas cautelares, II 1056.
- Decomiso,** I 645.
- Defraudación de rentas de aduanas,** III 1567.
- Delito de administración fraudulenta de patrimonio de propósito especial**
 - Regulación de los patrimonios de propósito exclusivo, I 457.
 - Tipo penal, I 459.
 - Sujetos del delito, I 460.
 - Conducta típica, consumación y tentativa, I 462.
 - Tipo subjetivo, I 464.
 - Intervención delictiva, I 465.
 - Penalidad, I 465.
 - Aspectos procesales, I 465.
- Delito de administración fraudulenta de personas jurídicas**
 - Introducción, I 393.
 - Antecedentes, I 394.

- Criterios generales de interpretación, I 395.
- Incrimación penal, I 396.
- Bien jurídico penalmente protegido, I 398.
- Accesoriedad conceptual, I 400.
- Análisis del tipo penal, I 403.
- Elementos comunes, I 403.
- Delito especial propio, I 403.
- Perjuicio a la persona jurídica o a terceros, I 410.
- Modalidades de administración fraudulenta, I 413.
- Omisión de comunicar intereses incompatibles, I 416.
- Falsas informaciones sociales, I 419.
- Fraude contable, I 425.
- Reparto de utilidades inexistentes, I 430.
- Agiotaje societario, I 432.
- Autocartera encubierta, I 435.
- Asunción indebida de préstamos para la persona jurídica, I 438.
- Uso en provecho propio, o de otro, del patrimonio de la persona jurídica, I 440.
- Tipo subjetivo, I 443.
- Consentimiento, I 445.
- Intervención delictiva, I 447.
- Cuestiones generales, I 447.
- Administraciones conjuntas, I 448.
- Socios y asesores, I 451.
- Grupos de empresas, I 452.
- Concurso, I 454.
- Penalidad, I 456.
- Delito de adulteración de bienes de primera necesidad**
 - Bien jurídico protegido, II 725.
 - Sujetos del delito, II 726.
 - Conducta típica, II 727.
 - Elemento subjetivo, II 732.
 - Consumación, II 733.
 - Concursos, II 733.
 - Penalidad y agravación, II 734.
- Delito de alteración alimentaria, II 761.**
- Delito de alteración de bienes de uso o consumo humano**
 - Alteración de bienes e insumos, II 750.
 - Alteración de la fecha de vencimiento, II 755.
 - Penalidad y agravación, II 757.
 - Delito de alteración alimentaria, II 761.
 - Delito de alteración de medicamentos, II 763.
- Delito de alteración de medicamentos, II 763.**

Índice analítico

Delito de alteración del paisaje

Sujetos, II 1022.
Conducta típica, II 1022.
Elemento subjetivo, II 1024.
Consumación, II 1024.
Penalidad, II 1025.

Delito de autorización de actividad urbanizadora contraria a planes o usos previstos

Sujetos, II 1015.
Conducta típica, II 1017.
Elemento subjetivo, II 1020.
Consumación, II 1020.
Penalidad, II 1021.
Concursos, II 1021.

Delito de clonación de línea de telefonía celular y adulteración de terminales celulares

Bien jurídico penalmente protegido, II 740.
Sujetos del delito, II 741.
Conducta típica, II 741.
Elemento subjetivo, II 743.
Consumación y tentativa, II 743.
Penalidad, II 743.

Delito de coacción a funcionarios en acciones de control sobre actividades forestales

Sujetos, II 1004.
Conducta típica, II 1004.
El elemento subjetivo, II 1005.
Consumación, II 1005.
Penalidad y agravantes, II 1006.
Concurso, II 1006.

Delito de colusión desleal

Introducción, II 1089.
El bien jurídico penalmente protegido, II 1090.
El tipo penal, II 1093.
Colusión desleal simple, II 1094 y ss.
Colusión desleal agravada, II 1113.
Causas de justificación, II 1117.
Cumplimiento de un deber, II 1117.
Situaciones de necesidad, II 1118.

Delito de comercialización de alcohol metílico

Sujetos del delito, II 788.
Conducta típica, II 789.
Elemento subjetivo, II 791.
Consumación, II 792.
Penalidad, II 793.

Delito de concentración crediticia, III 1660.

Delito de condicionamiento de créditos, III 1669.

Delito de contrabando, III 1545.

Delito de daño a bosques o formaciones boscosas

Sujetos, II 967.

Conducta típica, II 968.

Resultado típico, II 970.

Elemento subjetivo, II 970.

Consumación, II 971.

Penalidad y agravantes, II 971.

Delito de defraudación de rentas de aduanas, III 1567.

Delito de depredación de flora o fauna silvestres protegidas

Sujetos, II 953.

Conducta típica, II 953.

El elemento subjetivo, II 956.

Consumación, II 957.

Penalidad y agravantes, II 957.

Concurso, II 960.

Delito de emisión ilegal de numerario

Sujetos del delito, III 1288.

Conducta típica, III 1290.

Elemento subjetivo, III 1292.

Consumación, III 1292.

Penalidad, III 1292.

Delito de especulación de bienes de primera necesidad

Bien jurídico penalmente protegido, III 1243.

Elementos constitutivos del delito, III 1244.

Sujetos del delito, III 1244.

Conducta típica, III 1246.

Elementos típicos, III 1246.

Remisión a disposiciones administrativas, III 1248.

Tipo subjetivo, III 1250.

Consumación y tentativa, III 1251.

Intervención delictiva, III 1252.

Penalidad, III 1252.

Delito de especulación de cantidades fijadas en embalajes o recipientes

Bien jurídico penalmente protegido, II 717.

Sujetos del delito, II 718.

Conducta típica, II 719.

Elemento subjetivo, II 720.

Consumación, II 721.

Penalidad, II 721.

Agravantes, II 722.

Índice analítico

Delito de especulación de precios previamente fijados

- Bien jurídico penalmente protegido, II 708.
- Sujetos del delito, II 710.
- Conducta típica, II 712.
- Elemento subjetivo, II 714.
- Consumación, II 715.
- Penalidad, II 716.

Delito de especulación en el peso o medida

- Bien jurídico protegido, II 734.
- Sujetos del delito, II 736.
- Acción típica, II 736.
- Elemento subjetivo, II 738.
- Consumación, II 738.
- Pena y agravación, II 738.

Delito de establecimiento de un vertedero ilegal de residuos sólidos

- Sujetos, II 903.
- Conducta típica, II 904.
- Tipo subjetivo, II 908.
- Consumación, II 909.
- Pena, II 910.

Delito de estafa de crédito

- Bien jurídico penalmente protegido, II 1064.
- Elementos constitutivos del delito, II 1065.
- Sujetos, II 1066.
- Conducta típica, II 1069.
- Elemento subjetivo, II 1072.
- Resultado típico, II 1073.
- Consumación y tentativa, II 1075.
- Penalidad y agravación, II 1075.
- Relaciones concursales, II 1077.

Delito de estafa referido a los datos de tarjetas bancarias

- Necesidad político-criminal del tipo penal, I 299.
- Bien jurídico penalmente protegido, I 302.
- Elementos del tipo penal, I 302.
- Sujetos, I 302.
- Conducta típica, I 303.
- Sustracción o acceso a los datos de las tarjetas bancarias, I 304.
- Operación que provoca el perjuicio patrimonial, I 306.
- Objeto material del delito, I 306.
- Elemento subjetivo, I 306.
- Consumación, I 307.
- Concursos, I 307.
- Penalidad, I 308.

Delito de explotación ilegal de juegos de casino y máquinas tragamonedas

Introducción, III 1773.
Regulación, III 1775.
Bien jurídico penalmente protegido, III 1784.
Tipo penal, III 1785.
Sujetos del delito, III 1785.
Conducta típica, III 1786.
Elemento subjetivo, III 1788.
Consumación y tentativa, III 1788.
Penalidad, III 1789.

Delito de extracción ilegal de especies acuáticas

Sujetos, II 962.
Conducta típica, II 962.
Elemento subjetivo, II 965.
Consumación, II 966.
Penalidad, II 966.

Delito de falsa información suministrada por sociedades emisoras de valores, III 1762.

Delito de falsedad en instrumentos de gestión ambiental

Sujetos, II 1042.
Conducta típica, II 1042.
Elemento subjetivo, II 1043.
Consumación, II 1044.
Penalidad, II 1044.

Delito de favorecimiento de delito ambiental

Sujetos, II 1038.
Conducta típica, II 1039.
Elemento subjetivo, II 1040.
Consumación, II 1040.
Penalidad, II 1041.

Delito de favorecimiento indebido de derecho habilitante de obra o actividad lesiva del medio ambiente

Sujetos, II 1031.
Conducta típica, II 1032.
Elemento subjetivo, II 1035.
Consumación, II 1035.
Penalidad, II 1036.
Concurso, II 1036.

Delito de financiamiento de delitos aduaneros, III 1594.

Delito de financiamiento de minería ilegal

Sujetos, II 931.
Conducta típica, II 932.
Elemento subjetivo, II 933.
Consumación, II 934.

Índice analítico

- Penalidad, II 935.
- Concurso, II 935.
- Delito de fraude concursal**
 - Delito de fraude concursal doloso, I 342 y ss.
 - Fraude concursal culposo, I 366 y ss.
 - Suspensión fraudulenta de la exigibilidad de las obligaciones en un procedimiento concursal, I 371 y ss.
- Delito de fraude informático aplicado a las tarjetas bancarias**
 - Necesidad político-criminal, I 309.
 - Bien jurídico penalmente protegido, I 311.
 - Elementos típicos, I 312.
 - Sujetos, I 312.
 - Conducta típica, I 312.
 - Tipo subjetivo, I 315.
 - Consumación, I 315.
 - Pena y agravación, I 316.
- Delito de incumplimiento de los requerimientos de información**
 - Sujetos, I 640.
 - Conducta típica, I 641.
 - Elemento subjetivo, I 643.
 - Consumación, I 643.
 - Penalidad, I 644.
 - Consecuencias accesorias, I 644.
 - Decomiso, I 645.
 - Consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas, I 646.
- Delito de incumplimiento del deber de poner a disposición las divisas**
 - Sujetos del delito, III 1297.
 - Conducta típica, III 1297.
 - Elemento subjetivo, III 1298.
 - Consumación, III 1299.
 - Penalidad, III 1299.
- Delito de instituciones financieras ilegales, III 1688.**
- Delito de intermediación transaccional fraudulenta, III 1756.**
- Delito de lavado de activos**
 - Introducción, I 505.
 - Aspectos criminológicos, I 506.
 - Vinculación criminológica del — con la criminalidad organizada, I 506.
 - Características criminológicas del —, I 510.
 - Lesividad del — en el sistema económico, I 510.
 - Modelo de fases del —, I 511.
 - Colocación, I 511.
 - Ensombrecimiento, I 512.
 - Integración, I 513.

Conductas periféricas, I 514.
Transnacionalidad del —, I 515.
Profesionalización del proceso de —, I 517.
Decisiones político-criminales: la lucha contra la criminalidad organizada, I 518.
Lucha en el plano internacional, I 518.
Lucha en el plano nacional, I 523.
Respuesta jurídica frente al —, I 526.
Sistema administrativo de prevención y detección del —, I 527.
Sujetos obligados, I 528.
Sujetos obligados a incorporar un sistema de prevención y detección del —, I 529.
Sujetos obligados a comunicar determinado tipo de operaciones, I 533.
Sujetos obligados a suministrar la información requerida, I 535.
Órganos supervisores, I 535.
Facultades de supervisión, I 536.
Órganos de colaboración, I 537.
Oficial de cumplimiento, I 537.
Auditoría interna y externa, I 538.
Sanciones administrativas, I 538.
Ley penal contra el —, I 540.
Bien jurídico protegido, I 543.
Planteamientos uniofensivos, I 545.
Bien jurídico protegido por el delito previo, I 545.
Administración de justicia, I 546.
Seguridad interna, I 548.
Orden económico, I 548.
Planteamientos pluriofensivos, I 549.
Toma de postura, I 550.
Tipos penales, I 556.
Tipo básico del delito de —, I 557.
Sujetos, I 557.
Conducta típica, I 561.
Modalidades de realización del delito, I 561.
Imputación objetiva, I 572.
Objeto material del delito, I 575.
Origen ilícito: el delito previo, I 576.
Sentido dogmático del término “actividades criminales”, I 579.
Alcance del origen delictivo, I 584.
Autonomía del delito de —, I 596.
Tipo subjetivo, I 601.
Dolo, I 601.
¿La culpa?, I 604.
¿Elemento subjetivo especial?, I 607.
Consumación, I 609.

Índice analítico

- Intervención delictiva, I 611.
- Concursos, I 612.
- Caso de los negocios socialmente adecuados, en especial el pago de honorarios profesionales al abogado, I 615.
- Penalidad, I 621.
- Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, I 622.
- Circunstancias atenuantes, I 622.
- Circunstancias agravantes, I 625.
- Agravante de primer grado, I 625.
- Agravante de segundo grado, I 628.
- por medio de instituciones financieras, I 653.
- Delito de libramiento y cobro indebidos de cheque**
 - Regulación legal del cheque, I 218.
 - Bien jurídico penalmente protegido, I 230.
 - Figuras delictivas, I 234.
 - Conducta típica general, I 235.
 - Conductas típicas específicas, I 237.
 - Giro de cheques sin fondos, I 237.
 - Frustración del pago, I 242.
 - Imposibilidad de pago, I 245.
 - Revocación encubierta del pago, I 246.
 - Cobro indebido, I 248.
 - Endoso indebido de cheque, I 251.
 - Tentativa, I 252.
 - Situaciones de justificación, I 254.
 - Concursos, I 254.
 - Punibilidad, I 255.
 - Penalidad y consecuencias accesorias, I 259.
- Delito de malversación de crédito promocional**
 - Sujetos del delito, III 1387.
 - Conducta típica, III 1387.
 - Tipo subjetivo, III 1388.
 - Consumación y tentativa, III 1389.
 - Causas de justificación, III 1389.
 - Penalidad, III 1389.
- Delito de malversación de subvención del tipo de cambio preferencial o de régimen tributario especial por aplicación de las mercancías importadas a finalidad distinta**
 - Sujetos del delito, III 1378.
 - Conducta típica, III 1379.
 - Elemento subjetivo, III 1380.
 - Consumación, III 1381.
 - Penalidad, III 1381.

Delito de malversación de subvención del tipo de cambio preferencial por venta de mercancías a precios superiores

Sujetos del delito, III 1372.
Conducta típica, III 1373.
Elemento subjetivo, III 1377.
Consumación, III 1377.
Penalidad, III 1377.

Delito de malversación de subvención en zona de tratamiento tributario especial

Sujetos del delito, III 1382.
Conducta típica, III 1383.
Elemento subjetivo, III 1385.
Consumación, III 1385.
Penalidad, III 1385.
Concurso, III 1386.

Delito de malversación de subvenciones para la importación de mercancías

Delito de malversación de subvención del tipo de cambio preferencial por venta de mercancías a precios superiores, III 1372 y ss.
Delito de malversación de subvención de tipo de cambio preferencial o de régimen tributario especial por aplicación de las mercancías importadas a finalidad distinta, III 1378.

Delito de manipulación de precios en el mercado de valores, III 1739.

Delito de obstaculización de la actividad administrativa relacionada con la actividad minera

Sujetos, II 936.
Conducta típica, II 937.
Elemento subjetivo, II 939.
Consumación, II 939.
Penalidad, II 940.

Delito de obstaculización de las labores de control económico

Introducción, III 1633.
Bien jurídico penalmente protegido, III 1634.
Elementos constitutivos del delito, III 1638.
Sujetos del delito, III 1638.
Conducta típica, III 1641.
Elemento subjetivo, III 1643.
Consumación, III 1644.
Situación de inexigibilidad, III 1644.
Concurrencia de sanción administrativa y pena, III 1645.

Delito de obstaculización de las labores de supervisión en el sistema financiero, III 1681.

Delito de obstrucción a las acciones de control

Sujetos, II 998.
Conducta típica, II 998.
Elemento subjetivo, II 1000.
Consumación, II 1000.
Penalidad y agravantes, II 1001.

Índice analítico

Delito de omisión de comunicar operaciones sospechosas

- Sujetos, I 629.
- Conducta típica, I 631.
- Ley penal en blanco: cláusula de remisión, I 633.
- Elemento subjetivo, I 634.
- Consumación y punibilidad, I 635.
- Situación de inexigibilidad, I 636.
- Concurso, I 637.
- Penalidad, I 638.

Delito de omisión de provisiones específicas, III 1675.

Delito de pánico financiero, III 1693.

Delito de piratería de productos violatorios de la propiedad industrial

- Sujetos, 105.
- Conducta típica, I 108.
- Objeto material del delito, I 114.
- Inventiones, I 114.
- Signos distintivos, I 120.
- Tipo subjetivo, I 127.
- Consumación, I 132.
- Supuestos específicos de atipicidad y justificación, I 133.
- Vigencia de la patente y la marca, I 133.
- Nulidad del registro, I 135.
- El consentimiento del titular, I 137.
- El licenciamiento para la explotación de la propiedad industrial, I 139.
- La intervención delictiva, I 140.
- Penalidad, I 141.
- Concursos, I 150.
- Agravantes, I 154.

Delito de preparación de la minería ilegal

- Sujetos, II 941.
- Conducta típica, II 941.
- Elemento subjetivo, II 943.
- Consumación, II 944.
- Concurso, II 944.
- Penalidad, II 945.

Delito de receptación aduanera, III 1586.

Delito de tráfico de bebidas alcohólicas ilegales

- Sujetos del delito, II 793.
- Conducta típica, II 794.
- Elemento subjetivo, II 796.
- Consumación, II 796.
- Penalidad, II 797.

Delito de tráfico de bienes de uso o consumo humano alterados

Sujetos del delito, II 770.
Conducta típica, II 771.
Elemento subjetivo, II 777.
Consumación y tentativa, II 779.
Penalidad y agravación, II 780.

Delito de tráfico de medicamentos alterados

Sujetos del delito, II 805.
Conducta típica, II 806.
Elemento subjetivo, II 808.
Consumación, II 809.
Penalidad y agravación, II 810.

Delito de tráfico de medicamentos vencidos

Sujetos del delito, II 812.
Conducta típica, II 813.
Elemento subjetivo, II 813.
Consumación, II 814.
Penalidad y agravación, II 814.

Delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas, III 1599.

Delito de tráfico ilegal de bienes tóxicos o peligrosos

Los sujetos del delito, II 783.
La conducta típica, II 783.
El elemento subjetivo, II 786.
La consumación, II 787.
La penalidad, II 787.

Delito de tráfico ilegal de especies acuáticas

Sujetos, II 981.
Conducta típica, II 981.
Elemento subjetivo, II 983.
Consumación, II 983.
Penalidad y agravantes, II 984.

Delito de tráfico ilegal de recursos forestales maderables protegidos

Sujetos, II 984.
Conducta típica, II 985.
Elemento subjetivo, II 987.
Consumación, II 989.
Penalidad y agravantes, II 989.
Concurso, II 992.

Delito de tráfico ilegal de residuos peligrosos

Sujetos, II 914.
Conducta típica, II 914.
Resultado típico, II 917.
Elemento subjetivo, II 918.

Índice analítico

- Consumación, II 918.
- Pena, II 919.
- Concurso, II 919.
- Delito de uso de información privilegiada**
 - Introducción, III 1716.
 - Sujetos del delito, III 1720.
 - Conducta típica, III 1723.
 - Objeto material del delito, III 1727.
 - Resultado típico, III 1732.
 - Elemento subjetivo, III 1734.
 - Consumación y tentativa, III 1735.
 - Intervención delictiva, III 1736.
 - Penalidad y agravación, III 1737.
- Delito de uso ilegal de divisas**
 - Sujetos del delito, III 1293.
 - Conducta típica, III 1294.
 - Elemento subjetivo, III 1295.
 - Consumación, III 1296.
 - Penalidad, III 1296.
- Delito de usura**
 - Usura en el Derecho penal peruano, III 1253.
 - Reproche social de la usura, III 1253.
 - Antecedentes legislativos, III 1256.
 - Regulación de la usura en el actual Código Penal peruano, III 1258.
 - Bien jurídico penalmente protegido, III 1258.
 - Incrimación de la usura, III 1263.
 - Análisis del tipo penal de usura, III 1267.
 - Tipo penal básico, III 1267.
 - Sujetos del delito, III 1267.
 - Conducta típica, III 1268.
 - Tipo subjetivo, III 1275.
 - Dolo, III 1275.
 - Elemento subjetivo especial, III 1276.
 - Consumación y tentativa, III 1277.
 - Intervención delictiva, III 1279.
 - Fraude a la ley penal y negocio aparente, III 1280.
 - Tipo agravado, III 1282.
 - Situaciones de concurso, III 1284.
- Delito de utilización de desechos sólidos para la alimentación de animales de consumo humano**
 - Sujetos, II 911.
 - Conducta típica, II 911.
 - Elemento subjetivo, II 912.
 - Consumación, II 912.

Pena, II 913.

Concurso, II 913.

Delito de utilización indebida de tierras agrícolas

Sujetos, II 1009.

Conducta típica, II 1009.

Elemento subjetivo, II 1012.

Consumación, II 1012.

Penalidad, II 1013.

Concurso, II 1014.

Delito de venta de animales de consumo humano peligroso

Sujetos del delito, II 798.

Conducta típica, II 798.

Elemento subjetivo, II 799.

Consumación, II 800.

Penalidad, II 800.

Delitos aduaneros

Introducción, III 1533.

Legislación aduanera, III 1534.

Ley de los delitos aduaneros, III 1541.

Bien jurídico penalmente protegido, III 1542.

Figuras delictivas, III 1544.

Delito de contrabando, III 1545.

Delito de defraudación de rentas de aduanas, III 1567.

Delito de receptación aduanera, III 1586.

Delito de financiamiento de —, III 1594.

Delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas, III 1599.

Circunstancias de agravación de la pena de los —, III 1606.

— por la calidad del sujeto activo del delito, III 1607.

— por el modo de comisión, III 1609.

— por el objeto material del delito, III 1611.

— por la extensión del daño, III 1613.

— por el concurso de personas, III 1613.

Regulación especial de la tentativa, III 1615.

Consecuencias jurídicas del delito, III 1615.

Pena de expulsión de extranjeros, III 1616.

Consecuencias accesorias, III 1616.

Delimitación con las infracciones aduaneras administrativas, III 1621.

Cuestiones procesales especiales, III 1624.

Inicio de la investigación, III 1624.

Beneficios por regularización, por colaboración y conclusión anticipada del proceso, III 1625.

Informes técnicos y contables de los funcionarios de la administración aduanera, III 1626.

Delitos ambientales

Cuestiones preliminares, II 836 y ss.

Índice analítico

- Bien jurídico penalmente protegido, II 836.
- Técnicas de tipificación utilizadas, II 841.
- Peligro abstracto: el delito cumulativo, II 841.
- Accesoriedad administrativa, II 843.
- Autorizaciones administrativas, II 847.
- Prohibiciones administrativas, II 850.
- Delitos de contaminación, II 853 y ss.
- Delitos contra los recursos naturales, II 949 y ss.
- Responsabilidad penal por la gestión y el control ambiental, II 1027 y ss.
- Cuestiones administrativas y procesales de los delitos contra el medio ambiente, II 1045.
- Delitos cometidos en sectores económicos específicos**
 - Cuestiones preliminares, II 1061.
 - Fraudes al sistema bancario y financiero, II 1063 y ss.
 - Delito de colusión desleal, II 1089 y ss.
- Delitos cometidos en sectores económicos supervisados**
 - Cuestiones preliminares, III 1631.
 - Delito de obstaculización de las labores de control económico, III 1633 y ss.
 - Delitos contra el mercado crediticio, III 1647 y ss.
 - Delitos contra el mercado de valores, III 1703 y ss.
 - Delito de explotación ilegal de juegos de casino y máquinas tragamonedas, III 1773 y ss.
- Delitos concursales**
 - Delitos contra el sistema crediticio, I 319 y ss.
 - Delito de fraude concursal doloso, I 342 y ss.
 - Fraude concursal culposo, I 366 y ss.
 - Suspensión fraudulenta de la exigibilidad de las obligaciones en un procedimiento concursal, I 371 y ss.
- Delitos contra el control de precios**
 - Introducción, III 1241.
 - Delito de especulación de bienes de primera necesidad, III 1242 y ss.
 - Delito de usura, III 1252 y ss.
 - Fraude a la ley penal y negocio aparente, III 1280.
- Delitos contra el derecho a la información de los consumidores**
 - Introducción, II 705.
 - Tipos penales, II 707.
 - Delito de especulación de precios previamente fijados, II 707.
 - Delito de especulación de cantidades fijadas en embalajes o recipientes, II 716.
- Delitos contra el libre mercado**
 - El libre mercado, I 29.
 - Delitos contra la competencia, I 37 y ss.
 - Delitos contra la propiedad industrial, I 71 y ss.
- Delitos contra el mercado crediticio**
 - Introducción, III 1647.
 - Regulación del mercado crediticio, III 1649.

Evolución legislativa, III 1649.
Aspectos esenciales de la regulación actual del mercado crediticio, III 1655.
Delitos contra el mercado crediticio, III 1657.
Bien jurídico penalmente protegido, III 1658.
Tipos penales, III 1660.
Delito de concentración crediticia, III 1660.
Delito de condicionamiento de créditos, III 1669.
Delito de omisión de provisiones específicas, III 1675.
Delito de obstaculización de las labores de supervisión en el sistema financiero, III 1681.
Delito de instituciones financieras ilegales, III 1688.
Delito de pánico financiero, III 1693.
Situaciones de *bis in idem*, III 1699.
Informe técnico, III 1700.

Delitos contra el mercado de valores

Introducción, III 1703.
Regulación del mercado de valores, III 1705.
Evolución legislativa, III 1705.
Aspectos esenciales de la regulación actual del mercado de valores, III 1708.
Principios ordenadores del mercado de valores, III 1709.
Intervinientes en el mercado de valores, III 1711.
Bolsa de valores, III 1712.
Valores mobiliarios y las operaciones en el mercado de valores, III 1713.
Supervisión estatal, III 1713.
Delitos contra el mercado de valores, III 1714.
Bien jurídico penalmente protegido, III 1715.
Tipos penales, III 1716.
Delito de uso de información privilegiada, III 1716.
Información privilegiada obtenida indebidamente, I 217.
Resultado típico, III 1732.
Delito de manipulación de precios en el mercado de valores, III 1739.
Delito de intermediación transaccional fraudulenta, III 1756.
Delito de falsa información suministrada por sociedades emisoras de valores, III 1762.
Concurrencia de sanciones, III 1767.
Informes técnicos, III 1770.

Delitos contra el orden económico

Cuestiones preliminares, III 1237.
Delitos contra el control de precios, III 1241 y ss.
Delitos contra el orden monetario, III 1285 y ss.

Delitos contra el orden monetario

Introducción, III 1285.
Bien jurídico penalmente protegido, III 1286.
Conductas delictivas, III 1288.
Delito de emisión ilegal de numerario, III 1288 y ss.

Índice analítico

- Delito de uso ilegal de divisas, III 1293 y ss.
- Delito de incumplimiento del deber de poner a disposición las divisas, III 1296 y ss.
- Delitos contra el recurso natural del suelo**
 - Delito de utilización indebida de tierras agrícolas, II 1008 y ss.
 - Delito de autorización de actividad urbanizadora contraria a planes o usos previstos, II 1014 y ss.
 - Delito de alteración del paisaje, II 1022 y ss.
- Delitos contra el sistema crediticio**
 - Cuestiones preliminares, I 319.
 - Atentados contra el sistema crediticio (delitos concursales), I 323.
 - Introducción, I 323.
 - Evolución de la legislación concursal y su incidencia en la regulación penal, I 324.
 - Bien jurídico penalmente protegido, I 328.
 - Incriminación penal, I 330.
 - Secundariedad del Derecho penal, I 331.
 - Elementos de desvalor penal de los delitos concursales, I 333.
 - Interpretación de los tipos penales a partir del bien jurídico penalmente protegido, I 337.
 - Accesoriedad administrativa de la regulación penal, I 340.
 - Figuras típicas, I 342.
 - Cuestiones Procesales, I 380.
 - Ejercicio de la acción penal, I 380.
 - Informe técnico, I 382.
 - Ausencia de contradicciones, I 384.
- Delitos contra la actividad financiera del Estado**
 - Cuestiones preliminares, III 1393.
 - Delitos tributarios, III 1395 y ss.
 - Delitos aduaneros, III 1533 y ss.
- Delitos contra la competencia**
 - Cuestiones preliminares, I 37.
 - Introducción, I 41.
 - Protección de la libre competencia, I 42.
 - Modelos de protección jurídica de la libre competencia, I 42.
 - Protección limitada al Derecho administrativo sancionador, I 42.
 - Protección limitada al Derecho penal, I 43.
 - Protección conjunta, I 44.
 - Identidad de ilícitos, I 44.
 - Identidad parcial de los ilícitos, I 45.
 - Diferencia absoluta entre los ilícitos, I 46.
 - Protección de la libre competencia en el Perú, I 47.
 - Protección administrativa de la libre competencia, I 48.
 - Protección penal de la libre competencia, I 50.
 - Bien jurídico penalmente protegido, I 50.
 - Tipo penal de manipulaciones en licitaciones, I 54.

Corrupción en las licitaciones, I 58.

Alejamiento indebido de postores, I 62.

Ver también *Libre competencia*.

Delitos contra la credibilidad del dinero como medio de pago

Introducción, I 169.

Función del dinero, I 169.

Bien jurídico penalmente protegido, I 171.

Legitimidad del dinero como medio de pago, I 171.

El dinero: los billetes y las monedas, I 173.

Principio de extraterritorialidad, I 177.

Tipos penales, I 178.

Falsificación de dinero, I 179 y ss.

Alteración del valor del dinero, I 187.

Tráfico de dinero falso o alterado, I 192.

Preparación o ejecución parcial de la falsificación de dinero, I 200.

Delitos contra la intervención del Estado en la economía

Intervención del Estado en la economía, III 1229.

Delitos contra el orden económico, III 1237 y ss.

Delitos contra los actos de corrección estatal en la economía, III 1303 y ss.

Delitos contra la actividad financiera del Estado, III 1393 y ss.

Delitos cometidos en sectores económicos supervisados, III 1631 y ss.

Delitos contra la propiedad industrial

Introducción, I 71.

Protección administrativa de la propiedad industrial, I 73.

Protección penal de la propiedad industrial, I 92.

Bien jurídico penalmente protegido, I 94.

Decisión de criminalizar conductas contrarias a los derechos de la propiedad industrial, I 94.

Accesoriedad administrativa, I 100.

Finalidad mercantil, I 103.

Análisis de los tipos penales, I 104.

Delito de piratería de productos violatorios de la propiedad industrial, I 104 y ss.

Uso indebido de medios de identificación de la marca, I 142 y ss.

Concursos, I 150.

Agravantes, I 154.

Miembro de una organización ilícita, I 155.

Funcionario o servidor público, I 156.

Otras consecuencias jurídicas del delito, I 156.

Delimitación de la infracción administrativa y el delito, I 159.

Cuestiones procesales, I 161.

Delitos contra la salud de los consumidores

Introducción, II 745.

Bien jurídico penalmente protegido, II 746.

Tipos penales, II 749.

Índice analítico

- Delito de alteración de bienes de uso o consumo humano, II 750.
- Llamada de retirada del producto defectuoso, II 815.
- Responsabilidad penal de los miembros de la empresa productora, II 817.
- Concurrencia de sanciones penales con sanciones administrativas, II 826.
- Delitos contra las condiciones del tráfico de bienes**
 - Cuestiones preliminares, I 503.
 - Delito de lavado de activos, I 505 y ss.
 - Delito de omisión de comunicar operaciones sospechosas, I 629.
 - Delito de incumplimiento de los requerimientos de información, I 639.
- Delitos contra los actos de corrección estatal en la economía**
 - Cuestiones preliminares, III 1303.
 - Delitos contra los derechos de los trabajadores, III 1305 y ss.
 - Venta ilegal de mercaderías, III 1355 y ss.
 - Delitos de malversación de subvenciones, III 1365 y ss.
- Delitos contra los consumidores**
 - Cuestiones preliminares, II 697.
 - Delitos contra el derecho a la información de los consumidores, II 705 y ss.
 - Delito de especulación de cantidades fijadas en embalajes o recipientes, II 716 y ss.
 - Delitos contra los intereses económicos de los consumidores, II 723 y ss.
 - Delitos contra la salud de los consumidores, II 745 y ss.
 - Concurrencia de sanciones penales con sanciones administrativas, II 823.
- Delitos contra los derechos de los trabajadores**
 - Introducción, III 1305.
 - Delito de violación de la libertad de trabajo, III 1308.
 - Protección penal del trabajo, III 1308.
 - Bien jurídico penalmente protegido, III 1310.
 - Técnica legislativa, III 1312.
 - Modalidades de realización delictiva, III 1314.
 - Coacción laboral, III 1314.
 - Desobediencia a la autoridad laboral, III 1320.
 - Atentados contra la existencia de las relaciones laborales, III 1323.
 - Incumplimiento del deber de prevención de los riesgos laborales, III 1326.
 - Aspectos procesales, III 1352.
- Delitos contra los intereses económicos de los consumidores**
 - Introducción, II 723.
 - Tipos penales, II 724.
 - Delito de adulteración de bienes de primera necesidad, II 724.
 - Delito de especulación en el peso o medida, II 734.
 - Delito de clonación de línea de telefonía celular y adulteración de terminales celulares, II 739.
- Delitos contra los medios de pago**
 - Cuestiones preliminares, I 167.
 - Delitos contra la credibilidad del dinero como medio de pago, 169 y ss.
 - Falsificación de dinero, I 180.

Alteración del valor del dinero, I 187.

Tráfico de dinero falso o alterado, I 192.

Preparación o ejecución parcial de la falsificación de dinero, I 200.

Agravantes, I 211.

Delitos contra los medios de pago no dinerarios, I 167 y ss.

Delitos contra los medios de pago no dinerarios

Introducción, I 217.

Delito de libramiento y cobro indebidos de cheque, I 217.

Delitos de falsificación de títulos valores, I 260.

Fraude sobre tarjetas bancarias, I 298.

Delitos contra los recursos naturales

Introducción, II 949.

Bien jurídico penalmente protegido, II 950.

Tipos penales, II 951.

Delitos referidos a la extracción de especies de flora y fauna, II 952 y ss.

Delitos referidos al tráfico de especies de la flora o fauna, II 975 y ss.

Delitos referidos a la obstaculización de las acciones de control de la autoridad administrativa, II 997 y ss.

Delitos contra el recurso natural del suelo: el ordenamiento territorial ambiental, II 1006 y ss.

Delitos de alteración de bienes, II 750.

Delitos de contaminación

Introducción, II 853.

Bien jurídico penalmente protegido, II 854.

Tipos penales, II 854.

Delito de contaminación medioambiental, II 855 y ss.

Delitos referidos a la gestión de los residuos sólidos, II 902 y ss.

Delitos de minería ilegal, II 920 y ss.

Otras consecuencias jurídicas del delito, II 945.

Delitos de contaminación medioambiental

Sujetos del delito, II 856.

Conducta típica, II 863.

Acción contaminante, II 863.

Contrariedad a la normativa que protege el medio ambiente, II 868.

Afectación real o potencial al medioambiente, sus componentes, la salud Ambiental o la calidad ambiental, según calificación reglamentaria de la autoridad ambiental, II 875.

Modalidad del peligro concreto, II 877.

Modalidad del peligro abstracto (daño acumulativo), II 880.

Elemento subjetivo, II 883.

Dolo, II 883.

Culpa, II 887.

Consumación, II 888.

Situaciones de justificación, II 890.

Estado de necesidad por una situación de crisis económica en la empresa, II 890.

Índice analítico

- Permiso excepcional de acciones contaminantes, II 892.
- Tolerancia de la Administración a la actividad contaminante, II 894.
- Penalidad, II 895.
- Agravantes, II 896.
- Agravantes de primer grado, II 896.
- Agravantes de segundo grado, II 900.
- Concursos, II 901.
- Delitos de defraudación tributaria**
 - Tipo penal básico, III 1409.
 - Modalidades especiales, III 1453.
 - Defraudaciones tributarias agravadas, III 1463.
 - Delitos tributarios de preparación, III 1473.
 - Consecuencias jurídicas aplicables a los —, III 1496.
 - Regularización tributaria, III 1501.
 - Cuestiones procesales, III 1514.
 - Derecho penal premial, III 1518.
- Delitos de falsificación de títulos valores**
 - Equiparación de los títulos valores y los títulos de crédito transmisibles por endoso o al portador con los documentos públicos, I 261.
 - Bien jurídico penalmente protegido, I 263.
 - Tipos penales, I 266.
 - Falsedad material de los títulos valores, I 267 y ss.
 - Falsedad ideológica en los títulos valores, I 281 y ss.
 - Omisión de declaración en títulos valores, I 289.
 - Desaparición de títulos valores, I 293.
- Delitos de malversación de subvenciones**
 - Introducción, III 1365.
 - El bien jurídico penalmente protegido, III 1369.
 - Delito de malversación de subvenciones para la importación de mercancías, III 1371 y ss.
 - Delito de malversación de subvención en zona de tratamiento tributario especial, III 1381 y ss.
 - Delito de malversación de crédito promocional, III 1386 y ss.
- Delitos de manipulación en licitaciones**
 - Ámbito de aplicación del tipo penal, I 54.
 - Sujetos, I 56.
 - Acción típica, I 58.
 - Tipo subjetivo, I 63.
 - Consumación y tentativa, I 64.
 - Intervención delictiva, I 66.
 - Penalidad y agravantes, I 66.
 - Concursos, I 68.
- Delitos de minería ilegal**
 - Tipo base, II 921 y ss.

Delito de financiamiento de minería ilegal, II 930 y ss.

Delito de obstaculización de la actividad administrativa relacionada con la actividad minera, II 936 y ss.

Delito de preparación de la minería ilegal, II 940 y ss.

Sujetos, II 921.

La conducta típica, II 922.

El resultado típico, II 924.

Elemento subjetivo, II 925.

Consumación, II 926.

Pena y agravantes, II 927.

Concursos, II 930.

Delito de preparación de la minería ilegal, II 941 y ss.

Delitos de tráfico de bienes alterados

Delito de tráfico de bienes de uso o consumo humano alterados, II 769 y ss.

Delito de tráfico ilegal de bienes tóxicos o peligrosos, II 782 y ss.

Delito de comercialización de alcohol metílico, II 788 y ss.

Delito de tráfico de bebidas alcohólicas ilegales, II 793 y ss.

Delito de venta de animales de consumo humano peligroso, II 797 y ss.

Suministro infiel de medicamentos, II 800 y ss.

Delito de tráfico de medicamentos alterados, II 805 y ss.

Delito de tráfico de medicamentos vencidos, II 812 y ss.

Llamada de retirada del producto defectuoso, II 815.

Responsabilidad penal de los miembros de la empresa productora, II 817.

Delitos en materia de contratación estatal

Corrupción en las licitaciones, I 58.

Delito de manipulación en licitaciones, I 54 y ss.

Alejamiento indebido de postor, I 62.

Delitos referidos a la extracción de especies de flora y fauna

Delito de depredación de flora o fauna silvestres protegidas, II 953.

Delito de extracción ilegal de especies acuáticas, II 961.

Delito de daño a bosques o formaciones boscosas, II 967.

Delitos referidos a la gestión de los residuos sólidos

Delito de establecimiento de un vertedero ilegal de residuos sólidos, II 903 y ss.

Delito de utilización de desechos sólidos para la alimentación de animales de consumo humano, II 910 y ss.

Delito de tráfico ilegal de residuos peligrosos, II 913.

Delitos referidos a la obstaculización de las acciones de control de la autoridad administrativa, II 997 y ss.

Delitos referidos al tráfico de especies de la flora o fauna

Tráfico ilegal de especies de flora y fauna protegidas, II 975 y ss.

Delito de tráfico ilegal de especies acuáticas, II 981 y ss.

Delito de tráfico ilegal de recursos forestales maderables protegidos, II 984 y ss.

Tráfico ilegal de recursos genéticos, II 992 y ss.

Índice analítico

Delitos tributarios

- Introducción, III 1395.
- Delitos tributarios en el sistema tributario, III 1396.
- Fundamento jurídico-penal de los delitos tributarios, III 1398.
- Bien jurídico penalmente protegido, III 1398.
- Constitución de los delitos tributarios como delitos de dominio o de infracción de un deber, III 1402.
- de preparación, III 1473.
- Tipos penales, III 1406.
- Delito de defraudación tributaria, III 1407 y ss.
- Delitos tributarios de elaboración y comercio clandestino de productos, III 1518 y ss.

Delitos tributarios de elaboración y comercio clandestino de productos, III 1519 y ss.

Derecho administrativo sancionador, I 42, I 214.

Derechos de los trabajadores. V. *Delitos contra los derechos de los trabajadores*.

Desaparición de títulos valores

- Sujetos, I 293.
- Conducta típica, I 294.
- Objeto material del delito, I 295.
- Consumación, I 296.
- Elemento subjetivo, I 297.
- Penalidad, I 297.
- Concurso, I 298.

Dinero

- Actos de deterioro y confusión del —, I 208.
- Alteración del valor del —, I 188 y ss.
- Delitos contra la credibilidad del — como medio de pago, I 169 y ss.
- Delitos contra los medios de pago, I 167 y ss.
- Delitos contra los medios de pago no dinerarios, I 217 y ss.
- Falsificación de —, I 180 y ss.
- Tráfico de — falso o alterado, I 192.

Divisas. V. *Delito de incumplimiento del deber de poner a disposición las divisas; Delito de uso ilegal de divisas*.

Elaboración clandestina de productos, III 1519 y ss.

Embalajes, II 717.

Emisión ilegal de numerario. V. *Delito de emisión ilegal de numerario*.

Endoso

- de cheque, I 220, I 221, I 251.
- Títulos valores y los títulos de crédito transmisibles por —, I 261.

Especies acuáticas. V. *Delito de extracción ilegal de especies acuáticas; Delito de tráfico ilegal de especies acuáticas*.

Especulación

- Delito de — de bienes de primera necesidad, III 1242 y ss.

Delito de — de cantidades fijadas en embalajes o recipientes, II 717 y ss.

Delito de — de precios previamente fijados, II 708 y ss.

Delito de — en el peso o medida, II 734 y ss.

Estafa

Delito de — referido a los datos de tarjetas bancarias, I 299 y ss.

Delito de — de crédito, II 1064 y ss.

Explotación ilegal de juegos de casino y máquinas tragamonedas. V. *Delito de explotación ilegal de juegos de casino y máquinas tragamonedas.*

Falsa información suministrada por sociedades emisoras de valores, III 1762.

Falsedad en instrumentos de gestión ambiental. V. *Delito de falsedad en instrumentos de gestión ambiental.*

Falsedad ideológica en los títulos valores

Inserción de declaraciones falsas en los títulos valores, I 283.

Sujeto, I 283.

Conducta típica, I 285.

Elemento subjetivo, I 286.

Consumación y punibilidad, I 287.

Penalidad, I 288.

Uso de títulos valores con inserciones falsas, I 288.

Falsedad material de los títulos valores

El acto de —, I 267.

Sujetos, I 268.

Conducta típica, I 269.

Contrafacción, I 270.

Falsificación, I 273.

Objeto material del delito, I 274.

Tipo subjetivo, I 275.

Consumación y punibilidad, I 276.

Penalidad, I 277.

El acto de uso de títulos valores falsos o falsificados, I 277.

Situaciones concursales, I 280.

Falsificación de dinero

El tipo penal genérico de falsificación de dinero, I 180.

Sujetos, I 180.

Conducta típica, I 181.

Elemento subjetivo, I 183.

Consumación, I 183.

Concursos, I 185.

Penalidad, I 186.

Tipo penal específico de —, I 186.

Preparación o ejecución parcial de la —, I 200.

Fabricación, introducción o retiro del país de instrumentos o insumos para la —, I 201.

Índice analítico

- Posesión de pliegos de billetes falsificados, I 203.
- Extracción de las medidas de seguridad, I 205.
- Posesión de instrumentos o insumos para la —, I 206.
- Agravantes, I 211.
- Tráfico de dinero falso o alterado, I 192 y ss.
- Falsificación de los títulos valores.** V. *Delitos de falsificación de títulos valores; Falsedad ideológica en los títulos valores; Falsedad material de los títulos valores.*
- Falsificación de títulos valores.** V. *Delitos de falsificación de títulos valores.*
- Fauna.** V. *Delito de depredación de flora o fauna silvestres protegidas; Delito de extracción ilegal de especies acuáticas; Delito de tráfico ilegal de especies acuáticas; Delitos referidos a la extracción de especies de flora y fauna; Delitos referidos al tráfico de especies de la flora o fauna; Tráfico ilegal de especies de flora y fauna protegidas; Tráfico ilegal de recursos genéticos.*
- Financiamiento de delitos aduaneros,** III 1594.
- Flora.** V. *Delito de coacción a funcionarios en acciones de control sobre actividades forestales; Delito de daño a bosques o formaciones boscosas; Delito de depredación de flora o fauna silvestres protegidas; Delito de tráfico ilegal de recursos forestales maderables protegidos; Delitos referidos a la extracción de especies de flora y fauna; Delitos referidos al tráfico de especies de la flora o fauna; Tráfico ilegal de especies de flora y fauna protegidas; Tráfico ilegal de recursos genéticos.*
- Fraude**
 - Suspensión fraudulenta de la exigibilidad de las obligaciones en un procedimiento concursal, I 371 y ss.
 - Delito de administración fraudulenta de personas jurídicas, I 393.
 - Delito de administración fraudulenta de patrimonio de propósito especial, I 457 y ss.
 - Delitos de defraudación tributaria, III 1409 y ss.
 - Delito de defraudación de rentas de aduanas, III 1567 y ss.
 - Delito de intermediación transaccional fraudulenta, III 1756.
 - informático aplicado a las tarjetas bancarias. V. *Delito de fraude informático aplicado a las tarjetas bancarias.*
- Fraude al seguro obligatorio de accidentes de tránsito**
 - Bien jurídico protegido, II 1079.
 - Tipo penal, II 1081.
 - Sujetos, II 1081.
 - Conducta típica, II 1082.
 - Elemento subjetivo, II 1084.
 - Consumación y tentativa, II 1085.
 - Intervención delictiva, II 1085.
 - Penalidad y agravación, II 1086.
 - Relaciones concursales, II 1087.
- Fraude concursal culposo**
 - Sujetos, I 366.
 - Conducta típica, I 366.
 - Resultado típico, I 367.
 - Elemento subjetivo, I 368.
 - Penalidad, I 368.

Fraude concursal doloso

- Sujetos, I 342.
- Acción típica, I 347.
- Ocultación de bienes, I 348.
- Simulación, adquisición o realización de deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas, I 351.
- Actos de disposición o generador de obligaciones a favor de un acreedor, I 353.
- Resultado típico, I 356.
- Elemento subjetivo, I 359.
- Consumación y tentativa, I 360.
- Intervención delictiva, I 360.
- Concursos, I 362.
- Penalidad, I 363.
- Agravante, I 364.

Fraude contable, I 425.

Fraude en la administración de personas jurídicas

- Cuestiones preliminares, I 389.
- Delito de administración fraudulenta de personas jurídicas, I 393.
- Delito de administración fraudulenta de patrimonio de propósito especial, I 456.

Fraude sobre tarjetas bancarias

- Delito de estafa referido a los datos de tarjetas bancarias, I 299.
- Delito de fraude informático aplicado a las tarjetas bancarias, I 308.

Fraudes al sistema bancario y financiero

- Introducción, II 1063.
- Delito de estafa de crédito, II 1063 y ss.
- Fraude al seguro obligatorio de accidentes de tránsito, II 1078 y ss.

Funcionario público, I 156, II 1004, III 1626.

Grupos de empresas, I 452.

Importación. V. *Delito de malversación de subvención de tipo de cambio preferencial o de régimen tributario especial por aplicación de las mercancías importadas a finalidad distinta; Delito de malversación de subvenciones para la importación de mercancías.*

Incumplimiento de los requerimientos de información. V. *Delito de incumplimiento de los requerimientos de información.*

Industrial

- Delitos contra la propiedad —, I 71.
- Delito de piratería de productos violatorios de la propiedad —, I 105.
- Propiedad industrial, I 71 y ss.

Información privilegiada (artículo 251-A del

Informes de auditoría distorsionados

- Introducción, I 467.
- Necesidad político-criminal de incriminación, I 468.

Índice analítico

- Bien jurídico penalmente protegido, I 470.
- Tipo penal, I 472.
- Sujetos del delito, I 473.
- Conducta típica, I 476.
- Elemento subjetivo, I 480.
- Consumación, I 480.
- Intervención delictiva, I 481.
- Aspectos procesales, I 482.
- Instituciones financieras ilegales, III 1688.
- Instrumentos de gestión ambiental. V. *Delito de falsedad en instrumentos de gestión ambiental*.
- Intermediación transaccional fraudulenta, III 1756.
- Intervención del Estado en la economía. V. *Delitos contra la intervención del Estado en la economía*.
- Inversiones, I 77, I 114.

- Juegos de casino. V. *Delito de explotación ilegal de juegos de casino y máquinas tragamonedas*.

- Lavado de activos por medio de instituciones financieras
 - Inclusión de los bancos en el sistema de prevención y detección del lavado de activos, I 653.
 - Sistema de prevención del lavado de activo de las empresas financieras, I 655.
 - Deberes de identificación, registro y conservación, I 656.
 - Deber de comunicación de sospecha, I 659.
 - Deberes organizativos, I 660.
 - Delitos de lavado de activos imputables a los empleados bancarios, I 661.
 - Infracciones al sistema de prevención penalmente reforzadas, I 662.
 - Realización de delitos de lavado de activos, I 665.
- Ley penal en blanco
 - Contabilidad paralela, I 491.
 - Delito de omisión de comunicar operaciones sospechosas, I 633.
- Libramiento indebido de cheque, I 218 y ss.
- Libre competencia
 - Delitos contra la —, I 37 y ss.
 - Protección de la —, I 42.
 - Modelos de protección jurídica de la —, I 42.
 - Protección de la — en el Perú, I 47.
 - Protección administrativa de la —, I 48.
 - Protección penal de la —, I 50.
- Libre mercado (Delitos contra), I 29.
- Licitaciones
 - Corrupción en las —, I 58.
 - Delito de manipulación en licitaciones, I 54 y ss.
 - Alejamiento indebido de postor, I 62.

Llamada de retirada del producto defectuoso, II 815.

Madera. V. *Delito de tráfico ilegal de recursos forestales maderables protegidos*.

Malversación de crédito promocional. V. *Delito de malversación de crédito promocional*.

Malversación de subvenciones. V. *Delito de malversación de subvenciones para la importación de mercancías; Delito de malversación de subvención del tipo de cambio preferencial por venta de mercancías a precios superiores; Delito de malversación de subvención de tipo de cambio preferencial o de régimen tributario especial por aplicación de las mercancías importadas a finalidad distinta; Delito de malversación de subvención en zona de tratamiento tributario especial; Delito de malversación de crédito promocional; Venta ilegal de mercaderías*.

Manipulación de precios en el mercado de valores, III 1739.

Manipulación en licitaciones, I 54 y ss.

Marca, I 133, I 143.

Medicamentos

Delito de alteración de —, II 763.

Suministro infiel de medicamentos, II 801 y ss.

Delito de tráfico de — alterados, II 805 y ss.

Delito de tráfico de medicamentos vencidos, II 812 y ss.

Medios de pago

Delitos contra la credibilidad del dinero como medio de pago, I 169 y ss.

Delitos contra los —, I 167 y ss.

Delitos contra los — no dinerarios, I 217 y ss.

Mercaderías. V. *Venta ilegal de mercaderías*.

Mercado

Delitos contra el libre —, I 29 y ss.

Delitos contra el — crediticio, III 1647 y ss.

Delitos contra el — de valores, III 1703.

Mercado de valores. V. *Delitos contra el mercado de valores*.

Mercancías. V. *Delito de malversación de subvenciones para la importación de mercancías; Delito de malversación de subvención del tipo de cambio preferencial por venta de mercancías a precios superiores; Delito de malversación de subvención de tipo de cambio preferencial o de régimen tributario especial por aplicación de las mercancías importadas a finalidad distinta; Delito de malversación de subvención en zona de tratamiento tributario especial; Delito de malversación de crédito promocional; Venta ilegal de mercaderías*.

Mercancías prohibidas o restringidas, III 1599.

Minería ilegal. V. *Delito de financiamiento de minería ilegal; Delito de obstaculización de la actividad administrativa relacionada con la actividad minera; Delito de preparación de la minería ilegal; Delitos de minería ilegal*

Moneda

Actos de deterioro y confusión del dinero, I 208.

Alteración del valor del dinero, I 188 y ss.

Delitos contra la credibilidad del dinero como medio de pago, I 169 y ss.

Delitos contra los medios de pago, I 167 y ss.

Delitos contra los medios de pago no dinerarios, I 217 y ss.

Falsificación de dinero, I 180 y ss.

Tráfico de dinero falso o alterado, I 192.

Índice analítico

Non bis in idem

— en los delitos concursales, I 379.

Concurrencia de sanciones penales con sanciones administrativas, II 823, II 825.

Cuestiones administrativas y procesales de los delitos contra el medio ambiente, II 1048.

Obstaculización de las labores de control económico. V. *Delito de obstaculización de las labores de control económico*.

Obstaculización de las labores de supervisión en el sistema financiero, III 1681.

Obstaculización u obstrucción de las acciones de control de la autoridad administrativa. V. *Delito de coacción a funcionarios en acciones de control sobre actividades forestales*; *Delito de obstrucción a las acciones de control*; *Delitos referidos a la obstaculización de las acciones de control de la autoridad administrativa*.

Ocultación de bienes, I 348.

Oficial de cumplimiento, I 537.

Omisión de declaración en títulos valores

Sujetos, I 289.

Conducta típica, I 291.

Tipo subjetivo, I 292.

Consumación, I 292.

Penalidad, I 292.

Omisión de provisiones específicas, III 1675.

Operaciones sospechosas, I 533, I 629 y ss.

Orden económico. V. *Delitos contra el orden económico*.

Orden monetario. V. *Delitos contra el orden monetario*.

Ordenamiento territorial ambiental. V. *Delitos contra el recurso natural del suelo: el ordenamiento territorial ambiental*

Paisaje. V. *Delito de alteración del paisaje*.

Pánico financiero, III 1693.

Patente, I 133.

Personas jurídicas

Asunción indebida de préstamos para la persona jurídica, I 438.

V. también *Delito de administración fraudulenta de personas jurídicas*; *Fraude en la administración de personas jurídicas*.

Piratería. V. *Delito de piratería de productos violatorios de la propiedad industrial*.

Postor (Alejamiento indebido de), I 62.

Preparación o ejecución parcial de la falsificación de dinero

Fabricación, introducción o retiro del país de instrumentos o insumos para la falsificación de dinero, I 201.

Posesión de pliegos de billetes falsificados, I 203.

Extracción de las medidas de seguridad, I 205.

Posesión de instrumentos o insumos para la falsificación, I 206.

Producto defectuoso (Llamada de retirada del), II 815.

Propiedad industrial

Delitos contra la propiedad industrial, I 71 y ss.

Protección administrativa de la —, I 73.

Protección penal de la —, I 92.

Antecedentes, I 73.

Normativa administrativa de protección de la propiedad industrial, I 76.

Fin de protección, I 76.

Invencciones, I 7.

Signos distintivos, I 84.

Actuación administrativa, I 89.

Actividad registral, I 90.

Actividad sancionatoria, I 91.

Decisión de criminalizar conductas contrarias a los derechos de la —, I 94.

Licenciamiento para la explotación de la —, I 139.

Receptación aduanera, III 1586.

Recursos forestales maderables protegidos. V. *Delito de tráfico ilegal de recursos forestales maderables protegidos.*

Recursos genéticos. V. *Tráfico ilegal de recursos genéticos.*

Recursos naturales. V. *Delitos contra los recursos naturales.*

Reparto de utilidades inexistentes, I 430.

Residuos peligrosos. V. *Delito de tráfico ilegal de residuos peligrosos.*

Residuos sólidos. V. *Delito de establecimiento de un vertedero ilegal de residuos sólidos; Delito de utilización de desechos sólidos para la alimentación de animales de consumo humano; Delitos referidos a la gestión de los residuos sólidos.*

Responsabilidad penal por la gestión y el control ambiental

Introducción, II 1027.

Bien jurídico penalmente protegido, II 1029.

Tipos penales, II 1029.

Delito de favorecimiento indebido de derecho habilitante de obra o actividad lesiva del medio ambiente, II 1030 y ss.

Delito de favorecimiento de delito ambiental, II 1037 y ss.

Delito de falsedad en instrumentos de gestión ambiental, II 1041 y ss.

Salud. V. *Delitos contra la salud de los consumidores.*

Sanciones administrativas. V. *Concurrencia de sanciones penales con sanciones administrativas.*

Sanciones penales. V. *Concurrencia de sanciones penales con sanciones administrativas.*

Sectores económicos supervisados. V. *Delitos cometidos en sectores económicos supervisados.*

Seguro obligatorio de accidentes de tránsito. V. *Fraude al seguro obligatorio de accidentes de tránsito.*

Servidor público, I 156, II 1004, III 1626.

Signos distintivos, I 84, I 120.

Sistema crediticio. V. *Delitos contra el sistema crediticio.*

SOAT. V. *Fraude al seguro obligatorio de accidentes de tránsito.*

Índice analítico

Subvenciones. V. *Delito de malversación de subvenciones para la importación de mercancías; Delito de malversación de subvención del tipo de cambio preferencial por venta de mercancías a precios superiores; Delito de malversación de subvención de tipo de cambio preferencial o de régimen tributario especial por aplicación de las mercancías importadas a finalidad distinta; Delito de malversación de subvención en zona de tratamiento tributario especial; Delito de malversación de crédito promocional; Venta ilegal de mercaderías.*

~~Suelo. V. *Delitos contra el recurso natural del suelo: el ordenamiento territorial ambiental.*~~

Suministro infiel de medicamentos

Sujetos del delito, II 801.

Conducta típica, II 802.

Elemento subjetivo, II 803.

Consumación, II 804.

Penalidad y agravación, II-804.

Supervisión en el sistema financiero, III 1681.

Suspensión fraudulenta de la exigibilidad de las obligaciones en un procedimiento concursal

Sujetos, I 371.

Acción típica, I 373.

Elemento subjetivo, I 373.

Consumación y tentativa, I 374.

Penalidad, I 375.

Concursos, I 375.

Situaciones de justificación en los delitos concursales, I 376.

Derecho penal premial en los delitos concursales, I 377.

Principio del *non bis in idem* en los delitos concursales, I 379.

Tarjetas bancarias

Delito de estafa referido a los datos de tarjetas bancarias, I 299.

Delito de fraude informático aplicado a las tarjetas bancarias, I 308.

Fraude sobre tarjetas bancarias, I 299, I 308.

Telefonía celular. V. *Delito de clonación de línea de telefonía celular y adulteración de terminales celulares.*

Títulos valores

Delitos de falsificación de —, I 261 y ss.

Desaparición de —, I 293 y ss.

Falsedad ideológica en los —, I 283 y ss.

Falsedad material de los —, I 267 y ss.

Omisión de declaración en —, I 289 y ss.

Trabajadores. V. *Delitos contra los derechos de los trabajadores.*

Tráfico de bebidas alcohólicas ilegales. V. *Delito de tráfico de bebidas alcohólicas ilegales.*

Tráfico de bienes. V. *Delitos contra las condiciones del tráfico de bienes.*

Tráfico de bienes de uso o consumo humano alterados. V. *Delito de tráfico de bienes de uso o consumo humano alterados.*

Tráfico de dinero falso o alterado

Sujetos, I 192.
Conducta típica, I 193.
Elemento subjetivo, I 196.
Consumación, I 197.
Penalidad, I 198.
Concursos, I 199.
Agravantes, I 211.

Tráfico de especies de la flora o fauna. V. *Delitos referidos al tráfico de especies de la flora o fauna.*

Tráfico de medicamentos alterados. V. *Delito de tráfico de medicamentos alterados.*

Tráfico de medicamentos vencidos. V. *Delito de tráfico de medicamentos vencidos.*

Tráfico de mercancías prohibidas o restringidas, III 1599.

Tráfico ilegal de bienes tóxicos o peligrosos. V. *Delito de tráfico ilegal de bienes tóxicos o peligrosos.*

Tráfico ilegal de especies de flora y fauna protegidas

Sujetos, II 976.
Conducta típica, II 976.
Elemento subjetivo, II 978.
Consumación, II 979.
Penalidad y agravantes, II 980.
Concursos, II 980.

Tráfico ilegal de recursos forestales maderables protegidos. V. *Delito de tráfico ilegal de recursos forestales maderables protegidos.*

Tráfico ilegal de recursos genéticos

Sujetos, II 993.
Conducta típica, II 994.
El elemento subjetivo, II 995.
Consumación, II 996.
Penalidad, II 996.

Tragamonedas. V. *Delito de explotación ilegal de juegos de casino y máquinas tragamonedas.*

Tributación. V. *Delitos de defraudación tributaria; Delito de malversación de subvención de tipo de cambio preferencial o de régimen tributario especial por aplicación de las mercancías importadas a finalidad distinta; Delito de malversación de subvención en zona de tratamiento tributario especial; Delitos tributarios.*

Urbanismo. V. *Delito de alteración del paisaje; Delito de autorización de actividad urbanizadora contraria a planes o usos previstos.*

Uso de información privilegiada (artículo 251-A del

Uso ilegal de divisas. V. *Delito de incumplimiento del deber de poner a disposición las divisas; Delito de uso ilegal de divisas.*

Uso indebido de medios de identificación de la marca

Sujetos, I 143.
Conducta típica, I 143.
Tipo subjetivo, I 147.

Índice analítico

Consumación y tentativa, I 148.

Penalidad, I 149.

Concursos, I 150.

Agravantes, I 154.

Usura. V. *Delito de usura*.

Venta de animales de consumo humano peligroso. V. *Delito de venta de animales de consumo humano peligroso*.

Venta ilegal de mercaderías

Introducción, III 1355.

Bien jurídico penalmente protegido, III 1355.

Tipo penal, III 1356.

Tipo penal básico, III 1357.

Sujetos del delito, III 1357.

Conducta típica, III 1358.

Elemento subjetivo, III 1361.

Consumación, III 1361.

Penalidad, III 1361.

Concurso, III 1362.

Tipo penal agravado, III 1362.

Zona de tratamiento tributario especial. V. *Delito de malversación de subvención en zona de tratamiento tributario especial*.

Este libro se terminó de imprimir
en Enero de 2016 en los
talleres gráficos de
Pacífico Editores S.A.C.
Jr. Castrovirreyna N° 224 - Breña
Telefax: 332-6117 / Central: 330-3642
Lima - Perú