



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

Manual Auto Instructivo
CURSO “DERECHO PENAL ECONOMICO”

Elaborado por el
Abog. LUIS FERNANDO IBERICO CASTAÑEDA

2016

Academia de la Magistratura

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado peruano, que tiene como finalidad la formación de aspirantes a la magistratura y el desarrollo de un sistema integral y continuo de capacitación, actualización, certificación y acreditación de los magistrados del Perú.

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Dr. Josué Pariona Pastrana
Presidente del Consejo Directivo

Dr. Zoraida Avalos Rivera
Vice- Presidenta del Consejo Directivo

Dr. Javier Arévalo Vela - Consejero

Dr. Ramiro Eduardo De Valdivia Cano- Consejero

Dr. Pablo Sánchez Velarde - Consejero

Dr. Sergio Iván Noguera Ramos - Consejero

Dr. Richard Alexander Villavicencio Saldaña –Consejero

Dra. Cecilia Cedrón Delgado - Director General

Dr. Bruno Novoa Campos - Director Académico

El presente material del Curso “DERECHO PENAL ECONOMICO”, ha sido elaborado por el Abog. LUIS FERNANDO IBERICO CASTAÑEDA en base al material elaborado para el mismo curso en el año 2014 por el Dr. José Leandro Reaño Peschiera. para la Academia de la Magistratura, en agosto de 2016.

**PROHIBIDA SU REPRODUCCION TOTAL O PARCIAL SIN AUTORIZACION
LIMA – PERÚ**

SILABO

NOMBRE DEL CURSO “DERECHO PENAL ECONOMICO”

I. DATOS GENERALES

Programa Académico	:	ACTUALIZACION Y PERFECCIONAMIENTO
HorasLectivas	:	74
Número de Créditos Académicos	:	03
Especialista que elaboró el material	:	Abog. LUIS FERNANDO IBERICO CASTAÑEDA en base al material elaborado para el mismo curso en el año 2014 por el Dr. José Leandro Reaño Peschiera.

II. PRESENTACIÓN

En esta asignatura se pretende abordar los temas más importantes relacionados con el derecho penal y el quehacer económico, en especial aquellos comportamientos empresariales que tienen incidencia criminal. De esta forma iniciamos por diferenciar el derecho penal económico, como categoría general, del derecho penal empresarial, como categoría específica; se analiza la forma de protección de bienes jurídicos desde la perspectiva del derecho penal económico. Así mismo se revisa las diferentes formas o niveles de reacción del derecho penal frente a la criminalidad económica, enfatizando en las consecuencias jurídicas derivadas de delito que vienen siendo implementadas en el contexto del avance de la delincuencia empresarial, lo que pasa por analizar las diferentes velocidades del derecho penal; los criterios de imputación tanto objetiva (con incidencia en la aplicación de los principios de confianza y de prohibición de regreso), subjetiva, como personal (el actuar por otro y la proscripción de la responsabilidad objetiva en materia penal); y la vinculación entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, dentro del contexto de la potestad sancionadora del Estado (el *ne is in ídem*). En este esquema se expondrá en líneas generales el tratamiento que viene siendo implementado en lo que concierne a la responsabilidad penal de la persona jurídica y su inclusión en nuestro sistema legislativo, lo que implica detenernos en el análisis de los mecanismos de *compliance* como supuestos o de excusión o de atenuación de responsabilidad penal.

Ya a nivel del derecho penal especial, se analizarán las principales figuras vinculadas a la criminalidad empresarial, como el fraude societario; las estafas contractuales; los delitos financieros; el lavado de activos, los delitos ambientales, los delitos tributarios, entre otros.

Debe precisarse que el estudio de las materias citadas en los párrafos precedentes se efectuará a través de una metodología teórico – práctica, donde se brindarán los lineamientos generales de cada tema que permitan al discente poder utilizarlos en su quehacer profesional al momento de enfrentarse a un caso vinculado a la delincuencia empresarial, para ello, además del desarrollo teórico, se utilizará jurisprudencia nacional y extranjera, así como casos prácticos y bibliografía que permita ampliar los conocimientos de la temática abordada.

III. COMPETENCIAS A ALCANZAR

Para el presente curso se ha formulado la siguiente competencia:

- Soluciona los conflictos derivadas de conductas criminales vinculadas al mundo empresarial, estableciendo un adecuado equilibrio entre la necesidad de no dejar impunes conductas lesivas para bienes jurídicos relacionados con el quehacer económico, pero evitando que el derecho penal se convierta en un instrumento que desinsentive la actividad empresarial.

- **CAPACIDADES**

Al finalizar la unidad, el estudiante estará en condiciones de:

- Manejar el concepto de derecho penal económico y su relación con el derecho penal empresarial
- Reconocer los ámbitos de protección de la normatividad penal económica.
- Identificar las diferentes velocidades del derecho penal, como manifestación de la expansión normativa de esta rama del derecho en el contexto de derecho penal económico.
- Reconocer los ámbitos de vinculación entre el derecho penal y el derecho administrativo, precisando el tipo de relación y su plasmación normativa en la legislación penal.

- Identificar los supuestos en que no está permitido una persecución ni sanción múltiple, analizando los supuestos de triple identidad.

III. ESTRUCTURA DE CONTENIDOS

UNIDAD I: EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

CONCEPTUALES	PROCEDIMENTALES	ACTITUDINALES
TEMA 1: CONCEPTO BASICO DE DERECHO PENAL ECONOMICO	Identifica el ámbito de aplicación del derecho penal económico, y la incidencia del derecho penal empresarial.	Actitud crítica frente a la ampliación del ámbito de aplicación del derecho penal, y su incidencia en el ámbito empresarial.
TEMA 2: LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS	Determina los niveles de protección penal de acuerdo a si estamos frente a delitos de lesión, de peligro concreto o peligro abstracto	Discute el contenido de la identidad subjetiva, cuando el órgano de representación de una empresa es procesado penalmente con dicha calidad, mientras por el mismo hecho, la empresa es procesada a nivel administrativo.
TEMA 3: EL MODELO ECONOMICO Y SU PROTECCIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO PENAL	Establece los niveles de complementariedad entre el derecho penal y el derecho administrativo, con énfasis en el ámbito sancionatorio.	
TEMA 4: LAS VELOCIDADES DEL DERECHO PENAL	Diferencia bienes jurídicos protegidos en ambas ramas jurídicas.	
TEMA 5: COMPLEMENTARIEDAD ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO		
Caso Sugerido:		
<ol style="list-style-type: none"> 1. “El Caso de la Central de Cercs”, por De La Mata Barranco, Norberto. En: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, Pablo (Coord.), <i>Casos que hicieron doctrina en derecho penal</i>, La Ley, Madrid, 2011. P. 319- 334. 2. El caso de los billetes falsos 		
Lecturas Obligatorias:		
<ol style="list-style-type: none"> 1. SILVA SANCHEZ, Jesús María. La expansión del Derecho penal. 3a edición. Editorial B de f. Madrid, 2011. P. 165-188. 2. GARCÍA CAVERO, Percy. El principio del non bis in idem a la luz de una distinción cualitativa entre el delito y la infracción administrativa. En Libro homenaje al Dr. José Hurtado Pozo. IDEMSA, Lima, 213. P. 169-188. 3. Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 2090-2005 - Lambayeque 		

UNIDAD II: RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

CONCEPTUALES	PROCEDIMENTALES	ACTITUDINALES
<p>TEMA 1: LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS POR DELITOS COMETIDOS COMO EFECTO DE SU ACTIVIDAD ECONÓMICA</p> <p>TEMA 2: MODELOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS¹.</p> <p>TEMA 3: LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL DELITO. LA OPCIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE 1991</p> <p>TEMA 4: LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS</p> <p>TEMA 5: LOS ALCANCES DE LA LEY 30424.</p>	<p>Conoce e identifica los distintos modelos de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas.</p> <p>Interioriza la aplicación de los criterios generales de <i>compliance</i>, y sus efectos en la imputación penal empresarial</p> <p>Analiza los alcances normativos de la Ley 30424 y la inclusión en nuestro sistema jurídico de la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas</p>	<p>Discute críticamente la inclusión de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas.</p> <p>Se familiariza con el concepto de <i>compliance</i> y sus efectos cancelatorios o de atenuación de la responsabilidad penal en el ámbito de las personas jurídicas.</p> <p>Cuestiona los alcances de la ley 30424 y la naturaleza jurídica de la responsabilidad de personas jurídicas incluida en dicha norma.</p>
<p>Caso Sugerido:</p> <ul style="list-style-type: none"> • "Caso Enron" por Carreño Aguado, Julen A. En: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, Pablo (Coord.), <i>Casos que hicieron doctrina en derecho penal</i>, La Ley, Madrid, 2011. P. 969- 987 		
<p>Lecturas Obligatorias:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. REYNA ALFARO, Luis Miguel. Panorama actual de la responsabilidad penal de las empresas y ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?, en <i>Derecho penal parte general, temas claves</i>. Gaceta Jurídica. Lima, 2016. P. 103- 134. 2. CARRIÓN CENTENO, Andy. <i>Criminal Compliance</i>. Thomas Reuters. Lima, 2014. P. 81-112 3. Ley 30424 Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional 		

¹ Texto tomado del manual elaborado para este mismo curso por el Dr. José Leandro Reaño Peschiera

UNIDAD III: LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LOS MIEMBROS DE LAS EMPRESAS FUNCIONALMENTE ESTRUCTURADAS

CONCEPTUALES	PROCEDIMENTALES	ACTITUDINALES
<p>TEMA 1: LA DISTRIBUCIÓN DE FUNCIONES EN LA ESTRUCTURA EMPRESARIAL, EL CONCEPTO DE CONFIANZA Y SU RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD PENAL.</p> <p>TEMA 2: LA APLICABILIDAD DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL</p> <p>TEMA 3: LAS CONDUCTAS NEUTRALES EN EL ÁMBITO DE LOS DELITOS EMPRESARIALES</p>	<p>Se familiariza con los conceptos de roles y distribución de funciones en el ámbito del contexto empresarial.</p> <p>Distingue los supuestos aplicativos del principio de confianza y de la prohibición de regreso, en el marco de las conductas neutrales. Empresariales.</p> <p>Analiza críticamente las decisiones de los operadores jurídicos de atribuir responsabilidad penal a los órganos de dirección de una empresa, por el sólo cargo que detentan</p>	<p>Es consciente de la importancia de la distribución de roles funcionales al interior de una organización empresarial, como criterio determinante para verificar la atribución de responsabilidad penal</p>
<p>Caso Sugerido:</p> <ul style="list-style-type: none"> Las antenas de celular 		
<p>Lecturas Obligatorias:</p> <ol style="list-style-type: none"> CARO JHON; José Antonio. Manual teórico práctico de teoría del delito. Ara Editores. Lima, 2014. P. 43- 86. Ejecutoria Suprema R.N.N° 2270-2004-La Libertad, de fecha 16 de septiembre de 2014. 		

UNIDAD IV: LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA DE RESPONSABILIDAD EN ESTRUCTURAS EMPRESARIALES

CONCEPTUALES	PROCEDIMENTALES	ACTITUDINALES
<p>TEMA 1: LA PRUEBA DE LA RELACIÓN CAUSAL: CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS Y DISCRECIONALIDAD JUDICIAL.</p> <p>TEMA 2: LA DETERMINACIÓN DEL DOLO: ELEMENTOS QUE COMPONEN LA ESTRUCTURA DEL DOLO Y SU PRUEBA.</p> <p>TEMA 3: LA DOCTRINA DE LA IGNORANCIA DELIBERADA Y SU APLICACIÓN AL DERECHO PENAL ECONÓMICO-EMPRESARIAL.</p>	<p>Establece y determina los elementos de la tipicidad subjetiva, dentro del contexto de imputación penal a nivel empresarial</p>	<p>Asume una actitud crítica ante los estándares de conocimiento típico al interior de las instancias empresariales.</p> <p>Cuestiona los elementos de acreditación que pueden utilizarse para probar dicho conocimiento.</p>
<p>Caso Sugerido:</p> <ul style="list-style-type: none"> • “Caso del Aceite de Colza”, por José Manuel Paredes Castañón. En: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, Pablo (Coord.), <i>Casos que hicieron doctrina en derecho penal</i>, La Ley, Madrid, 2011, pp. 425-440. 		
<p>Lecturas Obligatorias:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. FAKHOURI GÓMEZ, Camila y FELIP I SABORIT, David. Tratamiento del error en el Derecho penal. Especial referencia a los delitos ambientales en el contexto minero. En Reglas de Imputación penal en la actividad minera y petrolera. Colección de Ciencias Penales Nº 6. CARO CORIA, Carlos y REYNA ALFARO, Luis (coordinadores) CARO & ASOCIADOS – CEDPE. Lima, 2013. P. 183 – 217 2. REAÑO PESCHIERA, José Leandro, “El error de tipo en el Código Penal peruano”. En: HURTADO POZO, José (Editor). Problemas fundamentales de la parte general del Código Penal, Fondo Editorial PUCP / Universidad de Friburgo, Lima, 2009, pp. 215-240 		

UNIDAD V: EL DELITO DE ESTAFA

CONCEPTUALES	PROCEDIMENTALES	ACTITUDINALES
TEMA 1: DINÁMICA COMISIVA DEL DELITO DE ESTAFA.	Establece los elementos típicos de la estafa.	Asume una posición crítica acerca de la posibilidad de asimilar las figuras de modalidades
TEMA 2: MODALIDADES DE ESTAFA.	Determina las características especiales de las figuras de estafa en triángulo, estafa contractual y estafas en pirámide.	especiales de estafa a la descripción típica establecida en el artículo 196 del Código Penal.
TEMA 3: MODALIDADES ESPECIALES DE ESTAFA		
<p>Caso Sugerido:</p> <ul style="list-style-type: none"> • “Caso Las Pastillas Adelgazantes” por Nuria Pastor Muñoz, en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, Pablo (Coord.), <i>Casos que hicieron doctrina en derecho penal</i>, La Ley, Madrid, 2011, P. 307-318 • Caso "General Electric" 		
<p>Lecturas Obligatorias:</p> <p>REBOLLO VARGAS, Rafael. Propuestas para la controversia en la delimitación típica del delito de estafa: la distinción con el fraude civil y la reinterpretación del engaño. En <i>Dogmática Penal de derecho penal económico y política criminal</i>. Libro Homenaje a Klaus Tiedemann. Volumen I. Universidad San Martín de Porres – Fondo editorial. Lima, 2011. P. 617 – 659.</p>		

UNIDAD VI: EL DELITO DE FRAUDE EN LA ADMINISTRACION DE PERSONAS JURIDICAS Y SU DIFERENCIA CON EL DELITO DE APROPIACION ILICITA.

CONCEPTUAL	PROCEDIMENTAL	ACTITUDINAL
<p>TEMA 1 EL DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA.</p> <p>TEMA 2 EL DELITO DE FRAUDE EN LA ADMINISTRACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA MODALIDAD DE USO INDEBIDO DEL PATRIMONIO SOCIETARIO</p> <p>TEMA 3 REFERENCIA A OTRAS MODALIDADES DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA</p> <p>TEMA 4 EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL DE PATRIMONIO FIDEICOMETIDO, AUTÓNOMO O DE PROPÓSITO ESPECIAL</p>	<p>Establece los elementos típicos de los delitos de apropiación ilícita y de fraude societario, a fin de determinar sus características especiales y correspondientes diferencias.</p>	<p>Cuestiona la regulación nacional sobre fraude societario.</p> <p>Asume una posición crítica sobre el desarrollo jurisprudencial respecto a la diferencia entre apropiación ilícita y fraude societario.</p>
<p>Lecturas obligatorias para la evaluación:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte especial. Volumen I. Instituto Pacífico. Lima, 2015. P. 393-413. 2. Casación 301-2011-Lambayeque del 4 de octubre de 2012 3. R.N. N° 3649-2008 - Lambayeque del 14 de mayo de 2010 		
<p>Caso:</p> <p>“Caso Argentia Trust”, por Carlos Gómez-Jara Díez. En: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, Pablo (Coord.), <i>Casos que hicieron doctrina en derecho penal</i> La Ley, Madrid, 2011, pp. 633-646</p>		

V. MEDIOS Y MATERIALES.

- Material de lectura preparado por el docente
- Lecturas recomendadas.
- Casos prácticos.

VI. METODOLOGÍA Y SECUENCIA DE ESTUDIO.

La metodología del Curso "DERECHO PENAL ECONOMICO" es activa y participativa, basada en el método del caso, aprendiendo desde lo vivencial, a través de una práctica concreta de los casos planteados por el docente, promoviendo la conformación de grupos de estudios, análisis de textos y la resolución de los cuestionarios respectivos, todo esto para alcanzar las competencias esperadas en el curso.

Para el desarrollo del presente curso los alumnos tendrán acceso al Aula Virtual de la Academia de la Magistratura, donde tendrán a su disposición todos los materiales utilizados, las diapositivas de las sesiones presenciales y lecturas obligatorias.

Se combina el aprendizaje a distancia con sesiones presenciales. Fase presencial: Interactiva; con las siguientes técnicas: exposición y preguntas, lluvia de ideas, análisis de casos, debates, argumentación oral. Fase no presencial: Lectura auto instructiva y foro virtual.

VII. SISTEMA DE ACOMPAÑAMIENTO

Para el desarrollo de este curso, el discente cuenta con el acompañamiento del profesor especialista quien será el responsable de asesorarlo y orientarlo en los temas de estudio, a la vez que dinamizarán la construcción del aprendizaje. Así también, contarán con un coordinador quien estará en permanente contacto para atender los intereses, inquietudes y problemas sobre los diversos temas.

VIII. SISTEMA DE EVALUACIÓN

Se ha diseñado un sistema de evaluación permanente, de manera que el discente pueda ir reflexionando y cuestionando los diversos temas propuestos en el curso. Los componentes evaluativos serán informados oportunamente por el coordinador del curso.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. (1997) Derecho penal económico: consideraciones jurídicas y económicas. Lima: IDEMSA.

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. (2000) Derecho penal económico: parte especial. Lima: IDEMSA.

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. (2003) Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano. 2da. ed. Lima: Palestra.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (1978) Derecho penal económico: aplicado a la actividad empresarial. Madrid: Civitas.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (1989) Manual de derecho penal. Parte especial: (Delitos patrimoniales y económicos). 2da. ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

BARBERO SANTOS, Marino (1982) La reforma penal: cuatro cuestiones fundamentales. Madrid: Instituto Alemán.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y ARROYO ZAPATERO, Luis. (1994) Manual de derecho penal. Parte general. Editorial Praxis S.A.. Barcelona.

BRAMONT-ARIAS TÓRRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen (2008) Manual de derecho penal: parte especial. 5a ed. Lima: San Marcos.

BRAMONT-ARIAS TÓRRES, Luis Alberto (2003) Estudios penales: libro homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias. Lima: Estudios Penales.

BRAMONT-ARIAS TÓRRES, Luis Alberto (2004) La regulación del delito de pánico financiero. (Consulta: enero de 2013).
(<http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ene04/boletin08-01.htm>)

BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis Felipe. (2012) Las modalidades del delito de defraudación tributaria, en 20 años de vigencia del Código penal peruano. Raúl Pariona (Director). Grijley. Lima.

BUSTOS RAMIREZ, Juan (1984) Manual de derecho penal español: parte general. Barcelona: Ariel.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1993) Perspectivas actuales del derecho penal económico. pp. 65-78.
En: Revista Peruana de Ciencias Penales, no. 1

BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1986) Los bienes jurídicos colectivos: repercusiones de la labor legislativa de Jimánes da Asúa en el Código Penal de 1932. pp. 147-164.
En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, no 11

CARO CORIA, Dino Carlos (1997) Sociedades de riesgo, bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo (consulta: enero de 2013).
(<http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/caro/Bjc-concurso.pdf>)

CARO CORIA, Dino Carlos (2011) El valor de la infracción administrativa en la determinación del riesgo permitido en el derecho penal económico (consulta: enero de 2013).
(http://www.adpeonline.com/anuario2011/anuario_pdf/15-23/15-23.pdf)

CARO CORIA, Dino Carlos. (2013) Sobre el tipo básico de lavado de activos. En Actas de I Foro Internacional de Compliance y Prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo. CEDPE –ASOMIF. Lima

CARO CORIA, Dino Carlos; REYNA ALFARO, Luis Miguel, REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Derecho penal económico, Parte General – Parte Especial. Jurista Editores, Lima, 2016.

CARO JOHN, José Antonio (2004) La impunidad de las conductas neutrales. A la vez, sobre el deber de solidaridad mínima en el derecho penal (consulta: enero de 2013). (<http://www.docstoc.com/docs/115487678/Conductas-neutrales>)

CARO JOHN, José Antonio (2006) Imputación subjetiva (consulta: enero de 2013). (<http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/04noviembre06/carojohninputsbj.pdf>)

CARO JHON; José Antonio. (2014) Manual teórico práctico de teoría del delito. Ara Editores. Lima.

CARRIÓN CENTENO, Andy. (2014) Criminal Compliance. Thomas Reuters. Lima,.

CEREZO MIR, José (1971) Límite entre el derecho penal y el derecho administrativo.

En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.

DANÓS ORDOÑEZ, Jorge (1995) Notas acerca de la potestad sancionatoria de la administración pública. p. 156. En: IUS ET VERITAS, Año V, No 10

DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier (1998) La garantía del ne bis in idem y el derecho penal económico. Lima: III Congreso Internacional de Derecho Penal.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario (1997) Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica.

En: Actualidad Penal, No. 6

FAKHOURI GÓMEZ, Camila y FELIP I SABORIT, David. (2013) Tratamiento del error en el Derecho penal. Especial referencia a los delitos ambientales en el contexto minero. En Reglas de Imputación penal en la actividad minera y petrolera. Colección de Ciencias Penales N° 6. CARO CORIA, Carlos y REYNA ALFARO, Luis (coordinadores) CARO & ASOCIADOS – CEDPE. Lima.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Cuestiones actuales de Derecho penal económico. B de f. Buenos Aires, 2009.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco (1992) El sistema constitucional español. Editorial Dykinson. Madrid.

GARCÍA CAVERO, Percy (2005) Fraude en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios. Lima: Palestra.

GARCÍA CAVERO, Percy (2003) El actuar en lugar de otro en el derecho penal peruano. Lima: ARA Editores.

GARCÍA CAVERO, Percy (2007) Derecho penal económico. 2a ed. Lima: Grijley.

GARCÍA CAVERO, Percy (2003) La imputación objetiva en los delitos imprudentes. En: Revista de Derecho de la Universidad de Piura

GARCÍA CAVERO, Percy.(2013) El principio del non bis in idem a la luz de una distinción cualitativa entre el delito y la infracción administrativa. En Libro homenaje al Dr. José Hurtado Pozo. IDEMSA, Lima.

GARCÍA CAVERO, Percy. (2015) Derecho penal económico. Parte especial. Volumen I. Instituto Pacífico. Lima.

GARCÍA RADA, Domingo (1985) Sociedad anónima y delito. 2a ed. Lima: Librería Studium.

GARCÍA RIVAS, Nicolás (1996) El poder punitivo en el estado democrático. Colección estudios. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca.

GRACIA MARTÍN, Luis. (1986) El actuar en lugar de otro en el derecho penal I y II. Zaragoza: Universidad de Zaragoza.

GRACIA MARTÍN, Luis (1993) Los instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal. pp. 213-233
En: Actualidad Penal, no. 16

HERRERO HERRERO, César y PAREJO GÁMIR, José Alberto (1992) Los delitos económicos: perspectiva jurídica y criminológica. Madrid: España. Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica.

HURTADO POZO, José (2005) Manual de derecho penal: parte general I. 3a ed. Lima: Grijley.

IBERICO CASTAÑEDA, Luis Fernando (2002) El delito de pánico financiero, en Derecho & Sociedad. Año XIII, N° 19. Lima. P. 170 y ss.

IBERICO CASTAÑEDA, Luis Fernando. (2003) El delito de omisión de provisiones, en Revista Bibliotecal. Año 4, N° 6. Ilustre Colegio de Abogados de Lima, Lima . P. 339 y ss.

IBERICO CASTAÑEDA, Luis Fernando. (2013) El delito de concentración crediticia. En derecho penal económico y de la empresa. Haydegger, Francisco y Atahumán, Jhuliana (Coordinadores). IDEMSA, Lima.

LAMAS PUCCIO, Luis (1996) Derecho penal económico. 2a ed. Lima: Librería y Ediciones Jurídicas.

LASCURÍN SÁNCHEZ, José Antonio (1995) Fundamentos y límites del deber de garantía del empresario. En: Hacia un derecho penal económico europeo: jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, 14-17 de octubre de 1992. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.

LINDBLOM, Charles E. (2002) El sistema de mercado. Alianza editorial. Madrid.

MAPELLI CAFFARENA, Borja (1997) Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal. En: Revista Penal, No. 1

MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan (1996) Las consecuencias jurídicas del delito. 3a ed. Madrid: Civitas.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos (1998) Derecho penal económico: parte general. Valencia: Tirant lo blanch.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos (1999) Derecho penal económico: parte especial. Valencia: Tirant lo blanch.

MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio (1992) Derecho penal y protección del medio ambiente. Madrid: Colex.

MAZUELOS COELLO, Julio (1996) Derecho penal económico y de la empresa. Lima: San Marcos.

MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio (1999) La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lima: PUCP. Fondo Editorial.

MEINI MENDEZ, Iván Fabio (2003) Responsabilidad penal del empresariado por los hechos cometidos por sus subordinados. Valencia: Tirant lo Blanch.

MUÑOZ CONDE, Francisco. (2011) De la llamada estafa de crédito. En Dogmática penal de derecho penal económico y política criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann. Volumen I. Universidad San Martín de Porres – Fondo Editorial. Lima.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (1995) Hacia un derecho penal económico europeo: jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, 14-17 de octubre de 1992. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.

MUÑOZ CONDE, Francisco (1997) Cuestiones dogmática básicas en los delitos económicos. En: Revista Penal, No. 1

NOVOA MONREAL, Eduardo (1982) Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico.
En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales

PEÑA CABRERA, Raúl (1999) Tratado de derecho penal: estudio programático de la parte general. 3a ed. Lima: Grijley.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. (2009) Derecho penal económico. Jurista Editores. Lima.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor (2006) La represión del delito de lavado de activos.
En: Actualidad Jurídica, No. 154

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto (1996) Todo sobre el código penal. Lima: IDEMSA.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (1999) Comentarios a la parte especial del derecho penal. 2a ed. Pamplona: Aranzadi.

REAÑO PESCHIERA, José Leandro (2007) La criminalización de las transacciones bursátiles con información privilegiada: el delito de insider trading (consulta: enero

de 2013).
http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_72.pdf

REAÑO PESCHIERA, José Leandro (2002) Derecho penal bursátil: el delito de abuso de información privilegiada. Lima: Gráfica Horizonte.

REAÑO PESCHIERA, José Leandro (2003) Límites a la atribución de responsabilidad penal por defraudaciones tributarias cometidas en el ámbito empresarial.

En: IUS ET VERITAS, No. 26

REAÑO PESCHIERA, José Leandro (2006) ¿Puede imputársele a los asesores financieros los delitos cometidos por sus clientes?

En: Advocatus, No. 14

REAÑO PESCHIERA, José Leandro y VARGAS VALDIVIA, Luis (2005) ¿Criminalización de una relación comercial o estafa a través de una relación comercial de contenido criminal? pp. 5-6.

En: Legal Express, No 57, Año 5

REAÑO PESCHIERA, José Leandro (2009) “El error de tipo en el Código Penal peruano”. En: HURTADO POZO, José (Editor). Problemas fundamentales de la parte general del Código Penal, Fondo Editorial PUCP / Universidad de Friburgo, Lima,

REBOLLO VARGAS, Rafael. (2011) Propuestas para la controversia en la delimitación típica del delito de estafa: la distinción con el fraude civil y la reinterpretación del engaño. En Dogmática Penal de derecho penal económico y política criminal. Libro Homenaje a Klaus Tiedemann. Volumen I. Universidad San Martín de Porres – Fondo editorial. Lima,

REYNA ALFARO, Luis Miguel (2003) Manual de derecho penal económico. Lima: Gaceta Jurídica.

REYNA ALFARO, Luis Miguel. (2016) Panorama actual de la responsabilidad penal de las empresas y ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?, en Derecho penal parte general, temas claves. Gaceta Jurídica. Lima.

ROJAS VARGAS, Fidel (2003) Delitos contra la administración pública. 3ra ed. Lima: Grijley.

RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón (1997) Protección penal del mercado de valores: infidelidades en la gestión de patrimonios. Valencia: Tirant lo Blanch.

SANTANA VEGA, Dulce María (2000) La protección penal de los bienes jurídicos colectivos. Madrid: Dykinson.

SAN MARTÍN CASTRO, César (2001) Delito socio económico y proceso penal. El derecho procesal penal económico.

En: Revista Advocatus, No. 4.

SAN MARTÍN CASTRO, César y otros (2002) Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir: aspectos sustantivos y procesales. Lima: Jurista.

SCHÜNEMANN, Bern (1988) Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política-criminal acerca de criminalidad de empresa.
En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.

SILVA SANCHEZ, Jesús María (1995) Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal: libro-homenaje a Claus Roxin. Barcelona: José María Bosch.

SILVA SANCHEZ, Jesús María. (2011) La expansión del Derecho penal. 3a edición. Editorial B de f. Madrid.

SUAY RINCÓN, José (1993) El derecho administrativo sancionador como derecho garantizador y como alternativa al derecho penal.
En: Revista del Foro Canario, No. 1.

TERRADILLOS BASOCO, Juan (1995) Derecho penal de la empresa. Madrid: Trotta.

TERRADILLOS BASOCO, Juan (1995) Reforma penal y delitos contra el orden socio-económico.

En: Actas del XVI Curso de Verano de San Roque, del 10 al 29 de julio.

TIEDEMANN, Klaus (1985) Poder económico y delito: (introducción al derecho penal económico y de la empresa). Barcelona: Ariel.

TIEDEMANN, Klaus (1993) Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán). Barcelona: PPU.

TIEDEMANN, Klaus (1999) Temas de derecho penal económico y ambiental. Lima: IDEMSA.

TIEDEMANN, Klaus (2007) Derecho penal y nuevas formas de criminalidad. 2a ed. Lima: IDEMSA.

DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio (1984) Las actuaciones en nombre de otro.
En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (1980) Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*. En: Cuadernos de Política Criminal, No. 11

PRESENTACIÓN

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado Peruano que tiene como finalidad desarrollar un sistema integral y continuo de formación, capacitación, actualización, y perfeccionamiento de los magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público.

La Academia de la Magistratura, a través de la Dirección Académica ejecuta el Curso “Derecho Penal Económico” en el marco de actividades de las Sedes Desconcentradas – Sede Lambayeque. Para este fin, se ha previsto la elaboración del presente material, el mismo que ha sido elaborado por un especialista de la materia y sometido a un tratamiento didáctico desde un enfoque andragógico, a fin de facilitar el proceso de enseñanza y aprendizaje del discente de una manera sencilla y práctica.

El presente material se encuentra estructurado en dos unidades con los siguientes ejes temáticos: El derecho penal económico, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a asignación de responsabilidad en estructuras empresariales organizadas, la imputación subjetiva de responsabilidad en estructuras empresariales, EL DELITO DE ESTAFA, el delito de fraude en la administración de personas jurídicas y su diferencia con el delito de apropiación ilícita, el delito de atentado contra la seguridad y salud en el trabajo, los delitos contra el orden financiero, los delitos tributarios y el delito de lavado de activos.

Asimismo, el discente tendrá acceso a un Aula Virtual, siendo el medio más importante que utilizará a lo largo del desarrollo del curso, a través de ella podrá acceder al material autoinstructivo, lecturas y un dossier de casos que le permita aplicar los conocimientos adquiridos.

En ese sentido, se espera que concluido el presente Curso el discente esté en mejores condiciones para analizar, sintetizar, inferir e identificar todo lo relacionado al derecho penal económico.

Dirección Académica

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de un Estado diseña el modelo de sociedad de cada nación, estableciéndolas características generales y centrales del régimen político, del régimen económico, del régimen educativo; etc.

Al establecer los lineamientos de cada parte del espectro social, selección los objetos más importantes que debe ser objeto de protección por parte del Estado, quien tiene en el derecho uno de los mecanismos más importantes para brindar la seguridad a tales objetos, que como hemos indicado son seleccionados y consagrados en el texto constitucional.

Es evidente que un mismo objeto de protección o también denominado bien jurídico puede ser materia de protección a través de diferentes ramas del derecho, así acontece con la vida o el patrimonio, que tienen en el derecho penal y en el derecho civil, dos instrumentos centrales que tienen por finalidad su protección a través de su correspondiente entramado normativo.

Lo que va a marcar la oportunidad de la intervención proteccionista de cada rama jurídica, va a ser o la importancia del bien jurídico tutelado o la intensidad de la afectación al mismo. Pero como fuese queda claro que el rol del derecho, en general, es regular el comportamiento humano de forma tal de posibilitar el mantenimiento del status quo normativo establecido por la Constitución; y del derecho pena, en particular, es el de defender los bienes jurídicos de mayor relevancia de los ataques de mayor entidad; es por ello que el derecho civil protege el patrimonio frente a un incumplimiento contractual, pero el derecho lo defiende frente a una estafa, en al que si bien no existe la prestación requerida, ello se debe a la existencia del engaño.

Dentro de las estructuras diseñadas por el Constituyente se halla el modelo económico, que en el caso peruano se adscribe a un modelo social de mercado, que en líneas generales significa que las relaciones de los actores económicos se regulan por el mercado, esto es por la oferta y la demanda, lo que significa que el Estado abandona el rol de estructurador de la economía, de forma tal que nuestra economía deja de ser centralizada. Sin embargo no sólo es una economía de mercado sino que tiene un componente social que adjudica al Estado un rol de órgano de satisfacción de necesidades de aquellas personas que sus intereses esenciales no han podido ser satisfechos a través del mercado, lo que implica la existencia de centros de educación o centros de salud públicos o la implementación de proyectos de construcción de viviendas de interés social. Adicionalmente a ello el Estado asume una función de regulación de las actividades económicas, a través de instituciones como el INDECOPI; la SUNASS; OSITRAN; OSIPTEL; etc.

En este esquema el derecho penal, cumple una función de protección del referido modelo económico constitucionalmente establecido, rol que lo va a cumplir a través de la protección normativa de cada uno de los elementos que integran dicho modelo; así desde la perspectiva de mercado, uno de los mecanismos esenciales de regulación de las relaciones económicas de las personas, es la intermediación financiera que permite acercar a un menor costo a los entes deficitarios con los superhabitarios; razón por la que el Derecho penal

incorpora los denominados delitos contra el orden financiero a fin de proteger el saludable desarrollo de las actividades de intermediación. Desde la perspectiva social, el Estado de los fondos necesarios que le permitan ejecutar sus políticas de satisfacción de necesidades de aquellas personas que no tienen en el mercado el mecanismo idóneo para hacerlo, en ese sentido el derecho penal incluye punitivamente aquellas conductas que afecten la capacidad de recaudación normal del Estado, a través de la tipificación de los denominados delitos tributarios.

El conjunto de normas penales referidas a la protección de los bienes jurídicos vinculados al modelo económico, constitucionalmente establecido, y los principios que las regulan así como los instrumentos que posibilitan su aplicación, conforman el denominado derecho penal económico, el cual no se limita a la protección de los bienes jurídicos económicos, propiamente dichos, que son por naturaleza bienes jurídicos colectivos; sino que también extiende su plexo garantista a aquellos bienes jurídicos, que pese a ser de naturaleza individual, son de esencial importancia para el desarrollo económico de las personas, como es el caso del patrimonio, lo que se puede evidenciar en el caso de los delitos de estafa o apropiación ilícita, que tiene en su sustrato, la protección del individuo a su libertad constitucional a contratar, que es la relación jurídica básica que posibilita la interacción de la oferta y la demanda.

Uno de los sujetos protagonistas de la interacción económica es la empresa, como binomio indisoluble de capital y trabajo, se convierte en un vehículo esencial de inversión, fuente de riqueza, trabajo y desarrollo. Sin embargo resulta evidente que en el interior de su organización se pueden presentar comportamientos delictivos con incidencia económica, contexto en el que resulta primordial verificar el comportamiento asumido por sus órganos en función a los roles y normas de cuidado que deben observar conforme a la organización propia del ente colectivo o las normas establecidas por los correspondientes órganos reguladores. Este contexto nos ubica en el denominado derecho penal empresarial, que forma parte del denominado derecho penal económico. En este escenario surgen temas esenciales como la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el *compliance* aplicado al derecho penal; los supuestos configurados por el principio de confianza o la prohibición de regreso, como supuestos de ruptura del nexo de imputación objetiva, entre otros.

El objeto de este material es brindar al discente un panorama general tanto del derecho penal económico en general, como del derecho penal empresarial, en particular, que le permita, en casos concretos, contra con las herramientas necesarias para posibilitar su resolución.

INDICE

INTRODUCCIÓN	19
UNIDAD I: EL DERECHO PENAL ECONÓMICO	23
PRESENTACIÓN DE LA UNIDAD 1	24
PREGUNTAS GUÍA PARA EL ESTUDIO DE LA UNIDAD 1	24
TEMA 1. CONCEPTOS BASICOS DE DERECHO PENAL ECONÓMICO	25
TEMA 2. LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS	26
TEMA 3: EL MODELO ECONÓMICO Y SU PROTECCIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO PENAL	28
TEMA 4: LAS VELOCIDADES DEL DERECHO PENAL	32
TEMA 5: COMPLEMENTARIEDAD ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO	33
RESUMEN DE LA UNIDAD	40
PREGUNTAS DE AUTOEVALUACIÓN	42
UNIDAD II: LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	45
PRESENTACIÓN DE LA UNIDAD 2	46
PREGUNTAS GUÍA PARA EL ESTUDIO DE LA UNIDAD 2	47
TEMA 1: LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS POR DELITOS COMETIDOS COMO EFECTO DE SU ACTIVIDAD ECONÓMICA	48
TEMA 2: MODELOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS	51
TEMA 3: LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL DELITO. LA OPCIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE 1991	53
TEMA 4: LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	58
TEMA 5: LOS ALCANCES DE LA LEY 30424	60
REUMEN DE LA UNIDAD	64
PREGUNTAS DE AUTOEVALUACIÓN	66
UNIDAD III: LA ASIGNACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN ESTRUCTURAS EMPRESARIALES ORGANIZADAS	69
PRESENTACIÓN DE LA UNIDAD 3	70
PREGUNTAS GUÍA PARA EL ESTUDIO DE LA UNIDAD 3	70
TEMA 1: LA DISTRIBUCIÓN DE FUNCIONES EN LA ESTRUTURA EMPRESARIAL, EL CONCEPTO DE CONFIANZA Y SU RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD PENAL.	71
TEMA 2: LA APLICABILIDAD DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL	72
TEMA 3: LAS CONDUCTAS NEUTRALES EN EL ÁMBITO DE LOS DELITOS EMPRESARIALES	77
RESUMEN DE LA UNIDAD	93
PREGUNTAS DE AUTOEVALUACIÓN	95
UNIDAD IV: LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA DE RESPONSABILIDAD EN ESTRUCTURAS EMPRESARIALES	98

PRESENTACIÓN DE LA UNIDAD 4	99
PREGUNTAS GUÍA PARA EL ESTUDIO DE LA UNIDAD 4	99
TEMA 1: LA PRUEBA DE LA RELACIÓN CAUSAL. CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS Y DISCRECIONALIDAD JUDICIAL	100
TEMA 2: LA DETERMINACIÓN DEL DOLO. ELEMENTOS QUE COMPONEN LA ESTRUCTURA DEL DOLO Y SU PRUEBA	100
TEMA 3: LA DOCTRINA DE LA IGNORANCIA DELIBERADA Y SU APLICACIÓN AL DERECHO PENAL ECONÓMICO - EMPRESARIAL	107
RESUMEN DE LA UNIDAD	108
PREGUNTAS DE AUTOEVALUACIÓN	111
UNIDAD V: EL DELITO DE ESTAFA	114
PRESENTACIÓN DE LA UNIDAD 5 Y PREGUNTAS	115
TEMA 1: DINÁMICA COMISIVA DEL DELITO DE ESTAFA	116
TEMA 2: MODALIDADES DE ESTAFA	117
TEMA 3: MODALIDADES ESPECIALES DE ESTAFA	118
RESUMEN DE LA UNIDAD	123
PREGUNTAS DE AUTOEVALUACIÓN	125
UNIDAD VI: EL DELITO DE FRAUDE EN LA ADMINISTRACION DE PERSONAS JURIDICAS Y SU DIFERENCIA CON EL DELITO DE APROPIACION ILICITA.	128
PRESENTACIÓN DE LA UNIDAD 5 Y PREGUNTAS	129
TEMA 1: DINÁMICA COMISIVA DEL DELITO DE ESTAFA.	130
TEMA 2 MODALIDADES DE ESTAFA.	131
TEMA 3 MODALIDADES ESPECIALES DE ESTAFA	133
TEMA 4: EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL DE PATRIMONIO FIDEICOMETIDO, AUTÓNOMO O DE PROPÓSITO ESPECIAL ²	134
RESUMEN DE LA UNIDAD	138
PREGUNTAS DE AUTOEVALUACIÓN	140

² Tema desarrollado por el Dr. Reaño Peschiera.



UNIDAD I

EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

PRESENTACIÓN

A través de esta unidad se presenta al discente los conceptos generales del derecho penal económico, su concepto, las velocidades del derecho penal, a fin de evaluar el proceso de expansión del derecho penal en el ámbito empresarial; el tipo de bienes jurídicos que tutela, y la forma como los protege. Se explica, la relación de complementariedad que existe entre el derecho penal y el derecho administrativo, haciendo énfasis en la complementariedad sancionatoria, a fin de esbozar algunas ideas sobre la aplicación del principio del ne bis in idem, y la posibilidad de la multiplicidad sancionatoria.



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿Qué se entiende por derecho penal económico?
2. ¿Cuál es su vinculación con el derecho penal empresarial?
3. ¿A que se denomina velocidades del derecho penal?
4. ¿Cuáles son las velocidades del derecho penal?
5. ¿Qué se entiende por protección sectorial de bienes jurídicos?
6. ¿Cómo se relaciona el derecho penal con el derecho administrativo?
7. ¿Qué se entiende por complementariedad sancionatoria entre el derecho penal y el derecho administrativo?
8. ¿Cuántas manifestaciones existen del principio del ne bis in idem?
9. ¿En qué consiste la triple identidad?
10. ¿Cuándo es posible sancionar más de una vez a la misma persona por el mismo hecho?

TEMA 1: CONCEPTO BÁSICOS DE DERECHO PENAL ECONÓMICO

El derecho penal económico, en líneas generales puede definirse como la rama del derecho penal que desde una perspectiva normativa busca proteger el sistema o modelo económico diseñado constitucionalmente, de forma tal de permitir que los sujetos económicos puedan interactuar dentro de un esquema de libre mercado, ofertando o demandando; y que el Estado pueda cumplir adecuadamente su rol social y regulador.

Como veremos más adelante, los bienes jurídicos que conforman el modelo económico, son de naturaleza colectiva, es decir que su titularidad recae sobre todo el entramado social y no puede ser atribuido a una persona en particular; así tenemos el orden financiero, el orden monetario, el orden laboral, el orden tributario, etc., se señala que el derecho penal económico en sentido estricto es el conjunto de normas y principios aplicables a aquellas conductas que afectan los bienes jurídicos colectivos que conforman el ordenamiento económico, constitucionalmente definido, sin embargo la interacción económica va mas allá de los objetos de protección colectiva, ya que ponen en juego intereses individuales como el patrimonio o la libertad o seguridad laboral, por ejemplo, lo que ha llevado a hablar de un derecho penal económico en sentido amplio, entendido éste como el conjunto de normas y principios aplicables a aquellos comportamientos que afectan o bien, los bienes jurídicos colectivos que forman parte del diseño del modelo económico establecido por la Constitución, o bien los bienes jurídicos individuales de aquellas personas en su rol económico.

Ello nos lleva a evidenciar que, en líneas generales, los delitos que forman parte del listado de delitos económicos, son delitos de infracción de deber, ya que en lo que se va a poner énfasis es en el rol económico que realizaba el sujeto infractor, y la inobservancia que haya tenido a los deberes que importan el ejercicio de tal competencia funcional

El derecho penal empresarial, es una parte del derecho penal económico, pero en el cual, el comportamiento delictivo tiene lugar en el contexto o escenario funcional de una empresa, entendida ésta como la persona jurídica que, siendo la simbiosis de capital y trabajo, realiza actividades económicas, en búsqueda de una beneficio de igual naturaleza.

En el ámbito empresarial y su entroncamiento con el derecho penal, podemos señalar, que normalmente, se producen dos tipos de responsabilidades, una a nivel personal, que implica, dependiendo del modelo adoptado por cada legislación, o la aplicación de penas para la propia persona jurídica infractora (ley 30424) o, caso contrario, la

transferencia de responsabilidad punitiva al órgano funcional de representación que actuó (artículo 27 del Código penal), reservando para la persona jurídica la aplicación de medidas cuasi administrativas (consecuencias accesorias, artículo 105 del Código penal). El otro nivel de responsabilidad es a nivel patrimonial, donde la persona jurídica, es incorporada al proceso penal como tercero civil responsable, y por ende, su patrimonio, es pasible de ser afectado cautelarmente, o definitivamente, en aras de responder indemnizatoriamente por el daño causado por la comisión del delito, debiendo precisarse, que en este caso, la responsabilidad que se le atribuye al órgano societario no es penal, sino de naturaleza civil.

TEMA 2: LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS

La Constitución recoge básicamente el conjunto de derechos, cuya titularidad recae en el ser humano, ya sea en su faceta individual o colectiva, lo que implica una doble obligación para el Estado, por un lado el de respetar dichos bienes jurídicos, y por otro el de promover su pleno ejercicio, buscando eliminar las barreras que imposibiliten su total desarrollo.

La Constitución así mismo, bajo el modelo de democracia representativa va regulando los principios básicos de la convivencia social, estableciendo los parámetros básicos de cada faceta del quehacer social, estructurando un verdadero modelo de sociedad, estipulando los lineamientos generales que deben ser observados por los sujetos de derechos, en ámbitos como el económico, el cultural, el laboral, el político, etc.

Este modelo u orden social consagrado en el texto constitucional debe ser preservado a través de los diferentes mecanismos de control social con que cuenta el Estado y la sociedad en general, ya sean estos formales o informales, los mismos que deben propugnar porque las personas adecúen sus comportamientos a los lineamientos del esquema social establecido constitucionalmente, o por lo menos, que no lo trasgredan.

Es en este contexto donde entra a tallar el derecho penal subjetivo (entendido como capacidad o atribución sancionatoria del Estado), el cual sólo podrá tener justificación en tanto que las conductas que etiquete previamente como delitos, las personas a las que persiga por haber incurrido en la comisión de tales conductas, o la aplicación de una sanción a las mismas, respondan a la necesidad de preservar o mantener el modelo social establecido constitucionalmente. En tal sentido Berdugo Gómez de la Torre y Arroyo Zapatero sostiene: “(...) el fundamento de la existencia del ordenamiento punitivo se vincula a su necesidad para el

mantenimiento de un determinado orden social (...) Este modelo de sociedad, por otra parte, es el que corresponde al recogido en nuestra Constitución”³

Lo señalado en el ítem precedente nos lleva a dotar al derecho penal de una función instrumental respecto a su función de mecanismo de preservación del modelo social constitucionalmente establecido, lo que nos lleva a verificar la estrecha relación que existe entre el derecho penal y el derecho constitucional, o dicho de otra manera en la imbricante vinculación que existe entre derecho penal y política. En ese sentido García Rivas sostiene que “(...) la historia del derecho penal es la historia del estado y puesto que en la Constitución hallamos el instrumento normativo que define y legitima sus mecanismos de poder, cabe colegir sin demasiada dificultad su influencia sobre el sistema punitivo”⁴

Establecida la función instrumental del derecho penal en relación con el orden social, debe precisarse que su función protectora no está referida a todos los ámbitos u objetos de tutela de dicho ordenamiento ni menos a reprimir o sancionar cualquier tipo de conducta que los afecta, dado el carácter estigmatizante del derecho penal o a los mecanismos que utiliza (tanto procesales como punitivos) es de destacar que se debe reservar su rol proteccionista únicamente respecto a los bienes jurídicos de mayor relevancia constitucional y su empleo reservarse únicamente para aquellas conductas más lesivas. En ese entendido Mir Puig señala que “El Derecho Penal de un Estado social ha de justificarse como sistema de protección de la sociedad. Los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del derecho se denomina bienes jurídicos. Se dice entonces que el Derecho penal sólo puede proteger bienes jurídicos”⁵

Uno de los elementos conformantes de un orden social, qué duda cabe, es el modelo económico que el constituyente diseñó a fin de regular las relaciones económicas de las personas, y por ende la forma como estas van a satisfacer sus necesidades materiales, precisando cual va a ser el rol del Estado en ese entramado de interrelaciones económicas.

³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y ARROYO ZAPATERO, Luis. Manual de derecho penal. Parte general. Editorial Praxis S.A.. Barcelona 1994. P.5.

⁴ GARCÍA RIVAS, Nicolás. El poder punitivo en el estado democrático. Colección estudios. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 1996. P. 43

⁵ MIR PUIG, Santiago. Derecho penal. Parte general. PPU. S.A. Barcelona, 1996. P. 91.

TEMA 3: EL MODELO ECONÓMICO Y SU PROTECCIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO PENAL

La Constitución al definir el modelo social en general, define también, el modelo u orden económico en particular, lo que ha venido en denominarse como “la Constitución económica”, que alude al conjunto de normas que delinear el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica⁶

La Constitución de 1979 introdujo un modelo de “economía mixta de planificación concertada en el marco de la ideología y praxis de una Economía Social de Mercado”⁷, en el que si bien se reconocían las libertades económicas básicas (de industria, de comercio, de empresa, etc), sin embargo estas debían ejercerse en forma compatible con el interés social, que muchas veces era definido por el propio Estado, el cual no abandono su rol empresarial e incluso mantenía funciones de planificación y control económico (como la fijación de las tasa de interés, precios controlados, etc) De donde aparecía que la economía tenía dos niveles de regulación de las relaciones económicas, en principio, el mercado, pero además, el Estado, La Constitución de 1993, si bien reitera la misma fórmula de “Economía social de mercado”, el conjunto de normas que completan el diseño del modelo económico reflejan un ordenamiento con mayor incidencia e importancia del mercado, como regulador de las relaciones económicas, debiendo recordarse que un sistema de mercado, es aquel que organiza y coordina las actividades humanas no a través de la planificación estatal sino mediante las interacciones mutuas de los compradores y vendedores”⁸

Efectivamente, el modelo constitucional establecido por la Constitución vigente consagra al mercado como el órgano regulador por excelencia de la actividad económica, restringiendo la actividad empresarial del Estado, quien reserva para así la labor de verificación del cumplimiento de la regulación normativa por parte de los actores económicos, y ejerce el componente social del modelo económico, a través de la instauración y ejecución de políticas y actividades que busquen satisfacer las necesidades primordiales de aquellas personas que no pueden acceder al mercado y por ende no pueden satisfacer sus necesidades a través de dicho mecanismo económico. Es por ello que el Estado se encarga de la

⁶ FERNANDEZ SEGADO, Francisco. El sistema constitucional español. Editorial Dykinson. Madrid, 1992. P. 514

⁷ SANCHEZ ALBAVERA, Fernando. Aplicación y resultados del régimen.

⁸ LINDBLOM, Charles E. El sistema de mercado. Alianza editorial. Madrid, 2002. P. 16

prestación pública de servicios de salud y educación o la implementación de programas sociales de vivienda.

Lo señalado nos puede llevar a sostener que si bien ambos textos constitucionales consagran la misma etiqueta de modelo económico, sin embargo el conjunto de normas de igual rango que terminan por diseñar dicho ordenamiento, determina que el modelo de 1979, si bien economía de mercado, tenía una fuerte inclinación a un modelo de economía planificada; y el modelo de 1993, varía el grado de inclinación y se decanta mas por acercarse a un modelo liberal, sin asumirlo totalmente.

El modelo económico diseñado por la Constitución no sólo se restringe a las normas sistematizadas en el apartado sobre el régimen económico, sino que trascienden a todas aquellas normas que tienen incidencia en las actividades económicas de los sujetos de derecho, como es el caso de las normas laborales, ya que no debe olvidarse la importancia del componente laboral en el contexto de la actividad empresarial; o las normas tributarias, que permiten al Estado, el desarrollo del componente social del modelo; o las normas ambientales, que establecen límites a las actividades extractivas.

La inclusión, dentro del texto constitucional de las normas que diseñan el modelo económico, implicó también la incorporación de una serie de objetos de protección jurídica, cuya titularidad trascendía al ámbito particular de personas particulares y se extendía a todo o parte del plexo social



A fin de poder abordar el tema del modelo económico y su protección a través del derecho penal, resulta importante introducirnos, por lo menos a nivel referencial, explicar dos temas adicionales:

- a. La relación entre los bienes jurídicos individuales y los bienes jurídicos colectivos. En este tema se discute la autonomía o no de los segundos respecto de los primeros. Quienes se decantan por justificar la autonomía de los bienes jurídicos colectivos, alegan, por un lado, el surgimiento de nuevas necesidades sociales producto del desarrollo tecnológico y científico, necesidades que desbordan las expectativas individuales; y por otro lado le otorgan a la protección de bienes jurídicos colectivos una función preventiva, al adelantar la protección de los bienes jurídicos a través de la represión de conductas que si bien afectan bienes jurídicos colectivos, respecto a los individuales son comportamientos de peligro y no lesivos.

Quienes asumen la posición contraria, sostienen que la protección de los bienes jurídicos colectivos solo tiene razón de ser si lo que se busca es proteger los bienes jurídicos individuales; además sostienen que en la protección de los denominados bienes jurídicos colectivos se utiliza fórmulas de delitos de peligro abstracto, que implican un excesivo adelanto de protección penal.

Más allá de la posición que uno pueda asumir, no debe perderse de vista que el entrono social no es algo distinto al ser individual, es sólo una faceta más del ser humano, en ese sentido proteger bienes jurídicos individuales o bienes jurídicos colectivos, no son más que formas de proteger a la persona, por ende la relación que existen entre ambos son relaciones de complementariedad que buscan establecer un mecanismo punitivo tutelar más eficiente, lo que pasa qué duda cabe por adelantar la esfera de protección de bienes jurídicos, no esperando a la lesión efectiva de los mismos, sino reprimiendo conductas de peligro concreto para estos, lo que no significa abusar de la inclusión de formas de peligro abstracto, en las que en general resulta casi imposible verificar que la conducta realizada haya podido efectivamente generar un daño al bien jurídicos tutelado, y que su peligrosidad responde más a criterios estadísticos, cuya represión debería quedar librada al ámbito del derecho administrativo, sin embargo nuestro legislador, llevado más por esquemas de derecho penal simbólico, han venido incluyendo en nuestro ordenamiento normativo una serie de tipos penales de peligro abstracto.

- b. La factibilidad de la protección de bienes jurídicos colectivos, ya que podría existir cierta dificultad al respecto, al tener en consideración su carácter general e inmaterial, y sobre todo a la dificultad de la medición y probanza de la lesión o puesta en peligro concreto de dichos bienes jurídicos. Al respecto la respuesta dogmática ha sido la inclusión de la técnica de los llamados bienes jurídicos intermedios (posición de intermediación entre el bien jurídico colectivo general y el bien jurídico individual concreto) u objetos de protección con función representativa⁹ Este mecanismo nos permita apreciar que para que exista una adecuada protección de un bien jurídico colectivo o mediato, es necesario realizar una protección sectorial, que no es otra cosa que la manifestación concreta de aquel. Así en los delitos económicos el bien jurídico colectivo, objeto de protección, qué duda cabe, es el ordenamiento económico constitucionalmente definido, pero para su adecuada protección es menester tutelar las manifestaciones o sectores del mismo, como por ejemplo el orden financiero, o el orden laboral, o el orden monetario, etc. Este aspecto sectorial será el bien jurídico propiamente protegido por la norma penal, y su lesión implicará, por lo menos, la puesta en peligro concreto del ordenamiento económico en su conjunto.



⁹ Puede revisarse MARTÍNEZ – BUJAN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico. Parte general. Tirant lo Blanch. Valencia 1998. P. 90

TEMA 4: LAS VELOCIDADES DEL DERECHO PENAL

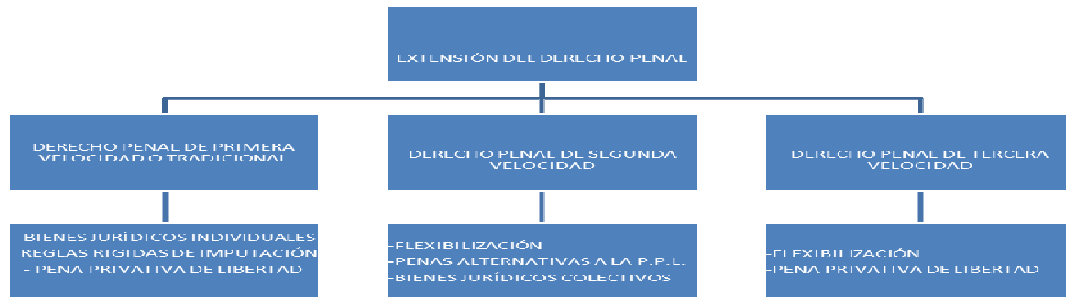
Las velocidades del derecho penal, más que hacer referencia a la evolución del mismo, hace referencia a su expansión y a las formas de reacción que viene adoptando dicho mecanismo jurídico.

Se entiende por derecho penal de primera velocidad, al denominado derecho penal tradicional, el cual básicamente protegía bienes jurídicos individuales y su mecanismo de represión esencial era la cárcel, y en el cual las reglas de imputación eran bastante rígidas.

Posteriormente se produce una primera expansión del derecho penal al incluir la protección de bienes jurídicos colectivos, se flexibilizan las reglas de imputación, pero como quiera que el derecho penal incursionaba en ámbitos distintos a la protección de bienes jurídicos individuales, con la inclusión de reglas de imputación de responsabilidad penal más flexibles, que podían ampliar el margen de aplicación del derecho penal, a ámbitos ajenos a un derecho penal tradicional, como era el ámbito económico, se optó por la inclusión de consecuencias jurídicas derivadas del delito distintas a la pena privativa de libertad. A esto se denomina derecho penal de segunda velocidad.

Actualmente se viene apreciando la aparición de un denominado derecho penal de tercera velocidad, que por un lado recoge la expansión y flexibilización del derecho penal de segunda velocidad, pero incluye a la pena privativa de libertad, como mecanismo sancionatorio por excelencia.

Lamentablemente, dentro de este contexto de tercera velocidad se viene incluyendo a la normatividad propia del derecho penal económico, sin medir las consecuencias que ello pueden ocurrir al convertir al derecho penal en un mecanismo de desinsentive la actividad económica o que favorezca la informalidad propio de economías latinoamericanas.



TEMA 5: COMPLEMENTARIEDAD ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

El Código penal de 1991 surgió bajo el influjo de dos tendencias muy marcadas en el desarrollo del derecho penal, por un lado la concepción de un derecho penal mínimo, que implicaba la reducción de formas delictivas, a fin de que el derecho penal se encargara solamente de la protección de los bienes jurídicos de mayor importancia y de protegerlos de los ataques más lesivos; sin embargo esta tendencia sólo tuvo reflejo en lo que podemos denominar el derecho penal tradicional. Por otro lado tenemos la vertiente de la administrativización del derecho penal, que se vi reflejado en el ingreso regulatorio del derecho penal en ámbitos que antes estaban librados al derecho administrativo sancionador, como por ejemplo las infracciones ambientales, las infracciones financieras, las infracciones referidas a la propiedad intelectual, etc., las cuales, en muchos de los casos fueron convertidas en tipos penales, surgiendo un primer nivel de conflicto determinado por restablecer en el caso concreto si estábamos frente a una infracción administrativa o a un delito, Pero la administrativización del derecho penal no se limitó únicamente a incorporar en su ámbito normativo conflictos cuya solución, anteriormente, estaba librada a los lineamientos del derecho administrativo sancionador, sino que adicionalmente, consciente el legislador de las especificaciones técnicas que se estaban incorporando dentro de las descripciones típicas de los ilícitos que respondían a este proceso de administrativización del derecho penal, estableció una serie de mecanismos que derivaban la interpretación completa de la norma penal al contenido de definiciones propias de la legislación administrativa, o la hacían depender de un informe previo emitido por el órgano regulador o sectorial competente.

Esta vinculación entre la legislación penal y la administrativa ha generado una serie de vínculos entre ambos ordenamientos estableciéndose un tejido de relaciones, no siempre pacíficas, que ha generado que hoy en día se hable de la existencia de una verdadera complementariedad entre el derecho penal y el derecho administrativo.

La relación de complementariedad existente entre las referidas ramas jurídicas, se presenta en tres modalidades:

a. Complementariedad Normativa

La complementariedad normativa se presenta en los siguientes supuestos:

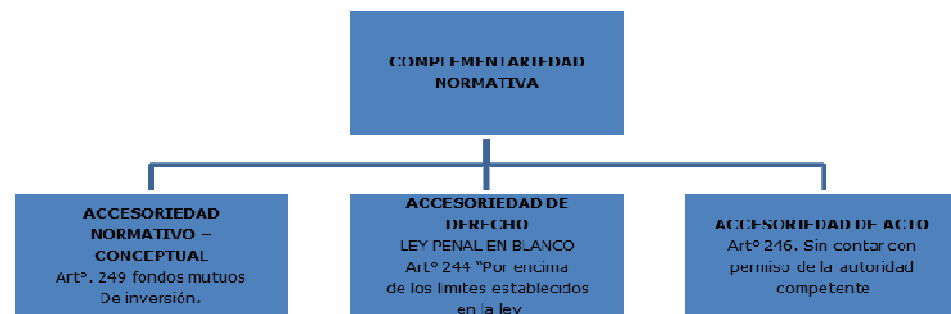
- Relaciones de accesoriadad normativo – conceptual, que ocurre cuando en la configuración del tipo penal se incluyen conceptos cuya definición no proviene del derecho penal sino que es propia del derecho administrativo. Como ejemplo podemos citar el artículo 249 del Código penal que incorpora en la descripción típica de dicho delito, conceptos como fondos mutuos o fondos de inversión, cuyo contenido tiene que ser proporcionado por la legislación administrativa correspondiente.
- Relaciones de accesoriadad de derecho. Que acontece cuando el legislador penal al momento de incorporar los elementos típicos del supuesto de hecho de la norma ha acudido a la técnica de la ley penal en blanco, es decir que para completar la descripción del referido supuesto de hecho hay que recurrir a una disposición de remisión, normalmente administrativa. Siendo de precisar que a fin de no generar conflictos innecesarios con el principio de legalidad, la norma administrativa de remisión sólo puede completar aspectos técnicos de la descripción del supuesto de hecho de la norma penal, pero nunca la conducta prohibida en si misma (verbo rector) ni mucho menos la sanción punitiva, aspectos que obligatoriamente deben estar contenidos en la propia norma penal.

Como ejemplo podemos citar el artículo 244 del Código penal que hace referencia a la frase “por encima de los límites establecidos en la ley”. Aquí no estamos frente a un concepto, sino frente a elemento descriptivo del supuesto de hecho que debe ser proporcionado por la legislación sectorial competente que

establezca técnicamente cuales son los límites máximos permisibles para la actividad que sea materia del proceso penal. Es decir en este caso existe una remisión normativa.

- Relaciones de accesoriadad de acto, que acontecen cuando la conducta prohibida penalmente esta referida o condicionada al incumplimiento de un mandato o decisión emanada por el órgano sectorial competente de la administración pública.

Como ejemplo podemos la descripción contenida en el artículo 246 del Código penal que hace alusión a la frase “sin contar con permiso de autoridad competente”, lo que significa que para desarrollar una determinada actividad es menester con permiso o autorización administrativa previa; y si pese a no tenerla, igual el sujeto activo la ejecuta, entonces estaremos frente a una conducta criminalizada.

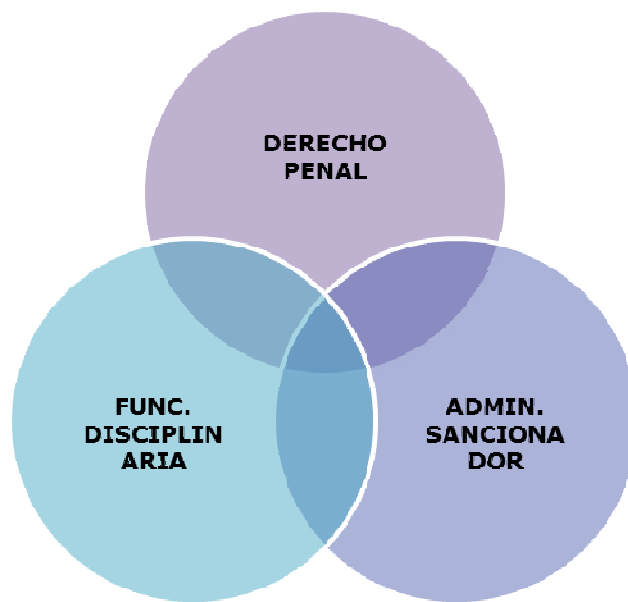


b. Complementariedad sancionadora

El Estado como garante del orden social constitucionalmente establecido, ejerce la función sancionatoria a fin de preservar el mismo.

Esta función la ejerce a través de 3 mecanismos:

- El derecho penal
- El derecho administrativo sancionador
- La función disciplinaria.



Existe una fuerte tendencia doctrinaria que sostiene que la función disciplinaria forma parte del derecho administrativo sancionador, lo que encuentra fundamento en que en ambos supuestos existen relaciones entre la administración y los administrados. La diferencia radica en que en la función disciplinaria, dicho vínculo es bastante fuerte, de forma tal que incluso existe un elevado nivel de convivencia, y ello ocurre en supuestos como los empleados públicos, los miembros de las fuerzas militares y policiales y en los reclusos de centros penitenciarios. En cambio en el derecho administrativo sancionador, la relación sólo se produce cuando el administrativo incurre en el supuesto de la norma administrativa que lleva aparejada una determinada consecuencia; y allí estamos, por ejemplo, en el ámbito de los órganos reguladores.

Sin embargo donde se presenta mayor complejidad es al momento de diferenciar el ámbito de aplicación tanto del derecho penal como del derecho administrativo sancionador, produciéndose, no en pocas veces, conflictos entre ambas manifestaciones de la atribución sancionadora del Estado.

Sin duda alguna no es el tipo de bien jurídico protegido el que los diferencia, sino más bien esta diferenciación se acentúa más en el nivel de la intensidad de la afectación al mismo. De forma tal, que en un escenario ideal, el derecho penal debe reservar su aplicación para supuestos de lesión y puesta en peligro concreta del bien jurídico, objeto de tutela, y el derecho administrativo sancionador debería reservar su intervención para conductas de peligro abstracto, es decir en las que solo basta verificar la inobservancia de la norma. Lamentablemente este escenario no siempre

se presenta así, ya que cada vez de manera más frecuente el derecho penal incorpora en su catálogo de delitos, figuras de peligro abstracto, como ocurre con el caso de la tenencia ilegal de armas o la conducción en estado ebriedad, esto entre otras razones, como los casos de deficiencias en la tipificación (como es el caso de los delito ambientales) viene generando una serie de conflictos al momento de la aplicación de ambos ordenamientos normativos, generando, en varias oportunidades, la convergencia de ellos a un mismo caso, o incluso respecto de una misma persona. Frente a este tipo de situaciones surge el principio del *ne bis ídem*, respecto del cual nos ocuparemos en las siguientes líneas.

El antecedente del principio del *ne bis in ídem* o encontramos en el principio constitucional norteamericano del *double jeopardy* introducido por la Quinta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, que prohibía poner a un persona en doble riesgo de perder la vida, que finalmente se decantó por entenderse que no era posible que el Estado pudiera poner a una persona, que ya había sido absuelta, en una situación procesal que pudiera implicar, que por el mismo hecho pudiese ser ahora condenada. Este principio genera, en el ámbito procesal norteamericano, que ante una sentencia absolutoria, el Fiscal no lo puede apelar, porque un escenario de revisión impugnativa genera un riesgo adicional de que la persona absuelta pueda ser condenada, y ello está prohibido.

El Tribunal Constitucional peruano, siguiendo a su homólogo español, desde la sentencia recaída en el expediente STC 2050-2002-AA/TC, estableció que si bien el principio del *ne bis in ídem* no tenía un reconocimiento expreso en el texto constitucional, sin embargo si era un derecho de configuración constitucional, al derivar del principio de legalidad (en su esfera material) y del derecho al debido proceso (en su esfera formal).

Así mismo el Tribunal Constitucional estableció que el *ne bis in ídem* tenía dos dimensiones: la formal y la material. Desde la perspectiva material, el *ne bis in ídem* implicaba que nadie podía ser sancionado dos veces por el mismo hecho, ya que lo contrario implicaría un abuso del poder sancionador. Sin embargo estableció que para que éste límite a la función sancionadora del Estado pudiera operar era menester que se presentara copulativamente la triple identidad: de persona, de hecho y de fundamento.

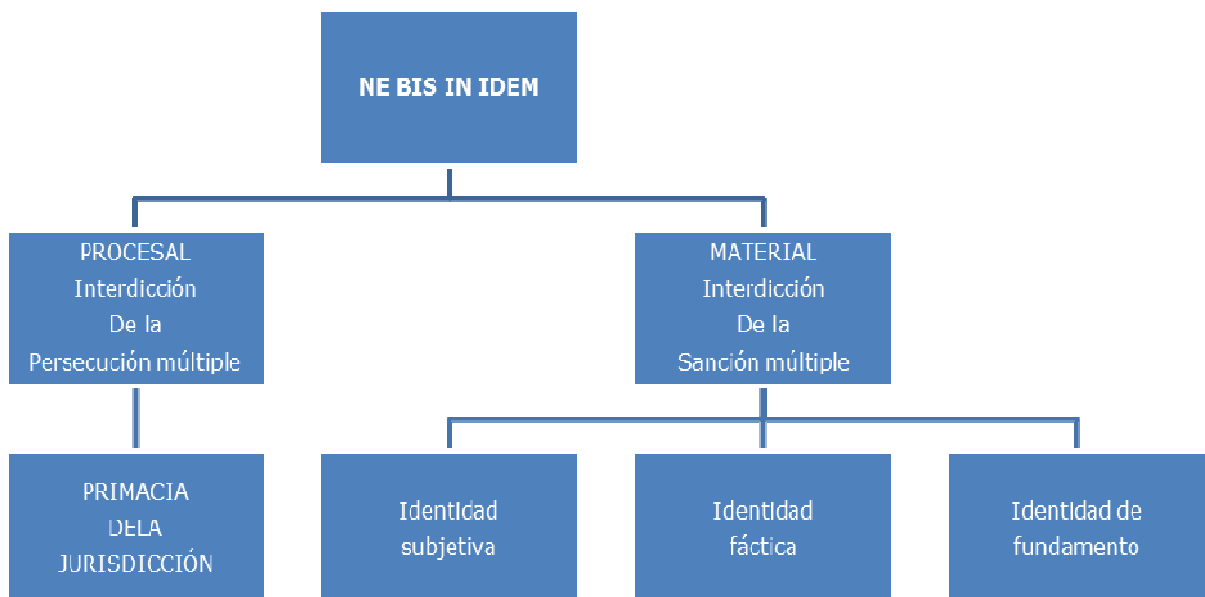
En su dimensión formal o procesal, el *ne bis in ídem*, busca proscribir la persecución múltiple, es decir que ninguna persona, por el mismo hecho pueda ser involucrado en dos procesos distintos, ya se trate de dos procesos penales o de uno penal y otro administrativo; pero esta

dimensión de este principio no sólo busca eliminar la dualidad procesal, sino además la continuidad procesal, es decir que se inicie un nuevo proceso por lo mismo. Todo ello se traduce en la afirmación de que el Estado sólo tiene una oportunidad para poder sancionar a una persona por un mismo hecho. En esta manifestación procesal del *ne bis in ídem*, es menester también que se verifique la triple identidad ya aludida.

Es de precisar que en caso de conflicto de dos procesos: uno administrativo sancionador y otro penal, resulta de aplicación el principio de primacía de la jurisdicción, que implica que el proceso penal debe continuar y el administrativo suspenderse a las resulta del tema judicial.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la sentencia recaída en el Expediente R.N.Nº 2090-2005 / Lambayeque, de fecha 7 de junio de 2006, estableció que si era factible punir a una misma persona por un mismo hechos con una sanción administrativa y con una pena, en la medida que no exista identidad de fundamento, es decir que lo que se busque proteger a través del derecho administrativo sancionador sea de distinta naturaleza a lo que se persiga tutelar a través del derecho penal.

Finalmente debe precisarse que la aplicación del principio del *ne bis in ídem* encuentra su justificación cando exista colisión entre ordenamientos propios de la función sancionadora del Estado, es decir derecho penal, derecho administrativo sancionador y función disciplinara, por ende no se puede alegar la presencia de un *bis in ídem* cuando estemos frente a la concurrencia de un proceso civil.



c. Complementariedad procesal

En este ámbito la vinculación entre ambas ramas del Derecho ocurre o bien, cuando la propia Ley establece la exigibilidad de un acto administrativo previo para poder incoar la acción penal, como es el caso de la Cuarta Disposición Final y Complementaria de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros - Ley N° 26702 – que establece:

“CUARTA: 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”.

En este caso, el informe de la Superintendencia se constituye en un requisito de procedibilidad, es decir sin cuya existencia, el Ministerio Público no pueda ejercer la acción penal ante la autoridad judicial.

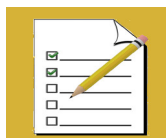
Pero este nivel de complementariedad, también ocurre cuando el ordenamiento procesal penal exige que el Ministerio Público, recabe informes fundamentados de la autoridad sectorial especializada con carácter ilustrativo, dada la especialidad de la que se trate, como es el caso de lo establecido en el artículo 149.1 de la Ley General del Ambiente (Y su Reglamento aprobado por D.S. N° 009-2013-MINAM) que señala que en los procesos penales por delitos cometidos contra el medioambiente, es obligatorio que se recabe un informe fundamentado evacuado por la autoridad administrativa sectorial, el mismo que obligatoriamente debe ser meritudo o por el Fiscal o el Juez, dependiendo del ordenamiento procesal que se halle vigente.



RESUMEN DE LA UNIDAD I

- 1) El derecho penal económico es la rama del derecho penal que a través de sus normas protege los bienes jurídicos intermedios que forman parte del orden económico constitucionalmente establecido. Desde una perspectiva amplia el derecho penal económico incluye la protección de bienes jurídicos individuales, como el patrimonio, que permiten a las personas realizar sus actividades económicas.
- 2) La relación que existe entre los bienes jurídicos colectivos y los bienes jurídicos individuales es de complementariedad, ya que al fin y al cabo ambos representan distintas facetas del actuar humano, y con la inclusión de los bienes jurídicos colectivos se permite adelantar la protección penal de los individuales, sin que ello deba significar un exceso en la inclusión de figuras de peligro abstracto.
- 3) La protección del orden económico, como bien jurídico central de protección del derecho penal económico, se viabiliza a través de la protección concreta de los bienes jurídicos intermedios o con representación, que están referidos a los diferentes sectores de la economía, como el orden financiero, el orden monetario, el orden tributario, el orden laboral, etc. Lo que finalmente posibilita la protección final de los bienes jurídicos individuales.
- 4) El derecho penal de primera velocidad, es aquel que protege básicamente bienes jurídicos individuales, con reglas de imputación bastante rígidas, y que tiene a la pena privativa de libertad como la consecuencia jurídica derivada del delito, por excelencia. El derecho penal de segunda velocidad implica una ampliación del derecho penal a la protección de bienes jurídicos colectivos con marcada flexibilización de las reglas, tanto procesales como de imputación; y la inclusión de penas alternativas a la pena privativa de libertad: El derecho penal de tercera velocidad, asume los niveles de ampliación y flexibilización del de segunda velocidad, pero incorpora a la pena privativa de libertad como sanción a las conductas previamente establecidas como ilícitas.

- 5) Se entiende por administrativización del derecho penal al proceso por el que la normatividad penal ha ido incorporando dentro de su marco de protección a ámbitos que anteriormente estaban reservadas para el derecho administrativo. Ello ha generado la existencia de una relación de complementariedad entre el derecho penal y el derecho administrativo.
- 6) La complementariedad entre el derecho penal y el derecho administrativo se presenta en tres niveles: complementariedad normativa, complementariedad sancionadora, y complementariedad procesal.
- 7) La complementariedad normativa ocurre en tres niveles: accesoriedad normativa conceptual; accesoriedad de derecho y accesoriedad de acto.
- 8) La complementariedad sancionadora, ocurre en el ámbito de aplicación de la función o atribución sancionadora del Estado, la que la ejerce a través de tres mecanismos: el derecho penal; el derecho administrativo sancionador y la función disciplinaria.
- 9) El principio del *ne bis in idem*, es de configuración constitucional al derivar del principio de legalidad (material) y del derecho al debido proceso (formal): El mismo que encuentra su ámbito de aplicación, entre otros supuestos, en los posibles conflictos que pueden presentarse entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador.
- 10) En su esfera material, el *ne bis in idem*, implica que ninguna persona puede ser sancionada dos veces por el mismo hecho: En su esfera formal, implica que ninguna persona, por el mismo hecho puede ser procesada más de una vez.
- 11) En ambas esferas, el *ne bis in idem* funciona cuando concurre la triple identidad: identidad de sujeto, identidad de hecho (o fáctica) e identidad de fundamento (o de objeto de protección). Ello implica que no es posible aludir los efectos limitadores del *ne bis in idem* cuando no se verifique la identidad de fundamento u objeto de protección.
- 12) La complementariedad procesal se presenta en supuestos en los que la ley exige, ya sea como requisito de procedibilidad o medio probatorio, la incorporación de un informe técnico emitido por la autoridad sectorial administrativa.



AUTOEVALUACIÓN

1) ¿Qué es el derecho penal empresarial?

2) ¿En qué se diferencia el derecho penal de primera velocidad con el de tercera velocidad?

3) ¿Qué principio debe aplicarse cuando existe conflicto entre un proceso penal y uno de la naturaleza administrativa?



LECTURAS

Lecturas Obligatorias:

1. SILVA SANCHEZ, Jesús María. La expansión del Derecho penal. 3a edición. Editorial B de f. Madrid, 2011. P. 165-188.
2. GARCÍA CAVERO, Percy. El principio del non bis in idem a la luz de una distinción cualitativa entre el delito y la infracción administrativa. En Libro homenaje al Dr. José Hurtado Pozo. IDEMSA, Lima, 213. P. 169-188.
3. Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 2090-2005 - Lambayeque

(Disponible en el anexo de lecturas).



CASOS SUGERIDOS

- “El Caso de la Central de Cercs”, por De La Mata Barranco, Norberto. En: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, Pablo (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011. P. 319- 334.
- El caso de los billetes falsos

(Disponible en el anexo de casos)

UNIDAD II

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

PRESENTACIÓN

En esta unidad se analiza desde una perspectiva crítica y valorativa los diversos modelos de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, evaluando la institución del actuar por otro y el principio de proscripción de la responsabilidad objetiva en materia penal.

Explicaremos el modelo de las «consecuencias accesorias» del delito, que fue incorporado al ordenamiento peruano a través del Código Penal de 1991, donde fue ubicado fuera del contexto del catálogo de penas, surgiendo el problema de identificar la naturaleza jurídica de tales consecuencias.

Abordaremos el tema de los denominados programas de cumplimiento normativo en materia penal o "Criminal compliance", y su vinculación con la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas, verificando, por un lado su naturaleza jurídica, así como sus efectos, ya sean estos de exención de responsabilidad o de atenuación de la misma.

Finalmente brindaremos una apreciación general respecto a los alcances normativos de la ley 30424, a fin de verificar si con ella se ha introducido la responsabilidad penal de personas jurídicas, o si tan sólo ha establecido supuestos de responsabilidad administrativa para tales entes sociales, pero aplicadas en sede penal. Así mismo se analizará la inclusión de programas de cumplimiento y su efectos en este tipo de responsabilidad.



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿En qué consiste el modelo de responsabilidad por atribución de hecho ajeno?
2. ¿En qué consiste el modelo de responsabilidad por atribución de hecho propio?
3. ¿Cuáles son los alcances aplicativos del "actuar por otro"?
4. ¿Cuál es la relación entre la responsabilidad penal atribuida a un órgano de dirección de una persona jurídica y el principio de proscripción de la responsabilidad objetiva en materia penal?
5. ¿Cuáles son las consecuencias accesorias del delito?
6. ¿En qué consiste el «*criminal compliance*»?
7. ¿Cuáles son los efectos de contar con un programa de cumplimiento normativo en materia penal?

TEMA 1: LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS POR DELITOS COMETIDOS COMO EFECTO DE SU ACTIVIDAD ECONÓMICA

Dentro de una economía enmarcada en los parámetros regulatorios del mercado, resulta innegable el rol protagónico de los actores económicos a través de formas societarias. El creciente desarrollo de la actividad económica empresarial, además de su constituir un innegable factor de desarrollo, ha generado el surgimiento de una serie de retos para el derecho penal, a fin de enfrentar aquellas conductas, que dentro del ejercicio económico de las personas jurídicas, resultan desviadas respecto a los bienes jurídicos objetos de protección. Conductas que priorizando sus fines acumulativos o de maximización de ganancias, resultan de alto potencial dañoso. Ante ello el Estado, a tenido que ir incorporando una serie de mecanismos a nivel sustantivo, procesal y de política criminal que le permitan enfrentar este nuevo tipo de criminalidad económica. Estos mecanismos han ido poniendo en tela de juicio modelos penales basados en la idea de que la responsabilidad penal es solamente atribuida a las personas naturales ("*societas delinquere non potest*") para ir trasuntando a modelos que van incorporando consecuencias jurídicas derivadas del delito aplicables directamente a los órganos societarios

La noción de atribuir responsabilidad penal solamente a las personas naturales, por ilícitos que se han cometido al interior de un contexto societario o empresarial, resulta, en muchos casos, casi una labor imposible o ineficiente, ya sea por la intrincada configuración de la estructura funcional de las empresas, que no permite identificar con certeza al núcleo de decisión, o porque logrando identificarlo y sancionarlo, ello no evita que la persona jurídica continúe con su quehacer delictivo. Situación que exige una respuesta dual por parte del sistema de atribución de responsabilidad penal individual para los órganos de decisión identificados, y de atribución de responsabilidad penal para la propia persona jurídica, con un sistema de sanciones adecuadas para su naturaleza y que permita evitar la continuidad criminal.

En este contexto de intrincadas relaciones económicas que se desenvuelven dentro de los linderos regulatorios del mercado, se va apreciando con mayor notoriedad, tanto cualitativa como cuantitativa, la incidencia de comportamientos criminales vinculados a las actividades económicas desarrolladas a través de órganos societarios. Esta situación nos confronta con una realidad innegable y es que los mecanismos sancionatorios del derecho penal tradicional pensados a partir de la responsabilidad de una persona natural, no resultan eficientes ni eficaces para enfrentar este tipo de criminalidad, cuyo centro de imputación se traslada al ente corporativo.

Esto ha puesto en entredicho el aforismo latino "*Societas delinquere non potest*", que partía del precepto que la responsabilidad penal era solo atribuible a las personas naturales, lo que encontraba su sustento en el principio de culpabilidad y en el concepto de acción, ya que desde esta perspectiva, las personas jurídicas no tienen capacidad de responder por sus actos ni muchos menos capacidad de actuar directamente, ya que fácticamente los que actúan son sus órganos funcionales, que son al fin y al cabo, personas naturales

Como camino intermedio se ha ido introduciendo mecanismos que buscaban eliminar los supuestos de impunidad que podían presentarse ante el fenómeno delictivo empresarial y la dificultad de su persecución y posterior sanción, entre ellos tenemos el de actuar por otro que fue normativizado en el artículo 27 del Código penal:

Artículo 27.- *El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero sí en la representada.*

El actuar por otro constituye una forma de transferencia de responsabilidad, ya que parte del supuesto de que el tipo penal vulnerado resulta aplicable a la persona jurídica, pero como quiera que el Código Penal de 1991 se engarza dentro de un sistema que imposibilita la responsabilidad de las personas jurídicas a nivel de pena, a fin de no dejar impune la conducta, trasfiere dicha responsabilidad al órgano de representación, que debe ser una persona natural, pero siempre y cuando dicha persona haya actuado, es decir que haya intervenido en la comisión del delito.

En consecuencia debe quedar claramente establecido que la transferencia de responsabilidad no opera a cualquier órgano de representación, sino sólo respecto a aquel que haya actuado. Lo contrario, es decir atribuir responsabilidad penal a un órgano de representación por el sólo cargo que ejerce o detenta, aún cuando éste no haya tenido intervención alguna en el hecho ilícito, constituye un supuesto de atribución de responsabilidad penal objetiva, la misma que se halla proscrita por el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal.

Artículo VII.- *La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva*

Frente al escenario constituido por un crecimiento de la delincuencia empresarial y a la ineficiencia de los mecanismos propios de un derecho penal tradicional, incluidos instrumentos como el actuar por otro, han surgido una serie de posturas dogmáticas que pretenden justificar la posibilidad de imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas, o cuando menos la posibilidad de ser pasibles de la aplicación de consecuencias jurídicas derivadas del delito. Estas posturas, en líneas generales justifican su posición en los siguientes argumentos¹⁰:

- ⊕ Que no siempre es posible sancionar penalmente a personas físicas [administradores, directivos, representantes] por los delitos cometidos en el marco de la actividad empresarial de la persona jurídica. **Argumento de la irresponsabilidad organizada:** Separación de los centros de decisión

¹⁰ Líneas argumentativas recogidas del Manual elaborado para este mismo curso por el Dr. José Leandro Reaño Peschiera en el año 2014.

de los ejecutores genera una difuminación de la responsabilidad penal individual.

- ⊖ Que incluso en los casos en que tal sanción sea posible, superando las dificultades probatorias o técnico-jurídicas que muchas veces se suscitan, ella constituiría una respuesta insuficiente para la criminalidad económica, en particular para la criminalidad organizada. **Argumento de la insuficiencia preventiva de la responsabilidad penal individual:** La cuestión es, entonces, fundamentar la necesidad de atribuir a la persona jurídica una responsabilidad **directa acumulativa** a la de las personas físicas, y no meramente **subsidiaria** de ésta. Se arguye que un modelo de prevención de delitos económicos basado exclusivamente en la sanción de personas físicas deja intacta la estructura que promueve su comisión, a la vez que el patrimonio obtenido con ella. El entramado organizativo que hizo posible el delito seguirá indemne tras la atribución de responsabilidad individual. **Casos Enron / Bernard Madoff.**

- ⊖ Que alternativas orientadas a la responsabilización de la propia persona jurídica al margen del Derecho y del proceso penal [sanciones o medidas administrativas] no son adecuadas para la mayor parte de la criminalidad que se genera en la actividad de la empresa. **Argumento de la insuficiencia preventiva de las formas de responsabilidad colectiva no penales:** Ciertamente: **a)** las multas administrativas pueden ser cuantitativamente muchas más elevadas que las propias sanciones pecuniarias penales, **b)** el carácter significativamente expeditivo del procedimiento administrativo [flexibilización de garantías], **c)** la especialización de tales órganos administrativos. Sin embargo, ante la imposibilidad de articular satisfactoriamente la acumulación de los procedimientos penal y administrativo, y teniendo en cuenta el significado simbólico de la intervención del Derecho penal [significado comunicativo superior], la opción por su imposición en un proceso penal cobra sentido.

Lo concreto, es que podemos apreciar que el modelo de imposición de sanciones penales a las personas naturales vinculadas a la actividad empresarial, en cuyo seno se cometió la conducta irregular, no ha generado ni la disminución ni menos la desaparición de la criminalidad empresarial, porque para el ente corporativo es tan fácil como cambiar de funcionarios y proseguir con su actividad ilícita; del mismo modo se percibe que las sanciones de corte administrativo, tampoco han tenido un efecto disuasivo para este tipo de criminalidad, ya que en muchos casos, el ente corporativo evalúa el costo beneficio de realizar conductas ilícitas frente al riesgo que le puede generar la

imposición de una multa administrativa, y ello lo puede llevar a decidir proseguir con su conducta disfuncional.

Frente a ello se hace innegable la intervención del derecho penal, aun no siendo coincidente la posición de las consecuencias jurídicas que deberían ser aplicables. Pudiendo citarse las siguientes opciones:

- ⊖ La aplicación de penas.
- ⊖ La aplicación de medidas de seguridad, cuyo fundamento se sustenta en el concepto de peligrosidad.
- ⊖ La tercera vía, que sostiene que las consecuencias jurídicas aplicables deben ser de naturaleza administrativa, pero impuestas dentro de un proceso penal y por un juez penal, lo que asegura por un lado que la sanción sea acorde con la naturaleza misma de la persona jurídica, pero que la misma tenga el efecto simbólico propio del derecho penal, visto desde su capacidad estigmatizante en el contexto social, perspectiva desde la cual resulta socialmente distinto que a algún órgano corporativo se lo califique de infractor administrativo que de responsable penal.

Esta tercera vía también encuentra su justificante en un criterio de economía procesal, a fin de no generar ni una dualidad procesal ni una dualidad sancionatoria

TEMA 2: MODELOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS¹¹.

Desde la perspectiva dogmático-estructural conviene distinguir entre: **a)** un modelo de responsabilidad transferida. La atribución de responsabilidad a la persona jurídica se produce por una mera transferencia a ésta de la responsabilidad originada por el hecho cometido por alguna persona física situada en el entramado organizativo, y **b)** otro de responsabilidad por un hecho propio.

2.1. El modelo de responsabilidad transferida.- presupone la comisión de un hecho delictivo completo por una de las personas que integran sus órganos o la representan. La responsabilidad por ese hecho delictivo se transfiere a la persona jurídica, en la medida que se considera que los actos de dichos órganos, en virtud de la relación funcional existente entre éstos y aquélla, son también de la persona jurídica. Tales hechos, por lo demás, pueden ser de comisión activa o de comisión por omisión, en la medida en que los órganos omitan deberes de vigilancia, de coordinación o de selección, que den lugar a

¹¹ Texto tomado del manual elaborado para este mismo curso por el Dr. José Leandro Reaño Peschiera

la conducta delictiva activa de un integrante de la empresa situado en los niveles inferiores de la misma.

Este modelo constituye un sistema de responsabilidad **alternativa** más que acumulativa, pues en realidad, desde la perspectiva que propone, habría que afirmar que existe un único hecho de un único sujeto [el del órgano], de modo que la doble sanción incurriría en un *bis in idem*. Ciertamente se apunta por algunos autores que en realidad se daría una hipótesis de co-autoría de la persona jurídica, que no implica un *bis in idem*. Pero tal co-autoría, a su vez, sólo podría venir de la transferencia a la persona jurídica de la responsabilidad por un hecho consistente en la omisión de vigilancia del actuar de la persona física que cometió activamente el delito, omisión de vigilancia cometida por otra persona física. Entonces, el *bis in idem* no concurriría entre la sanción de la persona jurídica y la sanción de la persona física que obró activamente, sino entre la sanción de la persona jurídica y la del órgano que omitió impedir la conducta activa del otro integrante de la empresa.

Para evitar la crítica de que se trataría de una responsabilidad por un hecho de otro se construye la “teoría de la identificación” o del “*alter ego*”, que guarda cierta analogía con la doctrina del “actuar en lugar de otro” aplicada al revés: esto es, se utiliza para transferir la responsabilidad del órgano a la persona jurídica en lugar de para transferir las condiciones de autoría de la persona jurídica al órgano que carece de ellas [como sucede en la cláusula del “actuar por otro”]. Esta doctrina del *alter ego* muestra –cuando menos– tres deficiencias: **a)** en el caso en que quien realiza el hecho es una persona de rango inferior en la estructura organizativa de la empresa, de la que resulta difícil afirmar que represente la voluntad de la sociedad; **b)** en el caso en que no se identifica persona física alguna como autora del hecho que atribuir a la persona jurídica; y **c)** en el caso que la persona física cuya responsabilidad habría de ser transferida a la persona jurídica obra de modo inculpable.

2.2. El modelo de responsabilidad por hecho propio.- No requiere una transferencia a la persona jurídica de la responsabilidad de las personas naturales que se integran en la estructura organizativa de la empresa. Se sustenta en la denominada “**culpabilidad por defecto de organización**” y en la llamada **responsabilidad por la “actitud criminal de grupo”**. ¿Es compatible predicar culpabilidad de las personas jurídicas conforme a los postulados de la teoría del delito?

2.2.1. Las personas jurídicas como destinatarias de directivas de conducta y como destinatarias de expectativas de conducta.- La cuestión que interesa es si la condición de sujetos sociales que ostentan las empresas permite caracterizarlas como destinatarias de normas jurídico-penales. El tema es, desde luego, complejo y controvertido. La respuesta que haya darse a la pregunta planteada depende del concepto de norma jurídico-penal del que se parta. Si conforme a un modelo clásico, las normas penales se entienden como directivas de conducta [normas de determinación], entonces mi impresión es que las personas jurídicas no pueden ser destinatarias de las mismas. Las directivas, que tratan de influir sobre la conducta de sus destinatarios mediante argumentos de racionalidad instrumental y de racionalidad valorativa,

presuponen personas naturales, dotadas de **autoconciencia y libertad**. Ahora bien, las cosas pueden verse de otro modo si la norma se entiende como expectativa de conducta institucionalizada, de modo que serían normas penales aquellas expectativas de conducta que, por su relevancia para la identidad normativa de una determinada sociedad, son protegidas mediante sanciones penales. Las personas jurídicas, en tanto agentes económicos y sociales reales, son socialmente construidas como **centros de imputación** de la frustración de expectativas normativas. Teoría de sistemas, lógica constructiva, des-ontologizada.

2.2.2 Los elementos de acción, imputación subjetiva y culpabilidad.- Si se parte que desde el Derecho se atribuye a las personas jurídicas la condición de **“centros de imputación”** podría afirmarse, coherentemente, que sus hechos constituyen expresión de sentido, y que pueden ser objeto de una valoración [las personas jurídicas comunican]. Lo que el Derecho, al atribuir a las personas jurídicas la condición normativa de sujetos, no puede hacer es atribuirles autoconciencia y libertad. En la medida en que sólo cabe dirigir un reproche jurídico en sentido estricto a un sujeto dotado de conciencia y libertad, está claro que de los hechos de las personas jurídicas no puede predicarse una culpabilidad en sentido clásico. La culpabilidad, como acto con sentido comunicativo

TEMA 3: LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL DELITO. LA OPCIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE 1991

a. Problemas de aplicación y naturaleza jurídica

Con la dación del Código Penal de 1991, se incorporó las denominadas consecuencias accesorias, como supuestos de consecuencias jurídicas derivadas del delito aplicables a personas jurídicas, pero sin incluirlas en el catálogo de penas previstas en dicho cuerpo normativo, lo que implica que nuestro ordenamiento penal mantuvo un sistema de responsabilidad punitiva, a nivel de pena, de exclusiva aplicación a las personas naturales.

Es de precisar que el legislador incluyó dos tipos de consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas. Efectivamente en el artículo 104 se incluyó un mecanismo de responsabilidad civil subsidiaria, ya que prevé que en caso el patrimonio de los funcionarios o servidores de la persona jurídica no fuese suficiente para cubrir el daño civil ocasionado por el delito cometido en el ejercicio de la actividad económica de ésta, el Juez dispondrá la privación de los beneficios que haya obtenidos como consecuencia del delito cometido.

En el artículo 105 del Código Penal, modificado por el Artículo 1 de la Decreto Legislativo N° 982, incluyó un catálogo de sanciones aplicables a las personas jurídicas, pero ya no con un fin resarcitorio sino vinculado a la pretensión punitiva que se discute en todo proceso penal. Sin embargo debe precisarse que la imposición de estas consecuencias accesorias está condicionada a que una persona natural, obviamente vinculada a la persona jurídica, haya sido declarada responsable penalmente. Es decir no se puede imponer una

consecuencia accesoria a una persona jurídica, si no se ha impuesto una pena a una persona natural.

Respecto a la aplicabilidad de las consecuencias accesorias podemos verificar dos temas centrales:

- a. Su poca aplicabilidad en sede judicial, lo que tuvo como una de sus razones a la inexistencia del mecanismo procesal expreso que posibilitara su aplicación a casos concretos. Con la entrada en vigencia escalonada del Nuevo Código Procesal Penal, este escollo procesal fue resuelto al establecer en principio que las personas jurídicas tenían la condición de sujetos del proceso pasibles de que se les aplicara las consecuencias accesorias previstas en el Código Penal, y ya no como sujetos pasivos que solamente podrían formar parte de la relación procesal indemnizatoria (en calidad de tercero civil responsable) y agregando un conjunto de normas que por un lado viabilizaban su procesamiento, y por otro precisaban las garantías que tutelaban su inclusión procesal (Arts. 90 al 93 del Código procesal del 2004)

Sin embargo hasta la entrada en vigencia del nuevo modelo procesal, lo que no ha ocurrido aún en la totalidad del territorio nacional, resultaba más que evidente la falta de aplicación de las denominadas consecuencias accesorias, lo que motivó que las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia, adoptaran el Acuerdo Plenario N° 07-2009 del 13 de noviembre del 2009, en el que se estableció la absoluta viabilidad procesal de la aplicación de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas, y en aplicación supletoria del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, establecieron que para la aplicabilidad de las consecuencias accesorias en sede penal, era factible que el órgano Judicial utilizara los criterios previstos en el Código Procesal Penal del 2004, en cuanto fueren compatible con el ordenamiento adjetivo del Código de Procedimientos Penales, criterios entre los cuales se incluyeron los siguientes:

- El Fiscal Provincial ha de incluir en su denuncia formalizada o en un requerimiento fundamentado en el curso de la etapa de instrucción a las personas jurídicas involucradas en el hecho punible imputado, incorporando en lo procedente los datos y contenidos a que alude el artículo 91°.1 NCPP, necesarios para su identificación y el juicio de imputación correspondiente a cargo del Juez Penal.
- La persona jurídica denunciada ha de ser comprendida en el auto de apertura de instrucción o en un auto ampliatorio o complementario en condición de sujeto pasivo imputado. En esta resolución, que deberá notificársele a la citada persona jurídica, el Juez Penal dispondrá que

ella designe un apoderado judicial en iguales términos que los referidos en el artículo 92° NCPP.

- La persona jurídica procesada tiene, en lo pertinente, los mismos derechos y garantías que la ley vigente concede a la persona del imputado durante la instrucción y el juicio oral.
- La acusación fiscal, si correspondiere, debe pronunciarse específicamente acerca de la responsabilidad de la persona jurídica. En su caso, solicitará motivadamente la aplicación específica de las consecuencias accesorias que corresponda aplicar a la persona jurídica por su vinculación con el hecho punible cometido. En todo caso, corresponderá al órgano jurisdiccional el control de la acusación fiscal en orden a la intervención en el juicio oral de la persona jurídica.
- La persona jurídica deberá ser emplazada con el auto de enjuiciamiento, pero su inasistencia no impide la continuación del juicio oral. El Juez o Sala Penal competente, de ser el caso, impondrá la consecuencia accesoria que resulte pertinente al caso con la debida fundamentación o la absolverá de los cargos. Rige en estos casos el principio acusatorio y el principio de congruencia procesal o correlación.

Adicionalmente, es de mencionar que posteriormente se incluyó el artículo 105-A, donde se incorporaron criterios que deberá tomar el Juez para determinar el tipo de medida a aplicar y, de ser el caso, la cuantía de la misma. Dentro de estos criterios se incorporaron los siguientes:

- Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas.
- La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible.
- La gravedad del hecho punible realizado.
- La extensión del daño o peligro causado.
- El beneficio económico obtenido con el delito.
- La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible.
- La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica

- b. El segundo tema derivado de la inclusión de las consecuencias accesorias, dentro de nuestro ordenamiento procesal, es el de determinar su naturaleza jurídica. Al respecto se han esbozado una serie de teorías.

- Aquellas que sostienen que se tratan de sanciones penales de igual naturaleza que las penas pero adecuadas a la naturaleza propia de las personas jurídicas.
- Aquellas que sostienen que se tratan de medidas de seguridad que son aplicables a los funcionarios o servidores de la persona jurídica, que han cometido directamente la conducta ilícita, y por ende , además de la pena, se les priva de otros bienes de evidente peligrosidad.
- Aquellas que sostienen que se tratan de medidas de seguridad aplicables directamente a las personas jurídicas. “Del mismo modo que las medidas de seguridad no requieren el presupuesto de la culpabilidad, tampoco precisan ninguno de los demás presupuestos subjetivos que son propios de la pena (ni acción final, ni dolo, ni imprudencia). Basta con que la situación de ausencia de imputación subjetiva existente en el momento de la realización del hecho lesivo de la norma de valoración jurídico-penal sea atribuible al factor que constituye precisamente la razón de la imposición de las medidas de seguridad. Tal factor viene dado, en el caso de las personas jurídicas, por la estructura organizada supraindividual. En efecto, es tal carácter de organización supraindividual, precisamente, el que, al tiempo que da lugar a su específica peligrosidad, excluye la posibilidad de concurrencia en ellas de los elementos de acción final o imputación subjetiva. **Presupuesto de las medidas de seguridad postdelictuales es, pues, sólo la realización de un hecho objetivamente antijurídico de carácter penal (lesivo de una norma de valoración), sin que sea preciso que concurren ni la acción en sentido psicológico, ni el dolo ni la imprudencia, si la ausencia de éstos ha sido condicionada por la propia situación que hace necesaria la medida de seguridad.** La peligrosidad de futuro debe referirse tan sólo a la probabilidad de realizar hechos objetivamente antijurídicos –de carácter penal– en el futuro y no requiere tampoco que estos hechos futuros hayan de mostrarse como acciones típicamente antijurídicas, en lo objetivo y en lo subjetivo”¹²
- En el Acuerdo Plenario antes citado, al referirse a la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias previstas en el artículo 105 del Código penal se estableció lo siguiente:

¹² Tomado del manual elaborado para este mismo curso por el Dr. José Reaño Peschiera.

11°. Si bien subsiste un delineado debate en la doctrina nacional sobre el concepto y la naturaleza que corresponde asignar a esta modalidad de las consecuencias accesorias, su estructura, operatividad, presupuestos y efectos permiten calificar a las mismas como sanciones penales especiales [PERCY GARCÍA CAVERO: Lecciones de Derecho Penal Parte General, Editorial Grijley, Lima, 2008, página 757 y ss.]. En primer lugar, porque la legitimidad de su aplicación demanda que las personas jurídicas sean declaradas judicialmente como involucradas - desde su actividad, administración u organización- con la ejecución, favorecimiento u ocultamiento de un hecho punible, sobre todo por activos y criminógenos defectos de organización o de deficiente administración de riesgos. Y, en segundo lugar, porque su imposición produce consecuencias negativas que se expresan en la privación o restricción de derechos y facultades de la persona jurídica al extremo que pueden producir su disolución. [LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: Las consecuencias accesorias aplicables a las Personas Jurídicas del artículo 105° CP: Principales Problemas de Aplicación. En: Anuario de Derecho Penal 2003, página 484 y ss.].

b. Modalidades de consecuencias accesorias

El artículo 105 del Código establece el catálogo de consecuencias accesorias que pueden ser aplicadas judicialmente, las que se impondrán aun cuando la persona jurídica cambie de razón social. Siendo de precisar que el penúltimo párrafo del artículo 105 del Código Penal, incluye una cláusula de salvaguarda para los acreedores laborales y comerciales de la persona jurídica a la que se le ha impuesto una consecuencia accesoria, posibilitando que el Juez ordene a la autoridad competente intervenga el ente colectivo para tal efecto. Las consecuencias accesorias previstas legalmente son las siguientes :

- Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.

Con esta medida se afecta la operatividad de la persona jurídica al dificultar sus actividades por la intervención en los lugares físicos donde las realiza. Es de precisar que no es una medida que afecte a la persona jurídica como ente jurídico. Además es de precisar que esta medida no necesariamente se aplica a todos los locales donde la persona jurídica realiza sus actividades, ya que puede incidir sólo respecto de uno o de algunos, donde se realizó la conducta ilícita.

- Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.

Esta medida incide directamente sobre la entidad jurídica del ente colectivo, adoptando un mecanismo sumamente gravoso, ya que pone fin

a la existencia de la misma, y ello debe ocurrir cuando el Juez haya llegado a determinar que la finalidad fáctica de la persona jurídica es de contenido criminal, por ende su existencia per se es de suma peligrosidad.

- Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.

En este caso estamos también frente a un mecanismo que no se dirige contra la entidad jurídica del ente colectivo, sino que incide en su nivel operativo. Como toda medida restrictiva de derechos, su aplicación debe ser de igual naturaleza, lo que significa que la suspensión debe referirse únicamente a las actividades realizadas por la persona jurídica que hayan generado riesgo o lesión para bienes jurídicos, dejando a salvo los demás rubros productivos.

- Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.

Esta es una medida de carácter preventivo, ya que si bien incide sobre la operatividad de la persona jurídica, sin embargo, es una advertencia, cuya inobservancia podría acarrear la imposición de una medida que incida sobre la entidad jurídica del ente colectivo

TEMA 4: LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Las empresas desde hace bastante tiempo han ido incorporando una serie de sistemas de detección de riesgos y de procedimientos para su prevención. Ello se evidencia con mayor notoriedad en las empresas del sector financiero, a través de la normatividad gremial establecida por los diferentes Acuerdos de Basilea¹³ (I, II y III), siendo de destacar Basilea II donde se incorporó con bastante énfasis el concepto de riesgo operacional, y el posterior Basilea III, que desarrolla el concepto de riesgo financiero, como respuesta a la última crisis financiera, que tuvo como uno de sus causas, a la marcada desregulación en los principales mercados financieros.

A través de estos sistemas de cumplimiento se busca, en primer lugar detectar los factores de riesgo que pueden presentarse en el desarrollo de las actividades económicas de las personas jurídicas; implementar los mecanismos necesarios para prevenirlos o, de ser el caso, buscar paliar o eliminar sus efectos,

¹³ Basilea es un Comité creado en el año 1974, y está formado por países del denominado G-10 más Luxemburgo y Suiza, cuyos acuerdos si bien no son vinculantes, son seguidos por la mayor parte de bancos del Mundo, incluidos los peruanos.

todo ello a partir del establecimiento de una serie de reglas que buscan que los colaboradores de las empresas adopten buenas prácticas en la gestión y supervisión de sus actividades.

Estos mecanismos de cumplimiento, se fueron reforzando, coincidentemente también a nivel de las empresas financieras, con la incorporación de la legislación de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo, que incluía la inclusión dentro del organigrama de las empresas de un funcionario del más alto nivel encargado de la coordinación del sistema de prevención: el denominado Oficial de cumplimiento.

Estos mecanismos, que inicialmente buscaban reducir los niveles de margen operativo y con ello el riesgo económico de la empresa, fueron ampliándose hasta incorporar el concepto de riesgo legal, ya que los resultados económicos de la empresa no sólo podían verse alterados por un deficiente manejo operativo sino también por el costo jurídico que un irregular comportamiento pudiera acarrear al ente colectivo. En ese entendido los sistemas o programas de cumplimiento trascendieron de adoptar mecanismos de prevención y eliminación de riesgos operativos con incidencia patrimonial a adoptar mecanismos que incidieran efectivamente respecto al riesgo legal, sobre todo en un escenario de ampliación normativa del derecho penal que empezaba a cobrar protagonismo persecutorio sobre la propia persona jurídica.

Las legislaciones internacionales han ido adoptando determinados criterios para dotar de efectos legales a la inclusión societaria de programas de cumplimiento. Efectos que pueden ir desde la exclusión de responsabilidad penal hasta la atenuación de la misma, para las personas jurídicas que adoptaron tanto un programa de cumplimiento, como adoptaron las medidas diligentes para su correcto funcionamiento, por lo que la ocurrencia de un contexto delictivo excedería cualquier diligencia debida o la previsibilidad racional de un riesgo no permitido. Desde esa perspectiva resulta interesante citar el artículo 3° de la Ley 20393 de Chile que señala:

*Artículo 3°.- Atribución de responsabilidad penal. Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión. Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior. **Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.** Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores,*

hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero

Se señala que los requisitos que debe cumplir un programa de cumplimiento para que la empresa se pueda acoger a efectos normativos favorables que van desde la atenuación de responsabilidad penal hasta la exoneración de la misma, serían los siguientes:

- a. La existencia del programa mismo de cumplimiento, que debe incorporar un código de conducta en el que se hallen establecidos los mecanismos de detección de riesgos, de comportamientos a seguir frente a ellos, de cara a lograr su eliminación o paliación, y del catálogo de sanciones internas a adoptarse frente a aquellas personas que incumplieron con dicha normatividad empresarial. Este tipo de normatividad interna se ve implementada frecuentemente en empresas extranjeras que responde a los criterios establecidos por la Ley Estadounidense de Prácticas Corruptas en el Extranjero adoptada en el año 1977 o la Ley Antisoborno del Reino Unido (*Bribery Act*).

Es de precisar que este sistema debe estar debidamente certificado por algún ente especializado, que cumpla con los requisitos previstos en la legislación correspondiente.

- b. La existencia de un funcionario del más alto nivel que centralice la administración del programa de cumplimiento.
- c. La Implementación de un sistema de denuncias internas, con las garantías correspondientes, que posibiliten la comunicación de conductas con contenido penal

TEMA 5: LOS ALCANCES DE LA LEY 30424

El 21 de abril de 2016 se publicó en el Diario Oficial El Peruano, el texto de la Ley 30424, denominada “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional”¹⁴

Esta norma establece sanciones de naturaleza administrativa aplicables directamente a las personas jurídicas que han incurrido en la comisión del delito de cohecho activo transnacional. Ello implica que al tratarse de una responsabilidad autónoma, no es menester para su aplicación procesar y condenar a una persona natural, como si ocurre con las consecuencias accesorias, lo que implica incluso que aun cuando la acción penal se haya extinguido para la persona natural, ello no enerva la responsabilidad de la persona jurídica (Artículo 4°).

¹⁴ El 3 de mayo de 2016, se publicó una fe de erratas de dicha Ley.

Sin embargo debe precisarse que a través de esta norma no se ha modificado el modelo de atribución de responsabilidad penal únicamente a las personas naturales. Estableciendo para las personas jurídicas que han cometido un delito únicamente sanciones de naturaleza administrativa, pero aplicadas por un Juez penal dentro del contexto de un proceso penal.

Es de precisar que existen posiciones que consideran que esta responsabilidad denominada “administrativa” en estricto sentido es una responsabilidad penal de las personas jurídicas, porque es aplicada por un Juez penal dentro del marco de un proceso penal; sin embargo no debe olvidarse que dentro del proceso penal, un Juez penal aplica también una indemnización por los daños causados por la comisión del delito, y ello no convierte a la reparación civil en una institución de naturaleza penal, manteniendo, qué duda cabe su naturaleza civil.

La Ley bajo comentario, además restringe la aplicación de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas establecida en sede penal, únicamente a la comisión del delito de cohecho activo transnacional previsto en el artículo 397 – A del Código penal.

El ámbito de aplicación subjetiva de la norma en mención está compuesto por las siguientes personas jurídicas (Artículo 2°):

- a. Personas jurídicas de derecho privado que incluyen a todas aquellas previstas en la Ley General de Sociedades como a las incluidas en el Código Civil;
- b. Personas jurídicas que administran patrimonios autónomos, como fideicomisos.
- c. Empresas del Estado y empresas de economía mixta.

El artículo 3° de la Ley bajo comento, establece que las personas jurídicas son responsables administrativamente por la comisión del delito de cohecho activo transnacional cuando este haya sido cometido en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto, por las siguientes personas:

- a. Sus administradores de hecho o derecho, representantes legales, contractuales y órganos colegiados, siempre que actúen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo.
- b. Las personas naturales que prestan cualquier tipo de servicio a la persona jurídica, con independencia de su naturaleza, del régimen jurídico en que se encuentren o de si media relación contractual y que, estando sometidas a la autoridad y control de los gestores y órganos mencionados en el literal anterior, actúan por orden o autorización de estos últimos.
- c. Las personas naturales señaladas en el literal precedente cuando, en atención a la situación concreta del caso, no se ejerza sobre ellas el

debido control y vigilancia por parte de los administradores de hecho o derecho, representantes legales, contractuales u órganos colegiados de la persona jurídica.

Como puede apreciarse, para que exista responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por la comisión del delito de cohecho activo transnacional, el acto ilícito debe haber sido cometido en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto. En tal sentido si se determina que el acto ilícito fue cometido por las personas descritas en los literales a, b y c, en su beneficio personal y de tercero ajeno a la persona jurídica, ésta no responderá penalmente.

El artículo 5° de la mencionada ley, establece como sanciones administrativas aplicadas en sede penal, las siguientes:

- a. Multa hasta el séxtuplo del beneficio obtenido o que se espera obtener con la comisión del delito, sin perjuicio de lo dispuesto en el literal a del primer párrafo del artículo 7 de la Ley.
- b. Inhabilitación, en cualquiera de las siguientes modalidades:
 1. Suspensión de las actividades sociales por un plazo no mayor de dos años.
 2. Prohibición de llevar a cabo en el futuro actividades de la misma clase o naturaleza de aquellas en cuya realización se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.
 3. Suspensión para contratar con el Estado por un plazo no mayor de cinco años.
- c. Cancelación de licencias, concesiones, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales.
- d. Clausura de sus locales o establecimientos

Finalmente es de destacar que la Ley 30424 ha incluido la regulación de los programas de cumplimiento, precisando en el artículo 17 que la implementación de un modelo de prevención (como así lo denomina) constituye un supuesto de exención de responsabilidad administrativa para las personas jurídicas, siempre y cuando dicho programa haya sido adoptado con anterioridad a la comisión del delito, y sea acorde con la naturaleza, necesidades y características del ente colectivo que lo conviertan en un mecanismo eficiente para prevenir, o por lo menos reducir las posibilidades de la comisión del delito de cohecho activo transnacional.

Este modelo, según exigencia legal debe contener, cuando menos, los siguientes elementos:

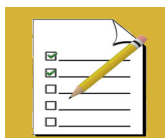
- ⊖ Un oficial de cumplimiento, del mas alto nivel directivo, que tenga a su cargo la administración, control y supervisión del programa de cumplimiento, para lo cual deberá contar con los recursos humanos y logísticos necesarios para tal cometido.
- ⊖ Medidas preventivas, que incluyan mecanismos de detección de riesgos relacionados con la comisión del delito de cohecho activo transnacional; procedimientos de control de las actividades financieras, a fin de evitar el desvío de recursos hacia la comisión del delito antes mencionado; la inclusión de mecanismos de denuncias internas y su respectivos medios de protección
- ⊖ Mecanismos de difusión y supervisión interna del modelo de prevención, Lo que implica capacitaciones programadas y evaluadas,



RESUMEN DE LA UNIDAD II

1. El sistema penal peruano se adscribe al modelo de imputación de responsabilidad penal únicamente a las personas naturales, bajo el principio del *societas delinquere non potest*.
2. El creciente protagonismo de las personas jurídicas en el ámbito económico y el alto riesgo de sus actividades ha generado un incremento de la criminalidad empresarial, ante la cual el derecho penal tradicional no ofrece mecanismos idóneos para perseguirlos.
3. El actuar por otro, previsto en el artículo 27 del Código penal, recoge un mecanismo de transferencia de responsabilidad penal, por el cual se imputa al órgano de representación que ha intervenido en la comisión de un delito, la responsabilidad que debería recaer sobre la propia persona jurídica.
4. Debe tenerse claramente establecido que la figura del actuar por otro sólo es aplicable al órgano de representación que haya actuado o intervenido en la comisión del delito, y no sólo por el cargo que detenta, porque en nuestro sistema penal se halla proscrita la responsabilidad objetiva en materia penal.
5. Se hace necesaria la imputación de responsabilidad penal de menar directa a los entes colectivos, para lo cual se han esbozado una serie de posiciones, desde aquellas que prevén la imposición de sanciones penales propiamente dichas; la imposición de medidas de seguridad, basadas en la peligrosidad de la persona jurídica; o la imposición de consecuencias accesorias condicionadas a la sanción penal de una persona natural

6. Las consecuencias accesorias establecidas en el artículo 105 del Código penal o afectan directamente a la entidad jurídica del ente colectivo, como es el caso de la liquidación o disolución; o a la operatividad de la persona jurídica, como es el caso del cierre de locales.
7. Las consecuencias accesorias previstas en el artículo 105 del Código penal no son autónomas, en la medida que requieren para su aplicación la condena a una persona natural.
8. Los programas de cumplimiento, de acuerdo a la legislación de cada país pueden tener efectos exoneratorios o de atenuación de responsabilidad penal para las personas jurídicas.
9. Para que los programas de cumplimiento tengan efectos exoneratorios o de atenuación de responsabilidad penal para las personas jurídicas, deben contener, cuando menos los siguientes elementos: Un oficial de cumplimiento, un manual que establezca los mecanismos de detección de riesgos legales de contenido penal, los procedimientos para eliminarlos o cuando menos para atenuar sus efectos, las sanciones a imponerse a los infractores del mismo; y mecanismos que posibiliten las denuncias internas de comportamientos ilícitos, con sus respectivas herramientas de protección para los denunciantes.
10. La Ley 30424 ha establecido la responsabilidad administrativa y autónoma de las personas jurídicas por la comisión del delito de cohecho activo transnacional. Dicha responsabilidad es establecida dentro de un proceso penal y por un Juez penal.
11. La Ley 30424, ha incluido en nuestro sistema normativo, los denominados programas de cumplimiento como supuestos de exoneración de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por la comisión del delito de cohecho activo transnacional.
12. Pero esta causal de exoneración está solamente establecida para la responsabilidad administrativa dictada por un juez penal.



AUTOEVALUACIÓN

1. ¿Qué diferencias encuentra Ud. Entre las consecuencias accesorias y las sanciones establecidas en la Ley 30424.

2. ¿Cuáles son los elementos mínimos que debe incluir un programa de cumplimiento?

3. ¿Cuál es la relación aplicativa que existe entre el actuar por otro y el principio de proscripción de la responsabilidad objetiva en materia penal.



LECTURAS

Lecturas Obligatorias:

1. REYNA ALFARO, Luis Miguel. Panorama actual de la responsabilidad penal de las empresas y ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?, en Derecho penal parte general, temas claves. Gaceta Jurídica. Lima, 2016. P. 103- 134.
2. CARRIÓN CENTENO, Andy. Criminal Compliance. Thomas Reuters. Lima, 2014. P. 81-112
3. Ley 30424 Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional

(Disponible en el anexo de lecturas).



CASOS SUGERIDOS

- "Caso Enron" por Carreño Aguado, Julen A. En: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, Pablo (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011. P. 969- 987

(Disponible en el anexo de casos)



UNIDAD III:
LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LOS
MIEMBROS DE LAS EMPRESAS FUNCIONALMENTE
ESTRUCTURADAS

PRESENTACION

En esta unidad se analizarán y evaluarán las reglas y criterios de atribución de responsabilidad penal en el contexto de organizaciones estructuradas con distribución de funciones y roles al interior de cada ente colectivo. En ese entendido estudiaremos el elemento típico de la imputación objetiva, como mecanismo de atribución de responsabilidad penal, con énfasis en la revisión del principio de confianza y de la prohibición de regreso, como supuestos de ruptura del nexo de imputación objetiva.



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿Cuál es la relación de distribución de funciones y responsabilidad penal dentro del contexto empresarial?
2. ¿Tiene implicancia penal la distribución de funciones entre empresas?
3. ¿Qué es una conducta neutral?
4. ¿Cuáles son los parámetros aplicativos del principio de confianza?
5. ¿Es aceptada armónicamente en la dogmática penal la inclusión de la prohibición de regreso como supuesto de ruptura de la relación de imputación objetiva)

TEMA 1: LA DISTRIBUCIÓN DE FUNCIONES EN LA ESTRUCTURA EMPRESARIAL, EL CONCEPTO DE CONFIANZA Y SU RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD PENAL.

La empresa como fenómeno jurídico implica una fusión de dos componentes esenciales, capital (componente económico) y trabajo (componente humano). El desarrollo de sus actividades económicas, en una sociedad basada en un modelo de mercado requiere de estructuras especializadas y cada vez más sofisticadas que le permitan afrontar escenarios de competencia comercial. Ello lleva a estos entes colectivos a asumir modelos de calidad y eficiencia que parte, desde la perspectiva del factor humano, a contar, no sólo con personal especializado, sino a establecer organizaciones estructuradas con clara distribución de funciones, roles y responsabilidades, de acuerdo a las competencias propias de cada miembro del ente colectivo.

Esta diversificación funcional, en la medida que se halle adecuadamente diferenciada y estructurada va a permitir, ante la ocurrencia de un contexto criminal al interior de la empresa, poder identificar a los presuntos responsables, al no haber ejercido adecuadamente el rol atribuido funcionalmente. Y ello además permitirá que el proceso de selección de la persona responsable responda a criterios objetivos (organigrama, estatuto, reglamentos o manuales de operaciones y funciones, etc.)

Al distribuir orgánica y estructuradamente las funciones entre el personal de la empresa, de acuerdo a criterios de especialidad, ello no sólo genera un marcado factor de eficiencia productiva, desde la perspectiva empresarial, sino además se convierte en un factor de eficiencia personal de cada miembro de dicho entorno, por cuanto éste se abocara única y exclusivamente a desarrollar la actividad y el rol funcionalmente asignado, en la absoluta convicción de que los demás miembros del personal de la empresa, cumplirán adecuadamente con el suyo. Desde esta perspectiva, se incorpora dentro del contexto empresarial el concepto de autorresponsabilidad, que se traduce en que cada miembro del personal de la empresa es responsable únicamente de su ámbito funcional y de los riesgos que se creen en él.

Uno de los elementos del tipo penal es la imputación objetiva, que constituye un factor de atribución de responsabilidad penal que parte de verificar si la conducta incurrida ha creado un riesgo prohibido o aumentado un riesgo permitido, de allí, se deduce inmediatamente que si la conducta se encuentra dentro del ámbito del riesgo legalmente permitido, ésta no tendrá relevancia penal. Adicionalmente a ello debemos precisar que ha ido incorporándose dogmáticamente, una serie de supuestos que permiten fracturar la relación de imputación objetiva, y con ello generar la atipicidad de la conducta, por más que esta, desde la perspectiva causal naturalística, sea la "causa" del resultado lesivo, en el supuesto de delitos de resultado.

Entre los supuestos de fractura de la relación de imputación objetiva podemos citar las siguientes:

- a) Que la conducta incurrida, por más que desde la perspectiva de una relación de causalidad natural sea la causa del resultado, se encuentre fuera de la esfera de protección de la norma penal.
- b) Que el riesgo sea imputable a la propia víctima o supuestos de auto puesta en peligro
- c) Que el comportamiento haya ocurrido dentro la esfera del principio de confianza
- d) Que el comportamiento, si bien haya coadyuvado naturalísticamente a la conducta que causó el resultado, su autor no haya tenido obligación legal para evitarlo, sin importar para ello, los conocimientos específicos o especiales que aquel haya tenido. Este supuesto es conocido como prohibición de regreso.
- e) Que la conducta, pese a haber causado un resultado lesivo, disminuyó el riesgo inicialmente existente, no creado por aquella.

En el escenario que la persona haya incurrido en una conducta que se enmarque dentro del riesgo permitido, o conforme a la función empresarialmente asignada o al rol que socialmente desempeña, estaremos frente a una conducta neutral, es decir sin relevancia penal, por más que desde la perspectiva naturalista hay causado un resultado típico.

TEMA 2: LA APLICABILIDAD DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL

El Principio de Confianza es un sub-instituto liberador de la imputación objetiva, que puede ser definido de la siguiente manera: *"aquel que se comporta adecuadamente no tiene que contar con que su conducta puede producir un resultado típico debido al comportamiento antijurídico de otro, aunque fuese previsible dada la habitualidad de ese tipo de conductas, desde un punto de vista psicológico"*¹⁵

En esta misma línea argumentativa, el profesor Bernardo Feijoo ha establecido que el Principio de Confianza parte de la premisa de que *"uno puede confiar en que los otros ciudadanos se van a comportar respetar las normas ya que ello está garantizado por el Derecho."*, lo contrario –concluye– sería atentar contra la idea del Derecho como orden vinculante en las relaciones sociales.

Y es que el Derecho Penal entiende que, en el desarrollo de las sociedades modernas, sería sumamente ineficiente que cada persona tenga que velar por que su conducta no sea utilizada por otro para generar un resultado delictivo, toda vez que ello constituiría un deber general de garantía que implicaría

¹⁵ CHOCLAN MONTALVO, José, Deber de cuidado y delito imprudente, Barcelona, 1998, p. 113

elevadísimos costos de transacción que harían casi imposible la convivencia entre los ciudadanos. En ese sentido, se puede aseverar que el principio de confianza posibilita algo socialmente positivo: una mayor efectividad, seguridad y calidad del trabajo realizado conjuntamente y una explosión racional del mismo¹⁶¹⁷.

Caro Jhon señala que el principio de confianza contribuye a una mejor demarcación de las fronteras del riesgo permitido en virtud de lo cual se le considera como un criterio general delimitador de la responsabilidad penal. Quién actúa conforme a las obligaciones inherentes a su rol puede confiar razonablemente en que los demás intervinientes harán lo mismo; comportarse como personas en Derecho. El principio de confianza libera así de responsabilidad a quien obra confiando en el comportamiento socialmente adecuado de los demás sujetos autorresponsables con los que interactúa. Vale decir, a las personas que emprenden una actividad riesgosa pero – desde luego – lícita les está permitido confiar en que quienes participan junto con él van a ajustar su conducta al ordenamiento jurídico¹⁸.

La jurisprudencia nacional ha acogido este principio, así podemos citar la sentencia dictada por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, recaída en el Expediente R.N. N° 449-2009 – Lima (Caso Magaly Medina vs Paolo Guerrero), donde se señala lo siguiente:

“Sétimo: Que, respecto a la vulneración de la garantía constitucional a la legalidad penal, pues sustenta que el hecho objeto de acusación es atípico -no valoración del principio de confianza- y, además hay ausencia de dolo; la defensa técnica de la querrelada sostiene que ésta actuó bajo los alcances del principio de confianza en tanto que el proceso de producción de la información implicó la actuación de diversos agentes y una concreta división de trabajo; que, al respecto, es cierto que una de las características del mundo contemporáneo es la complejidad de las relaciones sociales y, en materia de producción de bienes o servicios, la especialización en las diferentes tareas que componen el proceso de trabajo. Esto implica la división de funciones entre los miembros del equipo de trabajo, y por lo tanto, un actuar conjunto para el logro de las finalidades corporativas. Como no siempre es controlable todo el proceso por una sola persona y en consideración a que exigir a cada individuo que revise el trabajo ajeno haría ineficaz la división del trabajo, es claro que uno de los soportes de las actividades de equipo con especialización funcional es la confianza entre sus miembros. Así cuando ha precedido una adecuada selección del personal, dicho principio, impide que un defecto en el proceso de trabajo con implicaciones penales se pueda atribuir a quien lo lidera, a condición naturalmente de que no lo haya provocado dolosamente o propiciado por ausencia o deficiencia de la vigilancia debida; que es evidente, que la simple relación de causalidad material no es suficiente para concluir en

¹⁶ FEIJOO, Bernardo. Imputación Objetiva en el Derecho Penal, Lima, 2002, p. 296

¹⁷ Ibid, p. 297: El principio de confianza favorece actividades o prestaciones de valor que de otra manera sería imposible desarrollar, vale decir, posibilita una organización más razonable de los contactos interpersonales

¹⁸ CARO JHON, José Antonio. Manual teórico practico de teoría del delito. Ara Editores. Lima, 2014. P. 65-66

la responsabilidad penal de un procesado; por ello, es menester agregar otras razones, entre ellas, las que demuestran que la consecuencia lesivo es "obra suya", o sea, que depende de su comportamiento como ser humano; que la imputación jurídica -u objetiva- existe si con su comportamiento el autor despliega una actividad riesgosa excesiva, esto es, va más allá del riesgo jurídicamente permitido o aprobado, con lo cual entra al terreno de lo jurídicamente desaprobado; y produce un resultado lesivo, siempre que exista vínculo causal entre los tres factores; es decir, a la asunción de la actividad peligrosa debe seguir la superación del riesgo legalmente admitido y a éste, en perfecta ilación, el suceso criminal; que dentro del mismo marco, la imputación jurídica no existe, o desaparece, si aún en desarrollo de una labor peligrosa, el autor no trasciende el riesgo jurídicamente admitido, o no produce el resultado ofensivo, por ejemplo porque el evento es imputable exclusivamente a la conducta de la víctima.

(...)

(...) En tal sentido, en el presente caso no es admisible asumir la aplicación del principio de confianza en forma absoluta, pues en el marco de las públicas actividades desplegadas por la encausada Magaly Jesús Medina Vela, a través de su programa de televisión y su revista semanal se requiere un proceder cauteloso y rígido respecto a sus controles; en ese contexto, si bien no se desconoce, que bajo criterios de distribución del trabajo, se tiene la necesidad de actuar confiados en que cada eslabón ejecutará correctamente su rol; sin embargo, la atención respecto al cumplimiento de los procedimientos, en una organización de carácter vertical exige un mayor nivel de control del superior al subordinado, tanto más cuando se asumen altos riesgos de afectación a bienes jurídicos de terceros".

Así mismo, en la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Penal de la Suprema Corte recaída en el Expediente N° 07 – 2007 (Caso Elsa Canchaya Sánchez), al referirse al principio de confianza, se señaló o siguió:

"(...) Que la acusada por sus condiciones personales (abogada y Congresista de la República) tenía el deber de hacer una designación cumpliendo las exigencias y requisitos de la normatividad antes señalada, según lo manda el artículo treintiocho de la Constitución Política del Perú (..) el rol de la inculpada Elsa Canchaya Sánchez en su condición de Congresista de la República, era designar a su personal de confianza y cumplir con la normatividad en dicha designación, función que la Dirección de Recursos Humanos del Congreso de la República ,esperaba se cumpla correctamente, en virtud del principio de confianza (categoría de la imputación objetiva), que debe prevalecer en un régimen de división de roles; y que en mérito a dicha designación o nombramiento la Dirección de Recursos Humanos de Congreso de la República, procedió a contratar a Jacqueline Simon Vicente como asesora del despacho congresal de Elsa Victoria Canchaya Sánchez (...)"

Del mismo modo puede apreciarse la sentencia dictada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, recaída en el Expediente R.N. N° 608-2004/Ucayali, de fecha 24 de noviembre de 2004, en donde se señala lo siguiente:

“(...) Que, en autos no se encuentra acreditado que la encausada absuelta (...), hubiera incurrido en el ilícito penal materia de autos, puesto que al ser propietaria del inmueble donde se arrendaban cuartos no supone participación en la conducta de sus inquilinos, (...) actuando ésta dentro de una conducta adecuada y dentro de un ámbito de confianza; no siendo atendible otorgar, en este caso con tales elementos, reprochabilidad penal a la propietaria (...)”

Otro fallo que evidencia la aceptación del principio bajo cometerario por parte de nuestra jurisprudencia lo constituye la sentencia recaída en el Expediente N° 306-2004, de fecha 24 de noviembre de 2004, dictada por la primera Sala Penal para procesos con reos en cárcel, con fecha 306-2004, en donde precisa lo siguiente:

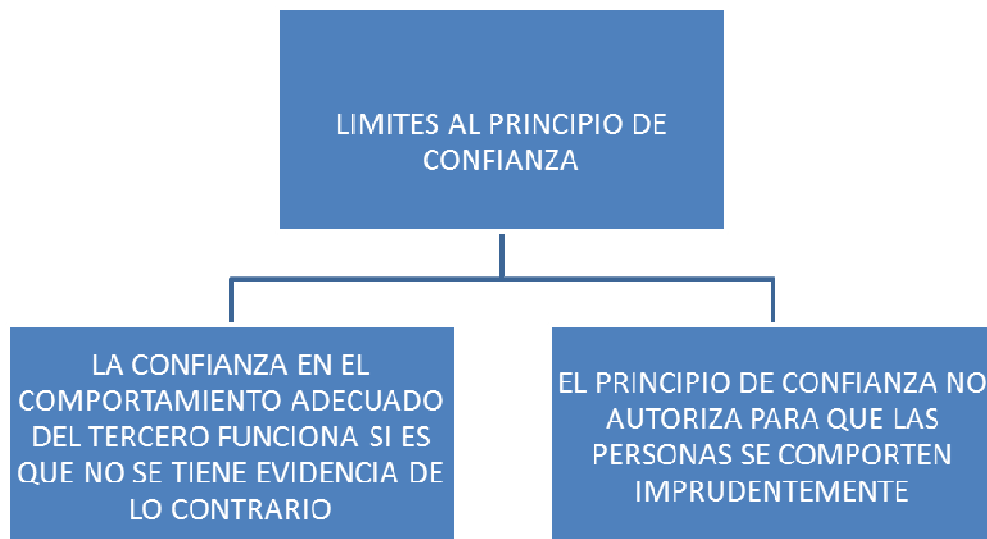
“ (...) La determinación de la efectividad del principio de confianza en un ámbito de interrelación está guiada por la apreciación racional de las pautas que la experiencia brinda o de las concretas condiciones en que se desenvuelve una actividad u organización determinada, porque son elementos que posibilitan señalar si una persona, al satisfacer las reglas de comportamiento que de ella se esperan, está habilitada para confiar en que el dolo o la culpa de los demás que interactúan en el tráfico jurídico no la van a afectar (...)”

La Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, a través de la sentencia recaída en el Expediente R.N.N° 538-2004, de fecha 13 de diciembre de 2004, señaló lo siguiente:

“(...) Que la responsabilidad el procesado Bonifacio Odando Giménez Ruiz se circunscribe a tramitar la solicitud de reintegro tributario luego de la intervención de los funcionarios de aduanas encargados de verificar e reconocimiento físico de la mercadería en el lugar del destino, en este caso los depósitos señalados por el comitente en la ciudad de Tarapoto; teniendo dicho procesado la calidad de empleado de la agencia de aduanas de su coprocesado Cesar Alejandro Pérez Foinquinos; no siendo su contribución causal al resultado del delito, imputable objetivamente al citado acusado, quien post facto a la realización de los hechos actuó dentro de una esfera de confianza respecto a la documentación que le entregó el comitente; habiendo incluso visado los funcionarios de aduanas tanto la documentación como supuestamente verificado físicamente la existencia de la mercadería importada. Tercero: Que, en lo que se refiere al procesado Cesar Alejandro Pérez Foinquins, su labor como agente de aduanas sólo se limitó a despachar el reintegro de los impuestos de acuerdo a la documentación que se presentó el comitente, siendo en todo caso de responsabilidad de este último la adulteración de los documentos y demás trámites para la obtención del reintegro tributario, y de los funcionarios de aduanas verificar la existencia física de la mercadería importada, por lo que en todo caso también habría procedido dentro de un riesgo permitido y dentro de un ámbito de confianza en el desarrollo de su conducta como agente de aduanas (...)”

Finalmente cabe citar la sentencia dictada por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el Expediente N° R.N. 1865-2010 – Junín, de fecha 23 de junio de 2011, donde señala lo siguiente:

“(…) En tal sentido, acudiendo a la doctrina (Feijó Sánchez) debe señalarse que el principio de confianza (…) es un instituto que presenta una gran utilidad para determinar los límites de la norma de cuidado, o lo que es lo mismo, el alcance del deber de cuidado que tiene una determinada persona en una determinada situación. Y es que el principio de confianza tiene como consecuencia práctica que el que se comporta adecuadamente no tenga que contar con que su conducta puede producir un resultado típico debido al comportamiento antijurídico de otro. Luego ingresando a los límites de dicho principio, por su pertinencia para el caso de autos, cabe remitirnos a dos de ellos: a) Un primer límite deriva de que uno puede confiar en que los otros ciudadanos se van a comportar respetando las normas (…) a no ser que se tengan evidencias de lo contrario. Sí entonces, se puntualiza que en los supuestos de reparto de funciones entre sujetos que trabajan en distintos niveles o en una relación jerarquizada (relación de supra y subordinación) “cuanto menores sean la preparación y experiencia del subordinado, mayor será el deber de supervisión del superior, y correlativamente, menor será el alcance del principio de confianza”, concluyéndose, por ende, que en caso de una defectuosa actuación del subordinado, se debe intervenir ; b) Un segundo límite tiene que ver con que si bien el principio de confianza es un límite del deber de cuidado (…) ello no significa que las personas se puedan comportar imprudentemente en virtud de la confianza en el cuidado de otro, por lo que si alguien se comporta de forma descuidada ya no se puede decir que su injusto dependa exclusivamente del comportamiento defectuoso de un tercero, dado que el que infringe una norma de cuidado no puede esperar que terceros arreglen la situación que él ha creado”



Es claro que existe un ámbito de particular relevancia para el principio de confianza: la división del trabajo en el ámbito empresarial. En este ámbito, en el que diferentes sujetos ocupan diferentes encargos, solo es posible la obtención de un resultado positivo para la persona jurídica [eficiencia] si los otros pueden confiar que quienes forman parte del equipo cumplirán su deber¹⁹.

Es importante tener en consideración, que dentro de un mundo globalizado, en el que la intervención de las formas empresariales es cada vez mayoritario en el desarrollo de las diferentes actividades económicas, se aprecia que en aquellas actividades de gran envergadura que requieren inversiones importantes, aparece la convergencia asociada de varias empresas para el mismo proyecto, ya sea a nivel de consorcios, o de joint venture o simplemente de esquemas de sub contratación. En esos escenarios de producirse eventos de contenido penal, se discute si es que también resulta aplicable el principio de confianza, como supuesto de ruptura del nexo de imputación objetiva, lo que pasaría por tener en consideración tanto el rol de cada una de las empresas como la distribución de funciones acordada en el citado contexto de confluencia empresarial.

TEMA 3: LAS CONDUCTAS NEUTRALES EN EL ÁMBITO DE LOS DELITOS EMPRESARIALES.

Para abordar el tema de las conductas neutrales en líneas generales, y por ende introducirnos al campo de la prohibición de regreso, como supuesto de ruptura del nexo de la imputación objetiva, es menester revisar algunos fallos emitidos por la Corte Suprema al respecto.

La Sala Penal Permanente de la máxima instancia judicial, en el Recurso de Nulidad N° 2270-2004 – La Libertad, señaló lo siguiente:

(...) que a efectos de delimitar el aporte propiamente típico del partícipe es de tener presente, como anota la doctrina jurídico penal, que existe un ámbito de actuación de éste último que es inocua y cotidiana, y que sólo mediante la puesta en práctica de planes de otras personas se convierte en un curso causal dañoso, lo que obliga a distinguir entre intervenciones propias y creación de una situación en que otros realizan el tipo (...) en lo que respecta a la intervención del encausado Vilchez Pella, se relaciona con las prácticas bancarias que están en el ámbito de actuación del citado procesado y que no importaron, en sí mismas, vulneración de la legislación bancaria ni una realización de actos fuera de lo cotidiano de atención a un cliente de un banco; que las funciones que realizó el citado imputado no están fuera de las que correspondían, según la comunicación de fojas (...); que, en efecto, mandar recoger o, en su caso, recepcionar cuatro cheques, colocarles su visto bueno, y de ese modo que se hagan efectivos y que dicho monto se deposite en la cuenta personal en el propio banco del entonces Presidente Regional de La Libertad, aún cuando procedan de bancos distintos al Banco de Crédito, constituyen operaciones bancarias propias del ámbito funcional del Jefe de Banca Personal I y, en sí mismas, no pueden considerarse como actos idóneos

¹⁹ PIÑA, Juan. «Rol Social y Sistema de imputación», J.M. Bosch, Barcelona, 2005, págs. 290 y ss.

de facilitación o apoyo para la comisión del delito de enriquecimiento ilícito (...)”

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia recaída en el Expediente R.N. N.º 529-2014 – Lima, que ha sido publicada el 14 de octubre de 2014, al referirse a a tema de las conductas neutrales precisa lo siguiente:

“(...) Si bien no todas las conductas son relevantes para el Derecho penal, frente al juicio de imputación, en un suceso típico donde existe la prohibición de regreso, la cual diferencia las conductas relevantes y punibles y las cuales se mantienen al margen de ello, se materializa en las llamadas conductas neutrales, –inocuas o estereotipadas adecuadas o determinada profesión u oficio, etc.– entiende que algunas acciones crean ciertos riesgos permitidos, o jurídicamente tolerados y que favorezcan en forma causal un delito, no alcancen a construir un acto de complicidad, pues estas se mantienen alejadas del hecho delictivo, por ser acciones inocuas de contenido social dentro del rol que le corresponde a cada persona en la sociedad, no representando por tanto ningún aporte al hecho punible (...)”

De lo señalado, se aprecia que si la conducta desplegada por determinada persona se circunscribe dentro de los alcances propios del rol funcional que cumple dentro del contexto social donde desarrolla sus actividades, por más que dicha conducta pueda ser utilizada causalmente por otro para ejecutar un delito, aquella conducta no revestirá trascendencia penal. Y ello acontece porque se entiende que cuando uno actúa dentro del rol socialmente aceptado, las conductas desplegadas se encuentran dentro del ámbito del riesgo permitido, debiendo recordarse que la relación de imputación objetiva opera en la medida que se establezca que la ejecución de la conducta creó un riesgo prohibido y aumentó un riesgo permitido, resultando que las conductas neutrales no se encuadran en ninguno de dichos supuestos.

Es de tener en consideración que la prohibición de regreso se aplica en casos en los que no existiendo confluencia de voluntades con el autor del delito, alguien colabora dolosa o imprudentemente (dependiendo si tiene conocimiento o no de que su conducta va a ser empleada causalmente para la ejecución de un delito) a la realización del tipo, pero no existe responsabilidad para él, porque la conducta que desplegó se encuentra dentro de su ámbito funcional socialmente aceptado (conducta neutral) y por ende dentro de los márgenes del riesgo permitido. Por eso López Díaz señala que existe prohibición de regreso cuando alguien unilateralmente desvía hacia fines delictivos propios, una conducta que es en sí misma inocua o socialmente adecuada, o que se ha realizado en virtud de autorizaciones provenientes del ordenamiento jurídico²⁰

A continuación se enfocará el análisis de las conductas neutrales dentro del ámbito empresarial, para lo que se seguirá el desarrollo elaborado por el Dr. Reaño Peschiera.

²⁰ LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Introducción a la imputación objetiva. Universidad Externado de Colombia. Perú, 2000. P. 140

Frecuentemente en las sociedades actuales, organizadas en segmentos de actividad altamente especializados y con predominio de contactos relativamente anónimos²¹, el tráfico de bienes y servicios en el marco de una relación personal, profesional o comercial es utilizado para el emprendimiento, mantenimiento u ocultamiento de una actividad delictiva. Pero, ¿debe responder penalmente quien presta algún servicio o entrega algún bien a quien lo utilizará en la comisión de un delito?, ¿Ello dependerá de la naturaleza de la prestación, o de si el que prestó el servicio o entregó el bien, conocía o no las intenciones de su cliente?.

No es inusual que asesores financieros y consultores empresariales sean citados a declarar en investigaciones penales instauradas con ocasión de actos presuntamente delictivos cometidos en el marco de una transacción financiera u operación comercial en la que hayan prestado sus servicios de asesoría. Asimismo, de aquí a un tiempo, nuestra realidad judicial enseña que tampoco son infrecuentes los casos en que se imputa penalmente a los asesores financieros algún nivel de intervención punible en las operaciones llevadas a cabo por sus clientes. Así, a primera vista, no extrañaría que el asesor contable sea procesado como cómplice de la defraudación tributaria imputada a su cliente²², o que el *broker* de una sociedad agente de bolsa sea penalmente investigado por su intervención en una transacción bursátil en la que su cliente utilizó información privilegiada (*insider trading*)²³, o que el corredor de inmuebles sea imputado como cómplice de la estafa inmobiliaria cometida en la compraventa en la que intervino como intermediario, o que el analista de un banco de inversión sea involucrado en el procedimiento que se instaure para investigar la comisión de un presunto delito financiero, o, en fin, que un abogado corporativo sea inculcado por el delito de lavado de activos perpetrado por uno de sus clientes²⁴. Se trata, en definitiva, de establecer los criterios delimitadores de la participación punible en un suceso delictivo, de suerte que toda conducta que se sitúe fuera de tales contornos sea reputada como una *intervención neutral* —y, por lo tanto no punible— en el delito cometido.

Bajo el *topos* de las denominadas «conductas neutrales de intervención» se alude a una constelación de casos que presentan la siguiente estructura: a) En el plano externo: se ejecuta una conducta que favorece causalmente la comisión de un delito; b) En el plano interno: dicha conducta se realiza con

²¹ Sobre la incidencia de los contactos anónimos y de los comportamientos uniformes en masa, en la teoría de la imputación penal, *vid.* JAKOBS, *La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente*, trad. T. Manso Porto, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, *passim*.

²² *Vid.*, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atelier, Barcelona, 2005, *passim*; REAÑO PESCHIERA, «Límites a la atribución de responsabilidad penal por defraudaciones tributarias cometidas en el ámbito empresarial», *Ius et Veritas*, N° 26, 2003, Lima, pp. 293-308.

²³ *Vid.*, WU, H, «An economist Looks at Section 16 of the Security Exchange Act of 1934», *Columbia Law Review* (1968), pp. 260 ss.; REAÑO PESCHIERA, *Derecho penal bursátil. El delito de abuso de información privilegiada*, Gráfica Horizonte, Lima, 2002.

²⁴ *Vid.* RAGUÉS I VALLÈS, «Blanqueo de capitales y negocios *standard*», en: SILVA SÁNCHEZ (Director), *¿Libertad económica o fraudes punibles?. Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2003, pp.127-161; AMBOS, «La aceptación por el abogado defensor de honorarios “maculados”: ¿lavado de dinero?», trad. D. Caro Coria, en FIGUEIREDO DIAS/SERRANO GÓMEZ/POLITOFF/ZAFFARONI/GUZMÁN (Eds.), *El penalista liberal. Libro Homenaje a Rivacoba y Rivacoba*, Buenos Aires, 2004, pp. 55-94.

pleno conocimiento de su carácter favorecedor; c) En el plano socio-normativo: se trata de una conducta estereotipada, realizada conforme a un estándar social-normativo, conforme al rol desempeñado en el contexto en el que se produce la interacción. La discusión sobre la relevancia jurídico-penal de prestaciones comerciales que —pese a su inocuidad y utilidad en el tráfico jurídico— contribuyen causalmente a la producción de un curso lesivo no es en absoluto reciente. Ya en 1944 el *Reichtstgericht* enjuició el abastecimiento de pan y vino a un burdel, efectuado por dos comerciantes que tenían conocimiento de los delitos relativos a la prostitución que en dicho recinto se perpetraban. En aquella ocasión, el *Reichtstgericht* consideró que sólo el suministro de vino era punible como acto constitutivo de complicidad en el delito de prostitución, pues sólo éste producto favorecía de forma específica las actividades del burdel.

En puridad, lo novedoso en el tema de las *conductas neutrales* —*Amelung* lo ha calificado como «el tema de moda» en la dogmática penal reciente— no es la toma de conciencia sobre su existencia, sino la forma de abordarlo a partir del proceso de normativización que en los estudios dogmáticos recientes viene experimentando el modelo de imputación penal de responsabilidad²⁵. En alguna medida, el tratamiento de este tema en la doctrina se ha visto incentivado por las investigaciones judiciales abiertas en Alemania contra importantes entidades financieras, bajo sospecha de haber transferido a sucursales de Luxemburgo dinero (*negro*) no declarado por sus clientes a las autoridades fiscales. Según las investigaciones de las autoridades alemanas, las transferencias se realizaban de forma anónima a cuentas registradas a nombre del banco en la entidad extranjera, lo cual imposibilitaba detectar la titularidad de los fondos transferidos²⁶. Si bien la transferencia de fondos a cuentas *off shore* constituye una operación *standard* dentro de la actividad bancaria, se plantea como tema controvertido si los ejecutivos bancarios que ejecutaron estas transacciones por instrucciones de los clientes de la entidad financiera, de cuyos propósitos delictivos sabían o al menos sospechaban, ¿deben ser penalmente responsabilizados como partícipes —cómplices— del delito de defraudación tributaria cometido?. ¿Qué criterios deben utilizarse para determinar si los aportes realizados por contadores, auditores, asesores fiscales, consultores empresariales, abogados corporativos, funcionarios bancarios, agentes de intermediación bursátil, entre otros, son suficientes para responsabilizarlos como partícipes del delito perpetrado por su cliente?. Se trata

²⁵ Entre los trabajos aparecidos en publicaciones locales, *vid.* CARO JOHN, «Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales», *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 5 (2004), pp. 83-105»; EL MISMO, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima, 2003.; WOHLERS, «Complicidad mediante acciones “neutrales”. ¿Exclusión de responsabilidad jurídico-penal en el caso de la actividad cotidiana o típicamente profesional?», trad. J. Caro John, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 4 (2003), pp. 423-440; RANSIEK, «Colaboración neutral en organizaciones formales», trad. I. Meini Méndez, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 4 (2003), pp. 333-347; AMBOS, «La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales», trad. G. Pérez Barberá, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 11 (2002), pp. 491-501

²⁶ Destaca el caso del Dresdner Bank, referencias en: ROBLES PLANAS, «Espacios de riesgo permitido en la intervención en el delito. La complicidad en el delito y las conductas neutrales», en: XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 339, (nota 1).

del problema de los límites del riesgo permitido en la participación delictiva²⁷, pues *prima facie* las denominadas «conductas neutras» parecieran caer dentro del espectro del artículo 25° del Código Penal²⁸. Sin embargo, las cosas podrían resultar distintas si para la teoría de la imputación objetiva no fueran suficientes los conocimientos o sospechas que pudiera tener el asesor respecto a la posibilidad que su aporte técnico sea utilizado por su cliente para la comisión de un hecho punible.

En las líneas que siguen, luego de examinar las distintas posturas existentes en torno a la posibilidad de una intervención punible del asesor en el delito del asesorado (§2), se profundizará en los fundamentos por los que —a mi juicio— debe optarse por una tesis distintiva que aborde los supuestos de suministro de informaciones y/o consejos por parte de asesores financieros a clientes que los utilizan en la ejecución de un fraude, como un problema de imputación objetiva de la conducta, a solventarse de la mano del sub-instituto denominado *prohibición de regreso* (§3).

Posturas sobre la intervención del asesor en el delito

Postura extensiva o punitivista

Se trata de la posición clásica. Según esta tesis de extremo punitivismo, el asesor responde penalmente en todos los casos en que su actuación informadora haya sido tomada en cuenta por el cliente al momento de emprender el suceso lesivo, con la única exigencia que el asesor sepa o tenga por probable que su intervención va a dar lugar a la comisión de un delito por parte del cliente, esto es, que haya actuado con dolo directo o dolo eventual²⁹. La conducta del sujeto que obra en primer lugar sólo quedaría exenta de pena en caso concurriera alguna causa de justificación prevista en el artículo 20° del código penal, distinta al *ejercicio legítimo de un derecho* (art. 20°.8 CP), pues no habría legitimidad para realizar una conducta sabiendo de modo seguro, o teniendo por probable, su carácter favorecedor.

Conforme puntualiza el profesor *Silva Sánchez*, «esta postura clásica sitúa en una posición difícil no ya a las actividades de asesoramiento, sino, en general, a cualquier conducta en general lícita de la que el sujeto llega a saber o a tener

²⁷ En palabras de JAKOBS, «La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación», en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, p. 623, los límites del riesgo permitido en la participación, y específicamente el «riesgo no permitido en la codelinuencia es probablemente el problema individual más tratado en relación con la teoría de la autoría y participación en la bibliografía alemana de los últimos años, si bien hasta el momento sólo se ha alcanzado consenso en cuanto a que se trata de un problema». Este trabajo también ha sido publicado con distinto título en: Jakobs, «El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos», en: *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal*, trad. M. Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001. Asimismo, está publicado en Perú, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Grijley, Lima, 2000.

²⁸ Art. 25° CP.- «El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor».

²⁹ Esta postura es defendida por *Niedermaier*, vid. BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva. Las conductas neutras y la cooperación en el delito*, Comares, Granada, 2001, pp. 78-83.

por probable que pueda favorecer, en la coyuntura del caso concreto, la comisión de un delito. Así, siendo coherente con la premisa de esta tesis, el deudor no podría pagar la deuda si sabe de modo seguro o si advierte la probabilidad de que el acreedor vaya a contratar con ese dinero a un asesino a sueldo. La secretaria no podría tipografiar el contrato, si advierte la probabilidad de que el mismo se vaya a utilizar en una estafa o un alzamiento de bienes. Ello supone una restricción de la libertad general de acción que, en principio, resulta difícil de fundamentar, a la vez que una solución ampliamente disfuncional en las relaciones sociales y económicas, pues obligaría a paralizar la interacción ante cualquier duda sobre el uso que el otro sujeto va a hacer del dinero, contrato, información o cualquier otro elemento que se le proporciona»³⁰.

Subyace a esta posición de extremo punitivismo la idea de que *todo es asunto de todos* o de que todos somos garantes de un interés en la medida en que conozcamos o sospechemos que nuestro comportamiento puede contribuir causal e indirectamente a su lesión. Dicho brevemente: para esta tesis, el conocimiento nos convierte en garantes. Sin embargo, tal incremento desmedido de las posiciones de garantía resulta disfuncional con la dinamicidad de nuestro modelo social, caracterizado por los contactos anónimos y altamente estandarizados.

Para la imputación penal no es decisivo quién causó o produjo en términos naturalistas o fenomenológicos el riesgo prohibido por la norma, sino que interesa a quién le es imputable dicha lesión (a quién le compete o incumbe). «Al Derecho penal le interesa un curso causal no en sí mismo, sino sólo en cuanto pueda ser interpretado como autoorganización defectuosa»³¹. En este sentido, la pregunta es quién *debía* evitar la producción del riesgo realizado en el resultado, y no quién *podía* haberlo evitado. El profesor *Günther Jakobs* se ha referido a esta cuestión con una frase sencilla pero contundente: «no todo atañe a todos»³². Así como no se imputa penalmente a quien debía evitar el resultado pero se encontraba en la imposibilidad de hacerlo, tampoco se imputa a quien podía haberlo evitado pero no tenía el deber de hacerlo.

Dada la insostenible restricción que a la libertad general de acción impone esta postura extrema, la doctrina ha tratado de fundamentar la tesis de que, al menos en algunos supuestos, determinadas conductas que conllevan efectivamente un favorecimiento consciente de la comisión de un delito por parte de un tercero no constituyen una participación punible, ya por ausencia de tipo objetivo, ya por ausencia de tipo subjetivo. Repasemos brevemente tales intentos de solución.

³⁰ SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal de los asesores fiscales», p. 60.

³¹ REY SANFIZ, *La tentativa jurídico-penal. Acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo*, Madrid, 2001, p. 98.

³² JAKOBS, «La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión», trad. Manuel Cancio Meliá, *Estudios de Derecho Penal, Civitas*, Madrid, 1997, p. 266.

Posturas restrictivas

Las perspectivas subjetivas

La delimitación entre complicidad punible y conductas neutrales es situada por esta tesis en el ámbito interno de quien ejecuta la acción de favorecimiento, de modo que el carácter desaprobado del riesgo objetivo se hace depender del dolo del sujeto. La restricción fundamental opera a nivel de tipo subjetivo, considerándose que el significado o sentido de una conducta no puede aprehenderse sin valorar los conocimientos que posee quien la ejecuta. Conforme a esta perspectiva de análisis, el castigo del asesor como cómplice dependerá de si tenía conocimiento cierto o seguro que su actividad informadora sería utilizada por su cliente en la perpetración de un delito.

Esta postura subjetivista, consistente en restringir la punibilidad de las conductas de favorecimiento en el ámbito del dolo, ha dominado la discusión dogmática. Hace más de un siglo (1840) *Kitka* ya había afirmado que sólo habría complicidad en el delito cuando el sujeto tuviera la intención de cooperar o previera tal cooperación como consecuencia necesaria de su acción³³. Se trata de la antigua *teoría de la impunidad por dolo eventual*, conforme a cuyos postulados debe sancionarse como complicidad siempre que el dolo del favorecedor supere el umbral del mero reconocimiento de la posibilidad de la producción del hecho, entrando de lleno en el ámbito del dolo directo, ya sea de primer grado o de consecuencias necesarias.

Actualmente *Roxin* sigue una posición similar, pero con correctivos dentro de los supuestos de dolo directo. A partir de la distinción entre dolo directo y dolo eventual, considera siempre atípicas las acciones causalmente favorecedoras de delitos realizadas con dolo eventual, pues en tales supuestos operaría el *principio de confianza*. En cambio, si el aporte es realizado con dolo directo de favorecer el delito deberá sancionarse por complicidad siempre que la acción muestre una «referencia de sentido delictivo»; y ello ocurrirá cuando la acción de quien actúa en primer lugar no posea para el favorecido con tal aporte ningún otro sentido que no sea delictivo³⁴.

En el ámbito de las conductas de asesoramiento, de acuerdo a la tesis de *Roxin*, el asesor deberá responder penalmente como cómplice de su cliente cuando al momento de brindar sus servicios haya tenido conocimiento cierto y seguro que su aporte sólo podría ser utilizado en un sentido delictivo por parte de su cliente. Sintetizando al máximo este planteamiento, puede decirse que para *Roxin* la punibilidad del asesor depende: a) de la importancia del aporte para el cliente; b) que la inclinación al hecho delictivo que tiene el cliente sea reconocible de modo seguro para el asesor que favorece causalmente tal hecho; y, c) de la relación de inmediatez entre el aporte y el hecho delictivo.

³³ Vid., ROBLES PLANAS, *La participación en el delito. Límites y fundamentos*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2003, p. 16.

³⁴ Vid. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito I*, trad. de la 2ª ed. Alemana y notas de Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/de Vicente Remesal, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 1006-1008. Asimismo, cfr. la tesis de *Roxin* en BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva. Las conductas neutrales y la cooperación en el delito*, pp. 69-78.

Cuando concurren estos requisitos se puede afirmar la «referencia de sentido delictiva» de la acción del favorecedor (asesor).

Estas posturas subjetivistas enfrentan una crítica contundente que pone en tela de juicio su legitimidad. Se les acusa, a mi juicio con razón, de transgredir el *principio del hecho*, de acuerdo al cual únicamente puede indagarse la realidad interna de una persona en la medida en que haya exteriorizado u objetivado un comportamiento externamente perturbador. Este principio encuentra su formulación negativa en la fórmula *cogitationis poenam nemo patitur*, y es explicado por *Jakobs* del siguiente modo: «Sin una conducta que sea tanto *externa*, como *perturbadora* (esto es: una conducta que se arrogue una organización ajena), no existe razón alguna para efectuar una indagación vinculante del contexto interno del autor y, en particular, del aspecto subjetivo de su conducta»³⁵.

Para las perspectivas subjetivas el carácter peligroso o inocuo de un aporte se determina en función a si el sujeto que lo realiza sabe cómo este será utilizado por otro sujeto autorresponsable, y no en función al sentido que externamente posee la conducta conforme al esquema de valoración social vigente en el segmento en el que se produce la interacción. Sin embargo, un sistema de imputación que privilegia la libertad de actuación de sus integrantes y que se edifica sobre el principio de *autorresponsabilidad*, no puede hacer depender la sanción de un determinado comportamiento del conocimiento que la persona que lo realiza posea respecto a lo que hará otra persona (autorresponsable) en un momento posterior. Las tesis subjetivistas adolecen de un defecto metodológico: pasan por alto que el único referente de lo subjetivo (del dolo) es el lado externo del comportamiento, al pretender afirmar la existencia de una conducta dolosa antes de constatar la creación de un riesgo objetivamente perturbador.

Robles Planas lo expresa de modo contundente: «El sentido delictivo es un dato objetivo que se desprende de la configuración externa de una conducta. Cuando puede afirmarse que la conducta posee el significado de favorecer un delito, la ausencia o presencia de una determinada voluntad por parte de quien la realiza no modifica su sentido objetivo en absoluto. Y a la inversa, si en su configuración no revela un sentido delictivo, en nada afecta al lado objetivo de la conducta que el sujeto tenga determinadas finalidades, por muy inmorales o despreciables que sean. De nuevo: el conocer o querer una acción no la convierte *per se* en peligrosa, so pena de infringir el principio del hecho»^{36,37}.

³⁵ JAKOBS, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», traducción a cargo de Enrique Peñaranda Ramos, *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 323, cursivas y texto entre paréntesis en el original.

³⁶ ROBLES PLANAS, «Espacios de riesgo permitido en la intervención en el delito. La complicidad en el delito y las conductas neutrales», pp. 371-372.

³⁷ Por su parte, JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 91, anota que: «Las intenciones y los conocimientos de aquel que realiza la aportación son irrelevantes, del mismo modo que la omisión de alguien que no es garante no se convierte en omisión de garante por el hecho de que conozca una posibilidad segura de salvamento o por tener malas intenciones. Quien ejecuta algo estereotipado-socialmente adecuado no responde, con independencia de lo

Adicionalmente, existe una razón *de lege lata* para rechazar las perspectivas subjetivas de análisis. Según se ha visto, posiciones como la de Roxin hacen depender la punición del asesor de la constatación de dolo directo o dolo eventual en su comportamiento, cuando el Código penal otorga un tratamiento unitario al dolo. Efectivamente, la participación — complicidad e instigación— es normativamente definida como una contribución *dolosa* al hecho punible³⁸. En tal sentido, la graduación teórica del conocimiento en las categorías de dolo directo y dolo eventual, a lo sumo, puede tener impacto a nivel cuantitativo vía las reglas de individualización judicial de la pena (más pena para los casos de *dolo directo* y menos pena para los casos de *dolo eventual*), pero no existe fundamento legal para conferirle a tal distinción efectos cualitativos (pena para los casos de *dolo directo*, y no pena para los casos de *dolo eventual*). El artículo 11° del código penal fija la distinción cualitativa entre hechos *dolosos* y *culposos*. *Tertium non datur*.

Las denominadas «perspectivas objetivo-normativistas»

La denominación de «perspectivas objetivas» es utilizada para etiquetar a aquellos autores que intentan trazar el límite entre los aportes constitutivos de complicidad punible y los aportes neutrales de intervención prescindiendo de los conocimientos que pudiera poseer el sujeto favorecedor (asesor) del hecho. Para las tesis objetivo-normativista únicamente puede predicarse el significado delictivo respecto del aporte del asesor, cuando la actuación de éste haya excedido los contornos que definen su labor, y ello ocurrirá sólo cuando su prestación profesional se aleje del estereotipo o *standard* que rige su actividad. El principio que rige en este ámbito reza: «no todo riesgo que se traduce en un resultado lesivo debe ser desaprobado jurídicamente, porque la sociedad en ciertos contextos está dispuesta a soportar la creación de determinados riesgos por considerarlos necesarios». Dicho de otro modo, lo que en un primer momento valorativo se considera socialmente aceptado (los actos de asesoría financiera), no puede ser jurídicamente desvalorado en un momento posterior por la mera constatación de que aquello que es socialmente tolerado ha sido utilizado para producir un resultado lesivo³⁹.

que piense y sepa, mientras que aquel que se adecua a un plan delictivo, da una razón para imputarle la ejecución».

³⁸ Así, el StGB define la complicidad en el § 27, en los siguientes términos: «(1) Como cómplice se castigará a quien haya prestado *dolosamente* ayuda a otro para la comisión un hecho doloso antijurídico. (2) La pena para el cómplice se sujeta a la sanción penal para el autor. La pena debe reducirse conforme al § 49, inciso 1»; y la instigación en el §26: «Igual que el autor será castigado el instigador. Instigador es quien haya determinado *dolosamente* a otro para la comisión de un hecho antijurídico». Por su parte, en el código penal peruano define la complicidad en términos similares: Artículo 25°.- «El que, *dolosamente*, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiese perpetrado, será reprimido con la misma pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo, hubieran *dolosamente* prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena»; y, lo mismo puede decirse respecto de la instigación: Artículo 24°.- «El que, *dolosamente*, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor».

³⁹ En palabras de JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 84, 86: «Un comportamiento cotidiano e inocuo no adquiere significado de un delito cuando el autor lo incluye en sus planes. [...]. Nadie responde de las consecuencias del cumplimiento puntual de sus obligaciones contractuales».

Esta perspectiva de análisis se caracteriza por buscar el criterio delimitador entre la participación delictiva y la intervención permitida en un hecho punible, en la institución jurídico-penal del *riesgo permitido*. Al momento de determinar si en el desempeño de su actividad el asesor se mantuvo dentro del *riesgo permitido* o, si por el contrario, su aporte al hecho debe ser reputado como un *riesgo prohibido*, las tesis objetivas prescinden de los planes o finalidades del favorecido (cliente), haciendo depender tal calificación del sentido o finalidad autónoma de la propia aportación del favorecedor (asesor). Esta tesis es defendida por *Jakobs* y *Frisch*, quienes consideran que la conducta del asesor sólo es punible cuando en sí misma considerada entraña un riesgo especial, con independencia de los planes del cliente. Bajo esta comprensión *objetivo-general* de la «referencia de sentido delictivo», sólo es penalmente imputable aquella conducta que objetivamente posee sentido inequívoco de adaptación al hecho delictivo, de modo que si prescindimos de tal hecho el aporte deja de tener sentido social. En particular, *Jakobs* considera que opera la *prohibición de regreso* cuando el favorecedor se mueve dentro de los límites de su rol, esto es, cuando no defrauda las expectativas vinculadas o asociadas a la posición jurídica que ocupa en determinado contexto de interacción.

Simplificando quizá en exceso, el planteamiento de *Jakobs* reza: Quien contribuye a la realización de un suceso delictivo responde penalmente sólo cuando su propia conducta suponga una intromisión típica en una esfera organizativa ajena. A su vez, ello ocurrirá cuando el comportamiento del interviniente supere el riesgo jurídicamente permitido en las interacciones sociales, de modo que su aporte tenga un sentido inequívoco de lesión a intereses penalmente garantizados. Pero, ¿cómo se determina este sentido inequívoco que necesariamente deben expresar los aportes de los intervinientes para ser considerados penalmente imputables?

Para asignar sentido jurídico a los comportamientos humanos, la dogmática penal ha desarrollado la *teoría de la imputación objetiva de la conducta*, en cuya configuración actual han influido decisivamente los trabajos de *Günther Jakobs*⁴⁰ y *Wolfgang Frisch*⁴¹. Esta construcción teórica es un mecanismo que permite la concreción del principio de *autorresponsabilidad* en el análisis de la relevancia jurídico-penal de las conductas humanas, a través de sus conocidos sub-institutos: a) el riesgo permitido, b) la prohibición de regreso; c) el principio de confianza, y d) la competencia de la víctima⁴².

⁴⁰ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. M. Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994.

⁴¹ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004; EL MISMO, *Tipo penal e imputación objetiva*, trad. Manuel Cancio Meliá, Beatriz De la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo y Yesid Reyes Alvarado, Madrid, 1995; EL MISMO, «La imputación objetiva: Estado de la cuestión», trad. Ricardo Robles Planas, en ROXIN/JAKOBS/SCHÜNEMANN/FRISCH/KÖHLER, *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, Madrid, 2000, pp. 19-67; EL MISMO, «La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático», trad. R. Robles Planas, en: FRISCH/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2004.

⁴² Sobre los sub-institutos de la imputación objetiva, *vid.* JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 45-101.

La función de la teoría de la imputación objetiva es determinar el significado del comportamiento para la validez de la norma penal, definiendo si tiene el sentido de defraudar las expectativas institucionalizadas en la norma o si más bien constituyen acciones neutrales al hecho. Para ello se recurre a un esquema de interpretación tomado de la realidad social. En términos de teoría de la imputación penal, el destinatario de la norma no es el individuo concebido en su naturaleza psico-física⁴³, sino la persona en cuanto construcción normativa a la que se le adjudica la administración de un ámbito de competencias de acuerdo al *rol* que desempeña en determinado contexto de interacción social⁴⁴. La base de la responsabilidad penal reside en los ámbitos de competencia de cada persona, ya que únicamente puede reprochársele a un sujeto la producción —o la no contención— de cursos lesivos que *debía* haber evitado o neutralizado en función a la posición de garante que ostente. Al referirse a la comisión por omisión, el profesor *Silva Sánchez* define la posición de garante como «la asunción del compromiso material de actuar a modo de barrera de contención de determinados riesgos que amenazan una esfera jurídica ajena»⁴⁵.

Se afirma que actualmente se vive un proceso inverso al que ocurrió cuando el delito de omisión impropia se construyó con base en la dogmática del delito de comisión, pues desde hace algún tiempo los estudios dogmáticos vienen destacando la exigencia una *posición de garante* también en el delito de comisión activa, tradicionalmente pensada sólo para la comisión omisiva⁴⁶. A esta tendencia subyace el reconocimiento de la escasa virtualidad de la causalidad naturalista —propia de un concepto causal mecánico de injusto que cifra la lesividad en la modificación del mundo externo como criterio de imputación— y la idea de que lo decisivo para la configuración del injusto penal es la imputación o adscripción de la relación de causalidad en un plano normativo o valorativo. Al igual que en la comisión por omisión, en la comisión activa la mera constatación que un sujeto ha causado mecánicamente un resultado lesivo para un objeto jurídicamente protegido aún no posee significado penal alguno, sino que es preciso valorar dicha conducta en el

⁴³ La imputación penal se fundamenta en la defraudación de las expectativas sociales que se asocian a la posición jurídica o *status* que ocupa el sujeto en determinado contexto de interacción, pues en los contactos sociales no nos relacionamos con *individuos*, sino con *personas* portadoras de roles. El *individuo* no está vinculado a nada y se motiva según sus apetencias e inapetencias, se trata de un animal inteligente que se relaciona con otros en el mundo de la experiencia y de la naturaleza (*homo phaenomenon*). Por su parte, la *persona* es un producto social que se constituye a través de la fidelidad al ordenamiento jurídico, y opera en función al único código que conoce, el del *deber/derecho* (*homo noumenon*), *vid.* JAKOBS, «La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal», trad. Manuel Cancio Meliá, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Madrid, 2003, pp. 15-25.

⁴⁴ En una sociedad donde se privilegian los contactos anónimos y las interacciones presentan un alto grado de complejidad y estandarización, el rol social como criterio de imputación reduce la complejidad de los contactos interpersonales, *vid.* PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema de imputación*, Tesis Doctoral, Universidad de Navarra, 2002, p. 136; p. 137, nota 421.

⁴⁵ Este planteamiento fue expuesto en su tesis doctoral, publicada como SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 359 y ss., 369, 371.

⁴⁶ *Vid.* REYES ALVARADO, «Fundamentos teóricos de la imputación objetiva», en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1992, p. 949; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, Bogotá, 1995, pp. 55-81.

plano normativo⁴⁷, esto es, vincularla con un deber de evitar dicho *output* lesivo, que dependiendo de la configuración concreta del *status quo* de la organización podrá presentarse como una obligación de omitir o de actuar⁴⁸.

De este modo, el sujeto que realiza de propia mano los elementos externos del tipo no responderá por el resultado físicamente causado cuando dicho suceso lesivo no le incumba en razón de haber administrado su esfera organizativa dentro de los límites permitidos y no encontrarse institucionalmente vinculado con el titular que ha sufrido la pérdida del bien. Dicho de otro modo, no responde porque no es posible fundamentar una posición de garantía. A menudo, en la mayoría de supuestos de comisión activa el posicionamiento del autor como *garante* es tan evidente que tal presupuesto puede pasar desapercibido, puesto que en tales casos *casi* siempre la posición de garantía surge de la propia acción⁴⁹. Sin embargo, si la producción —incluso consciente y de propia mano— del resultado lesivo no es consecuencia de una administración defectuosa del ámbito de organización personal, en tanto lo organizado esté dentro de los límites del riesgo permitido, ni el interviniente se halla vinculado institucionalmente a la víctima, entonces decae la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a quien en términos naturalistas *causó* dicho resultado; sino que, a lo sumo, podrá imputarse la infracción simple o cualificada de deberes de solidaridad (arts. 126º y 127º CP). Ahora bien, la infracción de deberes de solidaridad únicamente es punible cuando va referida a la vida, integridad o libertades ajenas, de modo que el delito de omisión del

⁴⁷ Conforme explica SILVA SÁNCHEZ, «La regulación de la “comisión por omisión” (artículo 11)», en *El nuevo Código penal: Cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, p. 62, la distinción entre comisión activa y comisión por omisión es meramente ontológica, presentado una configuración material idéntica en el plano normativo de las estructuras de imputación. A dicha equivalencia se refiere el art. 13º.1 CP cuando exige que la omisión se corresponda a la realización del tipo penal mediante un hacer.

⁴⁸ JAKOBS, *Acción y omisión en Derecho penal*, trad. Luis Carlos Rey Sanfiz y Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Bogotá, 2000, *passim*.

⁴⁹ Que ello no es necesariamente así en todos los supuestos, lo pone de relieve JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., corregida, trad. J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo, Madrid, 1997, p. 259, «En definitiva, no sólo el autor de la omisión, sino también el de la comisión debe ser garante si es que ha de responder de un delito de resultado mediante comisión; cierto que el autor de la comisión, en la mayoría de los supuestos que se discuten en la práctica, es garante ya por su comisión (incumbencia por la organización), pero no por principio»; Siguiéndole, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, p. 67: «El sujeto se suele colocar en posición de garante a causa de su propia acción». Este autor destaca que la necesidad de una cualificación del autor como garante es consecuencia del rechazo de la aplicación de criterios naturalistas en la teoría del delito, que es puesta de manifiesto al hilo de una de las variantes del conocido «caso del reanimador», en el que se demuestra que la comisión activa no necesariamente fundamenta una posición de garantía (pp. 70-77). Se trata de un paciente que ingresa a un hospital en coma irreversible y es conectado a un aparato que le prolonga artificialmente la vida. Posteriormente, un médico suprime dicha conexión ocasionándose la muerte. La causación naturalista de dicha muerte, llevada a cabo de forma activa y de propia mano, no es imputable al médico que realizó la desconexión pues si a ese mismo paciente no se le hubiese conectado al reanimador nadie afirmaríala comisión de un homicidio, ya que no existe un deber de prolongar artificialmente la vida de quien se encuentra en estado de coma irreversible. El médico no responde por que no es garante de la vida del paciente, ni antes ni después de conectarle. Referencias sobre el tratamiento doctrinal de las posibles variantes de este caso, con propuestas de solución propias, en SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, pp. 249-259.

deber de socorro no resulta aplicable cuando el comportamiento del asesor contribuye causalmente a la lesión de intereses patrimoniales y/o socio-económicos.

Concreción de la perspectiva objetivo-normativista de análisis en el ámbito de las conductas de asesoría en la actividad empresarial y económica.

Aquellas informaciones o consejos que se suministran en el marco de una relación de asesoría, y que se sujetan a los cánones o estándares que rigen el segmento de actividad de consultoría que se trate, no deben ser reputadas aportes constitutivos de complicidad delictiva, aunque dichas informaciones sean utilizadas con fines ilícitos por quienes contratan el servicio de asesoría, e inclusive aunque el consultor tenga conocimiento que su aporte será utilizado de modo delictivo por parte de su cliente. Y es que las posiciones de garantía no se construyen a partir del conocimiento seguro o probable que pueda tener el sujeto de la imputación, sino a partir de las expectativas de conducta que regulan el rol de asesor financiero y consultor empresarial.

Esta conclusión es coherente con el pensamiento de la *prohibición de regreso*, denominación con la que se le conoce al supuesto de atipicidad objetiva que opera cuando el sujeto con su aporte ha contribuido causalmente a la producción del resultado, pero manteniéndose dentro de los límites del rol que desempeña. El carácter objetivamente atípico de aquellos aportes ajustados a rol que contribuyen causalmente con un suceso lesivo, ha sido reconocido expresamente por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema al enjuiciar el conocido caso de un *taxista* que transportó a los autores de un hurto⁵⁰. En dicha sentencia afirma el Alto Tribunal:

«Que el punto inicial del análisis de las conductas a fin de establecer si devienen en penalmente relevantes, es la determinación del rol desempeñado por el agente en el contexto de la acción; así el concepto de rol está referido a “un sistema de posiciones definido de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables”, de modo que el quebrantamiento de los límites que nos impone dicho rol, es aquello que objetivamente se imputa a su portador; que, una vez establecido esto, cabe afirmar que tratándose de actividades realizadas por una pluralidad de agentes, la comunidad que surge entre ellos no es, de manera alguna, ilimitada, ya que quien conduce su comportamiento del modo adecuado socialmente, no puede responder por el comportamiento lesivo de la norma que adopte otro» (Sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del Perú, de fecha 7 de marzo de 2001, recaída en el R.N. N° 4166-99).

El desempeño de actividades de asesoría financiera o de consultoría empresarial únicamente puede dar lugar a una imputación penal por complicidad cuando el aporte del asesor posea *referencia de sentido genuinamente delictiva*. Pero, ¿en función de qué criterios puede predicarse tal *referencia de sentido* respecto a una conducta de asesoría financiera?. Revisemos a continuación los principales criterios elaborados por la doctrina

⁵⁰ Comentarios a esta sentencia, incluido su texto, en: CARO JOHN, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima, 2003.

especializada para solventar la problemática de las denominadas *conductas neutras* de intervención en un delito, aplicándolos al ámbito concreto de los actos de asesoramiento financiero. De entrada, el *significado genuinamente delictivo* del aporte del asesor puede ser desentrañado adoptando un punto de vista *objetivo-subjetivo-concreto* (atiende a las preferencias e intenciones del cliente) o un punto de vista *objetivo-general* (atiende a valoraciones *intersubjetivas* o *sociales*).

Uno de los representantes más significados del criterio *objetivo-subjetivo-concreto* es *Roxin*. A su juicio, debe considerarse que la conducta del asesor tiene *significado genuinamente delictivo* cuando *para el cliente* la aportación del asesor no posea ningún otro sentido que el de ser una colaboración para el delito que perpetrará; es decir, cuando el cliente no tenga intención de darle al aporte del consultor un uso lícito⁵¹. Ahora bien, adicionalmente, como se ha mencionado anteriormente, para esta tesis la punición del asesor dependerá de que la inclinación del autor al hecho delictivo le sea reconocible de modo más o menos evidente, excluyéndose del ámbito punible los casos en los que el asesor tiene un conocimiento tan solo probable respecto a que su aporte será utilizado para perpetrar un delito (*dolo eventual*).

La perspectiva *objetivo-general* es trazada, entre otros, por *Jakobs, Schumann y Frisch*. Para *Jakobs*, valorando el sentido del aporte del asesor desde un punto de vista *intersubjetivo-social*, prescindiendo de las concretas preferencias e intenciones del cliente y del asesor, se descarta la punición del consultor cuando su aporte de asesoramiento posee un sentido alternativo al empleado por el cliente, destacando como relevante el *sentido social de la comunicación*⁵². *Jakobs* ilustra su posición con el siguiente ejemplo: «Si un abogado informa verídicamente, ante una pregunta, que el botín del delito que se transfiera a cierto país se sustrae a la intervención de los órganos de ejecución alemanes, ello no constituiría encubrimiento (participación tipificada), ya que el sentido social de la información aislada se agota en dar a conocer la situación jurídica (tal información puede servir tanto al acreedor de la ejecución como al deudor de la ejecución). De modo distinto ha de decidirse cuando el abogado dictamina sobre en qué países se puede poner a buen recaudo con más “seguridad” el botín»⁵³.

De modo muy similar, *Schumann* considera que el asesor se solidariza con el delito del cliente cuando *intersubjetivamente* no pueda verse otro motivo razonable en la conducta del cliente, distinto del delictivo. Y, en esta misma línea, para *Fisch* «debe hablarse de una conducta con sentido delictivo siempre que en todo o en parte presente una configuración tal que desde el punto de vista general o bajo la consideración de las circunstancias del caso sólo pueda ser explicada delictivamente, esto es, que globalmente o en referencia a las partes correspondientes no tenga otro sentido más que como posibilitación o facilitación de una conducta delictiva ajena»⁵⁴.

⁵¹ ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 1007-1008.

⁵² JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, pp. 843-847.

⁵³ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, p. 846.

⁵⁴ Citado por ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, pp. 285-286.

De acuerdo al entendimiento *objetivo-general* de la *referencia de sentido genuinamente delictiva*, debe excluirse la imputación al asesor financiero siempre que su contribución apareciese *objetivamente* con sentido si se prescinde del posterior hecho delictivo del cliente, siendo indiferente que tal aporte tuviera o no algún otro sentido posible para el cliente. *E contrario*, debe afirmarse la imputación al asesor financiero cuando, si se suprime el hecho delictivo del cliente, el sentido de su aporte decae por completo. Dicho brevemente, el consultor responde penalmente cuando su asesoramiento está exclusivamente motivado por el plan delictivo de su cliente, aclarándose que se trata de una motivabilidad objetivizada (des-psicologizada).

Ello supone afirmar la impunidad del asesor siempre que cumpla con los deberes derivados de su *status* o posición jurídica. Sólo cuando se produzca un quebrantamiento de dichos deberes, y el aporte de consultoría haya sido utilizado de modo delictivo por el cliente, podrá predicarse una *referencia de sentido genuinamente delictiva* respecto a la conducta del asesor. El asesor o consultor se extralimitará de las funciones que regulan normativamente su actividad, cuando intervenga estructurando o diseñando una operación *per se* delictiva (en el plano objetivo). En tales casos, más que una *solidarización* con el delito perpetrado por el cliente, su alejamiento respecto a los estándares que rigen su actividad de consultor lo aproxima al hecho delictivo originariamente perteneciente al cliente, a tal punto que también llega a pertenecerle, sea a título de cómplice o de coautor.

El criterio esbozado, según el cual sólo es punible como cómplice el asesor que quebranta o se aleja en el desarrollo de su actividad de los estándares que rigen su profesión, es plenamente compatible con el principio de *autorresponsabilidad* y con el principio del hecho (*cogitationis poenam nemo patitur*). Ahora bien, para afirmarse el cumplimiento del *rol profesional*, y por consiguiente liberar de responsabilidad penal al asesor, no puede realizarse una valoración abstracta, desvinculada del contexto concreto en el que se produjo el negocio. Es necesario contextualizar el acto de asesoramiento para desentrañar su *carácter neutral* o su *referencia de sentido genuinamente delictiva*.

Esta necesidad de contextualización lleva implícito el riesgo de aparición del fantasma de los *conocimientos especiales*, que en mayor o menor grado habita en el razonamiento de algunas de las denominadas tesis objetivistas. Que el aporte del consultor pierda su sentido neutral cuando es realizado en un contexto drásticamente delictivo⁵⁵, no debe interpretarse en el sentido de que la sola circunstancia de *conocer* la inminente comisión de un delito por parte del cliente, y el hecho de *poder* evitarlo vía abstención de un comportamiento que en sí es inocuo, estándar, cotidiano o socialmente adecuado, es suficiente para fundamentar la imputación penal por complicidad delictiva. Si la constatación de ambos datos fácticos fueran suficientes para la imputación penal, entonces debería sancionarse como cómplice de tráfico ilícito de drogas

⁵⁵ Este criterio, conforme al cual un entorno caótico puede influir en la valoración que merece el aporte de quien actúa en primer lugar, es introducido por JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 92, «Aquello que determina el sentido de un comportamiento no sólo depende de la configuración del comportamiento, sino también del contexto en el que éste se enmarca. Especialmente, puede que un contexto drásticamente delictivo repercuta en un comportamiento que de por sí es estereotipado-socialmente adecuado».

al deudor que cancela su obligación crediticia y acto seguido —sin mediar solución de continuidad— el acreedor utiliza el dinero recibido para adquirir sustancias ilícitas que luego comercializará, pues en tal caso el acto ilícito del acreedor era reconocible por la proximidad espacio-temporal con el hecho, y el deudor siempre hubiese podido incumplir su obligación de pago. Sin embargo, tal solución no puede sino sorprender.

La afirmación según la cual, el sentido del comportamiento del asesor únicamente pueda ser aprehendido contextualizándolo en el concreto ámbito en el que se produce el negocio, debe ser complementada con la aplicación del *criterio objetivo-general* descrito líneas arriba, en tanto que el sentido social de un comportamiento no puede desvincularse de las concretas circunstancias en las que se produce, y no entendida como un giro subjetivista que hace depender la valoración de la conducta de los *conocimientos especiales* que posea el agente. Si se toman en cuenta los *conocimientos especiales* del profesional para fundamentar su responsabilidad como cómplice de su cliente, se ingresa a un escenario que contiene «un deber contradictorio: si se sabe lo que ocurre hay plena responsabilidad, pero nada obliga a darse por enterado de la situación amenazante o a no olvidar, de inmediato, lo que se ha llegado a conocer»⁵⁶. Una solución de tal calado, beneficiaría al profesional indiferente que no se preocupa por conocer más allá de lo estrictamente consustancial a su función, y perjudicaría al profesional acucioso, generado así una estructura disfuncional de incentivos. La cuestión esencial para afirmar la imputación penal del asesor no es si éste contaba con conocimientos especiales acerca del uso que su cliente daría a su aportación, sino si en su concreta actividad consultora se alejó de los estándares profesionalmente adecuados, al punto de estructurar una operación que de acuerdo al contexto pueda ser reputada de ínsitamente delictiva.

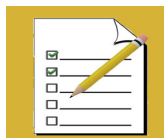
⁵⁶ JAKOBS, «Representación del autor e imputación objetiva», trad. C. Suárez González, en *Estudios de Derecho Penal*, p. 236.



RESUMEN DE LA UNIDAD III

1. La imputación objetiva es un factor de atribución de responsabilidad penal que se suele discutir a nivel de la tipicidad, y que parte de verificar si la conducta desplegada ha creado un riesgo prohibido o aumentando un riesgo permitido.
2. Tanto el principio de confianza como la prohibición de regreso (conductas neutrales, configuran supuestos de ruptura del nexo de atribución de responsabilidad constituido por la imputación objetiva. De forma tal que si en un caso se verifica la concurrencia de los supuestos configurativos, ya sea del principio de confianza o de la prohibición de regreso, no existirá, en dicho caso, imputación objetiva.
3. El principio de confianza, aplicado al contexto de organizaciones de estructuras organizadas y jerarquizadas, se traduce, en que cada persona solamente es responsable de los riesgos propios del rol funcional que desempeña en la organización, porque actúa en la confianza que los demás miembros del ente colectivo desarrollaran sus funciones de manera adecuada.
4. La prohibición de regreso, se basa en el concepto de conducta neutral, que es aquella que se ejerce de acuerdo al rol que cumple cada persona dentro del contexto social donde desarrolla sus actividades. Rol que se halla socialmente aceptado, lo que determina que tales conductas se enmarquen dentro de los parámetros del riesgo permitido.

5. Por la teoría de la prohibición de regreso no podrá imputársele responsabilidad penal, a aquella persona que ha realizada una conducta propia de su rol social, y la cual ha sido utilizada (desviada) por otra persona para realizar o ejecutar un delito, aun cuando aquella supiese la intención del autor del delito. Obviamente para la aplicación de los efectos de este supuesto de ruptura del nexo de imputación objetiva, es menester que no haya existido confluencia de voluntades entre ambas personas.
6. En el caso específico de los asesores de empresas, la verificación de la aplicación o no de los efectos de la teoría de la prohibición de regreso, y por ende para determinar si su conducta fue o no neutral, no pasa por establecer si éste contaba con conocimientos especiales acerca del uso que su cliente daría a su aportación, consistente en el asesoramiento brindado, sino básicamente en verificar si en su concreta actividad consultora se cumplió con los estándares profesionalmente adecuados, o si se alejó de los mismos, propiciando la realización del delito, al punto de que con dicha asesoría se estructuró una operación que de acuerdo al contexto pueda ser reputada de ínsitamente delictiva.



AUTOEVALUACIÓN

1. ¿En qué consiste la imputación objetiva?

2. ¿Cómo funciona el principio de confianza al interior de una ente colectivo estructurado funcionalmente?

3. ¿Cuál es la relación entre la prohibición de regreso y las denominadas conductas neutrales?



LECTURAS

Lecturas Obligatorias:

1. CARO JHON; José Antonio. Manual teórico práctico de teoría del delito. Ara Editores. Lima, 2014. P. 43- 86.
2. Ejecutoria Suprema R.N.N° 2270-2004-La Libertad, de fecha 16 de septiembre de 2014.

(Disponible en el anexo de lecturas).



CASOS SUGERIDOS

- Las antenas de celular

(Disponible en el anexo de casos)

UNIDAD IV:
LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA DE RESPONSABILIDAD EN
ESTRUCTURAS EMPRESARIALES

PRESENTACION

A diferencia de otras ramas jurídicas, en el Derecho penal peruano no se ha optado por introducir factores atributivos de responsabilidad objetiva, como la responsabilidad vicarial, por ejemplo. Nuestro legislador ha optado por una responsabilidad subjetiva, proscribiendo cualquier supuesto de responsabilidad objetiva, tal como puede apreciarse de lo establecido en el artículo VII de Título preliminar del Código sustantivo. En tal sentido, el artículo 11 del acotado Código, establece que los factores atributivos de responsabilidad penal son el dolo y la culpa, siendo que el artículo 12 precisa que los delitos contemplados en nuestro ordenamiento son por defecto dolosos, y que sólo se sancionarán las conductas imprudentes cuando expresamente se incorpore tipos culposos. Ello significa que no todo delito que puede ser cometido por dolo, tiene su correlato típico de naturaleza culposa, sólo cuando así lo decidió expresamente el legislador.

En esta unidad desarrollaremos los conceptos básicos de los factores de atribución de responsabilidad subjetiva, como son el dolo y la culpa, dentro del contexto de flexibilización que ha venido evidenciándose en el derecho penal económico. En tal contexto resulta importante evaluar la aplicación de figuras como el dolo eventual, cuyos límites suelen confundirse con la noción de culpa o conceptos como “conocimientos especiales”; o “ignorancia deliberada.



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿Qué rol juega la causalidad natural, en el proceso de la determinación de la responsabilidad penal?
2. ¿Cuándo una persona actúa dolosamente?
3. ¿Qué concepción de dolo ha asumido nuestro ordenamiento jurídicos
4. ¿Qué tipo de dolo existen?
5. ¿Cómo se acredita el dolo?
6. ¿Cuáles son los elementos que componen la estructura de la culpa o negligencia?
7. ¿Cuál es la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente?

TEMA 1: LA PRUEBA DE LA RELACIÓN CAUSAL: CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS Y DISCRECIONALIDAD JUDICIAL.

Si bien es cierto en un determinado momento histórico, la determinación de la relación de causalidad constituyó un momento importante en el establecimiento de la responsabilidad penal, ello, dentro de un contexto de un derecho penal de autor, fue abandonado, ya que lo trascendental no era determinar que había causado un resultado concreto, sino a quien se le atribuía la responsabilidad del mismo, lo que necesariamente trasuntaba de la perspectiva naturalística – causal, a una perspectiva normativa, lo que determinó el paso de la causalidad natural a los diferentes criterios de imputación objetiva

En este contexto, la relación causal, determinada por el vínculo entre causa y efecto, que pertenece a las ciencias naturales, se convirtió en el punto de partida, del largo camino que implica la determinación de la responsabilidad penal, como fenómeno normativo y no fáctico.

El establecer cuál fue la causa natural de un determinado resultado lesivo, implica que duda cabe, la utilización de conocimientos científicos y técnicos, que permitan establecer el citado punto de partida, a partir del cual construir ya una relación de imputación objetiva, la que, en todo caso nos proveerá de la información normativa que permita atribuir un resultado lesivo a una determinada conducta o comportamiento, a partir de la verificación de si ella implicó una creación de riesgo prohibido o un aumento de riesgo permitido.

Sin embargo con la verificación de la relación de imputación objetiva, no se determina aún la responsabilidad penal de una persona, ya que para tal objetivo, aún queda, y es el objetivo que se abordará a continuación, establecer la relación de imputación subjetiva, que implica determinar si la conducta se cometió a título de dolo o culpa.

TEMA 2: LA DETERMINACIÓN DEL DOLO: ELEMENTOS QUE COMPONEN LA ESTRUCTURA DEL DOLO Y SU PRUEBA.

Basta revisar el catálogo de conductas que el legislador ha etiquetado como delitos para persuadirnos que los ilícitos culposos son merecedoras de sanciones menos drásticas y severas que las conductas cometidas a título de dolo. Es claro que la diferencia en la cuantificación del intervalo punitivo no se explica por los bienes jurídicos materia de protección normativa sino por el factor de atribución subjetivo de responsabilidad penal, en buena cuenta por los niveles de conocimiento, o expectativas de conocimiento, previo del sujeto activo.

En el delito doloso lo que existe es un comportamiento que vulnera la expectativa de cumplimiento normativo que la sociedad tiene respecto de cada persona que la integra, el sujeto incumple conscientemente la norma

penal primara que da sustento al tipo penal, en cambio en la configuración culposa el sujeto activo incumple los estándares de cuidado social y normativamente previstos para la realización de determinadas actividades riesgosas o peligrosas

Desde una perspectiva finalista se ha venido definiendo al dolo como el conocimiento y voluntad que concurren en el sujeto activo para realizar los elementos del tipo objetivo, lo que puede traducirse en que el actor quiere y sabe lo que hace, otra perspectiva denominada cognitiva que considera al conocimiento previo del sujeto, como el elemento constitutivo principal del dolo, habida cuenta que el elemento volitivo es de difícil percepción objetiva en materia penal.

Nuestro código no recoge de manera expresa a que concepción de dolo se adscribe, sin embargo, como veremos más adelante, a partir de la regulación que recoge el artículo 14 del Código sustantivo con relación al error de tipo se puede concluir que es compatible con nuestro ordenamiento una concepción de dolo cognitivo.

Sobre este tema, el Dr. Reaño Peschiera, señala lo siguiente, esta categoría dogmática, heredada del derecho romano tardío⁵⁷, es mayoritariamente definida en función a la concurrencia de un momento intelectual — conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal— y de un momento de corte volitivo —voluntad incondicionada de realizar el tipo—⁵⁸. De acuerdo a esta concepción, no se apreciará un comportamiento doloso cuando en el momento de su actuación el agente ignore absolutamente alguna circunstancia preexistente en la realidad, que precisamente configura determinada situación como típica, o no pueda prever ni siquiera de modo incierto el acaecimiento de del resultado típico de su comportamiento.

Recogiendo la definición al uso en la doctrina dominante, el art. 81 CP de 1924 prescribió el dolo como acción u omisión consciente y voluntaria⁵⁹. A partir de la constatación de que el elemento volitivo no tiene autonomía conceptual dentro de la categoría del dolo, esta definición ha sido paulatinamente abandonada por la doctrina y los tribunales. En definitiva, a diferencia de los

⁵⁷ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 1993, p. 263.

⁵⁸ WELZEL, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, trad. de la 11a ed. alemana por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 77. Desde hace ya algún tiempo, la adscripción de un elemento de corte volitivo a la noción de dolo viene siendo seriamente cuestionada. Al respecto, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 401 ss. *Vid.* también las críticas formuladas por RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 2002, pp. 157-162, con múltiples referencias bibliográficas al estado actual del debate. Resulta interesante cómo algunos autores que incluyen a la «voluntariedad» como elemento del dolo, aceptan que ésta voluntad consciente se deduce automáticamente en todos los casos en que se acomete un comportamiento humano (esto es, sin que concurren causas que neutralicen los efectos de la acción: fuerza irresistible, movimientos reflejos y estados de inconsciencia) conociendo los elementos objetivos que lo hacen típico. En esta línea, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 2002, pp. 256 ss.

⁵⁹ Actualmente, en el ámbito latinoamericano, el Código Penal colombiano de 2000, en su art. 22, señala que «la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar».

defectos cognoscitivos, los defectos volitivos per se no descargan de imputación; de ahí que lo relevante para la configuración del dolo sea únicamente el conocimiento de la realización de un comportamiento típico objetivo⁶⁰. En verdad, es indiferente que se exija la presencia de un elemento volitivo dentro de la estructura del dolo, pues dicha voluntad concurre siempre que se afirme que el autor realizó el comportamiento siendo consciente que entrañaba un riesgo idóneo para producir el resultado antinormativo.

La exigencia de un elemento volitivo en el dolo es una reminiscencia de su definición como intención, que fuera asentada en la doctrina penalista por Feuerbach en su esfuerzo por rechazar las teorías objetivantes del *dolus indirectus* y el *dolus ex re*, que tuvieron gran auge durante el siglo XVIII entre los penalistas hegelianos. Sintetizando al máximo, según la doctrina del *dolus indirectus*, el dolo comprende la realización de aquellos resultados que según la experiencia se asocian al comportamiento del sujeto, sin importar que dichas consecuencias hayan sido concretamente abarcadas por la representación del sujeto al momento de actuar. Esta teoría empieza a caer en desgracia a finales del siglo XVIII, principalmente por acción de Feuerbach, quien —desde los postulados de su teoría de la coacción psicológica— la criticó severamente por atribuir a la voluntad del sujeto resultados que éste realmente nunca quiso. Puede afirmarse que tras la aportación de Feuerbach, la discusión doctrinal plantea la imputación dolosa como algo fundamentalmente referido a la representación y voluntad del sujeto, entendidas como fenómenos de naturaleza psicológica.

Sin embargo, tal entendimiento del dolo devino prontamente inaplicable, debiendo recurrir la doctrina a sucedáneos de la voluntad o a elementos pseudos-volitivos para poder calificar un comportamiento de doloso sin renunciar a la definición psicologizante de conocimiento y voluntad. Así, se acaba afirmando que quien simplemente acepta, se conforma o se resigna con la realización del tipo, «jurídicamente quiere» dicha realización y, por tanto, actúa dolosamente. En la práctica, el razonamiento judicial para apreciar el elemento volitivo del dolo es el siguiente: si al momento de actuar el sujeto fue consciente del riesgo que encerraba su comportamiento, y pese a tal representación actuó, entonces lo hizo voluntariamente, aunque no desee —en términos afectivos— el resultado producido. Dicho en forma simple, si conoce y actúa, entonces quiere. ¿Acaso algún juez negaría el dolo del acusado de homicidio que afirmara haber presionado fuertemente el cuello de la víctima con un cinturón de cuero por un tiempo más o menos prolongado, con la intención de privarle del conocimiento, pero no de matarla?⁶¹

Por lo demás, la definición de dolo como conocimiento es compatible con la regulación positiva. De lege lata, el único precepto legal al que parece posible acudir para aproximarnos al concepto legislativo del dolo es el artículo 14 del Código Penal. Según una interpretación e contrario de este precepto, el dolo

⁶⁰ RAGUÉS I VALLÉS, «Consideraciones sobre la prueba del dolo», *Diario La Ley*, Año XXIII (N° 5633), 15 de octubre de 2002, pp. 1 ss.

⁶¹ Se trata del «caso de la correa de cuero» (*Lederriemenfall*), enjuiciado por el Tribunal Supremo Alemán en 1955, *vid.* una magistral panorámica del mismo en RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 2002, pp. 83 ss., afirmando que marcó un punto de inflexión clave en la centenaria discusión sobre el concepto de dolo.

implica la realización de los hechos constitutivos de la infracción penal con correcto conocimiento de las circunstancias que integran el tipo de dicha infracción. Ciertamente, la ausencia de una norma que confiera efectos eximentes o atenuantes a una suerte de «error volitivo», constituye un argumento contundente para decantarse por una tesis cognitiva de dolo, pues —como afirma Jakobs— «los defectos cognitivos exoneran, los defectos volitivos gravan»⁶².

Ahora bien, la determinación del conocimiento típico del dolo constituye un proceso de adscripción o imputación judicial, pues no se trata de desentrañar la psique del autor para indagar lo que se representó en el momento en que realizó el hecho enjuiciado, algo que por lo demás no es posible hacer utilizando medios de prueba que gocen de confianza social y reconocimiento legal, sino que el conocimiento es predicable en función de determinados criterios de atribución. Sobre el particular, recojo la propuesta formulada por Ragués i Vallès, al postular que la atribución del conocimiento se realice a partir de las reglas de la experiencia sobre el conocimiento ajeno. La virtud de esta propuesta reside en la reducción del riesgo de errores judiciales a niveles que permiten considerar legítima su asunción, pues la atribución se realiza a partir de valoraciones sociales que atienden a aspectos objetivo-generales, específicamente vinculados al rol que desempeña el autor en el contexto en el que se produjo la interacción, y no a cuestiones subjetivo-individuales, imposibles de probar. A partir de las reglas de valoración social, se distingue entre conductas especialmente aptas para ocasionar ciertos resultados y conductas arriesgadas neutras.

Cuando se trate de una conducta especialmente apta no deberá prosperar ninguna alegación en el sentido de haber desconocido el concreto riesgo que estaba generando, debiéndosele imputar al autor la causación del resultado a título de dolo, a menos que se trate de un sujeto de socialización exótica. El criterio para atribuir o imputar el conocimiento es el rol o posición jurídica que ocupa el agente en el concreto contexto de interacción en el que desarrolla su comportamiento. Se trata de los denominados conocimientos mínimos asociados al rol desempeñado.

Las denominadas «conductas arriesgadas neutras» son conductas objetivamente capaces de provocar determinadas consecuencias lesivas, pero que en la valoración social no están indefectiblemente vinculadas a su acaecimiento. En la clasificación de un comportamiento en estas categorías influyen determinadas variables, tales como la utilidad social de determinadas actividades, la habituación que existe a ellas, y la frecuencia estadística con la que su ejecución lleva al acaecimiento del resultado. La alegación en el sentido de haber desconocido el concreto riesgo que estaba generando sí será creíble en el caso de conductas arriesgadas neutras, debiendo imputarse sólo a título de imprudencia la causación del resultado típico, a excepción de los siguientes supuestos ; a saber, a) cuando el sujeto exterioriza que sí es conocedor del riesgo creado ; b) cuando la proximidad del acaecimiento del resultado se perciba mediante signos externos durante la realización de la conducta típica ; y, c) cuando la dinámica comisiva no haga creíble que el sujeto no haya

⁶² Jakobs, «Indiferencia como dolo indirecto», 2004, p. 349.

recapacitado sobre los riesgos de su actuación, lo que sucede por ejemplo cuando ha precedido al hecho una minuciosa preparación.

Sobre el tema de la prueba del dolo, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la sentencia en casación N° 367-2011 - Lambayeque de fecha 15 de julio de 2013, señaló lo siguiente:

"(...) La imputación subjetiva se centra en determinar si el autor actuó con dolo, entendido como el conocimiento exigido al sujeto según su rol en un caso concreto; y, culpa, entendida como el no conocer que la acción es delictiva, pero que es posible de exigir en función a la posición del imputado en el contexto de la acción por él realizada. 4.2. Un error común al momento de evaluar el elemento subjetivo del delito es obviar su prueba, y dar por supuesto o probado el elemento subjetivo. Ello puede constatarse al observar una resolución y analizar que el juzgador centra todos sus argumentos en la imputación objetiva, descuidando la argumentación en el plano subjetivo. 4.3. La prueba del dolo en el proceso penal va de la mano del concepto que se tenga de dolo. Si se parte de considerar un concepto eminentemente subjetivo de dolo (que ponga un énfasis en el elemento volitivo), entonces existirá un serio problema de prueba, porque no es posible -al menos no con los métodos de la ciencia técnica actual- determinar qué es aquello que el sujeto deseó al momento de realizar la acción. 4.4. El problema de la prueba del dolo será distinto en el caso de que el concepto sea de corte normativo. Ya no se buscará determinar el ámbito interno del procesado, sino que el énfasis se centrará en la valoración externa de la conducta, vale decir, en la imputación. 4.5. En una concepción normativa del dolo, la prueba buscará determinar si el sujeto, según el rol que ocupaba en el contexto concreto, tenía o no conocimiento de que la acción que realizaba era constitutiva de un delito. 4.6. Por ejemplo, si un policía tiene un arma y dispara a un delincuente en la cabeza, de forma innecesaria, más aún cuando el delincuente estaba desarmado, podríamos considerar que estamos frente a un hecho doloso. En este caso, el policía sabe que el disparo que el realiza tendrá como efecto la muerte de la persona. 4.7. Tradicionalmente el dolo se ha definido como conciencia y voluntad de la realización de una conducta objetivamente típica. En el dolo, la relación es directa tanto en lo causal como en lo culpable, por ello el agente conoce el resultado delictivo y lo quiere, para actuar dolosamente no es suficiente con el conocimiento de los elementos del hecho típico, es preciso querer realizarlo. Es la concurrencia de esa voluntad lo que fundamenta el mayor desvalor de acción del tipo de injusto doloso frente al imprudente. 4.8. En ese sentido, el dolo del cómplice radica en el conocimiento de la clase del hecho al cual coopera, saber que es un hecho injusto y la voluntad de prestar la colaboración; que la ayuda prestada ocasionalmente sin voluntad no es complicidad. 4.9. En consecuencia, estando a los argumentos antes esgrimidos este Supremo Tribunal considera que debe establecerse como doctrina jurisprudencial que para los efectos de determinar la responsabilidad penal en grado de complicidad, sea primaria o secundaria, deberá analizarse si la conducta desplegada por el imputado en cada caso concreto al cooperar o prestar colaboración, ha constituido un aporte que contenga el elemento subjetivo del dolo"

La apreciación del error de tipo. Un ejemplo de la jurisprudencia peruana.

En la práctica judicial, la apreciación de un error de tipo implica afirmar la ausencia de prueba suficiente sobre el conocimiento de alguno de los elementos constitutivos de la infracción por parte del autor, o bien directamente considerar que la evidencia aportada permite inferir que el autor desconocía la idoneidad de su comportamiento para producir el resultado lesivo. En buena cuenta, se trata de determinar si en el caso concreto concurren las condiciones que permiten imputar al autor el conocimiento de los elementos objetivos del injusto. Tal determinación debe hacerse en términos normativos, aplicando las reglas de atribución de conocimientos apuntadas líneas arriba, según se trate la conducta enjuiciada de una «especialmente apta para lesionar» o de una que pueda calificarse como «arriesgada neutra», y en caso se aprecie como plausible la existencia de algún defecto cognitivo en el autor, no deberá perderse de vista la pregunta sobre ¿quién es el competente por el déficit cognitivo padecido?, pues si éste fuera atribuible a un defecto volitivo del propio autor, no será entonces válido apreciar un supuesto de error de tipo.

Veamos cómo un caso puede tener soluciones distintas en función de los criterios —psicologicistas o normativos— que se apliquen para determinar el conocimiento. Se trata de la ejecutoria suprema de 28 de mayo de 2004, recaída en el Exp. N 472-2003-Arequipa, en la que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se pronuncia por la atipicidad subjetiva del comportamiento del profesor de colegio acusado por tentativa de violación de una de sus alumnas, por considerar que el procesado desconocía la edad de la agraviada, valorándose para ello : **a)** una carta en la que la alumna, luego de confesar su amor por el profesor, afirmó tener 15 años de edad; y **b)** el aspecto físico de la agraviada, señalándose que aparentaba una edad mayor de la que realmente tenía.

«Del análisis de autos se advierte que el Colegiado ha efectuado una debida compulsión de los medios de prueba actuados a lo largo del proceso, pues se colige de autos que el justiciable Richard T. entabló amistad con la menor perjudicada en razón a que venía realizando sus prácticas pre-profesionales en el Colegio «A», donde estudiaba la menor perjudicada, la misma que le enviaba cartas en las que le manifestaba estar enamorada de él, a lo que no daba importancia el justiciable en comentario, siendo el caso que con fecha 23 de enero del 2001, una amiga de la menor perjudicada, de nombre Fiorella, le comentó que la menor perjudicada quería hablar con él, citándolo en el parque «Mayta Cápac», donde fue a encontrarse con la menor, con la que conversó y paseó, cual fueran dos enamorados (siempre en la creencia de que la citada menor contaba con 14 años de edad), para luego citarse al día siguiente, 24 de enero, fecha en la que ocurrieron los hechos materia de juzgamiento. Ahora bien, de la revisión minuciosa de autos, nos detendremos en el certificado médico (Evaluación odonto-estomatológica) de fs. 401, por la cual se buscó determinar la edad cronológica de la menor perjudicada, de acuerdo al desarrollo dentario, la misma que determina como edad de la menor la de 14 años, ello aunado a lo vertido por la menor en la carta que en original corre a fs. 117, en la que manifiesta al justiciable Richard T. que, en

realidad, con cuenta con 14, sino con 15 años, vale decir, indujo al mismo a creer en la veracidad de su edad, habida cuenta que por su tamaño y desarrollo no aparentaba una edad menor, conforme así se desprende la pericia antes anotada; en tal sentido, se colige que, en todo momento, el justiciable en comentario, mantuvo la certeza de la edad que refería la menor perjudicada; **Cuarto:** Que, en el caso de autos se ha producido la figura del error de tipo, que se da de dos maneras, cuando el agente actuando con las previsiones del caso se hubiese dado cuenta de su error, aquí se elimina el dolo pero subsiste la culpa y será sancionado como un delito culposo si está contemplado en el Código Penal (error vencible) ; o cuando a pesar de ello, no se hubiese dado cuenta de su error, aquí el sujeto queda exento de responsabilidad, pues se elimina tanto el dolo como la culpa (error invencible); en el tipo instruido se hace referencia al error de tipo, que tiene lugar cuando el agente cree que el sujeto pasivo es mayor de 14 años; en este caso, tanto si el error es invencible o vencible no podrá castigarse al sujeto activo por el artículo ciento setentitrés del Código Penal, esto al no admitirse expresamente por Ley la tentativa de violación culposa»⁶³.

La ejecutoria glosada relata un caso de los denominados de «imprudencia provocada» o «ceguera ante los hechos». Se habla de ésta cuando el autor renuncia deliberadamente a acceder a determinada información, que debía haber tomado en cuenta en función al rol que desempeña, de tal modo que «no ha conocido porque no ha querido hacerlo». En palabras de Sánchez-Vera, «que en estos casos una condena por imprudencia no resulta satisfactoria, ha sido incluso evidenciado por el acervo popular en la conocida sentencia “no hay peor ciego que el que no quiere ver”»⁶⁴.

El carácter impreciso de los criterios que utiliza la Sala Suprema para apreciar la configuración de un error de tipo es incompatible con la pretensión de seguridad jurídica que persigue el pensamiento sistemático, pues *ex ante* no se aseguran soluciones previsiblemente uniformes para casos de estructura similar. La Sala Suprema echa mano de criterios psicologizantes que buscan determinar los procesos mentales acaecidos en la psique del autor al momento de la comisión del hecho enjuiciado, valiéndose —paradójica e inevitablemente— de pruebas producidas *ex post facto*, tales como la evaluación odonto-estomatológica, que no tuvo a la vista el profesor al momento de acometer sexualmente contra su alumna.

No toma en cuenta los conocimientos mínimos asociados al rol desempeñado por el procesado en el contexto en el que se produjeron los hechos enjuiciados. Bajo dicho prisma, es plausible afirmar o negar el dolo del profesor sin que la decisión se antoje arbitraria. Así, puede afirmarse que el profesor se representó la edad real de su alumna atendiendo al año escolar que ésta cursaba. Por regla general, los alumnos que —por ejemplo— cursan el primer año de educación secundaria, son menores de 14 años. O bien, por su propia posición, el profesor pudo acceder al registro de datos de la alumna, siendo probable

⁶³ SAN MARTÍN CASTRO, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema*, Palestra, Lima, 2006, pp. 270 ss.

⁶⁴ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *tribuciones normativistas en derecho penal*, Grijley, Lima, 2004, p. 76.

que lo haya tenido a su disposición en alguna oportunidad. En todo caso, si se llega a establecer en el proceso que el profesor inició una relación sentimental con su alumna sin haber recapacitado en su edad, ni haberla indagado a pesar de tener acceso a dicha información, debe concluirse que decidió emprender un comportamiento riesgoso para la indemnidad sexual ajena, con absoluto desinterés sobre un aspecto que es trascendental para quien desempeña el rol de docente escolar. Su indiferencia lo hace competente por el déficit alegado e impide apreciar un error de tipo.

TEMA 3: LA DOCTRINA DE LA IGNORANCIA DELIBERADA Y SU APLICACIÓN AL DERECHO PENAL ECONÓMICO-EMPRESARIAL.

Doctrinariamente se conocen tres tipos de dolos, el dolo directo, que acontece cuando el sujeto conoce lo que está haciendo, el dolo de consecuencias necesarias, cuando el sujeto tiene un objetivo lesivo pero conoce que, por las acciones que va a desplegar, va a afectar otros bienes jurídicos (respecto al objeto tiene dolo directo, pero con relación a los daños colaterales tiene dolo de consecuencias necesarias). El tercer tipo de dolo es el denominado dolo eventual, que acontece cuando, previamente, no concurre cognitivamente en el sujeto la lesión de un bien jurídico, sin embargo prevé que por la conducta que se encuentra desarrollando, es posible que tal nivel de lesividad pueda concretarse, sin embargo lejos de reconducir su comportamiento dentro de los estándares adecuados de administración del riesgo continúa desplegando la conducta impropia y asume dentro de la esfera de probabilidades la producción de un resultado lesivo, el que efectivamente se produce.

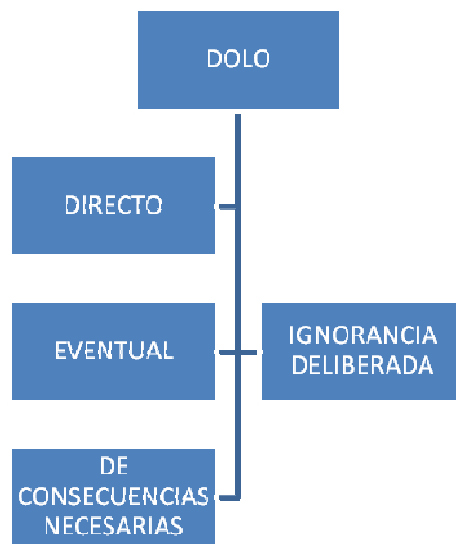
Como resulta evidente la configuración del dolo eventual tiene semejanza con la figura de la culpa consciente o también denominada con representación, que comparte la misma configuración del dolo eventual, con la diferencia que el sujeto que se representa la posible producción de un resultado lesivo, confía en su habilidad para que ello no ocurra.

Como se puede apreciar no es tarea fácil poder establecer, en cada caso concreto, si el comportamiento del sujeto activo se debió a un esquema de dolo eventual o de culpa consciente, como quiera la inclusión del dolo eventual configura una ampliación de los contornos normativos del dolo y por ende se acrecienta la posibilidad de que determinadas conductas sean calificadas como dolosas y por ende reciban la cuantificación punitiva de dicho esquema.

Esta situación de amplificación del esquema doloso se aprecia en la denominada negligencia deliberada. En palabras del Prof. RAMÓN RAGUÉS, la ignorancia deliberada se configura cuando «una persona renuncia deliberadamente a conocer (o a conocer mejor determinadas circunstancias de su conducta⁶⁵)». Suele ser reconducida al dolo eventual.

⁶⁵ RAGUÉS, Ramón. «La doctrina de la ignorancia deliberada y su aplicación al Derecho Penal Económico Empresarial » **En:** «Casos que hicieron doctrina en el Derecho Penal», La Ley, Barcelona, 2011, pág. 296.

En palabras del Dr. Reaño Peschiera, esta doctrina encuentra cabida en espacios en los que intervienen una pluralidad de sujetos en la realización de un hecho típico, en cuanto se requiere un agente que comete fácticamente el tipo penal, así como aquel que –pese a tener un deber de supervisión sobre este último– decide no conocer o inmiscuirse en las acciones de su dependiente para así pretender salvarse de responsabilidad. Siendo ello así, la criminalidad empresarial resulta ser el contexto perfecto para su aplicación, puesto que en su seno justamente suelen interactuar una pluralidad de personas, y en cuyo contexto se aprecia niveles de coordinación o de supervisión jerárquica o funcional

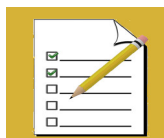




RESUMEN DE LA UNIDAD IV

1. La causalidad natural, configura el dato inicial que permite trasuntar por el camino de la determinación de la responsabilidad penal, pero se trata de un dato que no pertenece al derecho penal, y que para su verificación debe utilizarse todos los métodos científicos y técnicos necesarios.
2. La responsabilidad penal es un tema normativo, ya que lo que importa es establecer a quien le atribuimos la misma, quien responde por el hecho, y no que lo produjo (dato inicial) Ello implica determinar en un primer momento, la imputación objetiva, para luego introducirse en el análisis de la imputación subjetiva.
3. Nuestro sistema penal, ha establecido factores de atribución de responsabilidad subjetiva, como el dolo y la culpa, proscribiendo toda forma de responsabilidad objetiva.
4. El código penal peruano no se adscribe expresamente a una concepción de dolo, sin embargo, a partir de una interpretación de la regulación del error de tipo, previsto en el artículo 14 del Código Sustantivo, se puede concluir que es acorde con la misma una concepción de dolo cognitivo, en la que basta determinar que el sujeto conocía que estaba realizando los elementos del tipo objetivo de determinado delito, sin necesidad de inmiscuirse en su estamento volitivo.
5. Si una asume una concepción cognitiva del dolo, la prueba del mismo, en un caso concreto, debe buscar establecer si el sujeto activo, de acuerdo al rol funcional que ocupaba en ese contexto fáctico, tenía o no conocimiento de que el comportamiento que venía ejecutando era constitutiva de delito.
6. La determinación del nivel de conocimiento que tenía el sujeto activo servirá de baremo para dilucidar la ocurrencia o no de error de tipo.

7. La doctrina reconoce tres tipos de dolo: dolo directo, dolo de consecuencias necesarias y dolo eventual. En el dolo eventual, el conocimiento, propio del dolo directo, da paso a la previsibilidad que tenía el sujeto respecto al resultado que podía ocurrir de continuar actuando como lo venía haciendo, y lejos de enderezar su comportamiento, prosigue con el mismo asumiendo la producción del posible resultado.
8. El dolo eventual tiene bastante semejanza estructural con la culpa consciente, ya que en ambos existe previsibilidad en el resultado, pero se diferencian en que en el primero el mismo es asumido (pase o no) en cambio en el esquema imprudente, existe la confianza en su no producción.
9. Ignorancia deliberada se presenta en espacios donde intervienen funcionalmente una pluralidad de personas, y en donde, la persona que tiene la función de supervisión sobre otro o sobre una determinada área, decide desconocer o no inmiscuirse en las acciones del supervisado.
10. Los supuestos de ignorancia deliberada son tratados como supuestos de dolo eventual.



AUTOEVALUACIÓN

1. ¿Cuál es la relación entre la causalidad natural, la imputación objetiva y la imputación subjetiva, en materia penal?

2. ¿Cómo se prueba el dolo dentro de una concepción cognitiva de dicho elemento subjetivo?

3. ¿Cuál es la diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente?



LECTURAS

Lecturas Obligatorias:

1. FAKHOURI GÓMEZ, Camila y FELIP I SABORIT, David. Tratamiento del error en el Derecho penal. Especial referencia a los delitos ambientales en el contexto minero. En Reglas de Imputación penal en la actividad minera y petrolera. Colección de Ciencias Penales N° 6. CARO CORIA, Carlos y REYNA ALFARO, Luis (coordinadores) CARO & ASOCIADOS – CEDPE. Lima, 2013. P. 183 – 217.
2. REAÑO PESCHIERA, José Leandro, “El error de tipo en el Código Penal peruano”. En: HURTADO POZO, José (Editor). Problemas fundamentales de la parte general del Código Penal, Fondo Editorial PUCP / Universidad de Friburgo, Lima, 2009, pp. 215-240

(Disponible en el anexo de casos)



CASOS SUGERIDOS

- “Caso del Aceite de Colza”, por José Manuel Paredes Castañón. En: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, Pablo (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 425-440.

(Disponible en el anexo de casos)

UNIDAD V:
EL DELITO DE ESTAFA

PRESENTACION

Esta unidad tiene por finalidad abordar el tema de la estafa, como el tipo penal que por antonomasia incorpora al fraude como uno de los comportamientos mas lesivos para el patrimonio de las personas, y que por su usualidad cobra relevancia en la relación entre las empresas y los consumidores en general.

Se busca desarrollar, más allá de la descripción de los elementos configurativos generales de la estafa, una aproximación a modalidades como la estafa contractual, que tuvo gran repercusión jurisprudencial en nuestro país a partir del caso General Electric; o las denominadas estafas piramidales, cuya incidencia en nuestro país ha sido evidente, desde el denominado caso Clae, hasta la incidencia del telar de mujeres; o finalmente los negocios con causa ilícita.



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿En qué consiste el «engaño típico»?
2. Nuestro sistema exige que el engaño sea suficiente.
3. ¿Qué es una estafa piramidal?
4. ¿Qué es una estafa contractual?
5. ¿En qué consiste una estafa en negocios con causa ilícita?

TEMA 1: DINÁMICA COMISIVA DEL DELITO DE ESTAFA

Es de recordar que en líneas generales en los delitos patrimoniales se presentan los siguientes elementos comunes: (1) La existencia de un vínculo jurídico legalmente protegido existente entre una persona y un bien; (2) La conducta desplegada por el sujeto activo dirigida a vulnerar o trastocar dicho vínculo jurídicamente protegido; (3) como consecuencia de tal acción, el titular del bien se ve perjudicado al experimentar un detrimento patrimonial; y (4) Como efecto reflejo, el sujeto activo obtiene para sí o para un tercero un beneficio o provecho patrimonial indebido, al conseguir generar un vínculo con el bien, sustraído o apropiado, el que por su origen ilícito no merece protección jurídica. Según el Dr. Reaño Peschiera, el delito de estafa, tipificado en el artículo 196° del Código Penal, se configura con la concurrencia secuencial de los siguientes elementos: **(1)** la verificación de un mecanismo fraudulento idóneo para **(2)** producir un estado de error en el destinatario [estado de déficit cognitivo], a partir del cual **(3)** este realiza un acto de disposición patrimonial, que le irroga un **(4)** perjuicio patrimonial cuantificable. La configuración del tipo penal de estafa exige que estos cuatro elementos objetivos acaezcan en el orden establecido, y se encuentren unidos entre sí por un nexo causal de antecedente a consecuente. Por su parte, el elemento subjetivo del tipo está dado por el dolo del autor, consistente en el conocimiento que posee sobre el carácter fraudulento de su comportamiento, esto es, que la información proporcionada es inveraz o que la información conscientemente omitida es esencial para la formación de la voluntad negocial.

El fundamento del injusto típico de la estafa –la razón por la cual se criminaliza este comportamiento– no es otro que el constituir una lesión a la libertad de disposición patrimonial que detentan los ciudadanos y las empresas, en tanto legítimos administradores de un ámbito de organización patrimonial. El engaño típico de la estafa consiste en la infracción de deberes de veracidad por parte del autor, que anulan o bloquean el libre consentimiento del administrador del patrimonio perjudicado. El fraude bien puede consistir en el suministro de información falsa o en el ocultamiento de información relevante para la toma de decisión del titular o administrador del patrimonio, y se verifica siempre que éste haya activado sus deberes de autoprotección. Es decir, que no corresponderá apreciar un engaño típico de estafa cuando el déficit cognitivo –estado de error– sea imputable al propio perjudicado, al no haberse informado adecuadamente de aquellos aspectos del negocio que le compete conocer, o al haber confiado irrazonablemente allí donde el ordenamiento jurídico –incluida la costumbre comercial– no le autoriza a hacerlo. Por ejemplo, no será víctima de un delito de estafa quien paga por un automóvil a quien afirma ser el propietario, a pesar de no encontrarse inscrito como tal en el Registro de Propiedad Vehicular. Independientemente de la responsabilidad civil que pueda imputársele a quien afirma ser el titular del bien mueble registrable, no podrá apreciarse un delito de estafa ni de estelionato, a menos que haya mediado suplantación de identidad o falsificación documental. A la luz de la presunción *iuris et de iure* establecida en el artículo 2012° del Código Civil, la mera afirmación de ser el propietario del automóvil no es idónea para generar un estado de error.

En este punto nos parece relevante establecer una importante diferencia de regulación entre el Código penal de España, y su homólogo peruano.

El artículo 248. 1. Cometten estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno. (...)

Como puede apreciarse, el tipo español introduce una característica esencial para el comportamiento comisivo que está referido a la suficiencia o eficiencia del engaño, calificándolo como "bastante", nuestro Código, como hemos tenido oportunidad de observar, no incluye tal adjetivo para la conducta ilícita, y ello consideramos tiene su justificación, no sólo en el contexto de una sociedad pluricultural sino de una sociedad con marcadas diferencias educativas, que puede generar un campo más propicio para la concreción de fraudes, por ende consideramos que la eficacia o no del engaño debe evaluarse en cada caso concreto, y no con parámetros generales que parten de considerar una uniformidad cultural y educativa inexistente aún en nuestro país.

TEMA 2: MODALIDADES AGRAVADAS DE ESTAFA

En complemento, cabe acotar que la Ley N° 30076, publicada el 19 de agosto de 2013, incorporó modalidades agravadas del delito de estafa, estableciendo los siguientes supuestos, cuya comisión merecerán la imposición de una pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de ocho años y con noventa a doscientos días - multa:

1. Se cometa en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.
2. Se realice con la participación de dos o más personas.
3. Se cometa en agravio de pluralidad de víctimas.
4. Se realice con ocasión de compra-venta de vehículos motorizados o bienes inmuebles.
5. Se realice para sustraer o acceder a los datos de tarjetas de ahorro o de crédito, emitidos por el sistema financiero o bancario.

Como se puede apreciar en líneas generales, el legislador incorpora un primer supuesto que pone énfasis en el sujeto pasivo, que por determinadas características concibe que es más propenso a ser engañado. El segundo supuesto parte la mayor dañosidad que puede representar la intervención plural de los sujetos activos, sobre todo en contextos de puesta en escena dirigidos a dar mayor credibilidad al engaño. El tercer supuesto agravado, a diferencia del anterior pone énfasis en la pluralidad de víctimas, recogiendo las nefastas experiencias habidas en el contexto de estafas piramidales, que como veremos, tiene sus sustento en la necesidad criminal de incorporar

crecientemente a una mayor cantidad de víctimas para mantener el error de los primeros engañados. El cuarto supuesto ha sido incorporado debido a la creciente incidencia de supuestos delictivos que han tenido como objeto del delito bienes automotores o inmobiliarios, que por su valor generan un mayor perjuicio patrimonial a las víctimas, apreciándose en estos supuestos la participación de organizaciones criminales, que en muchas de las veces se han aprovechado incluso de la regulación registral. El último supuesto de agravación se enmarca dentro de un contexto de fraude bancario, dirigido, con la maximización punitiva, a proteger de manera punitiva, el sistema de intermediación financiera, que tiene como uno de sus sustentos en la relación de confianza que tienen las personas para desplazar su patrimonio de su esfera de cuidado, a la esfera de dominio de una entidad financiera.

TEMA 3: MODALIDADES ESPECIALES DE ESTAFA

3.1. Estafa en triángulo

Es una modalidad de la estafa en la que la persona que es el destinatario del engaño y que incurre en error y que incluso puede efectuar la disposición patrimonial no coincide con el titular de dicho patrimonio.

3.2. Estafa contractual

En el material autoinstructivo, en base al cual se ha elaborado este material, se ha señalado que no es infrecuente que aquello que empezó como una relación comercial termine por criminalizarse luego del incumplimiento de una de las partes contratantes. En la práctica, lamentablemente, no es inusual el recurso al derecho penal como mecanismo de presión para mejorar una posición negociadora débil y generar transacciones extrajudiciales que pongan fin a controversias comerciales. ¿Cuándo nos encontramos ante un genuino delito de estafa y cuándo frente a un montaje de lo que en rigor no es sino un puro y simple incumplimiento contractual? ¿Por qué si la diferencia entre una y otra situación es clara, la criminalización de una relación comercial puede resultar rentable?

En la *estafa contractual*, que debe su nombre a la particular manifestación del engaño típico en un «contrato criminalizado», el engaño se caracteriza por el quebrantamiento de los deberes de declaración e información que les son impuestos a las partes de un negocio jurídico, y que se derivan del principio de la buena fe contractual, consagrado en el artículo 1362° del Código Civil, según el cual «*los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes*». Desde esta perspectiva, según la cual los deberes jurídico-privados de declaración e información vienen impuestos por la posición de garantía que la parte contratante ostenta frente a su contraparte, se considera como engaño típico de la estafa tanto las inveracidades positivas (suministrar información falsa) como la ausencia de manifestación (inveracidad por ocultar información que *debía* proporcionarse).

El modelo de la estafa contractual debe diferenciarse del mero incumplimiento sobreviniente a la suscripción de un negocio jurídico, que como es sabido es siempre impune. En efecto, la estafa contractual se caracteriza porque el autor *ab initio* es consciente de la imposibilidad material de cumplir los compromisos consignados en el negocio jurídico suscrito, y pese a ello induce o mantiene en error a la víctima. Es el llamado dolo antecedente que caracteriza a la estafa contractual. En esta línea, la doctrina jurisprudencial de la Sala Penal del Tribunal Supremo español ha destacado que:

«Los principios de lealtad y buena fe que deben presidir las relaciones contractuales obligan a las partes a exteriorizar y mostrar todas las circunstancias que confluyen sobre el objeto del contrato y las personas de los contratantes. Cualquier omisión de las cargas o gravámenes de la cosa que va a constituir el objeto sobre el que ha de versar el consentimiento o la ocultación de las circunstancias personales de uno de los contratantes sobre su solvencia económica o sobre la capacidad o posibilidades reales de cumplir con la prestación de la voluntad, son elementos sustanciales que determinan la prestación de la voluntad o consentimiento necesario para llevar a cabo el contrato. El engaño puede ser activo o positivo, realizando una convincente exposición de ventajas inexistentes o puede ser omisivo, ocultando o sustrayendo datos que si el otro contratante hubiera conocido le harían desistir de su voluntad de contratar» [Sentencia del Tribunal Supremo español, de 31 de diciembre de 1996, ponente Martín Pallín].

Asimismo, la modalidad de estafa contractual ha sido reconocida por la jurisprudencia peruana en los siguientes términos:

«Se encuentra plenamente acreditado que los procesados concertadamente y alternando unos y otros obtuvieron diversos créditos en artefactos en agravio de diversas casas comerciales, premeditando no pagarlos; verificándose por lo tanto la comisión del delito de estafa y responsabilidad penal» [Ejecutoria Superior recaída en el Exp. N° 2769-98, ponente Martínez Maraví. En: Rojas Vargas. *Jurisprudencia Penal Comentada, Ejecutorias Supremas y Superiores 1996-1998, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 761*].

Ciertamente la prueba del dolo *ab initio* no es sencilla, debiéndose contar con evidencia suficiente a partir de la cual inferir que al momento de la celebración del negocio existía una situación que objetivamente impedía cumplir la obligación asumida, y que dicha situación era conocida por la parte que la asumió y que fue ocultada a la contraparte, la cual no tenía el deber de conocerla.

3.3. Estafa piramidal

Se suele mencionar que el origen de esta modalidad de estafa se le atribuye a William F. Miller, quien en 1899 utilizó este tipo de esquema piramidal para obtener una ganancia indebida de casi 1 millón de dólares. Sin embargo con mayor énfasis se menciona a Carlo Ponzi, como el inventor de este esquema fraudulento. Este ciudadano de nacionalidad italiana, estafó a varias personas en Estados Unidos atrayendo las inversiones de estos con el ardid de los cupones

que eran enviados desde Italia, por personas que querían que sus familiares en suelo americano los cambiaran por dinero. Al ser descubierto su esquema piramidal, Ponzi, en 1920 fue condenado a 5 años de prisión.

Se trata de un esquema fraudulento, donde el sujeto activo con el ofrecimiento del pago de altas tasas de interés, en la mayoría de los casos superiores a las fijadas por el mercado, y pagadas en periodos mucho menores de las ofrecidas por el sistema financiero, capta inversiones o ahorros de personas que confían "en dicho negocio milagroso". Para justificar el pago de tales ofertas financieras y por ende darle visos de credibilidad al negocio, el sujeto activo aduce el empleo de los fondos entregados en inversiones rentables que supuestamente le permitirían atender lo ofrecido. Sin embargo tales inversiones no existen, los intereses extraordinarios son pagados con los propios fondos que van aportando los nuevos, y se entiende, cada vez mayores inversores, quienes de esta manera van ampliando la base de la pirámide, y con cuyos fondos se va atendiendo el pago de los niveles superiores, claro está apropiándose de un porcentaje que corresponde a su "ganancia" (burbuja)

En la mayoría de los casos, los sujetos activos actúan bajo la apariencia de empresas, las cuales no tienen autorización para captar fondos del público, y por ende para estar supervisadas por la Superintendencia de banca, Seguros y AFPs. (artículo 246 del Código Penal). En este caso los autores, además de cometer el delito de estafa, pueden ser procesados también por el delito de instituciones financieras ilegales⁶⁶

Estas son algunas de las características que presenta⁶⁷:

1. Se genera una situación de confianza y eficiencia, porque siempre va a ver gente que cobra los intereses prometidos. En tanto exista una pluralidad de inversores, los primeros serán retribuidos con el dinero de los posteriores inversores, que van ampliando la base de la pirámide.

2. Se ofrecen rentabilidades altas: Se atrae al público con altas tasas de intereses pagadas muchas veces en plazos imposibles para el sistema financiero oficial, justificándolas con supuestas inversiones rentables que permitirían pagar intereses por encima de las ofrecidas por el mercado oficial. Inversiones que cuando el esquema de burbuja es descubierto se descubren que son inexistentes, ya que los altos intereses son pagados a los inversionistas o ahorristas iniciales con los fondos que aportan los últimos "clientes".

- El esquema funciona adecuadamente hasta el día en que ya no se puede ampliar la base de la pirámide, es decir ya no se captan fondos, ya sea por decisión de los creadores de la burbuja quienes desaparecen; o porque el Estado, a través de sus instancias reguladoras o del sistema de justicia intervienen, y el sistema deja de funcionar por completo.

⁶⁶ Puede revisarse el artículo de CARO CORIA, Carlos. "¿Víctima de una estafa piramidal?" publicado en la edición del diario El Comercio del día lunes 18 de julio de 2016. P. 35

⁶⁷ Se puede revisar <http://www.invertiren bolsa.info/blog-de-bolsa-e-inversiones.htm>



El artículo 140 del Código Civil establece que uno de los requisitos de validez del acto jurídico es que su fin sea lícito, tal lícitud, implica que exista coincidencia entre el fin particular perseguido por los contratantes y el orden jurídico, de forma tal que ante la ausencia de dicha consonancia normativa, el artículo 219 del acotado Código establece que el acto jurídico será nulo.

En materia civil se suele hablar de causa como la motivación del acto jurídico, existiendo una motivación objetiva, que es la prevista por el propio ordenamiento, así en un contrato de compraventa la causa es comprar (del adquirente) y vender (del transfierente), ahora bien existirá una causa subjetiva que está referida a la motivación personal de cualquiera de las partes, la misma que cobren trascendencia jurídica, en la medida que sea manifiestamente incorporada la contrato.

Ahora bien mas allá de los efectos civiles de un acto jurídico con fines o causa ilícita, es de destacar que en ciertos supuestos la ilicitud del mismo suele determinarse en sede penal, cuando, por ejemplo, se constituye una empresa con la finalidad de engañar a sus clientes a fin de obtener un beneficio patrimonial indebido, como ocurriría con las escrituras de estafa piramidal o en las empresas que celebran contratos con la evidente intención de no cumplirlo, es decir en supuestos en donde medie el fraude y el dolo penal, en estos supuestos estaremos frente a los denominados negocios con causa ilícita, que son aquellos que se organizan y operan, pese a su supuesta formalidad, sin

ninguna finalidad jurídicamente válida, sino que persiguen a través del uso del fraude, dirigirse al mercado y obtener un beneficio patrimonial indebido

En esa línea podemos citar la sentencia en casación dictada por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, recaída en el Expediente CAS. N° 2248-99, de fecha 25 de febrero de 2000, donde señala

"Tercero

*Que desarrollando este concepto, recogido en el artículo doscientos diecinueve inciso cuarto del [Código Civil](#) como causal de nulidad absoluta, hay que convenir que es ilícito todo aquello contrario a las normas legales imperativas (ius cogens) **especialmente aquellas que tipifican un ilícito penal**; y que para determinar si se produce ese fin será necesario examinar la causa del contrato, el motivo común a las partes contratantes, las condiciones que lo delimitan, y su objeto. (el resaltado es nuestro)*

(...)

Quinto

La causa de un acto jurídico es el motivo que mueve o la razón que inclina a hacer alguna cosa; en el Derecho Civil es el fin esencial o más próximo que los contratantes se proponen al contratar; es el motivo o razón del contrato; y también es la contraprestación en los contratos sinalagmáticos; se entiende como tal el motivo jurídico, distinto al motivo personal

(...)

Décimo Primero

La conclusión de éste análisis no puede ser otro que habrá fin ilícito, cuando respetándose aparentemente la forma del acto jurídico, se evidencia la intención de conseguir un efecto prohibido por la ley, lo que en éste caso debe resolverse en el proceso penal instaurado y aún no sentenciado;

Décimo Segundo

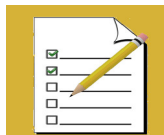
Que, en consecuencia, esta Sala no puede emitir pronunciamiento de fondo, tanto porque hay una situación jurídica que debe definirse previamente, como porque será necesario apreciar el proceso penal concluido, lo que compete a los jueces de mérito (...)"



RESUMEN DE LA UNIDAD V

1. Los elementos típicos de la estafa son el engaño por parte del autor; el error en el que incurre la víctima (o el mantenimiento en el mismo, en cuyo caso éste elemento no ha sido generado por el engaño del autor, quien se aprovecha de aquel y realiza acciones para refrendarlo); la disposición patrimonial que realiza la víctima como efecto del error en el que ha incurrido o por acción del engaño del autor o por mantenimiento del mismo, disposición patrimonial que tiene como destinatario el autor o un tercero; el beneficio patrimonial indebido que obtienen el autor o un tercero.
2. A diferencia del ordenamiento español, nuestra legislación penal no ha incorporado a nivel de tipicidad el elemento *engaño bastante*, posiblemente por una constatación de la diferenciación cultural y educativa que presenta nuestra sociedad.
3. La Ley N° 30076, ha incorporado modalidades agravadas del delito de estafa, que tiene su sustento en las siguientes razones:
 - Características de la víctima que lo hacen más vulnerables al engaño.
 - Mayor dañosidad por la pluralidad de agentes.
 - Mayor lesividad de la conducta al estar dirigida a afectar a una pluralidad indeterminada de víctimas.
 - La vulnerabilidad del sistema de transacciones inmobiliarias y automotrices, y la elevada valorización del daño causado, lo que tiene como correlato al intervención de organizaciones criminales ante los elevados márgenes de ganancias ilícitas.
 - La protección del sistema de intermediación financiera, a través del resguardo al patrimonio bancarizado.
4. En la *estafa contractual*, el engaño se caracteriza por el quebrantamiento de los deberes de declaración e información que les son impuestos a las partes de un negocio jurídico, y que se derivan del principio de la buena fe contractual, consagrado en el artículo 1362° del Código Civil.

5. En la estafa contractual, el sujeto activo no tiene la intención de cumplir con el contrato al que pretende incorporar al agraviado. Ello lo diferencia de un mero incumplimiento contractual, que nace con la voluntad mutua de cumplir con las cláusulas del mismo, lo que no ocurre por alguna causa sobreviniente.
6. Las estafas piramidales son esquemas fraudulentos, donde el sujeto activo con el ofrecimiento del pago de altas tasas de interés, en la mayoría de los casos superiores a las fijadas por el mercado, y pagadas en periodos mucho menores de las ofrecidas por el sistema financiero, captan inversiones o ahorros de personas que confían "en dicho negocio milagroso". Para justificar el pago de tales ofertas financieras y por ende darle visos de credibilidad al negocio, el sujeto activo aduce el empleo de los fondos entregados en inversiones rentables que supuestamente le permitirían atender lo ofrecido. Sin embargo tales inversiones no existen, los intereses extraordinarios son pagados con los propios fondos que van aportando los nuevos, y se entiende, cada vez mayores inversores, quienes de esta manera van ampliando la base de la pirámide, y con cuyos fondos se va atendiendo el pago de los niveles superiores, claro está apropiándose de un porcentaje que corresponde a su "ganancia" (burbuja)



AUTOEVALUACIÓN

1. ¿Cuáles son los elementos comunes en los delitos patrimoniales?

2. ¿Cómo funciona el engaño en las estafas contractuales?

3. ¿Cuáles son las características de las estafas piramidales?



LECTURAS

Lecturas Obligatorias:

REBOLLO VARGAS, Rafael. Propuestas para la controversia en la delimitación típica del delito de estafa: la distinción con el fraude civil y la reinterpretación del engaño. En Dogmática Penal de derecho penal económico y política criminal. Libro Homenaje a Klaus Tiedemann. Volumen I. Universidad San Martín de Porres – Fondo editorial. Lima, 2011. P. 617 – 659.

(Disponible en el anexo de lecturas).



CASOS SUGERIDOS

- “Caso Las Pastillas Adelgazantes” por Nuria Pastor Muñoz, en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, Pablo (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011, P. 307-318
- Caso "General Electric"

(Disponible en el anexo de casos)

UNIDAD VI

EL DELITO DE FRAUDE EN LA ADMINISTRACIÓN DE
PERSONAS JURÍDICAS Y SU DIFERENCIA CON EL
DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA

PRESENTACIÓN

En esta unidad, conforme al material que fue preparado por el Dr. Reaño Peschiera, analizaremos, en un primer momento, la configuración típica del delito de fraude en la administración de personas, así como las características esenciales de las modalidades de fraude societario jurídicas. En un segundo momento desarrollaremos las diferencias esenciales que este tipo de delito tiene con el de apropiación ilícita.



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿El artículo 198 del Código Penal incluye la figura del administrador de facto o de hecho?
2. ¿Qué se entiende por perjuicio patrimonial societario?
3. ¿Cuáles son las modalidades de administración fraudulenta?
4. ¿Cuáles son las características típicas esenciales del tipo base de apropiación ilícita?
5. ¿En el contexto del artículo 190 del Código penal, el propietario del bien puede ser considerado sujeto activo?
6. ¿Cuál es la diferencia entre apropiación y apoderamiento?
7. ¿En qué consiste el delito de administración desleal del patrimonio fideicometido?

TEMA 1: EL DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA.

El delito de apropiación ilícita previsto en el artículo 190 del Código Penal, consiste en que el sujeto pasivo, que es el propietario del bien, lo entrega al sujeto activo en virtud de un acto jurídico válido, acto jurídico que genera en el receptor del bien, la obligación de devolverlo, hacer un uso determinado de él, o entregarlo a tercero, es por ello que en ese momento el sujeto activo es un poseedor legítimo del bien. Sin embargo, este sujeto lejos de cumplir con las prestaciones a las que se obligó, o incorpora a su patrimonio convirtiéndose en un propietario ilegítimo del bien recibido. Es por ello que en este tipo penal, el propietario legítimo de bien jamás puede ser considerado como sujeto activo del delito.

Cabe anotar que el delito de apropiación ilícita se asemeja al de estafa porque en ambos la entrega del bien la realiza el propio sujeto pasivo; por ende no existe sustracción del bien. Pero se diferencian porque la apropiación ilícita nace de un acto jurídico válido, a diferencia de la estafa que el acto está viciado por el engaño.

En esa línea de ideas cabe señalar que en el delito de apropiación ilícita el comportamiento típico es la apropiación, porque el sujeto activo vulnera la relación de propiedad que el sujeto pasivo tenía respecto al bien; a diferencia del hurto o robo donde lo que existe es la ruptura del vínculo de posesión, por ello aquí se habla de apoderamiento y no de apropiación.

Reaño Peschiera sostiene que de acuerdo a la estructura típica del delito bajo prognosis, este se configura cuando un agente que ostenta una posición de poder [depositario, comisionista, administrador, etc.] sobre los bienes de propiedad del agraviado incumple lo acordado y se apropia indebidamente de los mismos abusando de la confianza que le ha conferido el título lícito que en un primer momento lo amparaba.

Un título lícito por el cual una persona puede recibir un bien mueble y después apropiarlo lo constituye la administración, situación jurídica que se configura cuando una persona recibe bienes muebles para administrarlo en favor de su propietario o de un tercero⁶⁸.

En el delito de apropiación ilícita el concepto de «administración» debe ser entendido de manera estricta como la obligación que recae sobre uno o varios bienes muebles, no siendo subsumible en aquel verbo rector los actos que supongan el ejercicio de un mandato o gestión de negocios.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la sentencia en casación recaída en el expediente N° 301-2011 - Lambayeque, de fecha 4 de octubre de

⁶⁸ SALINAS, Ramiro. «Derecho Penal: Parte Especial Vol II.», Grijley, Lima, 2010. Pág. 1020

2012, establecimiento los lineamientos típicos del delito de apropiación ilícita, bajo las siguientes características

"(...)

Octavo: ADOPCIÓN DE POSTURA JURISPRUDENCIAL.- 8.1 Es claro que cuando una persona entrega a otra un bien mueble con un encargo específico, y éste último queda en calidad de depositario, (en custodia legítima del bien), lo expolia y lo agrega a su dominio patrimonial, la víctima o sujeto pasivo resulta siendo quien entregó la cosa. 8.2 Cuando la cosa mueble se entrega en pago al autorizado de facto o formalmente (con conocimiento del acreedor conforme a las reglas del Código Civil), el que paga se desliga del bien entregado y éste se incorpora a la esfera del patrimonio (en propiedad) del antes acreedor, en cuyo nombre el agente cobrador o recaudador lo recibió. 8.3 Es preciso distinguir entre el cajero que opera en la sede o domicilio del acreedor, del recaudador que cobra en el domicilio del deudor o recibe en su propio y particular domicilio el bien en pago total o parcial del crédito. 8.4 En los dos últimos casos, no es factible asumir que el recaudador sustrae los bienes recibidos para apropiárselos —lo que es característico del hurto-, sino que, simplemente decide quedárselos para sí, incumpliendo el deber de entrega al propietario, cuya confianza defrauda. 8.5 A mayor abundamiento, el legislador nacional ha previsto el delito de apropiación ilícita irregular en el artículo ciento noventa y dos del Código Penal, que sanciona a quien se apropia de un bien perdido, de un tesoro, o de un bien ajeno en cuya tenencia entró el agente por error, caso fortuito u otra causa independiente de su voluntad. Siguiendo la línea de la regla jurídica interpretativa "ad maioris ad minus", si quien se apropia de un bien que carece de dueño, merece sanción penal por delito de apropiación indebida irregular, con mayor motivo, tiene que serlo quien se apropia de bienes ajenos que pertenecen a dueño cierto. 8.6 No hay por tanto en el asunto sub judice, ni vacío legal ni posibilidad de aplicación del tipo de hurto, en cuyo caso extraordinario, tampoco cabría -como lo señala el Ministerio Público en el presente proceso penal- una absolucón; ocurre que el tipo de apropiación indebida o ilícita, comprende como agraviado, en principio, al dueño de la cosa apropiada, cuando éste fuera quien entrega, al acreedor insatisfecho, en cuyo nombre el sujeto activo no recibe el bien, en los casos de recibo de pago total o parcial, situación que la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia del Perú ha adoptado. 8.7 Es probable que en determinados casos concorra alguna falsedad o falsificación con la conducta apropiatoria, hecho que se debe evaluar como corresponde. 8.8 No es posible para este Colegiado Supremo definir el fondo de la materia, dado que no se cuenta con los actuados del proceso, de modo que corresponde reenviar al órgano Jurisdiccional llamado por ley, para que efectúe el juicio de apelación, definiendo si se produjo o no una apropiación ilícita considerando sus particularidades y efectos (...)"

TEMA 2: EL DELITO DE FRAUDE EN LA ADMINISTRACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS.

Se trata de un delito especial propio, por cuanto únicamente pueden considerarse autores del delito quienes ejerzan funciones de administración o representación de una persona jurídica, a partir de la modificación legislativa

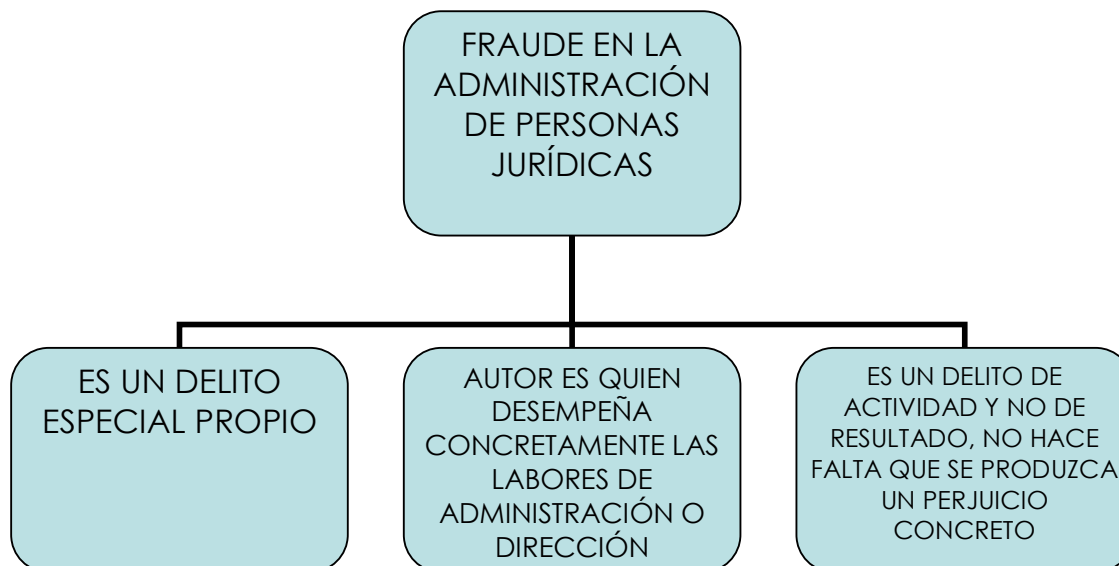
operada por la Ley N° 29307. Aquellos sujetos que, sin ocupar tales cargos, cooperan dolosamente en la comisión de un fraude societario responden como cómplices o instigadores, vía aplicación de los artículos 24° y 25° del Código Penal, pero siempre y cuando actúen conjuntamente con alguno de los sujetos calificados.

Es de precisar que uno de los temas que generaba discusión respecto a este ilícito, es si podía tener la condición de sujeto activo el denominado administrador de facto o de hecho, es decir aquella persona que formalmente no detentaba cargo alguno en la administración o dirección del ente colectivo, pero que en la vía de los hechos era quien ejercía tales funciones. Esta discusión surgía debido a la redacción inicial del artículo 198 del Código penal que señalaba lo siguiente:

Artículo 198.- *Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años el que, en su condición de fundador, miembro del directorio o del consejo de administración o del consejo de vigilancia, gerente, administrador o liquidador de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes (...):*

Como se puede apreciar la redacción taxativa del Código exigía que el sujeto activo ejerciera formalmente cualquiera de los cargos señalados en el tipo penal, lo que podía generar que la persona que efectivamente ejerciera tales funciones no pudiera ser considerado como autor. Sin embargo esta discusión se ve superada con la modificación introducida por la citada Ley N° 29307, que traslada el centro de gravedad típica del autor al del cargo formal a la función efectivamente desempeñada. En ese contexto lo que importa, para determinar al autor del delito, no es el cargo formal sino quien desempeña efectivamente las labores de administración o dirección del ente colectivo

Otro tema importante a destacar es el momento de consumación del ilícito bajo análisis, al respecto es de precisar que el artículo 198° del Código Penal no exige la producción de un perjuicio patrimonial efectivo para la persona jurídica o para los terceros interesados, sino que únicamente se conforma con la realización de un comportamiento orientado a producir tal afectación patrimonial, independientemente de que ella acaezca en los hechos. En este sentido, la expresión contenida en el precepto normativo comentado: « [...] realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes: [...]» refiere a un elemento subjetivo del injusto adicional al dolo. Se trata de un elemento de tendencia interna trascendente, es decir, del móvil con el que debe actuar el sujeto. El autor debe realizar su comportamiento con la finalidad de causar un perjuicio patrimonial a la persona jurídica que representa o a terceros interesados.



TEMA 3: LAS MODALIDADES DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENDA

3.1. Primera modalidad

Cuando el sujeto activo oculta a los accionistas, socios, asociados, auditor interno o externo, o terceros interesados, falseando los balances o usando cualquier artificio que suponga un aumento o disminución de las partidas contables. Es de destacar que la simulación del verdadero estado de la empresa se hace exclusivamente a través de los estados financieros del ente colectivo.

3.2. Segunda modalidad

Contemplada en el 198.2° del Código Penal, se configura cuando el agente por medio de informes periódicos o eventuales da, proporciona, entrega o consigna datos falsos referentes a la situación económica. Como señala SALINAS SICCHIA, el objeto material por el cual se comete el delito puede ser un inventario, un informe, una memoria, o incluso una comunicación oral.⁶⁹

3.3. Tercera modalidad

Este supuesto se configura cuando el agente, por medio de cualquier acto fraudulento, promueve, impulsa o fomenta falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones de la persona jurídica que representa o administra.

3.4. Cuarta modalidad

Se configura cuando el autor acepta como garantía de crédito acciones o títulos de la persona jurídica que representa, pese a saber que esta conducta se

⁶⁹ SALINAS, Ramiro. «Derecho Penal: Parte Especial» Vol II, Grijley, Lima, 2010, pág. 1117

encuentra prohibida por el artículo 106° de la Ley General de Sociedades⁷⁰. No obstante ello, debemos destacar que esta es una prohibición relativa, la cual solo tiene sentido cuando el crédito es mayor al valor real del título participativo. Por ende, cuando el crédito sea igual o menor al valor real de las acciones no se configurará el delito.

3.5. Quinta modalidad

Este supuesto típico se configura cuando el sujeto activo realiza determinados actos fraudulentos para alterar el balance, con la finalidad de distribuir utilidades reflejadas en los balances adulterados⁷¹. Este delito pretende impedir el reparto indebido de utilidades inexistentes, pues ello perjudica a la persona jurídica al ver reducido ilegalmente su patrimonio.

3.6. Sexta modalidad

Se consuma cuando el sujeto activo omite comunicar al directorio u órgano similar acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica. El interés incompatible puede presentarse de modo inmediato o mediato, el primer caso se presenta cuando el propio agente o algún familiar cercano son los interesados en realizar algún negocio jurídico con la empresa que representa, mientras que el segundo caso se configurará cuando el agente o su familiar cercano es socio o asociado de una persona jurídica que realiza negocios con su representada⁷².

3.7. Séptima modalidad

Este comportamiento delictivo se configura cuando el agente, por sí solo, sin contar con la aprobación de los demás representantes, asume u obtiene un préstamo para la persona jurídica. Hemos de resaltar que la obtención de créditos no está prohibida, más lo que se busca proteger es que quienes ejercen las funciones de administración o dirección del ente colectivo sigan el trámite interno establecido para endeudarlo, no generándole deudas innecesarias, y comprometiendo su patrimonio de manera indebida.

3.8. Octava modalidad

La conducta punible se verifica cuando el agente, aprovechando las funciones de administración o dirección que ejerce en la persona jurídica, usa o utiliza los bienes de ella en provecho propio o de un tercero, causando de esta manera un perjuicio patrimonial para la empresa.

TEMA 4: EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL DE PATRIMONIO FIDEICOMETIDO, AUTÓNOMO O DE PROPÓSITO ESPECIAL⁷³

⁷⁰ Art. 106° LGS: «En ningún caso la sociedad puede otorgar préstamos o prestar garantías, con la garantía de sus propias acciones ni para la adquisición de éstas bajo responsabilidad del directorio.»

⁷¹ BRAMONT-ARIAS, Luis y GARCIA CANTIZANO, María. «Manual de Derecho Penal: Parte Especial», Editorial San Marcos, Lima, 1997, pág. 363

⁷² SALINAS, Ramiro. «Derecho Penal: Parte Especial» Vol II, Grijley, Lima, 2010, pág. 1122.

⁷³ Tema desarrollado por el Dr. Reaño Peschiera.

A fin de comprender el ámbito de aplicación del delito estudiado, es importante tener clara la definición de los siguientes conceptos extrapenales:

Fideicomiso.- El fideicomiso es, según la Ley N° 26702 (Ley General del Sistema Financiero y de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros), un contrato mediante el cual una persona llamada fideicomitente, transfiere uno o más bienes a otra persona llamada fiduciario, quien se obliga a usarlos y administrarlos en favor del fideicomitente o de un tercero llamado fideicomisario. Así pues, en este contrato tenemos 3 partes claramente identificadas:

Fideicomitente.- Es la persona que transfiere los bienes. Cabe señalar que los bienes transferidos no pasan a ser parte del patrimonio del fiduciario (de ahí que sean considerados como un patrimonio autónomo distinto al de las partes involucradas en el contrato). Por tanto, el fiduciario tiene el dominio fiduciario, más no la propiedad de los bienes y derechos que constituyen el patrimonio otorgado en fideicomiso (patrimonio fideicometido).

Fiduciario.- Es quien recibe los bienes fideicometidos para administrarlos de acuerdo al fin para el cual ha sido constituido el patrimonio autónomo, y conforme al estándar del comerciante ordenado, diligente y leal. De acuerdo a lo estipulado en el artículo 271° de la Ley N° 26702, para cada fideicomiso la empresa fiduciaria designa a un factor fiduciario, quien asume personalmente la conducción del fideicomiso. La empresa fiduciaria es solidariamente responsable de los actos que, respecto del fideicomiso, practiquen el factor y los trabajadores del fiduciario.

Fideicomisario.- Es el beneficiario del fideicomiso.

Patrimonio fideicometido.- Es un patrimonio autónomo, distinto del patrimonio propio de la sociedad fiduciaria, del fideicomitente, del fideicomisario, y de la persona designada como destinataria de los activos remanentes del fideicomiso.

A través de la tipificación del delito de administración fraudulenta de patrimonio fideicometido, descrito en el artículo 213°A del Código Penal, se pretende sancionar penalmente a las personas que ejerzan indebidamente las facultades de administración de un patrimonio fideicometido. Con su inclusión en el ordenamiento jurídico, el legislador ha optado decididamente por la criminalización del comportamiento de administrador que lesiona la confianza especial depositada en él para llevar a cabo el fin para el cual se constituye el patrimonio fideicometido. Se trata pues de un delito de infracción de deber, cuyo fundamento de punición reside en el quebrantamiento de los deberes de fidelidad en la gestión de un patrimonio autónomo, los cuales dimanarían de la institución positiva conocida como confianza especial, y que vincula a quienes ejercen función fiduciaria respecto a quienes le encomiendan tal función y a quienes en su beneficio se realiza.

En el ámbito de la autoría, el delito de administración fraudulenta de patrimonio fideicometido ha sido perfeccionado como un delito especial, pues autor del mismo sólo podrá ser aquella persona que ostente la condición de factor fiduciario o que ejerza el dominio sobre un patrimonio fideicometido. Sin

embargo la punición no se restringe a tales sujetos, puesto que personas distintas al factor fiduciario pueden ser penalmente responsabilizadas como cómplices o instigadores del delito, de acuerdo a la aplicación de las reglas generales de la participación delictiva (artículos 24° y 25° del Código Penal).

El protagonismo del factor fiduciario en la comisión del ilícito penal denunciado, radica en que quien ejerce el dominio fiduciario tiene plenas potestades para la administración, uso, disposición y reivindicación sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, las mismas que deben ser ejercidas con la debida adecuación a la finalidad para la cual se constituyó el fideicomiso y con observancia de las limitaciones que se hubieren establecido en el acto constitutivo.

En el ordenamiento jurídico peruano el cargo de fiduciario sólo es atribuible a determinadas personas jurídicas (empresas financieras en especial), todo lo cual llevaría a la imposibilidad de hacerlas penalmente responsables por el principio del *societas delinquere non potest*. Esta situación explica por qué el tipo penal descrito en el artículo 213°A del Código Penal se refiere al factor fiduciario, que es la persona natural designada por el fiduciario para las actividades referidas a la administración y dirección del patrimonio fideicometido⁷⁴.

Respecto a la conducta típica, y de acuerdo a su dinámica comisiva, la configuración del delito de administración desleal de patrimonio fideicometido exige la presencia de los siguientes elementos:

- La existencia de un patrimonio fideicometido respecto del cual
- El factor fiduciario o quien ejerza el dominio fiduciario
- Realice en beneficio propio o de un tercero actos de disposición (enajenación, gravamen, adquisición u otros),
- En contravención del fin para el que fue constituido el patrimonio fideicometido.

De este modo, la conducta típica se configura cuando el sujeto activo cualificado (factor fiduciario) efectúa actos de enajenación, gravamen, adquisición u otros en contravención del fin para el que fue constituido el patrimonio fideicometido. El tipo penal hace una mención taxativa de diversos actos de disposición sobre el patrimonio autónomo administrado que contravienen la finalidad especial para la que se constituyó. En ese sentido, se debe precisar que el tipo penal no criminaliza cualquier acto de contravención del fin especial, sino solo aquellos que impliquen una disposición sobre el patrimonio. Por disposición debe entenderse la acción de transferir, gravar o modificar derechos patrimoniales de otro.

Cabe destacar que la consumación del delito no requiere la existencia de un daño patrimonial efectivo contra los beneficiarios de la administración del patrimonio. De ese modo, no nos encontramos ante un delito de resultado, sino

⁷⁴ Artículo 271° Ley N° 26702.- «Para cada fideicomiso que reciba, la empresa designa un factor fiduciario, quien asume personalmente su conducción, así como la responsabilidad por los actos, contratos y operaciones que se relaciones con dicho fideicomiso».

frente a uno de mera actividad. Si el acto de disposición trae consigo un perjuicio efectivo a los beneficiarios del patrimonio fideicometido, tal como ha ocurrido en el caso materia de la presente denuncia penal, resulta relevante a efectos indemnizatorios.

En el ámbito subjetivo o lado interno del hecho, nos encontramos ante un delito eminentemente doloso, que adicionalmente requiere de un elemento subjetivo, consistente en el propósito de obtención de un beneficio en provecho del propio autor o de un tercero. El beneficio debe entenderse en sentido patrimonial, como la obtención de un incremento o mejora patrimonial, que como hemos señalado no requiere de verificación objetiva a efectos de considerar consumado el delito, sino que únicamente se exige que la búsqueda de tal beneficio patrimonial fue la que impulsó el comportamiento del autor (móvil de lucro).

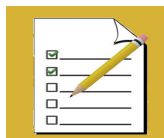
Como se ve, se trata de un delito especial propio, en el que los sujetos que no ostentan la condición de factor fiduciario, director, gerente o administrador de una sociedad de propósito exclusivo, únicamente pueden ser responsabilizados a título de partícipes (cómplices e instigadores), mas no como autores. Se trata de un delito de infracción de deber, en el que se reprime el quebrantamiento de los deberes de lealtad y fidelidad que ostenta el administrador del patrimonio de propósito exclusivo.



RESUMEN DE LA UNIDAD VI

1. El delito de apropiación ilícita previsto en el artículo 190 del Código Penal, consiste en que el sujeto pasivo, que es el propietario del bien, lo entrega al sujeto activo en virtud de un acto jurídico válido, acto jurídico que genera en el receptor del bien, la obligación de devolverlo, hacer un uso determinado de él, o entregarlo a tercero, es por ello que en ese momento el sujeto activo es un poseedor legítimo del bien. Sin embargo, este sujeto lejos de cumplir con las prestaciones a las que se obligó, lo incorpora a su patrimonio convirtiéndose en un propietario ilegítimo del bien recibido.
2. El propietario legítimo de bien jamás puede ser considerado como sujeto activo del delito de apropiación ilícita previsto en el artículo 190 del Código penal..
3. El delito de apropiación ilícita se diferencia de la estafa porque aquel nace de un acto jurídico válido, a diferencia de la estafa que tiene su origen en un acto viciado por el error de la víctima causado por el engaño del autor.
4. Con la modificación introducida por la Ley N° 29307, el sujeto activo del delito de fraude en la administración de personas jurídicas, no es aquel que detenta un cargo formal de administrador o director de la persona jurídica, sino aquel que ejerce tales funciones , es por ello que se dice que se trata de un delito especial propio, por cuanto, como se ha indicado, únicamente pueden considerarse autores del delito quienes ejerzan funciones de administración, dirección o representación de un ente colectivo.
5. El delito de fraude en la administración de personas jurídicas, para su consumación, no exige la producción de un perjuicio patrimonial efectivo para la persona jurídica o para los terceros interesados, sino que únicamente se conforma con la realización de un comportamiento orientado a producir tal afectación patrimonial, independientemente de que ella acaezca en los hechos.

6. A nivel subjetivo, el delito de fraude societario, requiere además del dolo, la presencia de un elemento subjetivo de tendencia interna trascendente, constituido por el móvil del sujeto activo que persigue con su actuar causar un perjuicio patrimonial a la persona jurídica que administra, dirige o representa, o a terceros con intereses en ella (por ejemplo los acreedores o los trabajadores)
7. En el delito de administración desleal de patrimonio fideicometido, o autónomo o de finalidad específica, al conducta típica se configura cuando el factor fiduciario efectúa actos que impliquen una disposición del patrimonio fideicometido



AUTOEVALUACIÓN

1. ¿En que se diferencia la estafa de la apropiación ilícita?

2. ¿Qué rol típico juega el perjuicio patrimonial, en los delitos de fraude societario?

3. ¿En el delito de administración desleal de patrimonio fideicometido cuál es la conducta prohibida?



LECTURAS

Lecturas Obligatorias:

1. GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte especial. Volumen I. Instituto Pacífico. Lima, 2015. P. 393-413.
2. Casación 301-2011-Lambayeque del 4 de octubre de 2012
3. R.N. N° 3649-2008 - Lambayeque del 14 de mayo de 2010

(Disponible en el anexo de lecturas).



CASOS SUGERIDOS

"Caso Argentia Trust", por Carlos Gómez-Jara Díez. En: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, Pablo (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 633-646

(Disponible en el anexo de casos)