

# EL DERECHO PENAL EN UNA ECONOMÍA DE MERCADO, INFLUENCIA DE LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA Y LA GLOBALIZACIÓN\*

Dr. Manuel A. Abanto Vásquez  
Profesor de Derecho penal de la Universidad  
Nacional Mayor de San Marcos (Lima – Perú)

## 1.- Surgimiento del Derecho penal económico desde una perspectiva extrapenal

Todo tipo de economía se construye sobre la base de una determinada sociedad. Y ésta se organiza sobre la base de una Constitución que contiene los principios inspiradores del ordenamiento jurídico que va a regular los distintos campos en los que entran en interacción los miembros de la sociedad, sea como individuos, sea como colectivos, sea entre ellos mismos, o entre ellos y el Estado. Luego, el ordenamiento legislativo de cada país, incluyendo al Derecho penal, será reflejo de tal base política y económica decidida de antemano en la Constitución. Si esta Constitución estableciera una economía planificada, es evidente que las normas legales jerárquicamente inferiores deberían tender a garantizar la vigencia de tal tipo de economía y hacer posible su funcionamiento, p. ej. protegiendo un sistema de fijación de precios, un sistema de distribución de bienes organizada, etc. Y tal protección también podría incluir el “refuerzo penal”, según la política que aplique el legislador: mientras más importante le parezca el interés tutelable, mayor será la protección que querrá otorgarle hasta llegar a la protección penal. Lo mismo ocurrirá cuando la Constitución decide proteger una economía de mercado.

---

\* Artículo basado en la conferencia dictada en Facultad de Derecho la Universidad Andrés Bello de Viña del Mar (Chile), en el marco del Seminario “La persecución de ciertos delitos a la luz de la nueva justicia procesal penal”, llevada a cabo del 16 al 27 de agosto de 2005.

Cierto es que, independientemente del tipo de organización económica adoptada, siempre habrá coincidencias en la protección reforzada de algunos intereses básicos, sin los cuales ninguna sociedad organizada podría subsistir, tales como la vida, la integridad corporal, un mínimo de propiedad privada y formas de organización básicas (la administración de justicia, la administración pública, la fe pública, etc.). Esta protección penal básica coincide con lo que se conoce tradicionalmente como "Derecho penal nuclear". Pero, más allá de esto, las diferencias serán notorias cuando se trate de intereses que atañen directamente a los mecanismos que permiten el funcionamiento del propio sistema económico. En una economía planificada se protegerá la "planificación", el "abastecimiento", los "precios regulados", etc.; en una economía de mercado, se protegerán más bien los mecanismos de funcionamiento de la libre competencia que, según la teoría económica, indirectamente apuntan a incrementar el bienestar general: la libertad de competencia, la lealtad de competencia, el sistema crediticio, el sistema de subvenciones, el funcionamiento de la bolsa, etc. Junto a estos mecanismos también se protegerán las pocas pero necesarias áreas de intervención estatal, tales como el sistema tributario, el sistema de subvenciones y otras formas de regulación excepcional de la economía.

Por cierto que también existen diferencias dentro de un mismo sistema económico que llevan a una mayor o menor acentuación de la protección legal y penal de los intereses. Por ejemplo, en el caso de la economía de mercado, mientras en los Estados Unidos, bajo una tendencia muy liberal, desde finales del siglo XIX existe una amplia protección legislativa, incluyendo la penal, de la libre competencia; en Europa, de tendencia más proteccionista, tal protección es relativamente reciente, pues recién surgió a nivel comunitario en los años 50, y a nivel nacional, hasta ahora es básicamente administrativa en todos los Estados miembros.

Entonces, ya aquí se observa que, desde esta perspectiva extrapenal, la *protección primaria* de los mecanismos de funcionamiento del sistema económico no viene dada por el Derecho penal, además de que la protección penal, al igual que la protección extrapenal (todas las demás

áreas jurídicas), depende del sistema económico en el cual se subordina<sup>1</sup>. Luego, en el Derecho penal económico resulta indispensable coordinar el análisis penal con el Derecho extrapenal.

El área jurídica extrapenal ha sido muy dinámica y ha tenido un gran desarrollo en las últimas décadas; a medida que se ha ido reconociendo la necesidad de proteger los mecanismos básicos de funcionamiento del sistema, se han ido dando leyes especiales encargadas de regular la actuación de los participantes del mercado en distintos sectores<sup>2</sup>. Así han surgido también sendas áreas jurídicas altamente especializadas y autónomas (que antes eran comprendidas bajo un "Derecho económico) tales como: el Derecho de la libre competencia (o Derecho Antitrust), el Derecho de la leal competencia y de la publicidad, Derecho de la propiedad industrial, Derecho bancario, etc. En estas áreas jurídicas también se suele prever un capítulo destinado a las infracciones y sanciones contra ilícitos que atenten contra el bien jurídico protegido. Desde esta perspectiva, en la actualidad la doctrina administrativa y penal entienden que esta parte del Derecho extrapenal (llamado también de manera global "Derecho administrativo sancionador") formaría parte de un *Derecho penal en sentido amplio*. Las consecuencias de esto son muy importantes: si el Derecho administrativo sancionador también es, de alguna manera, un Derecho penal, debería respetar una serie de princi-

---

<sup>1</sup> Por eso se dice que la protección del Derecho penal (en sentido estricto) es mayoritariamente "accesoria" y casi siempre "inmanente al sistema"; ver TIEDEMANN, "Wirtschaftsstrafrecht...", p. 1, n. marg. 2, p. 3, n. marg. 6; ACHENBACH, p. 561 y s., 565.; similar, HERNÁNDEZ BASUALTO, p. 132 y ss. Los casos excepcionales de tipos "autónomos" (no accesorios al Derecho extrapenal) se referirían al "lavado de dinero" y algunos tipos tradicionales (estafa, coacciones, cohecho) cuando resulten aplicables en el ámbito empresarial; ver el mismo autor, ibídem, p. 2, n. marg. 4. Y los casos de delitos "neutrales" (no dependientes del sistema económico) serían los "delitos informáticos", "contra los derechos de autor" y de "abuso de tarjetas de crédito y otros medios de pago sin efectivo", TIEDEMANN, ibídem, p. 3 y s., n. marg. 6. Esta "relativización" de la "accesoriedad" y de la "inmanencia al sistema" de los delitos económicos es discutible, pues depende del concepto material del "delito económico".

<sup>2</sup> Se suele mencionar como "fuente" del Derecho penal económico al "intervencionismo estatal en materia económica" que surgió después de las dos grandes guerras mundiales; al respecto ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 24 y ss.; HERNÁNDEZ BASUALTO, p. 102.

pios básicos provenientes de este último<sup>3</sup>: el principio de culpabilidad para la aplicación de sanciones, o sea la exclusión de la responsabilidad objetiva, y el respeto del principio “non bis in idem” cuando, además de una sanción administrativa existiera o fuera a aplicarse una sanción penal<sup>4</sup>.

Pero cuando, además de esta protección extrapenal previa (con una parte sancionadora), se previera un refuerzo adicional con tipos penales auténticos, previstos en el Código penal o en las mismas leyes especiales, se habla de un *Derecho penal en sentido estricto*.

## 2.- La discusión dogmático-penal actual: la “sociedad de riesgos”

Tras lo dicho anteriormente, no debería sorprender que se produjera una “invasión” del Derecho penal con nuevos tipos penales; solamente se trata de la decisión legislativa de querer reforzar las áreas extrapenales relacionadas con el funcionamiento del sistema económico. Esto no es, por lo demás, algo nuevo, tal como lo demuestra la existencia antigua y

---

<sup>3</sup> Ver al respecto, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, p. 194 y s.; ídem “Derecho penal económico. Parte especial”, p. 489 y ss.; igualmente en “Diez años...”, p. 36; URQUIZO OLAECHEA, p. 134 y ss.; últimamente ZUGALDÍA ESPINAR, “¿Qué queda en pie...”, c. más ref., p. 114 y s. En contra de esta mera diferencia “cuantitativa” recientemente LASCURAÍN, p. 610 y ss., 624 y s.

<sup>4</sup> P. ej., en el Perú rige ya la “Ley del procedimiento administrativo general” (ley 27444), en la cual se introducen notables avances en relación con la concepción de la administración pública en un Estado de Derecho. Entre otras cosas, en esta ley se tiene todo un capítulo referido al Derecho administrativo sancionador (capítulo II), el cual contiene una serie de “principios de la potestad sancionadora”. Entre estos se han reconocido la legalidad, tipicidad, irretroactividad, etc. No se ha reconocido de manera expresa el “principio de culpabilidad”, sino un “principio de causalidad” que parece aludir más bien a la “responsabilidad objetiva” (art. 230, numeral 8). En cambio sí se ha reconocido expresamente la vigencia del principio de “ne bis in idem” entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, pero no se ha reglamentado el cumplimiento efectivo de este principio en la práctica. En efecto, no solamente se trata de reconocer este principio, sino también expresar cuál debe ser el procedimiento a seguir según el momento en que se constate la existencia de la posibilidad de una persecución en la otra vía. P. ej., si la infracción ya sancionada resulta tener un contenido de injusto penal grave, el juez penal debería poder imponer una sanción penal, descontando de ella lo ya sancionado administrativamente. Si se interpretara el principio de “ne bis in idem” a rajatabla, podría abrirse una puerta de escape a la impunidad penal de hechos graves gracias a la sanción administrativa previa “oportuna” de la conducta.

extendida en prácticamente todas las legislaciones penales, de un Derecho penal tributario y otras medidas de control estatal similares a las que se incluyen actualmente en el Derecho penal económico<sup>5</sup>. Y también muchas legislaciones penales, en contra del sistema de libre mercado que reconoce su respectiva Constitución, tienen aún tipos penales destinados a proteger una “economía planificada” que surgieron en momentos de crisis: los tipos de “especulación”, “acaparamiento” y “falseamiento de productos”. Por cierto que, tal como ocurre en el Perú, pese a la existencia legal de estos tipos penales (arts. 233 y ss. C. P.), éstos no tienen aplicación práctica; ello solamente podría ocurrir cuando, ante situaciones excepcionales (p. ej. catástrofes), exista en el país o en una parte de él, un control estricto de precios, del abastecimiento o de la calidad de los productos<sup>6</sup>.

El refuerzo penal de mecanismos económicos muestra una tendencia creciente, pero en los últimos años esto ha coincidido con otro fenómeno. Más allá de lo meramente económico, las interrelaciones humanas se han vuelto cada vez más complejas. Así, en una sociedad de producción masificada, es posible que determinadas decisiones empresariales puedan tener graves consecuencias para la salud individual (responsabilidad por el producto). Y, debido a los recientes y crecientes avances tecnológicos, se puede ir más lejos en el uso de la libertad individual y causar más daños de los que se podía causar antes (p. ej. delitos ecológicos), o cometer actos imposibles de practicar antiguamente pero desvalorados socialmente (manipulación genética). Todos estos desarrollos han sido acogidos con desconfianza por un sector del Derecho penal tradicional, el

---

<sup>5</sup> Se pueden ubicar este tipo de medidas incluso en el Derecho romano; ver refs. en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, p. 25. Pero, una verdadera conciencia sobre la existencia del fenómeno “delincuencia económica” y el desarrollo moderno de un Derecho penal económico recién puede constatarse a partir de los estudios criminológicos del norteamericano Donald Sutherland en los años 50 del siglo XX; ver refs. en ABANTO, *ibídem*, p. 25 y s.; HERNÁNDEZ BASUALTO, p. 102. Y la base positiva del Derecho penal económico comienza a surgir de manera sistemática en Europa continental recién a partir de finales de los 60. Sobre esto último, ACHENBACH, con referencia al Derecho alemán, p. 562 y ss.

<sup>6</sup> Ver al respecto ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Parte especial”, p. 202 y ss.; “Derecho penal económico. Consideraciones...”, p. 119. Sobre la legislación alemana alemana al respecto que introdujo similares tipos penales después de la 2da. Guerra Mundial y los derogó en 1954, TIEDEMANN, “Poder económico y delito”, p. 22.

cual los ha englobado dentro del equívoco concepto *Derecho penal del riesgo*<sup>7</sup>. Otro sector simplemente intenta aplicar (en algunos casos: flexibilizar) el instrumental penal tradicional para dar una explicación a estos fenómenos, separando la subespecialidad “Derecho penal económico” de otros fenómenos modernos.

Para encontrar una solución a esta situación actual, es preciso definir la “tarea del Derecho penal”. Tradicionalmente, el análisis penal ha recurrido a un instrumento básico, vinculado con principios constitucionales, a partir del cual se señala aquello que el Derecho penal, de lege ferenda, debería proteger o se interpreta, de lege lata, lo que quiere proteger con las leyes vigentes y cómo lo debe hacer: el *principio de protección de bienes jurídicos*. Esta teoría ha sufrido, sin embargo, muchas críticas en tiempos recientes en el sentido de que ella sería insuficiente para tomar en cuenta los fenómenos descritos al principio de esta exposición: el avance del “refuerzo penal” de intereses protegidos extra-penalmente y la aparición de nuevas formas de ataque a antiguos y nuevos intereses individuales y sociales. Pero, aunque desde la perspectiva estrictamente penal estos “fenómenos” puedan parecer nuevos, en realidad no lo son en su gran mayoría si se dirige la atención a su desarrollo en un contexto más amplio que el penal. Particularmente la formación de lo que hoy se conoce como Derecho penal económico ha significado un “reto” (o, si se quiere, un “cuestionamiento”) de las categorías penales que, tradicionalmente, habían sido creadas sobre la base de los delitos violentos y pensando más bien en bienes jurídicos “individuales”. Pero, esto no tiene que llevar a soluciones radicales; no tiene por qué renunciarse al principio de protección de bienes jurídicos ni a los principios tradicionales<sup>8</sup> para poder afrontar con efectividad la

---

<sup>7</sup> KUHLEN critica el empleo confuso de este concepto que va desde el entendimiento de un intento de contrarrestar “grandes riesgos” surgidos en los últimos años y un legítimo Derecho penal minimizador de riesgos a los bienes jurídicos, hasta identificarlo con un mero Derecho penal simbólico o un Derecho penal de un control amplio de conductas (tipos de peligro abstracto y protección de bienes jurídicos universales); ver p. 357 y ss.

<sup>8</sup> Ver ROXIN, c. más refs., “Strafrecht A. T.”, p. 19 y ss., n. marg. 25 y ss.; bajo una propia concepción de los bienes jurídicos colectivos (sistematización y lesividad propias) recomendando una reducción de los tipos “puros” de peligro abstracto a casos verdaderos de peligro de “lesividad” en bienes jurídicos “individuales” (aunque bajo la idea de la “acumulación” de lesiones individuales), HEFENDEHL, “Kollektive Rechtsgüter...”, p. 164 y ss.; KUHLEN, p. 361 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, “¿Qué queda en pie...”, p.112 y ss. Igualmente, aunque desde una perspectiva limitadora de la

problemática de la llamada “sociedad de riesgos”<sup>9</sup>. Así, en lo que se refiere a la creación de nuevos tipos penales (sobre todo de peligro abstracto) para proteger nuevos bienes jurídicos relacionados con el “funcionamiento” de instituciones económicas, se ha discutido desde hace mucho si ello sería legítimo para un Derecho penal de Estado de Derecho o si implicaría una ruptura con el principio de subsidiaridad y de mínima intervención. El sector dominante de la doctrina penal busca explicar esto a través del replanteamiento de la teoría de bienes jurídicos (existencia de bienes jurídicos colectivos, supraindividuales) y de la lesividad (empleo de técnicas de tipos de peligro abstracto-concreto, de aptitud)<sup>10</sup>.

### 2.1 Concepciones dominantes: respeto al principio de protección de “bienes jurídicos”

Pues bien, si hasta ahora la teoría más aceptable para constituir el punto de partida de un Derecho penal compatible con una base social de corte liberal sigue siendo aquella que reconoce el principio de “protección de bienes jurídicos”, ello no quiere decir que no existan diferencias dentro de sus partidarios a la hora de concretar los alcances de este principio. Mientras algunos exigen una “exclusiva” protección de bienes jurídicos, otros relativizan el principio y reconocen la necesidad de proteger además, otros intereses aunque no encajen en el concepto.

---

intervención punitiva (Escuela de Francfort), ver últimamente HERZOG, 249 y ss.; ampliamente y respondiendo a la crítica, PRITTWITZ, 259 y ss.; MUÑOZ CONDE, p. 568 y ss., 572.

<sup>9</sup> El concepto mismo de “sociedad de riesgos” es discutible por el uso confuso que se le da en la doctrina. A veces se quiere englobar con él a riesgos ya conocidos cuando, en realidad, solamente significan grandes peligros (por su gravedad y por la tendencia a la autodestrucción de la especie humana) los peligros provenientes de la energía nuclear, química y genética; ver KUHLEN, p. 360 y s.

<sup>10</sup> Concretamente en el campo del Derecho penal económico, esta posición es defendida, aunque con matices en cuanto a la identificación de “bienes jurídicos económicos” necesitados de protección penal, entre otros, por MARTÍNEZ-BUJÁN, “Derecho penal económico”, p. 26 y s., 90 y ss., 100 y s.; TERRADILLOS BASOCO, p. 61 y s., 54 y ss., esp. 67 y s.; TIEDEMANN, “Wirtschaftsstrafrecht...”, p. 22 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, p. 41 y ss., 71 y ss. En general ver este planteamiento para el Derecho penal en ROXIN, “Problemas actuales...”, p. 43 y ss.; también, c. más ejs., “Strafrecht A. T.”, p. 18 y s. A igual conclusión llega ZUGALDÍA ESPINAR, “¿Qué queda en pie...”, ver p. 123.

Así STRATENWERTH<sup>11</sup> propone, adicionalmente a la protección de “bienes jurídicos”, la protección de “relaciones vitales” (Lebeneszusammenhänge) por sí mismas como “tercera vía” siempre que (y aquí estaría el límite) se llegue a un consenso sobre “estándares de conducta”. Se trataría de impedir el desarrollo de tendencias peligrosas, incluso, cuando sea necesario, adelantándose a la formación de conciencia social, tal como ocurre en el caso de los delitos que supongan nuevos riesgos sociales contra las generaciones futuras<sup>12</sup>. Pero la propuesta de Stratenwerth tampoco aclara definitivamente las cosas pues, aunque pueda constatarse la existencia de un “consenso” sobre determinados “estándares de conducta”, con ello todavía no se puede decidir si deba intervenir el Derecho penal para su protección, aparte de que la “relaciones de vida” son tan complejas (reúnen en sí ventajas y desventajas) que de ellas mismas no se puede decidir si y cómo deban ser protegidas.

De manera más restrictiva, la *escuela de Francfort*, postula, propone, en cambio, reducir la intervención penal a un grupo de delitos (delitos violentos y otros), y dejar lo “nuevo” para un “Derecho de intervención” (Hassemer)<sup>13</sup>. Esta concepción critica la expansión del Derecho penal, lo

---

<sup>11</sup> Para STRATENWERTH, este abandono de la “visión antropocéntrica” proveniente de la Ilustración (“el hombre es dueño de sí mismo y de la naturaleza”) sería inevitable en los momentos actuales en los que la ciencia nos ha demostrado la complejidad e interdependencia de las relaciones que actúan para hacer posible la vida humana; en consecuencia debemos entendernos como “parte de un todo”, y el Derecho penal debe tener en cuenta esto protegiendo no solamente bienes jurídicos “estáticos”, sino también “relaciones vitales determinadas” de carácter dinámico e incluso futuras; ver “Zukunftssicherung...”, p. 688 y ss., 922 y ss.; “Wahres’ Strafrecht?”, p. 377 y s.; siguiéndolo, CORCOY BIDASOLO, p. 29 y s.

<sup>12</sup> Cfr. STRATENWERTH, “Wahres’ Strafrecht?”, p. 377 y ss.

<sup>13</sup> SCHÜNEMANN critica a la Escuela de Francfort, en su versión radical, porque constituiría una “petrificación del tradicional Derecho penal de las clases bajas” y bloquearía al naciente “Derecho penal de las clases altas” (Derecho penal económico); ver “Die deutsche Strafrechtswissenschaft...”, p. 208. Este evidente trato “desigual” de los delincuentes, junto con la verificación de un suficiente contenido de injusto de los delitos económicos (bien jurídico tutelado, merecimiento y necesidad de pena) son hasta ahora los argumentos principales en contra de las tesis de Francfort; ver c. más refs., ACHENBACH, p. 565 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, “Reflexiones...”, p. 92 y ss., 106; CORCOY BIDASOLO, p. 25, 28 y s.; HERNÁNDEZ BASUALTO, p. 103 y s.; ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, 37, 56, 71 y ss. En recientes publicaciones persisten en la doctrina de Francfort en su versión radical (desde la perspectiva crítica del “Derecho penal del riesgo”) sobre todo, HERZOG (p. 249 y ss.) y

cual incluye, en sus versiones más radicales, también al Derecho penal económico<sup>14</sup>.

Pero ni las legislaciones vigentes ni las doctrinas dominantes de los distintos países siguen la tendencia radical de esta escuela. Solamente hay coincidencias en su exigencia de un "Derecho penal mínimo" que no renuncie a las garantías básicas del Derecho penal. Por lo demás no puede aceptarse su exigencia de despenalización amplia de delitos contra bienes jurídicos "supraindividuales" pues con ello se excluirían conductas realmente graves (por atentar incluso contra la condiciones de la vida futura); además, no está probado empíricamente que el Derecho civil o administrativo serían más eficaces, para estos casos, que el Derecho penal<sup>15</sup>. Si realmente el Derecho penal vigente fuera menos eficaz que el Derecho extrapenal -lo que no está probado- en la lucha contra nuevas formas de criminalidad (en particular, los delitos económicos), la razón de ello no tiene por qué derivar de la naturaleza misma de la protección penal, sino de otros factores, como la falta de voluntad política (escasa implementación judicial), el desconocimiento técnico de los operadores de la norma, tal como quedaría demostrado con el ejemplo de la escasa aplicación que existía antes en los propios países desarrollados de los tipos penales referidos a la seguridad del tráfico rodado y a la seguridad

---

PRITTWITZ (p. 259 y ss., 284 y s.). Últimamente KARGL también llega a una limitación del Derecho penal al núcleo a partir de una concepción a partir de una fundamentación "social-psicológica" del Derecho: la tarea del Derecho penal debería, según él, ser entendida como "aseguramiento", "apoyo", "refuerzo" de expectativas generalizadas simbólicamente en normas contenedoras de la pretensión valorativa de bienes jurídicos fundamentados en la persona y en la moral; ver "Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz", p. 60 y ss. Pero HASSEMER mismo ha aclarado que no se opone a la protección penal de "bienes jurídicos universales", siempre que sean funcionalizados a través de la "persona"; ver "Darf es Straftaten geben...?", p. 57.

<sup>14</sup> Ver una amplia exposición y análisis crítico de algunas de las tendencias del "Derecho penal del riesgo" en KUHLEN, p. 347 y ss.

<sup>15</sup> En este sentido, ver las críticas de KUHLEN, p. 363 y ss.; igualmente c. más refs. PORTILLA CONTRERAS, "La supuesta crisis...", p. 914 y ss. En cambio, recientemente MUÑOZ CONDE, reafirma las bondades del "Derecho de intervención" y critica las "tendencias funcionalistas" en la legislación penal española (incremento de tipos de peligro abstracto, conceptos indeterminados, leyes penales en blanco, etc.), su defensa de los principios tradicionales y su opción por una solución "administrativa" de muchos ilícitos en el campo del Derecho penal económico ("prudente política despenalizadora"); ver p. 567 y ss.,

e higiene en el trabajo, y que ahora ha sido superada en los países industrializados<sup>16</sup>.

Para allanar el trato “desigual” de la criminalidad, ante una similar dañiosidad social, ha surgido el Derecho penal económico”. En este Derecho, sin abandonar los principios penales, se tienen en cuenta las “peculiaridades” de la delincuencia económica y se incluyen en el análisis los conocimientos del Derecho extrapenal; esto es tan complejo que exige un estudio separado en una parte general y una parte especial del Derecho penal económico<sup>17</sup>.

De manera más reciente, SILVA SÁNCHEZ propone una versión funcionalista del Derecho penal (económico) más moderada en sus términos, aunque similar en su contenido y sus consecuencias. Este autor sostiene que los problemas que caracterizan al Derecho penal moderno en el sentido de una mayor expansión, no pueden ser solucionados con principios de un Derecho penal liberal que, en realidad, nunca existió en la forma en que lo describen sus defensores. Pero –continúa el autor español- tampoco podría renunciarse al Derecho penal, pues, a diferencia del Derecho civil, tendría fuerza “comunicativa” debido a que serían indispensables tanto una “pena” con dimensión simbólica como la “fuerza” del aparato estatal encargado de imponerla. Además, a diferencia del Derecho contravencional, el Derecho penal garantizaría “neutralidad” frente a la política e “imparcialidad” a través de sus tribunales. En el caso de las nuevas áreas del Derecho penal, sin embargo, resultaría disfuncional recurrir a los mismos principios e instrumentos de dogmática-penal del Derecho penal tradicional, pues se trataría ahora de conductas de una naturaleza distinta, donde se tendría que intervenir de manera “reguladora”. Luego, concluye SILVA SÁNCHEZ, si se quisiera permanecer en el Derecho penal (lo cual sería irrenunciable también para el Derecho penal económico), se tendría que reconocer un *Derecho penal de segunda velocidad*. A diferencia del área de “primera velocidad”, que engloba los delitos tradicionales, en el área de “segunda velocidad”, se tendrían que flexibilizar los principios y reglas clásicos, aunque dentro

---

<sup>16</sup> Cfr. la argumentación de CORCOY BIDASOLO, p. 39 y s.

<sup>17</sup> TIEDEMANN, “Wirtschaftsstrafrecht...”, p. 6 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, “Derecho penal económico”, p. 21 y s.; ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, p. 23 y s.; GARCÍA CAVERO, “Derecho penal económico...”, p. 9.

del marco de las necesidades preventivas, y, para garantizar la proporcionalidad, se renuncie, en este ámbito, a las penas privativas de libertad<sup>18</sup>. Pero mientras que el análisis descriptivo de la existencia de una “segunda velocidad” suele ser admitido por la doctrina<sup>19</sup>, la mayoría de autores ha rechazado la propuesta de flexibilizar principios y reglas para los delitos de la “segunda velocidad” pues tal separación de consecuencias jurídicas en dos grupos de delincuentes (de primera y de segunda velocidad) atentaría contra el “principio de igualdad”<sup>20</sup>.

Pero, en realidad, las propuestas de los relativizadores del “bien jurídico” y la que postula la existencia de “velocidades” en el Derecho penal, manifiestan que, en aquellos casos englobados bajo la denominación de “Derecho penal del riesgo” o “nuevos desafíos del mundo moderno” están en juego intereses y conductas que difieren, por su naturaleza, de lo que tradicionalmente ha venido siendo materia de regulación del Derecho penal. En mi opinión, la mejor solución debería buscarse fuera del terreno estrictamente penal. Y es que, cuando se permanece dentro del terreno estrictamente “penal”, las dificultades son prácticamente insuperables, pues se tienen que adaptar los conceptos tradicionales del Derecho penal para poder dar solución a una serie de problemas nuevos y de naturaleza distinta: la “autoría” de las “empresas”, “agrupaciones” o “personas jurídicas”, carácter de su imputación penal (“organización defectuosa”), tipo de sanciones o medidas para las empresas, cumplimiento de las finalidades de la pena, etc.

---

<sup>18</sup> SILVA SÁNCHEZ, “Die Expansion des Strafrechts”, p. 84 y s.

<sup>19</sup> La tesis de la “segunda velocidad” ha sido acogida en el Perú por GARCÍA CAVERO, aunque, con diferencias en cuanto a la fundamentación de la pertenencia a la primera o segunda velocidad y al contenido del grupo de estos últimos delitos; “Derecho penal económico”, p. 127 y s. Concuera, en parte, con la “descripción” de SILVA, pero sin admitir su propuesta de flexibilizar los principios para la “segunda velocidad”; MARTÍNEZ-BUJÁN, “Reflexiones...”, p. 97 y s.; TERRADILLOS BASOCO, p. 77 y s.

<sup>20</sup> CORCOY BIDASOLO, p. 29, 40. El rechazo debe ser todavía más fuerte cuando se trata de la “tercera velocidad” postulada por SILVA SÁNCHEZ en la última edición española de su libro “La expansión del Derecho penal” (2003, p. 159 y ss.). Aquí, el “Derecho penal de tercera velocidad” es identificable con un “Derecho penal del enemigo” y valen para él las mismas críticas que se dirigen a éste. No están de acuerdo con esta “tercera velocidad”, además de los penalistas defensores de la teoría de bienes jurídicos, tampoco algunos normativistas radicales como GARCÍA CAVERO (“Derecho penal económico”, p. 126 y s., nota 144) y CANCIO MELIÁ (en Jakobs/Cancio, p. 83 y ss.).

La solución exclusivamente penal pasa por alto que, como ya se explicó al inicio, cuando se trata de la protección de “bienes jurídicos” relacionados con la economía, el Derecho penal no constituye más que un “refuerzo” en la protección legal decidida y regulada ya anteriormente en leyes y (nuevas) ramas del Derecho: el Derecho de la libre competencia, el Derecho de la publicidad, el Derecho tributario, etc.<sup>21</sup>. Por eso no se ha prestado atención a otra “tercera vía” propuesta hace ya algún tiempo por algunos especialistas del Derecho penal económico: la creación de un *Derecho penal empresarial* autónomo, es decir, con su propia legislación, sus propios principios y dogmática, situado entre el Derecho penal tradicional (dirigido a las personas) y el Derecho administrativo<sup>22</sup>. A diferencia del “Derecho de intervención” propuesto por Hassemer, que en buena cuenta se queda dentro del Derecho administrativo<sup>23</sup>, el nuevo “Derecho penal empresarial” se referiría solamente a las “empresas” o, de manera más amplia, a los “entes colectivos”, y, reconociendo la responsabilidad individual paralela por delitos contra bienes jurídicos supraindividuales en el área penal estricta, también tendría que incluir reglas específicas que lo vinculen con esta última área<sup>24</sup>. De esta manera

---

<sup>21</sup> En tal sentido tiene razón FRISCH cuando recientemente critica la distorsión que supone una discusión penal basada en la idea errónea de que el Derecho penal podría “definir” el bien jurídico en estos casos; ver “Rechtsgut, Recht, ...”, p. 219 y ss.

<sup>22</sup> Ver, c. ref. al respecto, en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico”, p. 161 y s. GARCÍA CAVERO, por lo visto, no ha tomado posición al respecto aunque considera que no debería descartarse la tendencia; “Derecho penal económico”, p. 10. También MARTÍNEZ-BUJÁN afirma que por ahora, por lo menos de lege lata, el Derecho penal económico, no tendría “autonomía científica”, aunque sí tiene, dentro del Derecho penal, características que permiten individualizar la familia de los delitos económicos; ver “Derecho penal económico”, p. 20 y s. Últimamente ha propuesto, afirmando estar en la línea de un “sistema dual” como el que propone Silva Sánchez, que los delitos económicos más graves sigan formando parte del “Derecho penal nuclear”, con todas las garantías y principios de éste, y los más leves pasen a ser regulados por una “ley penal especial” (que él denomina más adelante “Derecho penal alternativo”), con una parte general y reglas de imputación propias (p. ej. sin penas privativas de libertad y con principios penales flexibilizados); ver “Reflexiones...”, p. 97 y s.

<sup>23</sup> Así también la crítica de HEFENDEHL; ver “Kollektive Rechtsgüter...”, p. 222.

<sup>24</sup> HEFENDEHL, siguiendo en esto a Frisch, propone un modelo mixto que sancione, en el Derecho penal y con todas las exigencias y garantías de éste, las conductas graves, y en el “Derecho de intervención”, bajo sanciones destinadas al control y la reacción ante desviaciones a las reglas, las conductas que no reúnan tales requisitos de gravedad; ver “Kollektive Rechtsgüter...”, p. 214 y nota 32, 386. Pero ambos autores no limitan tal “Derecho de intervención”, y por lo tanto estaría en duda su legitimación, a las sanciones de entes colectivos.

se solucionarían las hasta ahora insalvables contradicciones que surgen cuando se quiere emplear solamente el Derecho penal y su instrumental para abarcar también las conductas de empresas, o cuando se quiere remitir todo el Derecho penal económico a un Derecho administrativo con sanciones desprovistas de reproche "ético-social". En esta nueva disciplina encaja también mejor la llamada función "pedagógica" que se ha atribuido a algunos tipos penales (sobre todo a los de peligro abstracto). Si se admitiera que los tipos penales de protección de bienes colectivos tienden, en algunos casos, a modificar la conciencia e iniciar "procesos de aprendizaje" en los destinatarios de la norma, ello debe entenderse en el sentido de que las "empresas" cambien su política para evitar atentar contra los intereses protegidos. Esto es algo que se suele recriminar al Derecho penal de los ciudadanos<sup>25</sup>, pero que encontraría menos obstáculos en un Derecho sancionador de empresas, pues ellas, como participantes de un mercado en el que necesariamente ponen en riesgo los bienes de la colectividad, están en la obligación de organizarse de tal manera que no superen los riesgos permitidos.

## 2.2 ¿Concepciones alternativas?

En la literatura se encuentran alternativas a la teoría dominante de la "protección de bienes jurídicos". Así, el normativismo radical y el análisis económico del Derecho prescinden por completo del principio de protección de bienes jurídicos y establecen otro punto de partida: en el primer caso se trata de una concepción que traslada teorías sociológicas al Derecho penal; en el segundo, se emplean criterios de las ciencias económicas con la misma intención.<sup>26</sup> Brevemente se puede decir que el "normativismo radical" pretende reemplazar la protección de bienes por la "protección de normas" constitutivas de la sociedad, en la cual actuarían sujetos capaces de comunicar y acceder a la comunicación normativa; luego, el Derecho penal debería proteger la vigencia de estas

---

<sup>25</sup> Para STRATENWERTH, cuando se trate de tipos que protegerían, en su terminología, "relaciones vitales", el "efecto pedagógico" estaría referido al "futuro" (bases de la vida futura) y no a conservar el pasado, con lo cual la crítica sería injusta; ver "Zukunftssicherung...", p. 695 y s. También a favor de la "función promocional" del Derecho penal, PORTILLA CONTRERAS, "La supuesta crisis...", p. 922

<sup>26</sup> He expuesto estas teorías en otro lugar; ver c. más refs. en ABANTO VÁSQUEZ, "¿Normativismo radical...?", p. 7 y ss., y "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 78 y ss. También, ampliamente, ambas juntas en "Acerca de la teoría de bienes jurídicos" (de próxima publicación).

normas, reaccionando cuando se produjera una “defraudación” de la “expectativa” de las personas en cuanto a su vigencia. Y el “análisis económico” del Derecho quiere orientar el Derecho penal a la consecución de “eficiencia económica”, para lo cual, en el Derecho penal, se debe incidir en los potenciales delincuentes (que actuarían siempre como un “homo oeconomicus” buscando la mayor ventaja posible para sí mismos) con una política criminal que eleve los costos o baje los beneficios de éste. Ambas concepciones han sido rechazadas y no constituyen doctrina dominante, no solamente por pretender “universalidad”, “monopolio explicativo” partiendo de supuestos que no se condicen con la realidad (en el “normativismo radical”, ; en el análisis económico del Derecho, el supuesto “homo oeconomicus”), sino también por las graves consecuencias a las que se llegaría con su aplicación (en el “normativismo radical”: un conservadurismo, autoritarismo y Derecho penal del autor; en el “análisis económico del Derecho”, también un conservadurismo, autoritarismo y atentados contra derechos individuales)<sup>27</sup>.

Para lo que aquí importa solamente se analizará brevemente la propuesta del “Derecho penal del enemigo”. Y es que JAKOBS entiende que también los “delincuentes económicos” (aparte de los terroristas y otros) deberían ser conceptuados como “enemigos”. Y, por lo tanto, para ellos debería regir, a diferencia de un “Derecho penal del ciudadano”, un Derecho penal especial, el “Derecho penal del enemigo” con principios “flexibilizados”, dirigido a estos sujetos que no participan de la comunicación<sup>28</sup>. Esta tesis ha recibido duras críticas<sup>29</sup>, pues llevaría a un Derecho penal del “autor”. En efecto, ante las criticables deficiencias de la legislación penal, que a veces dan la impresión de no tender a proteger bienes jurídicos o incluso violan principios básicos del Derecho penal

---

<sup>27</sup> Ver el desarrollo de las críticas al normativismo radical en ABANTO VÁSQUEZ, “¿Normativismo radical...?”, p. 22 y ss.; y al “análisis económico del Derecho” en “Derecho penal económico. Consideraciones...”, p. 82 y ss.; “Derecho de la Libre competencia”, p. 47 y ss. También ver la crítica a ambas concepciones, c. más refs., en: “Acerca de la teoría de bienes jurídicos” (próxima publicación).

<sup>28</sup> Ver especialmente la tesis de JAKOBS en Jakobs/Cancio Meliá. Al respecto, c. más refs., ver ABANTO, “¿Normativismo radical...?”, p. 30 y ss.

<sup>29</sup> Ver las críticas especialmente de SCHÜNEMANN, “Die deutsche Strafrechtswissenschaft...”, p. 211 y ss.; MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, p. 84; parcialmente también en ZUGALDÍA ESPINAR, “¿Qué queda en pie...”, p. 111. Más refs. en ABANTO, ¿Normativismo radical...”, p. 32. Últimamente, PORTILLA CONTRERAS, “Los excesos del formalismo...”, p. 860 y ss.

(como en la legislación penal de emergencia de algunos países latinoamericanos) no cabe interpretar que el legislador haya optado ya por un "Derecho penal del enemigo" ni menos aún que esto sea legítimo. La definición del "enemigo" siempre resultará arbitraria según quién lo defina y cuándo y cómo lo haga. Así cuando JAKOBS incluye, por ejemplo, a los delitos económicos dentro del grupo del Derecho penal del enemigo, no se entiende por qué los delincuentes económicos no puedan (o quieran) participar de la "comunicación normativa". Como acertadamente ha resaltado recientemente MIR PUIG, para un Derecho penal garantista, inmerso en un Estado social y democrático, el ser "persona" de un individuo, como realidad física, no puede depender de un reconocimiento social, sino de su mera existencia; una distinción entre "persona" e "individuo" como hace Jakobs lleva a relativizar los derechos humanos<sup>30</sup>.

Pero estas propuestas alternativas también han aportado algo. Del "normativismo radical" (también conocido como "funcionalismo sistémico") se pueden rescatar sus aclaraciones sobre el funcionamiento de un sistema social. La existencia de "expectativas" y de "comunicación normativa", así como la afirmación de que el Derecho penal y la pena restablecerían la "vigencia de la norma" se pueden integrar dentro de una teoría del delito y una teoría de bienes jurídicos de corte garantista<sup>31</sup>. En cambio, no puede admitirse la exclusividad explicativa de esta propuesta y menos aún la construcción de un Derecho penal del enemigo. Y lo mismo ocurre con el "análisis económico del Derecho", cuyas herramientas de análisis podrían ser útiles allí donde el delincuente precisamente se caracteriza por ser reflexivo y cometer ilícitos (penales y extrapenales) motivado por las ventajas económicas que estos le podrían reportar; ello se observa precisamente en el campo del Derecho penal económico, en donde no pocas consecuencias jurídicas del delito pueden basarse en la idea de elevar los "costes" del delito (p. ej.

---

<sup>30</sup> Cfr. MIR PUIG, p. 676, nota 32.

<sup>31</sup> P. ej. en el sentido de una distinción entre "bien jurídico" y "objeto de protección", ante los cuales el delito actuaría atacando "realmente" a este último y, a través de ello, negando la vigencia del primero (y de la norma que subyace en éste); ver esta tesis, c. más refs. en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones ...", p. 50 y ss.; igualmente, de manera más amplia y con refs. actuales, en "Acerca de la teoría de bienes jurídicos" (próxima publicación).

multas elevadas, responsabilidad de la persona jurídica, comiso de ganancias, publicidad de la sentencia, etc.)<sup>32</sup>.

### 2.3 Procesos de unificación, armonización penal y globalización

En la actualidad, se ha observado también una mayor actividad legislativa influida por procesos de “integración económica y política”. En el campo del “Derecho penal internacional”, el ejemplo más espectacular ha sido sin duda la creación del Tribunal Penal Internacional, tras la suscripción del llamado “Estatuto de Roma” de 1998. Esto ha llevado a introducir o readaptar la legislación penal en materia de “crímenes de lesa humanidad” en las legislaciones latinoamericanas, incluyendo la peruana.

Más allá de esto, también existen procesos de “armonización” de leyes penales nacionales en determinadas regiones. El ejemplo más dinámico es el del área de la Unión Europea, donde, aparte de las normas comunes sobre “contravenciones a la libre competencia”, se están modificando y armonizando la descripción típica de los delitos o se están introduciendo tipos penales similares en los países miembros. El impulso proviene de un órgano supranacional encargado de emitir Directivas vinculantes o de los propios países miembros que, obligados por el Tratado de la Unión Europea, tienden a colaborar estrechamente en materia policial y de administración de justicia<sup>33</sup>. Finalmente, en el año 2000 se ha llegado a elaborar el llamado “Corpus Iuris”, es decir una especie de Código penal tipo que recoge principios e ilícitos penales comunes, que servirán de fuente de inspiración para la legislación penal de los países miembros<sup>34</sup>. A esto se ha unido, por iniciativa privada de numerosos penalistas europeos, la propuesta de los “Eurodelitos”, es

---

<sup>32</sup> En este sentido ver anteriormente el desarrollo de esta idea en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, p. 102 y ss., 197 y ss.; “Derecho de la libre competencia”, p. 49 y ss.

<sup>33</sup> Al respecto ver TIEDEMANN, “Wirtschaftsstrafrecht...”, p. 43 y ss.; ACHENBACH, p. 566 y ss.

<sup>34</sup> La versión final se dio en el 2000 con el nombre de “Corpus Juris para la protección penal de los intereses financieros de las Comunidades Europeas”; ver la parte general del proyecto en la versión alemana en TIEDEMANN, “Wirtschaftsstrafrecht...”, p. 177 y ss.

decir un proyecto de futuro Código penal europeo, con parte general y especial delitos económicos<sup>35</sup>.

En Latinoamérica hemos tenido experiencias con el Código penal Tipo de los años 50 aunque ella no haya llevado a ninguna consecuencia práctica directa. Más bien se nota la influencia de los Tratados Internacionales en la legislación interna que, de manera indirecta, podrían llevar a una "armonización" de las leyes penales. Así, en materia de corrupción, en Latinoamérica se firmó la "Convención Interamericana contra la corrupción" el 29-03-1996, obligando a los firmantes, entre otras cosas, a reprimir penalmente la "corrupción internacional" y el "enriquecimiento ilícito". Esto debería llevar a la criminalización armonizada de la "corrupción internacional" (cohecho activo cometido por nacionales sobornando a funcionarios públicos extranjeros) en todos los países firmantes<sup>36</sup>. La realidad, por cierto, no es muy alentadora en cuanto a este tipo penal, pues no ha tenido mayor atención; el legislador peruano no lo ha introducido hasta ahora. En cambio, sí se observa una cierta "armonización" con el constitucionalmente dudoso tipo de "enriquecimiento ilícito", previsto incluso desde antes del Convenio en muchos países sudamericanos como Argentina, Colombia y Perú., y que repetidamente ha querido ser introducido en Chile; por suerte, sin éxito hasta ahora.

En cambio, cuando el país firmante ha tenido algún interés especial (obtención de créditos, cumplimiento de compromisos con el FMI o, simplemente, la necesidad de ofrecer atractivos a la inversión de capitales extranjeros) el legislador se apura en cumplir con el compromiso, incluso en contra de la realidad del país. Eso se puede observar con la protección desmesuradamente amplia (y por ello también ineficaz) de la "propiedad intelectual" y de la "propiedad industrial"<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Ampliamente, con el texto de la propuesta final y una serie de contribuciones ver en TIEDEMANN/NIETO MARTIN, "Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unión Europea", Cuenca (España), 2005.

<sup>36</sup> Al respecto ver ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública...:", p. 416 y ss.

<sup>37</sup> Ver ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 252.

En resumen, la “armonización” intermediada por tratados internacionales está lejos aún de asemejarse a lo que está ocurriendo en Europa. En caso de que se llegara alguna vez a la creación de un órgano supranacional auténtico en Sudamérica, de manera similar a lo que se tiene en Europa, no cabe duda de que la “armonización” tendría incluso mayores posibilidades de éxito que en el viejo continente, en donde las diferencias culturales (idioma, tradición jurídicas) son mucho más grandes que en nuestros países. El resultado de todo esto es ciertamente una tendencia hacia la convergencia en la persecución penal por la introducción de medidas (penales, procesales, policiales) cada vez más similares en los distintos países del mundo, o por lo menos en un grupo de ellos.

Pero no se trata, en mi opinión, en primer lugar de una consciente política legislativa y penal derivada directamente de la “globalización”. Los tratados internacionales, la cooperación en la lucha contra la delincuencia tiene décadas de existencia, sobre todo cuando se trata de la “criminalidad organizada” y una serie de delitos como la trata de blancas, el tráfico de drogas, la falsificación de dinero, etc. En el caso de los “delitos económicos” tal “internacionalización” siempre existió ya por el simple hecho de que estos ilícitos pueden ser cometidos por empresas “multinacionales” o “transnacionales” para las cuales siempre ha resultado fácil escapar de los límites territoriales de cualquier legislación<sup>38</sup>. En algunas áreas, como en el caso de los delitos tributarios (evasión tributaria) o contra las subvenciones (exportaciones ficticias o fraudes de ley para el cobro de subvenciones), existen ejemplos que datan de varias décadas atrás, si bien se observa su tendencia al aumento<sup>39</sup>. Entonces, aquí solamente se puede hablar de globalización en el sentido de un “incremento” tanto de las posibilidades delictivas (y no de un fenómeno reciente) y, sobre todo, de un incremento de la “sensibilidad”, así como de las reacciones a nivel internacional, sobre todo de cooperación procesal penal y policial.

---

<sup>38</sup> PIETH también pone en duda que sea nueva la “globalización” de la criminalidad en el sentido de aprovechar el hecho de que el Derecho penal se encuentre organizado de manera nacional mientras que la economía se ve cada vez más liberada de las fronteras estatales; ver p. 756 y ss.

<sup>39</sup> TIEDEMANN, con ejemplos y más refs., “Wirtschaftsstrafrecht...”, p. 4 y ss.; igualmente ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, p. 163 y ss.

Pero las propuestas de “globalización” en la lucha contra este tipo de ilícitos no apuntan, en primer lugar al Derecho penal. Así, se exige sobre todo la introducción de medidas preventivas en el sentido de un autocontrol de las propias empresas: la introducción dentro de ellas de departamentos de “compliance” (o sea que analicen las conductas de la empresa para evitar su punibilidad; se puede traducir como “procedibilidad legal”), así como de “códigos de conducta” en la actividad empresarial<sup>40</sup>. Otras posibilidades constituyen los esfuerzos por prever normas similares o por lo menos comparables entre los distintos países que excluyan los vacíos o abusos. Así, entre EE. UU y Alemania, países entre los que existe un incesante tráfico de empresas, se han establecido “reglas contables” idénticas para evitar la impunidad por delitos contables<sup>41</sup>. En estas soluciones se manifiesta no solamente un reflejo del principio penal de mínima intervención, sino también el reconocimiento implícito de que las posibilidades de una “criminalidad globalizada” en el ámbito económico dependen del grado de desarrollo de los países de donde provienen sus actores<sup>42</sup>.

### 3.- El “Derecho penal económico” en Latinoamérica, especialmente Perú y Chile

En cuanto a la actividad del legislador penal en nuestros países, al parecer, tanto en Chile como en Perú, se ha estado al margen de las tendencias modernas. Así, en el Perú da la impresión de que el “Derecho penal económico”, existente de manera sistemática desde la vigencia del Código penal de 1991, tuviera un mero carácter simbólico, pues los tipos penales contienen muchos vacíos y la penas previstas son muy leves (prescriben pronto y casi nunca llevan a una aplicación efectiva de la

---

<sup>40</sup> Ver c. más refs. TIEDEMANN, “Wirtschaftsstrafrecht...”, p. 5, n. marg. 8; ACHENBACH, p. 160 y s.

<sup>41</sup> TIEDEMANN, “Wirtschaftsstrafrecht...”, p. 5, n. marg. 9.

<sup>42</sup> Cfr. PIETH, quien, con el ejemplo de la corrupción activa a funcionarios públicos extranjeros, advierte los peligros de la globalización provenientes precisamente de los países industrializados; ver p. 775 y s.

privación de libertad). Para el colmo, la “accesoriedad administrativa” está configurada de tal manera que restringe las posibilidades de persecución penal<sup>43</sup>. Esto último se verá con más detalle adelante, pues tiene una gran importancia práctica.

En cambio, Chile parece situarse dentro de los países reticentes a un “adelantamiento de barreras” del Derecho penal, pues el Código penal no prevé un capítulo específico referido a los delitos económicos, y por lo visto existen pocas figuras al respecto en leyes especiales dispersas, las cuales, además, estarían sufriendo una paulatina descriminalización como en los delitos contra la libre competencia<sup>44</sup>.

En principio puede parecer loable que una legislación penal, bajo el aspecto de la “subsidiaridad”, no se “expandan” demasiado, pero, bajo una concepción de bienes jurídicos, tampoco es aceptable que se desprotejan total o parcialmente mecanismos importantes del funcionamiento del sistema económico. Y esta desprotección puede darse de manera expresa por omisión legislativa o cuando, pese a la previsión de tipos legales, la técnica utilizada es tan mala que dichos tipos son inaplicables o su aplicación es demasiado restringida. Esto último ha ocurrido en el Perú en donde, pese a una criminalización legal de una serie de delitos económicos (la mayoría dentro del título IX del C. P. de 1991 como “delitos contra el orden económicos”), existe una *descriminalización de hecho* por la inaplicación de casi todos ellos. Para demostrar lo dicho, se tiene que analizar primero la “técnica” del Derecho penal económico.

#### 4.- Técnica legislativa en el Derecho penal económico

En el Derecho penal, y sobre todo en el económico, se suele recurrir, para la configuración de los tipos penales a la técnica de la *ley penal en blanco* o a un tipo penal completo, pero con abundantes *remisiones interpretativas*. En uno y otro caso es inevitable el recurso a conceptos normativos previstos en normas extrapenales, cuya interpretación, por lo

---

<sup>43</sup> Ver ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, p. 38 y ss.; “Diez años...”, p. 22 y s., 31 y ss.; “El principio de certeza...”, p. 30 y ss.

<sup>44</sup> Ver, c. más refs. HERNÁNDEZ BASUALTO, p. 119 y ss.

tanto, presupone un amplio conocimiento del respectivo Derecho extrapenal<sup>45</sup>.

Así, cuando en el Derecho penal económico peruano para describir los delitos contra los “derechos de autor” el legislador recurre al concepto de “obra” (arts. 216 y ss. del C. P. peruano), en realidad, está “remitiendo”, implícitamente a una ley extrapenal. Y es que el concepto “obra” no puede interpretarse sin recurrir a la “Ley de Derechos de autor” (en el Perú, el D. Leg. 822), la cual distingue entre “obra”(creación original del intelecto capaz de ser contenida en un soporte y divulgada) y “derecho conexo” (transformaciones basadas en una obra previa), y da para la primera una amplia lista ejemplificativa (creaciones literarias orales o escritas, composiciones musicales, creaciones plásticas, etc.). Lo mismo ocurre con los conceptos “patente”, “diseño o modelo industrial”, “marca”, en los que se basan las descripciones típicas de los delitos contra la propiedad industrial (arts. 222 y ss. del C. P. peruano) que deben interpretarse según la Ley de la propiedad industrial (D. Leg. 823); los conceptos de “posición dominante en el mercado” y “prácticas y acuerdos restrictivos” del delito de “abuso de posición dominante” (art. 232 C. P.) que debe concordarse con el D. Leg. 701; la “licitación pública” o el “concurso público de precios” (art. 241 C. P.) que deben concordarse con la Ley de Contratación del Estado (Ley 26689), etc. En estos casos de tipos penales completos, en los que la interpretación de sus elementos requiere recurrir a conocimientos extrapenales, se habla de *remisiones interpretativas*. Aunque el tipo penal está de esta forma completo y no hay mayores objeciones que hacer desde la perspectiva de la “taxatividad”, surge otro problema: la posibilidad de la “división” o “ambivalencia” de la norma, es decir de un distinto entendimiento de un mismo concepto cuando es interpretado por separado en el Derecho penal y en el Derecho extrapenal<sup>46</sup>. En opinión de TIEDEMANN, la mejor solución estaría en una interpretación “restrictiva” de los conceptos extrapenales cuando van a ser aplicados en el Derecho penal<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> TIEDEMANN, “Wirtschaftsstrafrecht”, p. 1, n. marg. 1, p. 3, n. marg. 5.

<sup>46</sup> Problema advertido inicialmente por TIEDEMANN; ver “Kartellrechtsverstöße und Strafrecht”, p. 168; también ídem, “Temas”, p. 90; ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...” p. 113 y s.

<sup>47</sup> Ver recientemente en “Wirtschaftsstrafrecht”, con ejemplos y más refs., p. 61 y ss. 64 y ss., n. marg. 120, 124.

En el caso de la *ley penal en blanco* la situación se complica más, pues el tipo penal, además de tener elementos normativos, contiene un vacío para cuyo “llenado” remite, expresa o implícitamente, a una norma complementaria extrapenal. Esto plantea una cuestión de inconstitucionalidad, dado que podría verse en esta “remisión en bloque” una violación del principio de “taxatividad”: el tipo penal mismo no contendría todos los elementos típicos y, por lo tanto, el destinatario de la norma (penal) no podría saber qué conducta constituiría delito. Sin embargo, ante la necesidad de proteger adecuadamente los bienes jurídicos económicos, la doctrina penal mayoritaria admite la constitucionalidad de la técnica de la ley penal en blanco siempre que el tipo contenga un mínimo descriptivo que muestre la decisión político-criminal del legislador para que el “destinatario de la norma” comprenda las condiciones de punibilidad, y que, en el caso concreto no haya sido posible recurrir a otra técnica<sup>48</sup>.

En cualquier caso, el empleo de estas técnicas debería ser moderado, pues ellas también traen consigo problemas en el tratamiento del *error*. Y es que, además de los casos conocidos de “error” referidos a los elementos del tipo penal mismo, los destinatarios de la norma pueden alegar ahora que ignoraban la existencia de la norma complementaria o, pese a conocerla, no pudieron interpretar correctamente alguno de sus elementos (p. ej. debido a un informe erróneo de un abogado o de la propia autoridad administrativa). Aquí se plantea la cuestión de si tal error debería ser atendible y, en caso afirmativo, cuál debería ser su trascendencia (¿“error de tipo” o “error de prohibición”?). La doctrina anteriormente mayoritaria tiende a integrar artificialmente la norma complementaria como un elemento más del tipo penal (“lectura conjunta”) y, entonces, a admitir un “error de tipo” cuando el error recaiga en un elemento de la norma complementaria, y un “error de prohibición” cuando el error recaiga en la existencia de esta norma, presuponiendo que esto último tiene que ver con la “conciencia del

---

<sup>48</sup> Al respecto ver TIEDEMANN, citando jurisprudencia alemana y exigiendo, además, una interpretación restrictiva de las leyes penales en blanco, en “Temas...”, p. 67 y ss., 72 y s.; el mismo autor últimamente en “Wirtschaftsstrafrecht”, p. 55 y ss., esp. n.marg. 103, 108; PEÑA CABRERA, “Tratado...”, p. 181; ABANTO VÁSQUEZ, “El principio de certeza...”, p. 13 y ss., p. 24 y s.

injusto". Pero la doctrina actualmente dominante, que me parece la correcta, defiende una teoría "blanda" de la culpabilidad que vincula ambos casos (en su mayoría) con el "dolo"; luego el desconocimiento llevaría aquí a un "error de tipo", aunque la consecuencia de esto sea que, en caso de "evitabilidad del error", se llegue a la impunidad de algunas conductas debido a la usual inexistencia de tipos culposos en la legislación penal económica (vacío que debe llenar el legislador, como ha ocurrido en muchos casos en Alemania)<sup>49</sup>.

La legislación peruana sobre delitos económicos no presenta mayores problemas de "taxatividad". Por el contrario incluso tiende a la desprotección de los bienes jurídicos llegando a presentar características de un Derecho penal meramente simbólico en lo referido a los delitos económicos. En efecto, en lo que respecta a problemas de parte general el legislador penal peruano pocas veces ha hecho uso de la técnica de la "ley penal en blanco". Pero tampoco ha previsto tipos culposos que, como ya se ha visto, ayudan a cubrir vacíos de punibilidad en casos de "error de tipo". Y tampoco emplea la técnica del *delito de peligro* ni elimina elementos subjetivos innecesarios en los tipos penales, tal como la doctrina especializada exige desde hace mucho<sup>50</sup>. En particular, pese a la "mala fama" que han tenido los tipos de "peligro abstracto" (acusada de violar el "principio de lesividad"), dicha crítica no debe extenderse a todos los tipos de peligro<sup>51</sup>; tanto la técnica del "peligro concreto" o la de la "idoneidad" tienen un contenido de "lesividad": en el primer caso, un

---

<sup>49</sup> Ver, c. más ref., ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 129 y ss.; también, extensamente, TIEDEMANN, "Temas...", p. 92 y ss., 114 y ss.; ídem, "Derecho penal y nuevas formas de criminalidad", p. 38; últimamente en "Wirtschaftsstrafrecht", p. 112 y s., n. marg. 225 y s.

<sup>50</sup> Sobre esta problemática ver ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones", p. 114 y ss.

<sup>51</sup> Debe aclararse que, según la doctrina que manejo, el "peligro concreto" (o la "lesión") no deben referirse a los "bienes jurídicos", pues no se puede exigir a estos un menoscabo en términos naturalísticos, sino una mera "afección" en términos normativos. La "lesividad" debe ser referida, más bien, a los "objetos" del bien jurídico, o sea aquellos intereses que "representan" a los bienes jurídicos en el campo concreto de las relaciones sociales: la vida de un individuo, sus bienes, su honor, el patrimonio de una empresa, etc. La "afección del bien jurídico", en el sentido de "negación de su vigencia" (y no de la norma), se produce a través de la "lesión" o "puesta en peligro" de los objetos. Ver sobre esto ABANTO VÁSQUEZ en "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 50 y ss.; últimamente en "Acerca de la teoría de bienes jurídicos" (próxima publicación).

peligro realmente creado por la conducta típica para determinados objetos, en el segundo, la verificación de una peligrosidad de la conducta para causar un peligro concreto<sup>52</sup>. El legislador penal peruano ha preferido (en muchos casos innecesariamente) la técnica del “peligro concreto” e incluso de la “lesión”. Por ejemplo se exige peligro concreto en vez de mera “aptitud” en el delito de “fraude crediticio” (art. 247: “obtención” del crédito, en vez de la mera “solicitud”), la producción de retiros masivos de depósitos, en vez de la mera aptitud en el delito de “pánico financiero”, (art. 249), la obtención de beneficios o evitación de perjuicios económicos, en vez de mera “aptitud”, en el “abuso de información privilegiada” (art. 251-A), la causación en vez de “aptitud” en la “contaminación ambiental” (art. 304). Y se incluyen elementos subjetivos innecesarios en el delito de “abuso de poder económico” (art. 232: intención de restringir la competencia).

La descriminalización efectiva de los delitos económicos no solamente puede producirse a través de la mala técnica penal, también puede ser producto de de la mala configuración de la *accesoriedad administrativa*, cuando a través de ésta las normas complementarias extrapenales se opongan a la persecución efectiva de los delitos económicos. Así, las normas complementarias podrían incluir en el tipo penal elementos difíciles de probar, y/o condicionar la persecución penal al cumplimiento de una serie de requisitos previos<sup>53</sup>. La vinculación entre la persecución penal y la extrapenal que en otro lugar denominé, de manera general como “actuación administrativa previa”<sup>54</sup>, puede darse de diversas formas. En el Derecho penal económico peruano se encuentran las siguientes:

- a) Necesidad, para el inicio de la persecución penal, de una previa *denuncia* por parte de un órgano extrapenal. En el Perú p. ej. los delitos tributarios graves se persigue recién a través de la denuncia presentada por la Superintendencia Nacional Tributaria (art. 7, D. Leg. 813); o el “abuso de poder económico” solamente se persigue por denuncia previa del Instituto de Defensa de la Competencia y la

---

<sup>52</sup> Ver al respecto ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico”, 1997, p. 120 y s.

<sup>53</sup> Esta constatación ya la había hecho antes en, “El principio de certeza”, p. 29, 32 y ss.

<sup>54</sup> Ver ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, p. 192 y ss.

Propiedad Intelectual (art. 232 C. P. concordado con el art. 19 D. Leg. 701).

- b) Necesidad de un *informe técnico* del órgano extrapenal como requisito indispensable para el “inicio” de la persecución penal de tal manera que sin el cumplimiento de esto el proceso deviene en nulo. P. ej. en los delitos contra la propiedad industrial (3ra. disposición complementaria, D. Leg. 823); delitos mal llamados “contra el sistema crediticio” (en realidad “delitos de quiebra”) de los arts. 209 y ss. C. P. (9na. disp. final Ley 27146); en los delitos ecológicos (art. 1, Ley 26631); en una serie de delitos realizados en el marco de la lucha competitiva y con contenido de competencia desleal (aunque algunos propiamente no lo sean) como la violación del secreto profesional (art. 165), apropiación indebida (art. 190), publicidad engañosa (art. 238), fraude comercial (art. 239), actos de competencia desleal (art. 240) y otros que ya tienen cláusulas similares en la ley especial (delitos contra los derechos de autor y la propiedad industrial) (art. 32, D. L. 26122).
- c) Necesidad del *informe técnico* dentro del proceso penal, antes de la acusación fiscal, sin condicionar el “inicio” del proceso, es decir como un elemento más que debe tener en cuenta el Juez en su valoración. P. ej. en el caso de los delitos contra los derechos de autor (1ra. disposición final, D. Leg. 822); delitos financieros (e incluso otros cometidos por funcionarios de empresas bancarias y aseguradoras) (4ta. disp. final y transitoria, Ley 26702).

En la práctica judicial peruana, estos requisitos “escondidos” en leyes tan especializadas fueron inicialmente obviados en los pocos casos que fueron materia de un proceso penal; pero luego, al observarse su vigencia han sido entendidos de manera tan defectuosa que no pasan de ser meras formalidades, aunque, como es fácil de deducir, podrían llevar incluso a la nulidad de los procesos.

El peligro de esta “accesoriedad administrativa” está en que, por un lado, como se ha visto, puede llevar a cambiar la “decisión político-criminal” del legislador penal<sup>55</sup> y, por otro, es difícilmente compatible con

---

<sup>55</sup> Ver ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Consideraciones...”, p. 194 y s.; también “Derecho penal económico. Parte especial”, p. 71, 496 y ss.

el principio de “legalidad procesal” que exige la exclusividad del Ministerio Público para el inicio de los procesos penales. Las pocas excepciones previstas en la misma ley penal deberían, en principio, estar reservadas a las “víctimas” del delito y no a la administración<sup>56</sup>. Pero aquí también está en juego algo más que principios estrictos del Derecho penal, pues existe un atentado contra la “reserva” de la ley penal, con las consecuencias para el sistema democrático: la decisión político-criminal del legislador en cuanto a la persecución de un delito y a la forma cómo quiere hacerlo, adoptada en la ley penal (que debería ser además siempre emitida por el Parlamento), no tiene por qué ser cambiada en una norma extra-penal<sup>57</sup>.

Por cierto que esto no quiere decir que deba rechazarse toda vinculación entre la persecución penal y el Derecho administrativo. La coordinación entre ambas áreas es imprescindible para evitar problemas de duplicidad de sanciones (“ne bis in idem”), “división de la norma” (distinta interpretación de los conceptos por el juez penal y la autoridad administrativa), así como para mejorar el efecto preventivo-general de las normas. Esta necesaria vinculación entre el Derecho penal y el administrativo se basa por cierto en el previo reconocimiento de que básicamente existiría solamente una *diferencia cuantitativa* entre la infracción administrativa y la penal: en ambos casos se trata de atentados contra bienes jurídicos que, como respuesta, llevan a restricciones de derechos individuales de los infractores, impuestas por un órgano con ejercicio legítimo del *ius puniendi*<sup>58</sup>. Entonces, cuando se decida reforzar la

---

<sup>56</sup> En los mal llamados “atentados contra el sistema crediticio” (delitos de quiebra) de los arts. 209 y ss. C. P. peruano se ha dado una solución aceptable. Aquí se exige la persecución por acción privada del perjudicado y, si éste no denunciara, puede denunciar la autoridad administrativa; además se exige un informe técnico de esta autoridad administrativa previo al ejercicio de la acción penal (9na. disp. final Ley 27146).

<sup>57</sup> He tratado este acuciante problema del Derecho penal peruano en el artículo: “Principio de reserva de la ley penal versus autoritarismo estatal”, Revista Peruana de Ciencias Penales, n° 13 (junio 2003), p. 197 y ss.

<sup>58</sup> Tal diferencia cuantitativa deriva de la misma protección que ambas disciplinas jurídicas otorgan al bien jurídico. Pero eso no quiere decir que también sea meramente “cuantitativa” la diferencia entre la “sanción administrativa” y la “sanción penal”. Aquí sí hay una diferencia con un contenido “cualitativo”: el “reproche ético-social” de la sanción penal (no es lo mismo ser considerado “delincuente” que “infractor administrativo”, tanto por el mayor recorte de libertades que importa la pena, como

protección administrativa mediante una "protección penal", esta última debería restringirse a los casos más graves (principios de mínima intervención y de fragmentariedad) y no debería vincularse a una evaluación previa, y menos aún a una decisión previa, por parte de la administración.

Tampoco resulta indeseable la intervención del Derecho extrapenal en el proceso penal a través de informes o testimonios. Es más, ello puede ser imprescindible para ilustrar mejor al juez y ayudarlo en su interpretación del contenido penal de las conductas penales investigadas. Pero esto tiene que regularse de mejor manera, tanto en cuanto a las exigencias técnicas al contenido de los informes como a las posibilidades de los testimonios, y no deben pasar de constituir solamente un medio de prueba.

Finalmente también se necesitaría una distinción más clara entre el ilícito administrativo y el ilícito penal, distinción que puede desprenderse ya de la misma regulación penal<sup>59</sup>. En algunos casos, podría ser útil la técnica de las "cuantías" y no una mera cláusula abierta de "gravedad". Esto último se ha empleado en el tipo penal peruano de "abuso de poder económico" con el elemento adicional, agregado por la norma extrapenal, de que la conducta produzca "graves consecuencias para el interés económico general" (art. 19, D. Leg. 701, mod. D. Leg. 807)<sup>60</sup>.

### 5.- Tipos penales específicos

En adelante se hará una revisión somera de algunos de los tipos penales más estrechamente vinculados con la economía de mercado. Por razones de tiempo y espacio, no entrarán en el análisis otros tipos penales que, si bien podrían también considerarse dentro del Derecho penal económico, no guardan una relación tan estrecha con la economía de

---

también de la tradicional percepción de ella por parte de los ciudadanos); ver c. más ref. ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 77, "Derecho de la libre competencia", p. 81. En cambio sostiene una diferencia "cualitativa", recientemente, LASCURAÍN, p. 610 y ss.

<sup>59</sup> Ver también al respecto "Derecho penal económico. Consideraciones...", p. 186 y ss., esp. 188 y s.

<sup>60</sup> Propuestas que ya he realizado en "Derecho penal económico. Parte especial", p. 65 y ss., 70, p. 474, 496.

mercado y pueden también encajar en cualquier otro tipo de economía: delitos tributarios, delitos contra los consumidores, delitos contra el ambiente, etc.

## 5.1 Delitos contra la competencia

### 5.1.1 Delitos contra la libre competencia

El legislador peruano ha reconocido a la “libre competencia” (económica) como instrumento básico de la economía de mercado y como bien necesitado de una adicional protección legal. Con ello se ha hecho eco de la doctrina y parte de la legislación extranjeras que han destacado la importancia económica (bienestar general) y política (máximo desarrollo posible de la libertad individual) que trae consigo el correcto funcionamiento del mecanismo de la libre competencia<sup>61</sup>. En una economía de mercado, tal como ha demostrado la experiencia, no se puede dejar todo al libre juego de la oferta y la demanda si, previamente, no se dispone de reglas básicas que deben ser respetadas por todos los agentes económicos. Históricamente se ha visto que, por distintas razones, los mercados tienden a la concentración de empresas y al abuso de poder de los más fuertes. Se debe garantizar, por ello, la “libertad” de competir a todos los agentes económicos en aquellos sectores del mercado, donde tal “libre competencia” sea posible y deseable<sup>62</sup>.

La protección legal primaria se ha dado, lógicamente, en el Derecho extrapenal, en donde ha surgido así un área jurídica altamente especializada: el Derecho de la libre competencia (o Derecho Antitrust en los EE. UU.). Como se trata de una materia muy compleja y dinámica (la valoración de algunos ilícitos ha cambiado con el tiempo), hace bien el legislador penal en recurrir a la técnica de la “ley penal en blanco”.

---

<sup>61</sup> TIEDEMANN, “Kartellrechtsverstöße...”, p. 104; c. más ref. en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Parte especial”, p. 27; “Derecho de la libre competencia”, p. 37 y ss.

<sup>62</sup> En cuanto a los conceptos básicos que justifican la protección legal (y eventualmente penal) de la libre competencia, véase, c. más ref. ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho de la libre competencia”, Lima, 1998, especialmente, p. 26 y ss. (finalidad de la protección), p. 37 y ss. (sanción penal de las prácticas restrictivas de la competencia), p. 110 y ss. (ámbitos de excepción), etc.

En ello ha estado acertado el legislador penal peruano. Así, en el art. 232 C. P.<sup>63</sup>, bajo una terminología un poco confusa, hace una remisión en bloque a la “ley de la materia” para la precisión de dos grupos de delitos: “abuso del poder monopólico u oligopólico” (es más exacto el término “abuso de poder dominante en el mercado”) y “prácticas y acuerdos restrictivos” (“prácticas colusorias” o “acuerdos de cártel”). La ley de la materia es, en este caso, el D. Leg. 701 (modificado por el D. Leg. 807 de 18 de abril de 1996), el cual, en sus arts. 5 y 6 hace un listado de los ilícitos administrativos, y en el art. 19 señala cuáles de aquellos pueden ser materia de un proceso penal y bajo qué condiciones. Como resultado final de una interpretación coordinada entre el tipo penal y la ley administrativa se tiene que aquél contiene la punibilidad de trece conductas distintas (3 de abuso de posición dominante y 9 de prácticas colusorias<sup>64</sup>: por un lado, la negativa injustificada de contratar, la discriminación abusiva, y la imposición abusiva de “cláusulas de atadura”, cuando son cometidas por empresas con “poder de dominio”, y por otro lado, además de las tres conductas anteriores cometidas por empresas (sin poder de dominio) que actúen “concertadamente”, también la fijación concertada de precios, el reparto concertado del mercado, la concertación sobre la calidad de los productos, el reparto concertado de cuotas de producción, la limitación o control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones, y la concertación de ofertas o abstención para ofertar en licitaciones, concursos, remates o subastas públicas.

Pero en esto el legislador peruano ha cometido una serie de faltas ilustrativas:

- a) Ha ido más allá de la mera “complementación” del tipo penal pues, a través de la norma extrapenal, ha agregado dos elementos más al

---

<sup>63</sup> *Artículo 232º: “El que, infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36”, incisos 2 y 4.”*

<sup>64</sup> Ver un análisis más detallado en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Parte especial”, p. 44 y ss.

tipo penal: un “dolo” (que sólo puede ser entendido como un “dolo especial”, pues el tipo penal ya era doloso) y un “grave perjuicio para el interés económico general” (que podría ser interpretado como una “cuantía” o como una mera “idoneidad”). Ambos elementos restan posibilidades de aplicación práctica al tipo penal<sup>65</sup>.

- b) Ha condicionado la persecución penal a una “denuncia previa” del órgano administrativo (art. 19 D. Leg. 701 in fine). Esto atenta claramente contra el principio de “legalidad procesal”, pues la acción penal para la persecución de los delitos solamente recae en el Ministerio Público. Los casos en que esta persecución penal esté “mediatizada” (no es posible directamente) deberían estar contenidos en la ley penal. Que sea la administración la que decida cuándo puede perseguirse penalmente un delito de “abuso de poder económico”, es aberrante e inconstitucional<sup>66</sup>.
- c) La falta de coordinación entre el legislador penal y el extrapenal sale a relucir, de la manera más evidente, cuando, a través del “llenado” del art. 232, se hace posible la punibilidad de un supuesto típico de cártel punible (“el establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas o de las abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas”) que ya estaba previsto anteriormente en el art. 241, numeral 3 (“concertación entre sí para alterar el precio en un remate público, una licitación pública o un concurso público de precios”). Ante esta grave falta legislativa, la salida por la vía interpretativa es posible pero insatisfactoria: el art. 241, numeral 3 podría referirse solamente a las concertaciones referidas *directamente* a los “precios” ofrecidos en concursos, subastas y licitaciones públicas, dejando como “abuso de poder económico” las concertaciones referidas a otras materias (calidad, cantidad, retiro del concurso, etc.), así influyan indirectamente en los precios<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> Anteriormente he propuesto interpretar el elemento “grave perjuicio” en el sentido de una “idoneidad” de las conductas típicas para producir “graves consecuencias para el interés económico general”; ver “Derecho penal económico. Parte especial”, p. 66 y s.

<sup>66</sup> C. más ref. ver ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Parte especial”, p. 71

<sup>67</sup> Ver ya anteriormente en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Parte especial”, p. 95 y s.

En el caso de las "licitaciones y concursos", se trata de *procesos de competencia para la contratación con el Estado* que la ley debe proteger. En este caso no solamente se protege un proceso de competencia concreto (durante una subasta, un concurso público o una licitación pública), sino también los intereses de la propia administración pública. Por eso se suele hablar aquí de un bien jurídico tutelado sui generis conocido como "la pureza del proceso de subastas y concursos"<sup>68</sup>.

El nuevo tipo penal peruano del art. 241<sup>69</sup> cubrió un gran vacío de la legislación penal peruana, pues las conductas fraudulentas de este tipo siempre han causado graves distorsiones en la economía, pese a lo cual, el C. P. de 1924 no previó su persecución penal. Por cierto que algunos casos podían (y pueden aún) ser abarcados por otros tipos penales. Así, la amenaza ejercida para no participar en una subasta, concurso o licitación (numeral 2) es también un supuesto de coacciones (art. 151), pero va más allá de éste pues reprime ya la "tentativa" (el "intento") como delito consumado. Lo que sí es criticable de art. 241, aparte de su superposición con el art. 232 que ya se mencionó, son sus vacíos. Por un lado en el primer supuesto debería ser más precisa la acción típica, pues no solamente debe reprimirse al que solicita o acepta sobornos "para no tomar parte" en concursos, licitaciones o remates públicos, sino también al quien, ya está participando o que incluso ya ha ganado la buena pro. Este último caso podría ser incluso una modalidad independiente, es decir, desvincularse de un soborno, pues en la práctica se ha comprobado el retiro fraudulento de una adjudicación ya obtenida<sup>70</sup>. Además de esto

---

<sup>68</sup> Ver más referencias en ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 80 y s.

<sup>69</sup> Artículo 241º: "Serán reprimidos con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa quienes practiquen las siguientes acciones:

1.- Solicitan o aceptan dádivas o promesas para no tomar parte en un remate público, en una licitación pública o en un concurso público de precios;

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

3.- Conciertan entre sí con el objeto de alterar el precio.

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

<sup>70</sup> C. más ref. ver ABANTO VÁSQUEZ, "Derecho penal económico. Parte especial", p. 78 y s.

podría preverse un tipo penal específico dirigido a los funcionarios públicos que favorecen a postores en épocas previas incluso a la misma convocatoria y no solamente el vigente y deficiente art. 384 que se refiere a la llamada “colusión ilegal” (o fraude en la contratación estatal) como delito especial de los funcionarios públicos en una etapa posterior al concurso y tratativas previos<sup>71</sup>. Finalmente, una correcta interpretación del tipo penal tiene que considerar la “remisión interpretativa” a las normas extrapenales. En este caso se trata de la “Ley de contrataciones y adquisiciones del Estado, ley ° 26850 (publicada el 03-08-1997), en la cual se distinguen distintos casos de contratación con el Estado, así como excepciones al requisito del concurso público (contratación directa)<sup>72</sup>.

En Alemania, con la reforma de 1998 se ha introducido un tipo penal de “acuerdos restrictivos contra la competencia en las licitaciones” (art. 298 StGB) que allá, junto con la “corrupción privada”, forma parte del grupo de delitos contra la competencia<sup>73</sup>. La necesidad de introducir este tipo penal se hizo patente ante la imposibilidad práctica de recurrir al tipo tradicional de “estafa” para reprimir los innumerables casos que conmovieron a la opinión pública durante décadas. Pese a descubrirse casos de favorecimiento descarado a algunas empresas en distintos ramos de la industria, sobre todo de la construcción, los procesos penales acababan en archivamientos debido a que no se podía probar la presencia del elemento “perjuicio patrimonial” pues, por su naturaleza, las prestaciones que se dan a la administración pública suelen tener un carácter

---

<sup>71</sup> Según mi interpretación, el tipo penal del art. 384 solamente sería aplicable cuando el funcionario público actuase en el contrato mismo con el ganador del concurso o licitación o en etapas posteriores de modificaciones, ajustes y ejecución del contrato; en cambio, el funcionario público puede ser autor del segundo supuesto del art. 241 o partícipe del tercer supuesto; ver esta propuesta anteriormente en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Parte especial”, p. 90, 93 y s.

<sup>72</sup> Ver al respecto un análisis amplio en ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Parte especial”, p. 84 y ss.

<sup>73</sup> Art. 298 StGB, primer párrafo (traducción libre): “*Quien, en una licitación pública sobre bienes o prestaciones comerciales, dé una oferta que se base en una concertación antijurídica dirigida a que el organizador acepte una determinada oferta, será penado con privación de la libertad de hasta cinco años.*”

particular, o sea no existe un “mercado paralelo” que pueda demostrar el costo “justo”, “competitivo”<sup>74</sup>.

En Chile la protección penal de la libre competencia que surgió con el Decreto Ley N° 211 de 1973 y la consecuente jurisprudencia (por lo menos hasta los años 80) fue considerada en el extranjero como modelo de efectividad pues, pese a que sus normas eran exageradamente amplias, la jurisprudencia de las autoridades chilenas restringió sus alcances y construyó toda una base dogmática garantista que, por sus resultados, se acercaba al Derecho Antitrust norteamericano (incluyendo, entre otros, el reconocimiento de la “competencia” como objeto de protección, la sanción de las personas jurídicas y un control de procesos de concentración)<sup>75</sup>. Posteriormente parece haber decaído el interés en la protección del bien jurídico hasta llegar a la descriminalización efectiva de las conductas (algo que en la práctica ya se habría producido) en la nueva disposición legal que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Ley N° 19.911 de 14-11-2003)<sup>76</sup>. Para los fraudes de subastas se tiene al artículo 287 del C. P., similar a la segunda modalidad prevista en el art. 241 del C. P. peruano: el alejamiento de postores de una “subasta pública” mediante “amenaza” o cualquier otro “medio fraudulento” con la finalidad de “alterar el precio de las cosas”. Aparte de lo restringido que es este tipo penal (y en cuanto a esto le aquejan los mismos problemas que al tipo peruano), presenta también el inconveniente de tener un elemento subjetivo (la finalidad de alterar el precio de

---

<sup>74</sup> La sanción de los “cárteles de licitación” era hasta la reforma meramente administrativa, pues los intentos de subsumir de las conductas bajo el tipo penal de “estafa” fracasaban ante la ausencia del elemento “perjuicio patrimonial”; ver al respecto, entre otros, TIEDEMANN, *Leipziger Kommentar*, 11ra ed., art. 298, n. marg. 4 y ss., p. 130 y s.; BANNENBERG, p. 22 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho de la libre competencia”, p. 123 y ss.; ídem “Derecho penal económico. Parte especial”, p. 81.

<sup>75</sup> Ver refs. y un análisis amplio de esta ley y la jurisprudencia chilenas en ABANTO VÁSQUEZ, “El Derecho de la libre competencia”, p. 324 y ss., 340 y s. La crítica se refiere precisamente a los tipos excesivamente indeterminados de la ley, pero también a la falta de una imposición efectiva de verdaderas penas; ver HERNÁNDEZ BASUALTO, p. 126; igualmente, ABANTO VÁSQUEZ, “El Derecho de la libre competencia”, p. 341.

<sup>76</sup> Ver HERNÁNDEZ BASUALTO, p. 125 y s.

las cosas) que, como se conoce desde hace tiempo en la doctrina, es innecesario y, por lo demás, casi imposible de demostrar<sup>77</sup>.

### 5.1.2 Delitos contra la leal competencia

En el Derecho extrapenal se reconoce que la “competencia” tiene dos aspectos: el de la “libertad”, entendido como derecho a y deber de competir, y el de la *lealtad*, es decir, un deber relacionado con *la forma cómo* debe realizarse la competencia. Luego, pueden existir formas y métodos prohibidos por constituir “competencia desleal” en contra de los demás competidores y de los consumidores.

En el área extrapenal, después de una larga evolución histórica, se ha llegado a cimentar una disciplina autónoma del Derecho encargada de la protección legal de la “leal competencia”. Y en ello ha quedado claro que tal protección no solamente interesa a las empresas competidoras, sino también a los consumidores. Luego, la protección no es ahora una cuestión meramente privada (problema entre los competidores), sino ha pasado a obtener carácter público pues con ella se quiere preservar un mercado competitivo (“modelo social”) en beneficio de todos<sup>78</sup>.

La importancia del bien jurídico no es suficiente, por cierto, para decidirse de lege ferenda por la criminalización de las conductas desleales; deberá tenerse en cuenta el merecimiento de pena de ellas para, siguiendo el principio de ultima ratio, criminalizar las más graves. Usualmente se afirma que reúnen esta característica la “publicidad engañosa” (debido a su potencialidad para atentar también contra los intereses de los consumidores) y la “denigración comercial”. La legislación y doctrina comparadas también se refieren al “espionaje industrial” y a la “revelación de secretos”. El merecimiento de pena no es igual para todas las conductas desleales; dependerá no solamente de los intereses involu-

---

<sup>77</sup> Como ya sostuve en otro lugar, pretender incluir un elemento subjetivo adicional en el sentido de “querer alterar el precio”, tal como pretende también parte de la doctrina española, pierde de vista que el bien jurídico supraindividual en juego es la “libre competencia” y no un sistema de precios; y como forma ya parte del “dolo”, en el supuesto analizado, el querer “excluir” a otros competidores, eso es suficiente para afirmar un injusto penal contra la libre competencia; ver “Derecho penal económico. Parte especial”, p. 91 y s.

<sup>78</sup> MOLINA BLÁZQUEZ, p. 50 y ss.; c. más ref. ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico. Parte especial”, p. 99 y s.

crados (usualmente es más grave cuando también se involucran los intereses de los consumidores que cuando solamente se trata de el de los competidores), sino también de las necesidades del país en el cual se realizan las conductas (no es lo mismo una sociedad industrializada que una en vías de desarrollo).

En el Perú, el legislador penal peruano ha escogido dos supuestos<sup>79</sup>: la *explotación de la reputación ajena* (numeral 1 del art. 240 C. P. equivalente al art. 14 del D. L. 26122) y los *actos de denigración* (numeral 2, equivalente al art. 11 del D. L. 26122), y ha previsto por separado, el delito de *publicidad engañosa* en el art. 238<sup>80</sup>. Han quedado como ilícitos administrativos (art. 15 del D. L. 26122) los casos de “revelación de secretos” y “espionaje industrial” que suelen ser considerados como más graves en la legislación y doctrina comparadas<sup>81</sup>. Una moderna tendencia prevé también la punibilidad de la “corrupción en el tráfico mercantil”, tal como se preveía en Alemania en el art. 12 de la UWG derogada y ahora llevado al mismo StGB alemán en el art. 299. Esto se analizará a continuación por separado.

La *publicidad engañosa* sí constituye un injusto penal grave, aunque su configuración es entendida de diversa manera en la doctrina y la

---

<sup>79</sup> *Artículo 240º: “Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa el que, en beneficio propio o de terceros:*

*1. Se aprovecha indebidamente de las ventajas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro.*

*2. Realiza actividades, revela o divulga informaciones que perjudiquen la reputación económica de una empresa, o que produzca descrédito injustificado de los productos o servicios ajenos.*

*En los delitos previstos en este artículo sólo se procederá por acción privada.”*

<sup>80</sup> *Artículo 238º: “El que hace, por cualquier medio publicitario, afirmaciones falsas sobre la naturaleza, composición, virtudes o cualidades sustanciales de los productos o servicios anunciados, capaces por sí mismas de inducir a error grave al consumidor, será reprimido con noventa a ciento ochenta días-multa.”*

*“Cuando se trate de publicidad de productos alimenticios, preservantes y aditivos alimentarios, medicamentos o artículos de primera necesidad o destinados al consumo infantil, la multa se aumentará en un cincuenta por ciento.”*

<sup>81</sup> Antes de la reforma española, MOLINA BLÁZQUEZ consideraba p. ej. que, en razón del principio de “mínima intervención”, deberían considerarse como delito, al lado de la publicidad engañosa y la denigración del competidor, la violación de secretos empresariales y el espionaje industrial; ver, p. 435 y s.

legislación comparadas. El C. P. peruano, a diferencia del art. 282 español, ha optado, implícitamente, por considerar este delito como un delito “contra la competencia” pues no exige que la conducta típica tienda a causar un perjuicio para los consumidores sino que se base en el empleo de una conducta publicitaria desleal (engañoso). Pero esto presenta dificultades para establecer una clara distinción entre el ilícito administrativo y el penal. Puede buscarse una diferenciación interpretativa restringiendo los alcances del tipo penal a través de algunos elementos: empleo de una “afirmación objetivamente falsa” (el ilícito administrativo admite también la “afirmación verdadera”), empleo de un medio publicitario dirigido a un “número indeterminado” de personas (y no cualquier forma de publicidad comercial), y una idoneidad de ésta para engañar a un “consumidor razonable” (el ilícito administrativo debería proteger de manera más amplia al “consumidor promedio”)<sup>82</sup>.

Pero resulta urgente introducir nuevos tipos penales contra la “revelación de secretos industriales y comerciales”. Tomando como modelo al C. P. español se pueden apreciar dos grupos distintos de conductas<sup>83</sup>:

1.- La *revelación de secretos de empresa* por quien está laboralmente vinculado a la empresa perjudicada o tenga un deber de reserva frente a ella (auditor, consultor, miembros de otra empresa con acceso al know-how de aquélla). Si bien hay consenso en que quien labora para una empresa tiene un “deber de sigilo” en relación con los secretos de aquélla, se discute la duración de ese deber después del cese en el puesto de trabajo. Se sugiere en la doctrina establecer un plazo de vigencia de dicho deber o, ligar el injusto de la revelación al hecho de que implique competencia desleal (p. ej. si se revela el secreto precisamente a una empresa competidora en el mercado).

La acción típica de “revelar”, “develar” o “descubrir” no necesita que se dirija a un extenso o indeterminado número de personas; para que se consuma el delito basta con que se ponga en conocimiento de otro el

---

<sup>82</sup> Al respecto, c. ej. y más ref. ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico”, 2000, p. 145 y ss.

<sup>83</sup> Ver sobre los tipos penales españoles que se explican resumidamente a continuación, c. más ref., entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN, “Derecho penal económico. Parte especial”, p. 69 y ss.; VALLE MUÑIZ, en Quintero, “Comentarios...”, p. 1255 y ss.

secreto, sin necesidad incluso de que éste lo haya entendido inmediatamente (pero debe existir la posibilidad de que lo haga) pues en ese caso ya se produjo el desvalor del acto (violación del deber de sigilo) y el desvalor del resultado (peligro para la capacidad competitiva de la empresa no basada en la mayor eficiencia del competidor). Estas conductas están previstas en el art. 279 C. P. español.

Adicionalmente se suele sancionar el *aprovechamiento* indebido del secreto cedido en principio legalmente (art. 280 C. P. español). P. ej. cuando se excede de la autorización dada por el titular, o incluso el aprovechamiento de secretos obtenidos ilegalmente por terceros, sin haber el primero participado en este último acto. También se puede pensar en una modalidad atenuada cuando el sujeto activo (ex-trabajador) aprovecha el secreto para sí mismo sin entrar en competencia con la empresa titular del secreto, pues aquí la capacidad competitiva de la empresa se ve menos perjudicada.

En ambos casos se suele exigir el ánimo de lucro o la intención de perjudicar al titular, a fin de limitar la persecución penal a los casos más graves<sup>84</sup>.

2.- El *espionaje industrial*, consistente en una conducta destinada, específicamente, a descubrir secretos industriales de una empresa utilizando terceros ajenos a ésta ("espías"). La conducta puede consistir en el apoderamiento de documentos, datos informáticos, etc. mediante cualquier medio (grabación de sonido, archivo electromagnético de datos, imágenes, etc.). La conducta típica se consume con el peligro (idóneo) de la conducta dirigida a descubrir el secreto. Obviamente, la conducta puede realizar también otros tipos penales comunes (daños, violación de domicilio). Esta modalidad está prevista en el art. 278 C. P. español.

## 5.2 Delitos de "corrupción privada" y "corrupción transnacional"

Los supuestos de *corrupción privada*<sup>85</sup> se asemejan al "cohecho" tradicional en cuanto a que se influye secretamente en una persona

---

<sup>84</sup> Esto es recomendado también por MOLINA BLÁZQUEZ, 1993, p. 422.

<sup>85</sup> Ver, c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, "Los delitos contra la administración pública...", p. 415 y ss.

cualquiera, en cuyas manos está la decisión de un asunto o que debe contribuir con sus esfuerzos o conocimientos acostumbrados a un resultado positivo esperado; pero esta persona no tiene la cualidad de “funcionario público”, sino en todo caso de un “funcionario privado” que actúa en el marco de cualquier actividad empresarial (un concurso de méritos, una competencia de calidades, una competencia deportiva, etc.). Una modalidad de esta figura es la que está estrechamente vinculada con los delitos contra la leal competencia: el soborno de empleados privados para obtener alguna información sobre la empresa para la cual trabajan (“soborno comercial” o “revelación de secretos”)<sup>86</sup>. La dañosidad de estas prácticas ha sido destacada en la doctrina<sup>87</sup>; la empresa afectada puede sufrir perjuicios de todo tipo, dependiendo del objetivo de la maniobra corruptora: si se sobornó al empleado para obtener condiciones favorables en la contratación, la empresa del sobornado podría recibir una contraprestación de menor calidad o pagar un precio superior al del mercado; si el soborno buscaba que el empleado revelara secretos empresariales, la afectada perderá el valor que estos secretos importen, etc.

En la *corrupción transnacional*<sup>88</sup> sí existe un acto de “cohecho activo” dirigido a un “funcionario público”, pero éste es un “funcionario extranjero” y, por lo tanto, por razones de territorialidad, suele ser impune según las legislaciones nacionales tradicionales. Como se suele señalar, la dañosidad de este tipo de corrupción estriba en sus implicancias político-sociales, pues no es raro que las empresas transnacionales elaboren su estrategia previendo partidas especiales para actividades corruptoras y se aprovechen de su poder para presionar y chantajear a la clase política de los países huéspedes. Además, como se ha reconocido, aquí no solamente se afecta al país del funcionario corrupto, sino también al país de quien realiza el acto de corrupción, pues su industria pierde confianza internacional, con la consiguiente afección del sistema competitivo nacional<sup>89</sup>. Especialmente escandalosa fue la situación en Alemania hasta antes de la reforma, pues incluso el Derecho

---

<sup>86</sup> C. más ref., ABANTO VÁSQUEZ, “Derecho penal económico”, 2000, p. 400 y ss.

<sup>87</sup> TIEDEMANN, “Welche strafrechtliche Mittel...”, p. C 63; remitiéndose al primero, DÖLLING, “Empfehlen sich Änderungen...”, p. C 27.

<sup>88</sup> Al respecto ver PIETH, p. 758 y ss.; más refs. en ABANTO VÁSQUEZ, “Los delitos contra la administración pública...”, p. 418 y s.

<sup>89</sup> Ver TIEDEMANN, “Poder económico y delito”, p. 65.

tributario permitía incluso deducir tributariamente a empresas nacionales que actuaran en el extranjero, aquellos "gastos" hechos en actividades corruptoras en el extranjero. Dado que los países menos desarrollados se encuentran presionados por el deseo de atraer capitales, usualmente no reprimen penalmente estas prácticas.

La legislación norteamericana, consecuente con la protección de la libre competencia, ha tenido una labor pionera en la lucha contra la "corrupción transnacional". Así, ya desde 1977 está vigente en los EE. UU. la "Foreign Corrupt Practices Act" que persigue penalmente en territorio nacional, entre otras conductas, los actos de corrupción de funcionarios llevados a cabo por ciudadanos norteamericanos incluso en el extranjero; y también se dirige esta figura contra la corrupción de funcionarios, políticos o candidatos políticos en el extranjero; es más, incluso se persigue a extranjeros que hayan cometido estas conductas en el extranjero en el marco de actividades competitivas de empresas norteamericanas (principio de los "efectos en el mercado nacional")<sup>90</sup>.

En Latinoamérica, la "Convención Interamericana contra la corrupción" de 29-03-1996, además de ocuparse de la corrupción nacional se refiere también a la "corrupción internacional" en su artículo VII. Los países firmantes se comprometen a luchar contra estos actos de corrupción desde el momento de su ratificación. En el caso peruano, la ratificación se ha dado el 24 de marzo de 1997. Sin embargo, hasta ahora ha incumplido con introducir los tipos penales pertinentes en el Código penal. Por cierto que, por otro lado, no se puede afirmar que la Convención misma haya dado un marco óptimo en la lucha contra la corrupción, pues no prevé un tipo legal de "corrupción de funcionarios privados", sino solamente la corrupción de funcionarios públicos por nacionales, residentes extranjeros y empresas domiciliadas en el país, relacionada con actividades de naturaleza comercial o económica<sup>91</sup>. Salta

---

<sup>90</sup> Al respecto ver ampliamente TIEDEMANN, "Delinquenzverhalten...", p. 32 y ss.; igualmente en "Poder económico y delito", p. 62 y ss.

<sup>91</sup> *Artículo VIII de la Convención: "Soborno transnacional: Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus*

a la vista que esta tipificación es menos completa que la norteamericana, pues por un lado se refiere solamente a actividades económicas y no también a las políticas (que indirectamente pueden tener por trasfondo un interés económico) y excluye los sobornos cometidos por extranjeros no domiciliados y los sobornos de nacionales o extranjeros, cometidos en el extranjero, pero con efectos para la competitividad en el mercado nacional. En todo caso, ni siquiera esta versión ligera de la lucha contra la corrupción privada ha sido llevada aún a la legislación peruana. En cambio, Chile sí ha introducido tal tipo penal en los arts. 250bisA y 250bisB del C. P. mediante la ley 19.829 de 08 de octubre de 2002.

Alemania también ha cumplido ya el compromiso de penar la “corrupción transnacional” que adquirió con la suscripción del “Convenio sobre la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos en el tráfico comercial internacional” de 17 de diciembre de 1997 (también suscrito e incumplido hasta ahora por el Perú). En 1998 se ha introducido la “Ley de lucha contra la corrupción internacional”, que prevé tipos de cohecho activo a funcionarios públicos extranjeros de cualquier país del mundo (no solamente de los países signatarios del Convenio), con el objeto de que este funcionario ayude al interesado a conseguir o mantener un contrato en el tráfico comercial internacional o cualquier otra ventaja injusta. Por otro lado, con la reforma de 1997 Alemania también ha cumplido con mejorar sus tipos penales contra la “corrupción privada”. Así se han trasladado las figuras penales, que antes estaban en el art. 12 de la “Ley contra la competencia desleal” (actos de corrupción de funcionarios privados y particulares de manera paralela al cohecho pasivo y activo de funcionarios públicos) al art. 299 y 300 del StGB (“cohecho pasivo y activo en el tráfico comercial”)<sup>92</sup>. Estos “nuevos” tipos penales se refieren a “atentados contra la competencia”<sup>93</sup>.

---

*funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial...*

<sup>92</sup> Art. 299 StGB (traducción libre): “(1) Quien como empleado o encargado de una empresa comercial, en el tráfico comercial, exija, se haga prometer o acepte una ventaja para sí o para un tercero como contraprestación de que favorezca de manera desleal a otro en la competencia de la adquisición de bienes o prestaciones comerciales, será penado con privación de la libertad de hasta 3 años o con multa”.

(2) Igualmente será penado quien, en el tráfico comercial con fines de competencia, ofrezca, prometa u otorgue a un empleado o encargado de una empresa comercial una ventaja para éste o un tercero como contraprestación de que prefiera a éste o a otro, de manera desleal, en la adquisición de bienes o de prestaciones comerciales.”

Ambos casos de "corrupción" coinciden en muchos elementos de la conducta típica y, expresa o tácitamente, presuponen su comisión a través de empresas y en el marco de la lucha competitiva entre ellas. Pero mientras que el tipo de "corrupción privada" se orienta claramente a proteger la "lealtad de competencia", en la "corrupción transnacional" destaca también, con igual o mayor rango que la protección de la lealtad de competencia, la protección del "funcionamiento de la administración pública".

### 5.3 Tipos penales independizados de la "estafa" y otros

En una sociedad moderna, las formas de ataque a la propiedad individual se han sofisticado tanto como las mismas formas de propiedad. Es así que ahora interesa, además de proteger la propiedad misma, proteger también el funcionamiento normal de un "sistema" de organización de la propiedad que se considera beneficioso para la economía. En tal sentido, una economía de mercados conoce un "sistema crediticio" encargado de poner a disposición de los usuarios (individuos o empresas) los capitales necesarios para llevar a cabo determinada inversión económica: desde un mero consumo individual hasta una actividad empresarial. Pero también en una sociedad compleja, no se puede prescindir de los "seguros" para cubrir riesgos de todo tipo. Adicionalmente, ya de manera más característica en la actividad económica, están los sistemas de "subvenciones" y de "inversión de capitales", en los que resulta importante que no se abuse de tales sistemas para que puedan cumplir con su finalidad económica: en las subvenciones, la ayuda a determinada actividad empresarial considerada imprescindible; en la inversión de capitales, el funcionamiento de un sistema de inversiones que se considera indispensable en una economía capitalista que garantiza la disponibilidad de capitales a las empresas participantes.

---

(3) *Los párrafos 1 y 2 rigen también para acciones de competencia en el extranjero.*"

<sup>93</sup> Se buscaba con esto evidentemente una mayor efectividad preventivo-general ante la constatación del incremento de la corrupción en el sector empresarial; al respecto, c. más ref. DÖLLING, "Empfehlen sich...", p. C 24; BANNENBERG, p. 25 y s.; TIEDEMANN, c. más ref., Leipziger Kommentar, art. 299, p. 157 y ss.

El **fraude crediticio** (art. 265b StGB) es uno de las figuras punibles que más emparentadas están con el tipo básico de la “estafa”. Según la legislación alemana la acción típica consiste en la presentación de una “solicitud de crédito” ante una empresa o negocio, que contenga un engaño (proporcionar datos económicos incorrectos o no comunicar cambios económicos negativos de la solicitante) que resulte relevante para el otorgamiento, la modificación o prórroga de un crédito a una empresa, negocio reales o ficticios. Para algunos se trata aquí solamente de la protección del patrimonio de los otorgantes de créditos en un campo previo a la “estafa”, no de la protección de un bien jurídico colectivo como el “funcionamiento del sistema crediticio”<sup>94</sup>. Y tal protección adicional no estaría justificada dado que no se atacaría a la “confianza” como elemento constitutivo del sistema crediticio y las instituciones crediticias podrían protegerse por sí mismas<sup>95</sup>.

En el C. P. peruano, se encuentra la protección del “sistema crediticio” en el título X de la parte especial (“delitos contra el orden financiero y monetario”). Hasta antes del C. P. actual (vigente desde 1991), solamente se tenía los tipos de estafa; a partir de la vigencia del art. 244 se pasa a proteger directamente el “sistema crediticio”; es decir, no importa ya la verificación de un perjuicio económico inmediato para una institución bancaria, pues la afección se dirige al colectivo mediante conductas reprochables que distorsionan su funcionamiento. En los tipos se emplean ciertamente conceptos imprecisos como: “persona vinculada a accionistas de la institución” en la “concentración crediticia” (art. 244), aprobación de créditos “por encima de los límites legales” (art. 244), “captación habitual” de créditos; pero estos elementos abiertos implican remisiones interpretativas que no impiden su interpretación empleando la legislación administrativa pertinente.

En el caso del **fraude de subvenciones**, la doctrina alemana está dividida. Para unos, se trata de un tipo penal que, de manera especial en relación con el tipo genérico de “estafa”, protege el “patrimonio públi-

---

<sup>94</sup> En cambio sí afirma la existencia de tal bien jurídico TIEDEMANN, c. más refs. en Leipziger Kommentar, § 265b, n. marg. 9. Para LENCKER/PERRON se trataría tanto de la protección del “patrimonio” de los otorgantes de créditos como del “funcionamiento del sistema crediticio”, ver en Schönke/Schröder, n. marg. 3, p. 2160.

<sup>95</sup> HEFENDEHL, “Kollektive Rechtsgüter...”, p. 260 y ss., 264, 387 y s.

co”<sup>96</sup>. Para otro sector importante, se trataría de proteger “la libertad de planeamiento y de disposición” del otorgante de la subvención (soberanía en la planificación del patrimonio) o la “promoción de la economía”<sup>97</sup>. El tipo penal alemán (art. 264, primer párrafo, StGB) adelanta la punibilidad, en relación con el tipo común de estafa, en cuanto a que<sup>98</sup>:

- 1.- La acción típica consumada consiste básicamente en la mera “acción de engaño”: proporcionar datos incorrectos o incompletos “ventajosos” que resulten relevantes para el otorgamiento de la subvención o dejar en desconocimiento del otorgante de hechos relevantes para el otorgamiento de la subvención, junto al uso indebido (distinto de la finalidad subvencionada) de bienes o dineros en contra de la obligación impuesta por el otorgante, y el uso de certificados de subvención obtenidos bajo la acción de engaño;
- 2.- Se sanciona también la “imprudencia grave” en los 3 primeros supuestos(art. 264, 4to. párrafo StGB).

Pero existe un sector crítico que observa que la conducta de presentar datos incorrectos, por sí misma, no podría atentar contra la “soberanía de planeamiento” o el “patrimonio” del otorgante de las subvenciones<sup>99</sup>. Luego, más coherente sería, según esta posición, si se quisiera admitir un bien jurídico colectivo, que éste consistiera en la

---

<sup>96</sup> Ver c. más refs. LENCKNER/PERRON en Schönke/Schröder, p. 2119 y s., n. marg. 4.

<sup>97</sup> Así TIEDEMANN, c. más refs., Leipziger Kommentar, § 264, n. marg. 3, 11, 14; c. más refs. GAEDE, quien también cita doctrina que admite ambos bienes jurídicos, p. 190 y ss.

<sup>98</sup> Art. 264 StGB, primer párrafo (traducción libre): “Será penado con privación de la libertad de hasta cinco años o multa quien:

- 1.- frente a una autoridad competente para el otorgamiento de una subvención o frente a otra oficina o persona que intervengan en el procedimiento de la subvención (otorgantes de la subvención) proporcione, sobre sí mismo o terceros, datos incorrectos o incompletos, que sean ventajosos para él o para otro, sobre hechos relevantes para la subvención”,
- 2.- en contra de las disposiciones jurídicas sobre el otorgamiento de subvenciones, no haga conocer al otorgante de la subvención de hechos relevantes para ésta, o
- 3.- emplee, en un procedimiento de subvenciones, un certificado que contenga derechos de subvención o se refiera a hechos relevantes para la subvención, y que haya sido obtenido proporcionando datos falsos o incompletos...”

<sup>99</sup> Así, SCHÜNEMANN, “Das Rechtsgüterschutzprinzip...”, p. 150.

“funcionabilidad del sistema de subvenciones”. Sin embargo, continúa la crítica, el sistema de subvenciones, a diferencia de otros sistemas (como en el caso de las inversiones), no se basaría en una “confianza constitutiva”: el ataque no se puede dirigir a esta confianza, pues el sistema de subvenciones funcionaría de todos modos, con o sin confianza de parte de los destinatarios<sup>100</sup>. Y si se tratara incluso de tal bien jurídico, tras un análisis sistemático en comparación con tipos que protegerían bienes jurídicos similares, habría una desproporción a favor del primero, pues la protección penal sería incomprensiblemente demasiado amplia<sup>101</sup>. En contra de esta posición se puede afirmar, no obstante, que la desproporción legislativa no es exclusiva de estos casos, sino se puede encontrar en otros; incluso en delitos clásicos como en los delitos contra la vida y la propiedad se puede encontrar que, a veces, la protección de la propiedad es más amplia que la de la vida o la libertad. Así, es discutible si la protección penal de la “libertad sexual” o de la “vida humana dependiente” realmente no debe ser mayor aún, en comparación con la protección que se da a la propiedad. El argumento de la “desproporcionalidad de la protección” no ataca al bien jurídico colectivo por sí mismo, sino a la configuración de la protección penal; y eso puede discutirse. En cambio el argumento de la falta del elemento constitutivo de “confianza” sí pone en duda la autonomía de un bien jurídico del “sistema de subvenciones”, pero esto depende de si se admite previamente tal elemento “confianza” como “constitutivo” de tal bien jurídico colectivo.

Independientemente de esta discusión, en la práctica es problemático fijar los alcances del tipo penal, sobre todo en lo que se refiere a la primera modalidad (art. 264, primer párrafo, numeral 1). Se discute cuál podría ser la interpretación correcta del elemento “ventajoso” en los datos presentados en la solicitud de subvención. Para la jurisprudencia, el legislador habría querido proteger a la autoridad subvencionadora de cualquier desviación errónea de las subvenciones y, por lo tanto, sería

---

<sup>100</sup> En ese sentido, HEFENDEHL, “Kollektive Rechtsgüter...”, p. 376 y ss., 392; igualmente SCHÜNEMANN, “Das Rechtsgüterschutzsprinzip...”, p. 150. HEFENDEHL duda incluso de si es necesaria la protección penal y si bastaría incluso con que la propia autoridad prevea medidas protectoras de su propio patrimonio.

<sup>101</sup> Ver las críticas de SCHÜNEMANN, tras una comparación con la “confianza” en el funcionamiento de la administración de justicia de los tipos de “falso juramento” (arts. 153 y ss. StGB); “Das Rechtsgüterschutzsprinzip...”, p. 150 y s.

“ventajosa” cualquier afirmación u omisión con contenido “falso”; la doctrina casi unánime critica esta interpretación y solamente considera “ventajoso” lo que objetivamente sitúe al solicitante en una posición favorable para el otorgamiento de la subvención, pues el legislador no penaría la “mentira” por sí sola, sino solamente aquella mentira que conlleve un “peligro” (en el sentido de “idoneidad” y no de “peligro abstracto”) de que se otorgue una subvención injustificada<sup>102</sup>.

Críticas similares a las que se dirigen contra el “fraude de subvenciones” también ha recibido el “abuso de seguros” o el “fraude de seguros”. Según el tipo penal alemán actual (art. 265 StGB)<sup>103</sup>, la acción típica del “abuso de seguros” consiste en dañar, destruir, afectar la utilidad, apartar o dejar en manos de otro una cosa asegurada contra su desaparición, daño, afección de utilidad, pérdida o robo, a fin de procurarse a sí mismo o a otro, las prestaciones del seguro. La doctrina dominante afirma que aquí el bien jurídico colectivo consistiría en la “funcionabilidad del sistema de seguros”<sup>104</sup>, pero muchos deniegan la existencia de un bien jurídico autónomo, sino solamente la existencia de un “bien jurídico aparente” detrás del cual se encontraría el “patrimonio individual” de las empresas aseguradoras; por eso se trataría de un tipo penal en el “campo previo” de la estafa que iría tan lejos que incluso abarcaría “actos preparatorios”<sup>105</sup>. El tipo anterior de “fraude de seguros” tenía un marco penal que no guardaba coherencia sistemática con el tipo de “estafa” y por eso fue reformado. Pero, con la reforma de 1998

---

<sup>102</sup> Ver, c. más refs. y críticas a la jurisp. alemana, GAEDE, p. 187, 193 y s.

<sup>103</sup> Art. 265 StGB (traducción libre): “*Quien, para procurarse para sí o para otro las prestaciones del seguro, dañe, destruya, afecte en su utilidad, aparte o deje en manos de otro una cosa asegurada contra destrucción, daños, afección de su utilidad, pérdida o robo, será penado con privación de la libertad de hasta tres años o con multa cuando el hecho no esté conminado penalmente en el § 263 [estafa].*”

<sup>104</sup> Refiriéndose a la versión anterior del § 265 (o sea, hasta antes de la 6ta. Reforma penal alemana de 1998), TIEDEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 265, n. marg. 6.

<sup>105</sup> CRAMER/ PERRON en *Schönke/Schröder*, § 265, n. marg. 2, p. 2149 y s.; SCHÜNEMANN, “Das Rechtsgüterschutzprinzip...”, p. 151; HEFENDEHL, destacando las posibilidades de autoprotección de la víctima, “Kollektive Rechtsgüter...”, p. 264 y ss., 388 y s. ; críticamente sobre la nueva versión (modificada por la 6ta Reforma penal de 26 de enero de 1998, también TIEDEMANN en *Leipziger Kommentar*, adenda (Nachtrag) al § 265, n. marg. 10. HEFENDEHL exige de lege ferenda la introducción del “arrepentimiento activo” para estos casos debido a su trascendencia práctica; “Kollektive Rechtsgüter...”, p. 267.

también se ha aprovechado para anticipar la acción típica de tal manera que la doctrina coincide en que ahora están abarcados los “actos preparatorios” de una “estafa” de seguros; y el hecho que incluso la “tentativa” de estos actos preparatorios sea punible según el segundo párrafo del art. 265, ha llevado a afirmar que habría aquí una evidente inconstitucionalidad<sup>106</sup>.

En el caso del “fraude en la inversión de capitales”, el tipo penal alemán (art. 264a StGB) se refiere a distintos actos de engaño u ocultamiento de hechos relevantes que resulten decisivos en la adquisición de cualquier tipo de participaciones o aumento de participaciones en una inversión de capitales<sup>107</sup>. En estos casos se afirma que el bien jurídico protegido sería la “transparencia del mercado de capitales” como bien jurídico colectivo autónomo, pues el funcionamiento del sistema se basa en la existencia de una “confianza constitutiva” de los participantes en tal mercado; si desapareciera tal “confianza” el sistema no podría funcionar<sup>108</sup>. El mismo tipo penal insinúa que el bien jurídico deba ser interpretado de esta manera cuando exige que la acción típica vaya dirigida a “un gran círculo de personas” y prescinde del elemento “error” en la víctima<sup>109</sup>. Otras doctrinas minoritarias ven el bien jurídico tutelado en la “libertad de disposición” o en el “patrimonio” de la víctima<sup>110</sup>.

---

<sup>106</sup> SCHÜNEMANN, criticando la gran influencia que habría tenido el lobby de las empresas aseguradoras en el legislador alemán, “Das Rechtsgüterschutzprinzip...”, p. 151. Críticamente sobre la punibilidad de la tentativa también CRAMER/ PERRON, c. más refs., § 265, n. marg. 15, p. 2152.

<sup>107</sup> Art. 264a StGB, primer párrafo (traducción libre): “Será penado con privación de la libertad de hasta 3 años o con multa quien, frente a un gran círculo de personas, en prospectos u otras representaciones o panoramas sobre el estado patrimonial, dé datos favorables pero incorrectos u oculte hechos desventajosos que constituyan circunstancias relevantes para la decisión de adquisición o aumento en relación con: 1.- la distribución de títulos valores, derechos de opciones o participaciones que garanticen una cuota en el resultado de una empresa, o, 2.- la oferta de aumentar la inversión en tales participaciones ...”

<sup>108</sup> En este sentido, SCHÜNEMANN, “Das Rechtsgüterschutzprinzip...”, p. 151; TIEDEMANN, Leipziger Kommentar, § 264a, n. marg. 13 y ss.; TRÖNDLE/FISCHER, § 264a, n. marg. 4; CRAMER, en Schönke/Schröder, § 264a, n. marg. 1, p. 2141 y s.; HEFENDEHL, citando también doctrina que solamente considera protegido el bien jurídico “patrimonio individual” de los inversores, “Kollektive Rechtsgüter...”, p. 267 y ss., 388.

<sup>109</sup> En ese sentido CRAMER, en Schönke/Schröder, § 264a, n. marg. 1, p. 2141.

<sup>110</sup> Ver las refs. en CRAMER, eb Schönke/Schröder, § 264a, n. marg. 1, p. 2142

Finalmente, en las legislaciones penales más recientes se suele prever un tipo penal de protección del “patrimonio” de las empresas (o personas jurídicas) aunque por su origen y en otras legislaciones (como la alemana) la protección se dirige también al patrimonio de las personas individuales: el delito de **administración desleal**. A manera de ejemplo se puede analizar el (antiguo) tipo alemán de “administración desleal” (Untreue), el cual, según la doctrina dominante englobaría dos modalidades de injusto estrechamente emparentadas: un tipo de “abuso” y un tipo de “deslealtad”<sup>111</sup>. Y ambos tipos estarían en una relación de especialidad: el primero constituiría un caso especial del segundo y, por lo tanto, tendría preminencia frente a éste<sup>112</sup>.

El “tipo de abuso” presupone un deber, previsto en la ley, de administrar patrimonios que es lesionado por un círculo de autores expresamente mencionado en el tipo; pero tal lesión se refiere a un “abuso” en el sentido de contradecir los intereses del titular, cuyo patrimonio se verá perjudicado. El “tipo de deslealtad”, en cambio, describe el injusto punible de manera muy amplia abarcando también deberes de administración patrimonial que surjan “fácticamente”, además de no prever limitaciones del círculo de autores. En esta segunda modalidad, el autor lesionaría alguno de los deberes, según el grado de su responsabilidad, y causaría un perjuicio al patrimonio del titular. En ambos casos, el bien jurídico es, según la doctrina dominante, el “patrimonio”<sup>113</sup>, aunque otros autores otorgan espacio también a la “confianza en la lealtad del deber” y

---

<sup>111</sup> Art. 266 StGB (traducción libre): *“Quien abuse del mandato otorgado por la ley o la autoridad o de la potestad dada por un negocio jurídico, en el sentido de disponer de un patrimonio ajeno o de obligar a otro, o lesione el deber que le imponga la ley, un mandato de la autoridad, un negocio jurídico o una relación de lealtad, de salvaguardar intereses patrimoniales ajenos, y con ello cause desventajas a aquél cuyos intereses patrimoniales debe administrar, será penado con privación de la libertad de hasta cinco años o con multa”*.

<sup>112</sup> WESSELS/HILLENKAMP, S. 365, RN 749.

<sup>113</sup> LENCKNER/PERRON, in Schönke/Schröder, § 266, RN 1, S. 2173; SCHÜNEMANN, en el “Leipziger Kommentar”, § 266, n. marg. 28; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, § 45, RN 1. WESSELS/HILLENKAMP coinciden con esta concepción pero precisan que la “inobservancia de la libertad de disposición del lesionado” sería igualmente constitutiva del desvalor de la acción y del resultado de la “administración desleal”; ver “Strafrecht. Besonderer Teil”, tomo II, p. 364

la “moral en el tráfico jurídico y económico”<sup>114</sup>. La acción típica se dirige a la lesión de un “deber de administrar el patrimonio”. Este concepto es empleado por la doctrina dominante, sobre todo, para limitar los alcances del tipo de “deslealtad”<sup>115</sup>. Ambas modalidades consisten en un puro “delito de perjuicio a otros”; es decir, no exigen ni un “desplazamiento del patrimonio” como en el hurto, ni un “enriquecimiento del actor”, como en la estafa o el hurto<sup>116</sup>. Y se trata siempre de delitos “dolosos” (basta el dolo eventual), y “especiales”. Sobre esto último hay sin embargo alguna discusión. Si bien es admitido que el autor tiene siempre una cualidad específica: el deber de administrar el patrimonio ajeno, se discute si bastaría, para constituir la “autoría”, con la sola infracción de este deber o se necesitaría además un “dominio del hecho”<sup>117</sup>.

El tipo penal es, pese a los esfuerzos de la dogmática penal alemana, uno de los más problemáticos que existen. Pero también, debido a la poca taxatividad de la descripción típica, se ha sostenido alguna vez su posible inconstitucionalidad. Además sigue siendo problemática su aplicación en algunos casos prácticos.

En el caso peruano, el delito de “fraude en la administración de las personas jurídicas” (art. 198 C. P.) por lo visto busca proteger algo distinto del patrimonio de las empresas o de los socios: el correcto funcionamiento de las sociedades dentro del sistema económico<sup>118</sup>. Pero si bien la decisión político-criminal de introducir esta figura penal es loable, la configuración del tipo tiene muchos defectos<sup>119</sup>. En primer

---

<sup>114</sup> SCHÜNEMANN, c. más refs. en el Leipziger Kommentar, § 266, n. marg. 2.

<sup>115</sup> Una posición minoritaria rechaza la posibilidad de esta limitación y declara la inconstitucionalidad del tipo de “deslealtad”; ver KARGL, “Die Mißbrauchskonzeption..”, p. 576, 594; SCHÜNEMANN en el Leipziger Kommentar, n. marg. 29 ff.

<sup>116</sup> WESSELS/HILLENKAMP, p. 364, n. marg. 748.

<sup>117</sup> Ver refs. en WESSELS/HILLENKAMP, quienes siguen la primera corriente, p. 378, n. marg. 781.

<sup>118</sup> Cfr. Percy GARCÍA CAVERO, “Algunos apuntes...”, p. 29 y ss.

<sup>119</sup> Artículo 198 C. P. peruano: “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: 1.- Ocultar a los accionistas, socios, asociados o terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos, beneficios o pérdidas o

lugar, es criticable su exagerada taxatividad que impide comprender atentados de tanta gravedad como los expresamente previstos; por eso era preferible el modelo alemán (art. 266) o español (art. 295) de “administración desleal” que de manera más general señalan los elementos típicos del delito sin restringirse con una enumeración expresa de los casos típicos<sup>120</sup>. Además, algunos supuestos previstos expresamente por el legislador nacional no parecen reunir suficiente injusto como para constituir delito: las falsas comunicaciones sociales (numeral 2), la no comunicación de intereses incompatibles con la persona jurídica (numeral 6)<sup>121</sup>.

Esto no quiere decir que sea innecesario un tipo penal de “administración desleal”. También en Chile existen voces que claman por la introducción de un tipo penal similar<sup>122</sup>.

En todo caso, tanto aquí como en el modelo alemán parece ser necesaria una mejor coordinación entre el Derecho societario y el Derecho penal. Ello se ha mostrado de manera clara con los recientes casos judiciales en Alemania en los cuales ha fracasado el intento de querer aplicar el tipo penal alemán de “administración desleal” ha resultado impotente frente a algunos casos de amplia resonancia pública: los de perjuicios económicos al propio partido político tras inobservancia de la Ley de partidos políticos con la consecuencia de la imposición de una

---

*usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables. 2.- Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica. 3.- Promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones. 4.- Aceptar, estando prohibido hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito. 5.- Fragar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes. 6.- Omitir comunicar al Directorio, Consejo de Administración, Consejo Directivo u otro órgano similar, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica. 7.- Asumir préstamos para la persona jurídica. 8.- Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona.*

<sup>120</sup> GARCÍA CAVERO, “Algunos apuntes”, p. 30.

<sup>121</sup> GARCÍA CAVERO, quien considera además al “uso indebido del patrimonio de la empresa”, “Algunos apuntes”, p. 37 y s., 43.

<sup>122</sup> Ver HERNÁNDEZ BASUALTO, citando como ejemplo los abusos de los directivos bancarios que llevaron a la quiebra del sistema bancario chileno en los años 80 y que no podían ser abarcados por el tipo de “estafa”, p. 122 y ss.

cuantiosa multa administrativa al partido (caso Kohl)<sup>123</sup>; y el “autopago” de “premios” por parte de los directivos de una empresa para acceder a una adquisición por otra empresa más poderosa (caso “Mannesmann”)<sup>124</sup>. La pregunta que surge de inmediato es si, en estos casos, habría fracasado el tipo de “administración desleal” o, más bien, el Derecho extrapenal que no previó estos casos de abuso, o el sistema penal de lucha contra la corrupción pública y privada.

### 6.- Perspectivas

Después de este repaso algo apurado del Derecho penal económico, me atrevo a resumir el estado actual de la teoría con las siguientes afirmaciones:

- En la actualidad, el Derecho penal económico es considerado y estudiado como una subespecialidad del Derecho penal.
- En esta disciplina se conjugan elementos del Derecho extrapenal (administrativo, mercantil, de la competencia, tributario, etc.) y del Derecho penal. Por eso, no bastan las herramientas clásicas del Derecho penal para la interpretación y aplicación de la mayoría (si no todos) los tipos del Derecho penal económico.

---

<sup>123</sup> Al respecto ver TRÖNDLE/FISCHER, § 266, n. marg. 70 y s.; más refs. en WESSELS/HILLENKAMP, p. 375, n. marg. 775. Se comprobó que el partido gobernante hasta 1998 (CDU) había recibido donaciones anónimas en una cuenta anónima (caja negra). No se pudo probar si el dinero se usó para el partido y si los políticos del partido dieron a cambio una contraprestación a los donantes, cuyos nombres tampoco pudo averiguarse (Helmut Kohl se negó a revelarlos). Al final, Kohl fue absuelto por problemas interpretativos del elemento “perjuicio” (la mera infracción del deber no basta) y del “dolo”; aunque éste luego y voluntariamente convocó a dar donación una cantidad de dinero para compensar económicamente a su partido por la multa recibida.

<sup>124</sup> Al respecto ver un análisis detallado y refs. en TIEDEMANN, en L. H. a Ulrich Weber, 2004, p. 319 y ss. En el marco de un proceso de adquisición de la empresa alemana “Mannesmann AG” por la empresa británica de telecomunicaciones “Vodafone”, con intervención del “Deutsche Bank”, se llegó finalmente a un acuerdo tras el pago excepcional de beneficios económicos (“primas de reconocimiento”) a directivos de Mannesmann, presidente del Consejo de Vigilancia, con el capital de la empresa adquirida y con el acuerdo de la empresa adquirente. Pero esto elevó temporalmente el valor de las acciones de “Mannesmann” en la Bolsa alemana, motivo por el cual no se constató un perjuicio económico de la empresa, aparte de que tales “premios” especiales no están prohibidos según las leyes alemanas del Derecho mercantil y, por lo demás, existieron dudas de que tales “premios de reconocimiento” habían constituido el “premio” por la anuencia a la adquisición. Finalmente el caso llegó al Tribunal Supremo alemán, donde todos fueron absueltos (sentencia del 22-07.2004).

- Pero, al entrar en el ámbito estrictamente penal, no pueden dejar de aplicarse los principios y garantías tradicionales. Como concepto orientador de todo el análisis penal sigue siendo útil el principio de lesividad o de protección de bienes jurídicos.
- En la actualidad, la discusión, influida por una serie de problemas dogmático-penales tiende hacia una independencia del Derecho penal económico, sea dentro de un área de “segunda velocidad” del propio Derecho penal, como un “Derecho de intervención” de corte administrativo o de un “Derecho sancionador de empresas”. La alternativa de incluir al “delincuente económico” dentro de un “Derecho penal del enemigo”, junto con otros grupos delictivos, ha sufrido mercedamente un rechazo casi unánime.
- Dentro del análisis penal, los delitos económicos reúnen una serie de peculiaridades que implican un desafío interpretativo. Suelen estar tipificados como “delitos de peligro abstracto” (que pueden reinterpretarse como delitos de “idoneidad”). Debido a su vinculación con el Derecho extrapenal suelen vincularse con éste mediante la técnica de la “ley penal en blanco” o de la “remisión interpretativa”. En la comisión de estos delitos intervienen empresas de tal manera que se discute la posibilidad de prever su responsabilidad penal directa o accesoria. Además, en la práctica procesal, la intervención administrativa suele tener efectos decisivos, sea a través de procesos previos o de informes vinculantes en el proceso penal.
- En la parte especial, los tipos penales constitutivos del Derecho penal económico son variados. Su clasificación depende de la concepción que se siga. Un consenso mínimo en cuanto a un “núcleo” podría incluir a delitos caracterizados por dirigirse directamente contra el sistema económico imperante. En esta categoría tienen que entrar los delitos contra la “libre competencia”, la “leal competencia” y los delitos contra el patrimonio originados a partir de la “estafa” pero que se han independizado para proteger sistemas específicos: “delitos contra el sistema bancario”, “delitos contra el sistema de seguros”, “delitos contra el sistema de subvenciones. Por su importancia también pueden entrar en el grupo delitos con contenido patrimonial individual, pero de gran trascendencia en la economía de mercado como el “fraude en la administración de personas jurídicas” (o, bajo otra denominación: “administración desleal”).

**BIBLIOGRAFÍA**

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: “¿Normativismo radical o normativismo moderado?”, “Revista Penal” de España, n° 16, julio 2005, p. 3 y ss. (también publicado en la Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales N° 5, 2004, p. 17 y ss.); “Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano”, 2da. edición, Lima, 2003; “Diez años de Derecho penal económico peruano: un balance”, Revista Peruana de Ciencias Penales, n° 11-12 (2002), p. 21 y ss.; “El principio de certeza en las leyes penales en blanco. Especial referencia a los delitos económicos”, Revista Peruana de Ciencias Penales n° 9 (2000), p. 13 y ss.; “Derecho penal económico. Parte especial”, Lima, 2000; “Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas”, Lima, 1997; “El Derecho de la libre competencia”, Lima, 1997.
- ACHENBACH, Hans: “Zur aktuellen Lage des Wirtschaftsstrafrechts in Deutschland”, GA 2004, p. 559 y ss.
- BANNENBERG, Britta: “Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle. Eine kriminologisch-strafrechtliche Analyse”, Neuwied (Alemania), 2002.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos”, en: Mir Puig/ Corcoy Bidasolo (directores), “La política criminal en Europa”, Barcelona 2004, p. 25 y ss.
- DÖLLING, Dieter: “Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozeßrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?”, en: “Verhandlungen des einundsechzigsten Deutschen Juristentages”, tomo 1, “Gutachten C”, Karlsruhe, 1996, p. C. 20.
- FRISCH, Wolfgang: “Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens”, en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (edits.), “Die Rechtsgutstheorie”, Baden-Baden, 2003, p. 215 y ss.
- GAEDE, Karsten: “Kraft und Schwäche der systemimmanenten Legitimationsfunktion der Rechtsgutstheorie am Beispiel des Subventionsbetruges”, en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (edits.), “Die Rechtsgutstheorie”, Baden-Baden, 2003, p. 183 y ss.

EL DERECHO PENAL EN UNA ECONOMÍA DE MERCADO, INFLUENCIA DE LA INTEGRACIÓN...

- GARCÍA CAVERO, Percy: "Derecho penal económico. Parte general", Lima, 2003; "Algunos apuntes sobre el fraude en la administración de las personas jurídicas: la doble contabilidad y la administración fraudulenta", Gaceta Jurídica, Perú tomo 62-B, 1999, p. 29 y ss.
- HEFENDEHL, Roland: "Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht", Colonia, 2002.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor: "Perspectivas del Derecho penal económico en Chile", en "Persona y Sociedad" vol. XIX (abril 2005), Universidad Alberto Hurtado, Chile, p. 101 y ss.
- HERZOG, Felix: "Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo, regulación del riesgo. Perspectivas más allá del Derecho penal", en: Arroyo Z. / Neumann/ Nieto M., "Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo", p. 249 y ss.
- JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel: "Derecho penal del enemigo", Madrid, 2003.
- KARGL, Walter: "Die Missbrauchskonzeption der Untreue (§ 266 StGB)", ZStW 113 (2001), S. 565 ff.; Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz", en: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (editor), "Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts", Francfort del Meno, 1995, p. 53 y ss.
- KUHLEN, Lothar: "Zum Strafrecht der Risikogesellschaft", Goldammer's Archiv, 1994, p. 347 y ss.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: "Por un Derecho penal sólo penal: Derecho penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho administrativo sancionador", en Bajo F./ Barreiro/ Suárez G. (coords.), Libro-Homenaje a Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid 2005, p. 587 y ss.
- MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos: "Reflexiones sobre la expansión del Derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del 'Big Crunch' y la selección de bienes jurídico-penales", en: Mir Puig/ Corcoy Bidasolo (directores); "Derecho penal económico. Parte general", Valencia, 1998; "Derecho penal económico. Parte especial", Valencia, 1998.
- MAURACH, Reinhart/ SCHROEDER, F. C./ MAIWALD, Manfred: "Strafrecht. Besonderer Teil", primer volumen, Heidelberg, 2003, 574 y ss.

- MIR PUIG, Santiago: "Límites del normativismo en Derecho penal", en: "Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo", Madrid, 2005, p. 665 y ss.
- MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción: "Protección jurídica de la lealtad en la competencia", Madrid, 1993.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes: "Derecho penal. Parte general", 6ta. ed., Valencia, 2004.
- PEÑA CABRERA, Raúl: "Tratado de Derecho penal. Parte especial III", Lima, 1994.
- PIEHT, Mark: "Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Wirtschaftskriminalität", ZStW 109 (1997), p. 756 y ss.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo: "Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal", en: Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo", Madrid, 2005, p. 853 y ss.; "La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico: la tensión entre iuspositivismo y positivismo, entre la necesidad de referencias externas y la inmanencia del Derecho. Especial atención a la legitimidad de ciertos bienes colectivos", en L. H. a Ruiz Antón, Valencia, 2004, p. 895 y ss.
- PRITTWITZ, Cornelius: "Sociedad de riesgo y Derecho penal", en: Arroyo Z./ Neumann/ Nieto M., "Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo", Cuenca, 2003, p. 259 y ss.
- QUINTERO OLIVARES (director): "Comentarios al Código penal", Pamplona, 1996.
- ROXIN, Claus: "Problemas actuales de dogmática penal", Lima 2004; "Strafrecht. Allgemeiner Teil" (tomo I: Munich, 1997, 3ra. ed.; tomo II: Munich, 2003, 1ra. ed.); "Dogmática penal y política criminal", p. 169- 201, Lima, 1998.
- SCHÖNKE, Adolf/ SCHRÖDER, Horst: "Strafgesetzbuch. Kommentar", Munich, 26. ed., 2001.
- SCHÜNEMANN, Bernd: "Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation", en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (edits.), "Die Rechtsgutstheorie", Baden-Baden, 2003, p. 133 y ss.; "Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende", GA 2001, p. 205 y ss.; comentarios al § 264 en "Leipziger Kommentar zum StGB", 11ra. ed. (1992), adenda de 2001.

EL DERECHO PENAL EN UNA ECONOMÍA DE MERCADO, INFLUENCIA DE LA INTEGRACIÓN...

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús: "Die Expansion des Strafrechts", Francfort del Meno, 2003 (publicación alemana de la 1ra. edición española); "Aproximación al Derecho penal contemporáneo", Barcelona, 1992.
- STRATENWERTH, Günter: "'Wahres' Strafrecht?", L. H. a Lüderssen, Baden-Baden, 2002, p. 373 y ss.; "Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?", ZStW 1993, p. 679 y ss.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan M.: "Sistema penal y delitos contra el orden socioeconómico. Consideraciones introductorias", en: De la Cuesta Aguado/ Terradillos B./ Abanto V./ Martínez-Buján/ Ruiz Rodríguez, "Derecho penal económico", Mendoza (Argentina), 2003, p. 53 y ss.
- TIEDEMANN, Klaus: "Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten", Colonia, 2004; comentarios a los §§ 264 y ss. en: "Leipziger Kommentar zum StGB", 11ra. ed. (1992), adenda de 2001; "Derecho penal y nuevas formas de criminalidad", Lima, 2000; "Temas de Derecho penal económico y ambiental"; Lima 1999; "Lecciones de Derecho penal económico", Barcelona, 1993; "Poder económico y delito", Barcelona, 1985; "Delinquenzverhalten und Machtmißbrauch multinationaler Unternehmen", en Tiedemann (edit.), "Multinationale Unternehmen und Strafrecht", Colonia, 1980, pp. 32 y ss.; "Kartellrechtsverstöße und Strafrecht", Colonia, 1976; "Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", Munich, 1972
- TRÖNDLE, Herbert/FISCHER, Thomas: "Strafgesetzbuch und Nebengesetze", 52da. ed., Munich, 2005.
- URQUIZO OLAECHEA, José: "El principio de legalidad", Lima, 2000.
- WESSELS, Johannes/ HILLENKAMP, Thomas: "Strafrecht. Besonderer Teil", tomo parcial 2, 27ma. ed., Heidelberg, 2004.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José M.: "¿Qué queda en pie en el Derecho penal del principio 'mínima intervención, máximas garantías'?", CPC n° 79 (2003), p. 109 y ss.