

LOS DELITOS CONCURSALES EN EL DERECHO PENAL PERUANO
-Alcances de la Ley de Reestructuración Patrimonial y de la
nueva Ley General del Sistema Concursal-

Dino Carlos Caro Coria** ***

SUMARIO: I. GENERALIDADES. II. FUNDAMENTOS DE LA REFORMA PENAL CONCURSAL. III. EL «SISTEMA CREDITICIO» COMO BIEN JURÍDICO-PENAL. IV. PROBLEMAS RELATIVOS A LA COMPLEMENTARIEDAD ADMINISTRATIVA. V. DELITOS CONCURSALES. VI. REGULACIÓN PENAL PREMIAL. VII EFECTOS DE LA REPARACIÓN ESPONTÁNEA. VIII. ASPECTOS PROCESALES.

I. GENERALIDADES

Como su patrimonio se habría reducido a menos de la tercera parte por las pérdidas asumidas en los últimos ejercicios fiscales, la Compañía Industrial Oleaginosa S.A. (CINOLSA) solicitó el 26 de agosto de 1997 su declaración de insolvencia. El 2 de septiembre, TRANSUR S.A. también solicitó la insolvencia de CINOLSA porque sería acreedora de una obligación superior a 50 UITs, representada en una letra de cambio por S/.146.000,00 en la que CINOLSA habría avalado al aceptante. La Comisión de Calificación Empresarial del Colegio de Contadores Públicos de Lima resolvió ambos pedidos simultáneamente, solo amparó la solicitud de TRANSUR S.A. y CINOLSA fue declarada insolvente¹. Sin embargo, el Tribunal de Defensa de la Competencia del Indecopi constató una maquinación fraudulenta, ambas empresas estaban económicamente vinculadas y la letra de cambio se refería a un crédito inexistente². Se declaró la nulidad de la Resolución de insolvencia y se puso el caso a consideración del Ministerio Público, pero los delitos de quiebra fraudulenta de los arts. 209 y ss. del texto original del CP de 1991 no sancionaban estas formas de criminalidad concursal.

El Documento de Trabajo N° 002-1999 del Área de Estudios Económicos del Indecopi, titulado «Fortalecimiento del sistema de reestructuración patrimonial: diagnóstico y propuesta»³, precisa que no estamos ante casos aislados, la simulación de créditos es un instrumento utilizado por acreedores y deudores para obtener una declaración de insolvencia fraudulenta o para lograr una posición favorable en la junta de acreedores, en perjuicio del funcionamiento del mercado de créditos. Incluso se recurre a medios sofisticados de uso defraudatorio del sistema de reestructuración patrimonial, difíciles de detectar como el falseamiento de un crédito en un procedimiento judicial a fin de obtener una sentencia que, en calidad de cosa juzgada, se utiliza luego en un procedimiento concursal.

En el Derecho comparado es común controlar estas actuaciones fraudulentas con los medios del ordenamiento civil y mercantil, por ejemplo la nulidad de los negocios jurídicos que disminuyen ilícitamente el patrimonio del deudor. En Perú también puede recurrirse al Derecho administrativo, con mayores expectativas desde la vigencia de la Ley N° 27146 de 24 de junio de 1999, de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial, cuya 11ª

* Texto actualizado a agosto de 2002 de la Conferencia presentada en el IV Congreso Internacional de Derecho Penal «El Derecho Penal ante las nuevas formas de criminalidad», organizado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y el área de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz, Lima 25-ago-1999.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca-España. Profesor de Derecho Penal y Coordinador de la Maestría de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

*** Abreviaturas: ADP (Anuario de Derecho Penal), CP (código penal), CPC (Cuadernos de Política Criminal), DP (Derecho penal), DoP (Doctrina Penal), PE (parte especial), LGSC (Ley General del Sistema Concursal, Ley N° 27809 de 8-8-02), LRP (Ley de Reestructuración Patrimonial, D. Leg. N° 845 de 21-9-96), NDP (Nueva Doctrina Penal), NFP (Nuevo Foro Penal), PG (parte general), RDPC (Revista de Derecho Penal y Criminología), RPCP (Revista Peruana de Ciencias Penales), UII/s (Unidad/es Impositiva/s Tributaria/s).

¹ Resolución N° 003-96-CCE-CCPL/Exp. 035-96 de 12 de septiembre de 1996, D.O. El Peruano de 29-3-97.

² Resolución N° 079-97-TDC de 24 de marzo de 1997, D.O. El Peruano de 29-3-97, fundamentos III.3 y III.4.

³ D.O. El Peruano de 17-3-99, p. 10.

Disposición Complementaria por primera vez otorgó a la Comisión de Reestructuración Empresarial del Indecopi la facultad de sancionar hasta con 100 UITs las conductas fraudulentas que se realicen en un procedimiento concursal⁴. La capacidad de imponer sanciones administrativas de hasta 200 UITs por infracciones semejantes, fue otorgada luego a las Comisiones Ad-hoc a cargo de los Procedimientos Transitorios regulados por el Decreto de Urgencia N° 064-99 de 1 de diciembre de 1999, aprobado por el Poder Ejecutivo con rango de Ley en virtud del art. 118.19 de la Constitución, bajo el rótulo «Normas transitorias para el desarrollo de programas de saneamiento y fortalecimiento patrimonial de las empresas».

Recientemente, el art. 125 de la nueva LGSC N° 27809 de 8 de agosto de 2002 que deberá entrar en vigencia en octubre de 2002, reconoce a la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi, así como a las Comisiones creadas mediante convenios, la posibilidad de imponer multas de hasta 100 UITs, entre otros comportamientos puramente formales como la omisión de entrega de información (art. 125.1.a-b) o el incumplimiento de deberes legales del Presidente o Vicepresidente de la Junta de Acreedores (art. 125.1.d). También se sancionan conductas de mayor gravedad como la violación de deberes de reserva (art. 125.1.c) y la realización de fraudes por parte del deudor y de quien actúa en su nombre (art. 125.2). De modo similar se prevé sanciones para el acreedor beneficiado, o quien actúa en su nombre, o que exige coercitivamente el cobro de un crédito inexigible (art. 125.3).

El recurso al DP para proteger el sistema crediticio ha estado marcado por un profundo conservadurismo, debido a la vigencia hasta 1999 de tipos penales de estructura decimonónica, inmunes al desarrollo de la legislación administrativa sobre reestructuración patrimonial o concursal. Frente a ello, la 8ª Disposición Final de la Ley N° 27146 modificó sustancialmente los tipos de insolvencias punibles de los artículos 209 al 213 del CP de 1991. Posteriormente, la 1ª Disposición Final de la Ley N° 27295 de 29 de junio de 2000 amplió el contenido de los tipos de los arts. 209 y 211 del CP a fin de incorporar como contexto típico los procedimientos transitorios que instauró el Decreto de Urgencia N° 064-99 de 1 de diciembre de 1999, y todo otro «procedimiento de reprogramación de obligaciones, cualesquiera fuera su denominación». La nueva LGSC N° 27809 de 8 de agosto de 2002 no ha traído consigo modificaciones de los tipos previstos en el CP aunque, como consecuencia de la complementariedad penal administrativa, afecta de modo importante la regulación penal.

II. FUNDAMENTOS DE LA REFORMA PENAL CONCURSAL

La regulación penal de la quiebra fraudulenta en el CP de 1991 mantuvo las principales características del CP de 1863, texto que regulaba estos ilícitos dentro de los «Delitos contra la propiedad particular» (Sec. Duodécima del Libro Segundo), bajo la rúbrica «De los deudores punibles» (Tít. III), entre los arts. 339 y 344. Similar orientación asumió el CP de 1924 al incardinar en la Sec. Sexta del Libro Segundo, dedicada a los delitos contra el patrimonio, los «Delitos en la quiebra y en las deudas», criminalizando la quiebra fraudulenta del «comerciante declarado en quiebra» (art. 252), la quiebra culposa del comerciante (art. 253), la cooperación del director, administrador, gerente, contador o tenedor de los libros (art. 254), la actuación fraudulenta del deudor no comerciante concursado civilmente (art. 255) y la connivencia del acreedor para obtener un trato ventajoso por parte del deudor (art. 256).

Ocho años después se promulgó la Ley Procesal de Quiebras N° 7566 de 2 de agosto de 1932 que, sin derogar expresa o tácitamente los tipos penales del Código de 1924, introdujo en el Tít. Sexto denominado «Del procedimiento para calificar la quiebra y de las infracciones penales en materia de quiebra», una serie de disposiciones procesales y de derecho sustantivo, caracterizadas por un innecesario casuismo y la utilización de presunciones *iuris tantum* (arts. 187-192) de responsabilidad penal, opuestas a los principios de culpabilidad⁵ y

⁴ La Ley N° 27146 modificó principalmente el D. Leg. N° 845 de 21-9-96, Ley de Reestructuración Patrimonial. Ambas normas han sido integradas en un Texto Único Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial, aprobado mediante el D.S. N° 014-99-ITINCI de 1-11-99.

⁵ ROY FREYRE. DP peruano. PE. T III. Lima 1983, pp. 273-274. GARCÍA RADA. Sociedad anónima y delito. 2ª ed. Lima 1985, pp. 275ss. UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. «Quiebra fraudulenta», Revista de Derecho de la empresa

presunción de inocencia. La conjunción entre las normas del CP de 1924 y los recelos en la aplicación estricta del desarrollo previsto en la Ley Procesal de Quiebras, además de factores vinculados a la selectividad en la persecución de estos hechos principalmente empresariales, pueden explicar la escasa relevancia jurisprudencial de estos delitos⁶.

Los Proyectos de CP de septiembre de 1984, octubre/noviembre de 1984, agosto de 1985, marzo/abril de 1986, julio de 1990 y enero de 1991, no pretendieron la superación de estos inconvenientes. Este conformismo quedó reflejado en la regulación del CP de 1991, en el que se observa sólo un cambio formal en la ubicación sistemática de estos ilícitos, que definitivamente abandonaron su sede entre los delitos patrimoniales para integrarse, conjuntamente con los delitos de usura y libramiento indebido, en el Tít. VI del Libro Segundo denominado «Delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios», en el Cap. I rotulado como «Quiebra».

Los arts. 209 al 213 del texto de 1991, mantuvieron la estructura de los tipos del Código Maúrtua, se sancionaba la quiebra fraudulenta dolosa del «comerciante declarado en quiebra» que disminuía ilícitamente su patrimonio, simulaba tal disminución o favorecía indebidamente a un acreedor (art. 209). La criminalización se extendía al deudor no comerciante (art. 212) y al comerciante que por negligencia causaba su quiebra (art. 210). Estas conductas se sancionaban igualmente si las realizaba el director, administrador, fiscalizador, gerente o liquidador de la persona jurídica (art. 211), y eran penalmente perseguibles previa declaración de quiebra a nivel judicial, la cual operaba como requisito de procedibilidad⁷. El CP de 1991 también sancionaba la connivencia entre el acreedor y el deudor o un tercero, siempre que el convenio o transacción perjudicase a otros acreedores (art. 213), la criminalización se extendía al representante de la persona jurídica «en estado de quiebra» que participaba en el pacto ilícito. Al no haberse derogado la Ley Procesal de Quiebras, sus presunciones y casuismo estuvieron «formalmente en vigor» hasta fines de 1992, pese a que el art. VII del CP de 1991 ya había proclamado el principio de culpabilidad⁸.

Su derogación expresa operó recién con la 2ª Disposición Final del D. Ley N° 26116 de 30 de diciembre de 1992, Ley de reestructuración empresarial vigente entre el 31 de diciembre de 1992 y el 21 de septiembre de 1996. Pero con esta Ley la realización de los delitos de quiebra fraudulenta del texto original del CP de 1991 era prácticamente imposible⁹. Desde su vigencia y conforme al actual D. Leg. N° 845 de 21 de septiembre de 1996, Ley de reestructuración patrimonial, que estará en vigor hasta octubre de 2002, a la quiebra antecede una declaración administrativa de insolvencia, en sede de la hasta ahora denominada «Comisión de Reestructuración Patrimonial», sólo de optarse por la liquidación del deudor sus activos son aplicados al pago de las obligaciones conforme a la prelación legal, luego de lo cual se abre la posibilidad a una declaración judicial de quiebra. La quiebra se convirtió así en la medida a adoptar cuando los activos no satisfacen suficientemente las obligaciones, es decir en un momento en que tampoco existe patrimonio que permita realizar las conductas típicas que describía originalmente el CP de 1991¹⁰. De allí el claro sentido simbólico del art. 23 de la original Ley de reestructuración empresarial, el D. Ley N° 26116, según el cual «Las conductas punibles referidas a la quiebra de las empresas, se sujetarán a lo dispuesto en el Capítulo I del Título VI del Libro Segundo del Código Penal».

El legislador no se preocupó en lo inmediato por superar esta situación. La 11ª Disposición Final del D. Leg. N° 861 de 22 de octubre de 1996, Ley del Mercado de Valores, introdujo

29 (1988), pp. 94-95.

⁶ ESPINO PÉREZ. CP. 7ª ed. Lima 1988, pp. 330-332.

⁷ PEÑA CABRERA. Tratado de DP. PE. T II. Lima 1992, p. 420. Para GARCÍA RADA. Sociedad anónima y delito, cit., p. 274, UGAZ. «Quiebra fraudulenta», p. 93, y SAN MARTÍN CASTRO. Derecho procesal penal. Vol I. Lima 1999, p. 262, se trataba de una condición objetiva de punibilidad. En igual sentido la SCS de 9-6-1903.

⁸ PEÑA. PE. T II, 1992, cit., pp. 415-416.

⁹ PEÑA CABRERA. Tratado de DP. PE. T II-B. Lima 1995, p. 691.

¹⁰ Área de Estudios Económicos del Indecopi. Documento de Trabajo N° 002-1999, en D.O. El Peruano de 17-3-1999, p. 12.

como circunstancia agravante de las conductas incriminadas en los arts. 209, 210 y 212 del CP, el supuesto de fraude en el marco de un proceso de titulización. También amplió el objeto material del delito del art. 211 para incluir el patrimonio fideicometido, e incorporó el art. 213-A que sanciona una especie de «malversación» de un patrimonio fideicometido o de los fondos de una sociedad de propósito especial. Por su parte, el D. Leg. N° 845 de 21 de septiembre de 1996, Ley de reestructuración patrimonial, sustituyó y perfeccionó la regulación administrativa del D. Ley N° 26116, pero sin prever la necesaria reforma de la ley penal, a diferencia por ejemplo de otras normas de relevancia socioeconómica, como la Ley de Derechos de Autor, D. Leg. N° 822 de 24 de abril de 1996, que modificó completamente los arts. 216 al 221 del CP de 1991. Por ello, también era simbólico el mandato del art. 90 del D. Leg. N° 845, a fin de que el Juez que declare una posible quiebra fraudulenta oficie al Fiscal Penal de Turno, para que inicie las investigaciones por los delitos de quiebra del CP.

La reforma del DP concursal tuvo que esperar hasta la modificación del D. Leg. N° 845, a través de la Ley N° 27146 de 24 de junio de 1999, cuya 8ª Disposición Final reformó los arts. 209 al 213 del CP a fin de criminalizar conductas de insolvencia fraudulenta realizadas en el marco de los procedimientos administrativos de reestructuración patrimonial, contenido que fue ampliado a través de la Ley N° 27295 de 29 de junio de 2000. Como se adelantó, este contenido penal no ha sido reformado por la nueva LGSC N° 27809 de 8 de agosto de 2002 que deberá regir desde octubre de 2002.

III. EL «SISTEMA CREDITICIO» COMO BIEN JURÍDICO-PENAL

La reforma de 1999 ha sustituido la denominación del Cap. I del Tít. VI del Libro Segundo del CP de 1991, por la expresión «Atentados contra el sistema crediticio». Teniendo en cuenta el actual contenido y estructura de los tipos de los arts. 209, 210 y 211, el bien jurídico penalmente protegido es el sistema crediticio, como integrante del orden socio-económico. Esta concepción es central para la delimitación de los comportamientos criminalizados, caracterizar las técnicas de tipificación instrumentadas y evaluar el sentido de la regulación penal premial prevista en el art. 212 y las disposiciones procesales del art. 213 del CP y la 9ª Disposición Final de la Ley N° 27146 aún en vigor.

Dejando de lado las posturas que concretan el bien jurídico en la fe pública o la administración de justicia¹¹, el debate principal gira en torno al carácter patrimonial o socioeconómico de estos delitos. Desde una perspectiva estrictamente patrimonialista, se sostiene que el bien jurídico es el derecho del acreedor a la satisfacción de su crédito con el patrimonio del deudor, derecho de garantía que se reconoce al acreedor sobre todos los bienes, presentes y futuros del deudor. El sistema de protección y garantía del crédito en el ordenamiento civil está constituido por cauciones o garantías, de carácter personal o real, por medidas coercitivas y ejecutivas¹², al DP le corresponde una intervención secundaria frente a los atentados graves contra el derecho de crédito del acreedor, de modo que el contenido de injusto vendrá representado por el peligro o daño que tal derecho pueda sufrir como consecuencia de la propia insolvencia del deudor¹³.

Frente a esta tesis, se ha señalado que la bancarrota o insolvencia tiene incidencia en las relaciones económicas y no sólo en las mercantiles, por lo que se trataría de un delito

¹¹ Vid. GÓMEZ PAVÓN. «Las insolvencias punibles en el CP actual», CPC 64 (1998), pp. 38-39.

¹² DIEZ-PICAZO/GULLÓN. Sistema de Derecho civil. 7ª ed. Vol II. Madrid 1995, pp. 172 y ss.

¹³ LANDROVE DÍAZ. Las quiebras punibles. Barcelona 1970, p. 145. DEL ROSAL BLASCO. «Las insolvencias punibles, a través del delito de alzamiento de bienes, en el Código penal», ADPCP 1994, pp. 11-12. TERRADILLOS BASOCO. DP de la empresa. Madrid 1995, p. 140. GONZÁLES RUS. «Las insolvencias punibles». En: Cobo del Rosal (Dir). Curso de DP español. PE I. Madrid 1996, p. 726. MUÑOZ CONDE. DP. PE. 11ª ed. Valencia 1996, pp. 392, 397, 398. VIVES ANTÓN/GONZÁLES CUSSAC. «De las insolvencias punibles». En: Vives Antón (Coor). Comentarios al CP de 1995. Vol II. Valencia 1996, pp. 1274-1275. QUINTERO OLIVARES. «De las insolvencias punibles». En: Quintero Olivares (Coor). Comentarios a la PE del DP. Pamplona 1996, p. 533, 537-538.

netamente socioeconómico¹⁴, planteamiento cuyo origen suele atribuirse a Carrara¹⁵. El DP económico protege un conjunto de intereses que, pese a tener en algunos casos como punto de partida un interés estrictamente individual como sucede con los derechos de autor o la propiedad industrial, están dotados de una dimensión colectiva o supraindividual porque permiten el funcionamiento del sistema económico. Esta conjunción entre lo individual y lo colectivo se observa en los delitos concursales. De un lado se tienen los intereses de los acreedores que, ante el fraude, reclaman la satisfacción de su crédito valorable en dinero. Pero existe un interés ulterior de carácter colectivo relacionado con la credibilidad en el sistema crediticio¹⁶, el cual queda de lado bajo una concepción patrimonialista del interés protegido.

El crédito no es simplemente la suma de los derechos de los acreedores concretos, sino un instrumento de la economía en su conjunto que se concreta en un sistema crediticio, lo que se evidencia tomando en cuenta la entidad del daño económico que origina la sucesión de situaciones de insolvencia en el sistema económico¹⁷. Como señala Bajo Fernández, la importancia criminológica de las insolvencias punibles estriba en uno de sus efectos característicos: la reacción en cadena, pues se van transmitiendo de unos comerciantes a otros las dificultades de pago y las crisis, los despidos de trabajadores, el alza de interés en las instituciones crediticias, etc¹⁸. Un orden económico en el que es posible beneficiarse de un crédito y evitar el pago a los acreedores mediante actos fraudulentos, pierde la confianza de los operadores económicos y carece de viabilidad. Por ello precisa Tiedemann que el Derecho penal de la «banquero», tiene un objeto de tutela mixto, de una parte los intereses de los acreedores actuales a una satisfacción completa de sus pretensiones jurídico-patrimoniales, así como los intereses crediticios de los acreedores potenciales que ya mantienen una relación con el deudor, pero por otro lado se protege también la funcionalidad de la economía crediticia como un sistema de prestación de servicios, bienes y dinero¹⁹.

Contra la consideración de la quiebra fraudulenta como delito socioeconómico, se ha señalado que los tipos penales suelen sancionar el alzamiento de bienes de poca relevancia o la quiebra de pequeños empresarios, casos en los que no se aprecia una afectación importante al orden socioeconómico o a la economía nacional. Este problema no se presentaría con la tesis patrimonialista que, además es compatible con la exigencia de requisitos de procedibilidad que obstaculizan la persecución penal directa de algunos de estos delitos, como se aprecia por ejemplo en la declaración de quiebra que requiere el art. 260.1 del CP español. Asimismo, se ha sostenido que sólo la presencia de un interés concreto individualizado puede dar lugar a la eficacia justificante del consentimiento de los acreedores²⁰, el cual sería irrelevante desde su consideración como ilícito socioeconómico.

Estas críticas pueden matizarse en el sistema jurídico peruano. Contra el argumento de la sanción de comportamientos que por su poca relevancia no afectan el orden socioeconómico, cabe oponer de inicio el principio de insignificancia que implícitamente recoge el art. IV del CP, según el cual la imposición de la pena está condicionada a la lesión o puesta en riesgo de un

¹⁴ Esta es la postura prácticamente unánime en Alemania, Vid. TIEDEMANN. *Insolvenz-Strafrecht*. 2a. ed. Berlin-New York 1996, vor §283/1ss. En la doctrina hispana, BUSTOS RAMÍREZ. *Manual de DP*. PE. Barcelona 1986, p. 314. QUERALT JIMÉNEZ. *DP español*. PE. 2ª ed. Barcelona 1992, pp. 419-420. BAJO FERNÁNDEZ. *Manual de DP*. PE (Delitos patrimoniales y económicos). Madrid 1989, pp. 132, 395. PUGA VIAL. *Derecho concursal*. Delitos de la quiebra. Santiago 1994, pp. 64ss.

¹⁵ CARRARA. *Programa de Derecho criminal*. PE. Vol. VII. Reimp. de la 4ª ed. Bogotá 1982, §3359.

¹⁶ Documento de Trabajo N° 002-1999, cit., p. 12.

¹⁷ MUÑOZ. PE, cit., p. 396. En esa línea se insertan los considerandos del Decreto de Urgencia N° 064-99 de 1 de diciembre de 1999, cuando señala «el impacto que las crisis internacionales han tenido en nuestra economía, sumado al alto nivel de endeudamiento y la baja capitalización del sector empresarial, vienen produciendo crecientes dificultades para el acceso de las empresas a nuevos créditos, lo que a su vez afecta el flujo normal de la cadena de pagos de nuestra economía».

¹⁸ BAJO. PE, cit., p. 132.

¹⁹ TIEDEMANN. *Insolvenz-Strafrecht*, cit., vor §283/57. *Lecciones de DP económico*. Barcelona 1993, pp. 217-218.

²⁰ DEL ROSAL B. «Las insolvencias punibles», cit., p. 13. MUÑOZ. PE, cit., pp. 396-397.

bien jurídico-penal, lo que excluye de plano la sanción de las conductas de bagatela o que afectan de modo insignificante el interés tutelado, pues en tales casos no existe merecimiento de pena²¹. Como se desarrollará posteriormente, la concreción del bien jurídico en el orden socioeconómico no enerva la necesidad de que los tipos penales se refieran concretamente a la lesión o puesta en riesgo del bien macrosocial, pues en tales casos cobra relevancia el uso de objetos con función representativa.

El entendimiento de que el carácter patrimonial del bien jurídico logra explicar la existencia de requisitos de procedibilidad, como la previa declaración judicial de quiebra a iniciativa del acreedor, constituye un matiz ajeno a la estructura de los delitos contra el sistema crediticio del CP peruano. La reforma de 1999, mediante la Ley N° 27146, ha renunciado definitivamente a la exigencia de declaración de quiebra y establece como contexto típico de los delitos de los arts. 209 al 211, la existencia de un procedimiento concursal -de insolvencia, simplificado o concurso preventivo- que puede ser iniciado directamente por el propio deudor²². La misma orientación prevé la nueva LGSC, como puede observarse en los arts. 24.1 y 103.1 de la Ley N° 27809.

La reforma de 1999 sigue planteando importantes inconvenientes para aceptar la eficacia justificante del consentimiento del acreedor, la única forma de que uno o más titulares de un derecho crediticio puedan otorgar un consentimiento eficaz en el marco de un procedimiento concursal, es respetando los cauces previstos en las normas de reestructuración patrimonial, como por ejemplo la reprogramación de obligaciones por parte de la junta de acreedores, o la aprobación de un convenio de liquidación o convenio concursal. Como establece el art. 209, el deudor que dispone de los bienes según dicha reprogramación o convenio no realiza un acto típico, el presupuesto básico de estos delitos viene dado por la violación fraudulenta del régimen concursal al que están sometidos el deudor y sus bienes. De esta manera, un «consentimiento» del acreedor conforme al marco legal vigente, no determina la presencia de una causa de justificación según los términos del art. 20.10 del CP, lo que concuerda con el carácter colectivo e indisponible del bien jurídico. En tales casos no existe siquiera tipicidad objetiva, no existe el perjuicio para los acreedores que exige el pf. 1 del art. 209 del CP.

El carácter socioeconómico de los delitos concursales en nuestro ordenamiento obedece asimismo a su no regulación en el Título V del Libro Segundo relativo a los delitos patrimoniales, sino en el Título VI rubricado como «Delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios». Pese a la vaguedad de esta rúbrica, la doctrina nacional ha venido entendiendo que la «confianza y la buena fe en los negocios» constituye un principio fundamental que rige las relaciones negociales pero entabladas en el marco socioeconómico²³.

Debe tenerse también en cuenta que las infracciones concursales son sancionadas en primer término por órganos administrativos como la Comisión de Reestructuración Empresarial del Indecopi y antes también por las Comisiones Ad-hoc, *de lege ferenda* con la LGSC podrán imponer sanciones la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi y las Comisiones creadas mediante convenios. Ello refleja que la tutela del crédito no se concibe como un asunto estrictamente civil o mercantil, sino desde una perspectiva netamente pública. Esta intervención del poder sancionador administrativo no es otra cosa que una injerencia estatal en la economía en orden a proteger un interés colectivo. Es cierto que contra esta concepción puede oponerse que el art. 213 condiciona la persecución penal a la voluntad individual del acreedor, configurándose un modelo de ejercicio privado de la acción, pero tampoco cabe olvidar que el propio art. 213 prevé una regla de intervención subsidiaria en el sentido que, con o sin el consentimiento de los acreedores, el Indecopi puede denunciar el hecho directamente ante el Ministerio Público, con lo que se acentúan las posibilidades de persecución oficial.

²¹ CARO CORIA. DP del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación. Lima 1999, pp. 44ss.

²² Vid. arts. 5, 91 y 105 del T.U.O. de la LRP, D.S. N° 014-99-ITINCI de 1-11-1999.

²³ PEÑA. PE II-B, p. 642. BRAMONT-ARIAS TORRES/ GARCÍA CANTIZANO. Manual de DP. PE. 4ª ed. Lima 1998, pp. 400-401. ABANTO VÁSQUEZ. DP económico. Lima 1997, p. 33. ANGELES GONZÁLES/FRISANCHO APARICIO/ROSAS YATACO. CP. PE. Vol. III. Lima, pp. 1364-1365. NOGUERA RAMOS. Delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios. Lima 1998, p. 52.

Partiendo del planteamiento de Schönemann en torno a los «delitos con bien jurídico intermedio espiritualizado»²⁴, se sostiene que en el DP económico es posible identificar la protección de un bien jurídico mediato que se concreta en el orden socioeconómico y múltiples bienes jurídicos inmediatos o intermedios, como la libre competencia, la competencia leal, los derechos de los consumidores, los derechos intelectuales, etc., que dotan de contenido a los tipos penales y respecto de los cuales debe exigirse la lesión o puesta en riesgo²⁵. En todo caso, quizás es más propio referirse a «objetos con función representativa» u «objetos representantes de bienes jurídicos colectivos», y no a la existencia de «bienes jurídicos intermedios», pues la finalidad del planteamiento consiste en instaurar una tutela más eficaz de los bienes colectivos a través de sus objetos representantes, lo que no equivale a convertir a éstos últimos en bienes jurídicos intermediarios («intermedios») entre los colectivos y los individuales²⁶.

La protección del «sistema crediticio» no opera pues como un fin en sí mismo, sino por su función para el mantenimiento del orden socioeconómico como bien colectivo. El sistema crediticio, entendido como el conjunto organizado de relaciones jurídico-crediticias, se erige como uno de los pilares básicos del modelo de economía social de mercado que adopta la Constitución (art. 58), porque multiplica las relaciones de intercambio de bienes y servicios en el sistema económico. En ese contexto, el único bien jurídico merecedor y necesitado de protección penal, al ser complementario de bienes individuales, es el orden socioeconómico, compuesto además por otros sectores de gran trascendencia como la libre competencia o el sistema de recaudación tributaria. Consecuentemente, el sistema crediticio es instrumento u objeto al servicio de este bien jurídico colectivo y, de ese modo, al servicio de los bienes individuales complementados que se concretan en el patrimonio de los acreedores reales y potenciales.

Como veremos luego, los tipos de los arts. 209 y ss. del CP están configurados como de lesión del sistema crediticio, aunque vistos desde el patrimonio de los acreedores se observa que no sancionan la incobrabilidad de las acreencias, sino una situación de riesgo de incobrabilidad que se acrecienta con las conductas incriminadas. En ese sentido, los delitos comentados sancionan la lesión del sistema crediticio pero adquieren justificación material, en orden al merecimiento de pena, porque sirven a intereses patrimoniales individuales, como se aprecia en la propia redacción del art. 209 que vincula el hecho a un perjuicio, real o potencial, para los acreedores, exigencia ausente para la realización de la tipicidad administrativa que regula la 11ª Disposición Complementaria de la LRP y *de lege ferenda* el art. 125.2-3 de la LGSC.

IV. PROBLEMAS RELATIVOS A LA COMPLEMENTARIEDAD ADMINISTRATIVA

1. La complementariedad normativa-conceptual

La reforma de 1999 satisfizo la necesidad de articular la tutela administrativa y penal²⁷. El distanciamiento de los delitos de quiebra de la regulación administrativa en materia concursal, prevista primero en el D. Ley N° 26116, luego en la LRP y próximamente en la LGSC, había

²⁴SCHÜNEMANN. «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», Juristische Arbeitsblätter 1975, p. 798. ROXIN. Strafrecht. AT. T I. 3ª ed. München 1997, §11/126. JAKOBS. Strafrecht. AT. 2ª ed. Berlin-New York, 1991, 6/88.

²⁵ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS. Delitos de peligro, dolo e imprudencia. Madrid 1994, pp. 300-304, propone esta técnica para la tutela de los bienes jurídicos supraindividuales, institucionalizados o espiritualizados, o «intereses difusos» no reconducible a bienes individuales, sino que se refieren a estructuras o instituciones básicas en el funcionamiento del Estado o del sistema social, como ocurre en los delitos socioeconómicos o contra el ambiente natural. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. DP económico. PG. Valencia 1998, pp. 98-100, considera que esta construcción sería «perfectamente trasladable a los delitos económicos en sentido estricto» y explica que la técnica para tutelar aquellos bienes jurídicos inmateriales dignos de tutela penal consiste en construir la figura delictiva sobre la base de un bien jurídico intermedio «representante» o con función representativa.

²⁶KINDHÄUSER. Gefährdung als Straftat. Frankfurt am Main 1989, p. 310. JAKOBS. AT, cit., 6/88. CARO. DP del ambiente, cit., pp. 510ss.

²⁷ Documento de Trabajo N° 002-1999, cit., p. 12.

determinado la imposibilidad de realizar estos ilícitos. Si al DP le corresponde una intervención de *ultima ratio* y si la eficacia de su tutela está vinculada al concurso de otros mecanismos de control, de modo que al DP no lo quede «todo por hacer», entonces es necesario que la regulación de los delitos concursales tome en cuenta el sentido de los preceptos administrativos. Esta consecuencia del principio de unidad del ordenamiento jurídico se expresa a través de las técnicas de complementariedad administrativa²⁸.

Los problemas que trae consigo la simultánea protección administrativa y penal en el ordenamiento socioeconómico, son de plena actualidad en nuestro sistema jurídico. Obedecen a diversos factores, entre ellos la proliferación en los últimos años de entidades administrativas con poder sancionador -como el Indecopi-, sobre la base de infracciones genéricamente descritas y en muchos casos semejantes a las de carácter penal, sin que existan criterios claros de delimitación o incluso permitiéndose la acumulación de estas sanciones en una lógica de *bis in idem*²⁹.

La Ley N° 27146 que reformó los delitos concursales del CP en 1999 tuvo en cuenta estos inconvenientes, pero sólo de modo parcial. Sin adoptar un modelo extremo se decantó por una relativa complementariedad administrativa³⁰, los tipos penales describen el contenido esencial de las conductas típicas y la pena, pero guardando relación con los preceptos administrativos de la LRP, mediante la instauración de elementos normativos como «acreedor», «crédito», «insolvencia», «suspensión de la exigibilidad de las obligaciones», entre otros. Este modelo se conoce como complementariedad normativa-conceptual, se basa en la introducción de conceptos administrativos en el DP³¹, pero tiene como principal inconveniente la movilidad de los términos mediante meras reformas administrativas, más flexibles y preparadas para ello, con los consiguientes desajustes en el ámbito penal³².

Este problema se presentó en la regulación de los delitos contra el sistema crediticio, la Ley N° 27146 de 24 de junio de 1999 señaló como contexto típico los procedimientos de insolvencias, el simplificado y el concurso preventivo. Cinco meses más tarde, el Decreto de Urgencia N° 064-99 de 1 de diciembre creó un nuevo procedimiento concursal denominado «transitorio», a través de los cuales no era posible cometer los delitos de los arts. 209 y ss. del CP. Como consecuencia de esta reforma administrativa, los tipos penales presentaban un déficit de complementariedad administrativa, el cual sólo pudo superarse siete meses después mediante la reforma de los arts. 209 y 211 del CP a través de la Ley N° 27295 de 29 de junio de 2000, aunque no sin críticas como se verá luego. Dicha Ley incorporó en el CP, como contexto típico de los arts. 209 y 211, los procedimientos transitorios y todo «otro procedimiento de reprogramación de obligaciones cualesquiera fuera su denominación», cláusula general de gran utilidad a fin de mantener actualizados los tipos penales. De este modo, aunque la reciente LGSC no trae reformas penales específicas, los citados tipos del CP no perderán eficacia pues tanto el nuevo «procedimiento concursal ordinario» como el nuevo «procedimiento concursal preventivo» pueden subsumirse en esa expresión «otro procedimiento de reprogramación de obligaciones».

2. Criterios de delimitación de la infracción penal frente a la administrativa

El principal problema se plantea con relación a los límites del poder sancionador administrativo. Antes de la Ley N° 27146 que reformó la LRP los órganos administrativos del Indecopi a cargo de los procedimientos concursales carecían de facultades sancionatorias, lo

²⁸ CORCOY BIDÁSULO. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Valencia 1999, pp. 122ss. GONZÁLEZ GUITIÁN. «Sobre la accesoriedad del DP en la protección del ambiente», EPC XIV (1990), pp. 117ss.

²⁹ DANÓS ORDOÑEZ. «Notas sobre la potestad sancionadora de la administración pública», Ius et Veritas 10 (1995), pp. 149ss. ABANTO. DP económico, cit., p. 185.

³⁰ HEINE. «Accesoriedad administrativa en el DP del medio ambiente», ADPCP 1993, pp. 295-297.

³¹ DE LA MATA BARRANCO. Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa. Barcelona 1996, p. 78. GONZÁLEZ G. «Sobre la accesoriedad del DP», cit., p. 121.

³² GONZÁLEZ G. «Sobre la accesoriedad del DP», cit., pp. 121-122.

que contrastaba con el poder otorgado por ejemplo a las Comisiones de Competencia Desleal y Libre Competencia para imponer multas a las personas naturales o jurídicas ante la infracción de los preceptos administrativos. Por otra parte, la concepción del DP como *ultima ratio* debía extender la criminalización sólo contra los graves atentados al sistema crediticio, de forma que la ausencia de un régimen sancionador para los comportamientos de menor relevancia podía permitir una inconveniente zona de impunidad. Sin un previo control administrativo, los riesgos de ineficacia de la intervención penal serían mayores, de allí que la 11ª Disposición Complementaria de la Ley N° 27146 otorgó poder a la Comisión de Reestructuración Patrimonial para imponer multas de hasta 100 UITs al deudor, a la persona que actúa en su nombre, así como al administrador o liquidador que realiza actos fraudulentos en un proceso concursal.

Los tipos administrativos de los numerales 1, 2 y 3 de esta 11ª Disposición guardan particular semejanza con el texto reformado del art. 209 del CP, lo que obliga a delimitar el ámbito de las infracciones penales y administrativas para evitar el *bis in idem*. Este problema se mantendrá *de lege ferenda* porque los num. 2 y 3 del art. 125 de la LGSC prácticamente reproducen el texto de los tipos administrativos de la 11ª Disposición Complementaria de la Ley N° 27146. Pues bien, la Ley N° 27146 establece una cláusula general de gravedad que excluye, de plano, la criminalización de la bagatela, el último pf. de la 11ª Disposición Complementaria establece que cuando a criterio de la Comisión de Reestructuración Patrimonial «la infracción observada revista especial gravedad», ésta debe inhibirse y poner los actuados a disposición del Ministerio Público para que evalúe la existencia de responsabilidad penal. Del mismo modo se pronuncia el art. 131 de la nueva LGSC aunque en el contexto de la Comisión de Procedimientos Concursales y las Comisiones creadas en virtud de Convenios. Así, la tipicidad penal precisa de un mayor disvalor de acción y/o de resultado, cuya verificación debe obedecer a criterios objetivables como los montos defraudados, el grado de disminución de la masa del deudor, la entidad del medio fraudulento desplegado, la capacidad de recuperación de los créditos o el grado de afectación de la cadena de pagos.

No se comprende porque la valoración de la gravedad y el carácter penal de la infracción, corresponde a un ente administrativo (la Comisión) que no pocas veces puede ser reticente a una «intromisión judicial» por un hecho suscitado en su «ámbito de poder». Por esa vía se relaja el principio de legalidad procesal a favor de una suerte de «oportunidad administrativa», no siempre vinculada a las consecuencias del principio de igualdad. El principal antecedente de esta tendencia en nuestra legislación se manifiesta en el ámbito penal tributario, conforme al art. 7 del D. Leg. N° 813 de 20 de abril de 1996, la capacidad de instaurar un proceso penal está condicionada a un requisito de procedibilidad consistente en la denuncia ante el Ministerio Público por parte del órgano administrador del tributo (SUNAT). Esta decisión ha sido objeto de importantes críticas: la administración «puede elegir a sus víctimas», se incrementa el riesgo de una actuación arbitraria frente al particular, el carácter colectivo del bien jurídico no se condice con una persecución semi-pública, ello implica un sometimiento del Poder Judicial a las decisiones de la Administración que socava la división de poderes, y de la complejidad técnica de la materia no se deduce la necesidad de una renuncia a la calificación del hecho por parte del Ministerio Público³³.

Ahora bien, junto a este criterio de la gravedad el pf. 1 *in fine* del art. 209 del CP exige la realización de las conductas «en perjuicio de los acreedores». La consumación del tipo administrativo, tanto en la LRP como en la nueva LGSC, no precisa de tal perjuicio, aunque genera confusión que la 11ª Disposición Complementaria de la LRP tenga por rótulo «Facultades de la Comisión para sancionar actos fraudulentos *en perjuicio de los acreedores*». Pero esta rúbrica no forma parte del tipo administrativo, es una declaración que no vincula la interpretación del contenido de la infracción, especialmente porque el Derecho administrativo sancionador no es tributario del principio de lesividad, sólo persigue la ordenación de sectores de la actividad o la tutela de un modelo de gestión sectorial³⁴. De esta manera, la evitación de

³³ SAN MARTÍN CASTRO. Derecho procesal penal. Vol II. Lima 1999, pp. 976-977.

³⁴ HASSEMER. Persona, mundo y responsabilidad. Valencia 1999, pp. 39ss. SILVA SÁNCHEZ. «¿Política criminal "moderna"? consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo CP español», AP

perjuicio para los acreedores a que se refiere este rótulo, debe entenderse como la meta final de la intervención administrativa que, en lo inmediato, no persigue más que controlar los comportamientos disfuncionales dentro del sistema de reestructuración patrimonial. Más adecuada por ello es la expresión neutral «Infracciones y sanciones» del art. 125 de la nueva LGSC.

La exigencia de perjuicio para los acreedores debe entenderse como una condición específica de la mayor gravedad que otorga carácter penal a la infracción, es decir como fundamento del merecimiento de pena. El perjuicio puede ser real o potencial, el primer caso equivale a la incobrabilidad de los créditos, por ejemplo cuando el deudor enajena onerosamente todos sus bienes registrables a favor de terceros que obran con buena fe registral e inscriben su derecho, lo que impide definitivamente el cobro por el amparo legal de estas transferencias³⁵. El perjuicio potencial se manifiesta mediante el aumento no permitido del riesgo de incobrabilidad, si el deudor celebra contratos simulados que son jurídicamente nulos o si paga violando la prelación legal a uno de sus acreedores a cambio de una condonación del 50% de la deuda. Aunque es posible imaginar casos en los que el medio defraudatorio utilizado por el autor puede lesionar gravemente las legítimas expectativas o la confianza de los acreedores, el perjuicio penalmente relevante en el contexto del pf. 1 *in fine* del art. 209 debe ser de carácter patrimonial, en el sentido de afectar las posibilidades de satisfacción de las acreencias. Con esta línea de interpretación se adopta el presupuesto político criminal que legitima la protección de los bienes jurídicos colectivos como complementarios de los bienes individuales³⁶.

Con ello no debe perderse de vista que el bien jurídico protegido en estos delitos es el orden socioeconómico en el ámbito del sistema crediticio. La «especial gravedad» que delimita el ilícito penal frente al administrativo, no radica sólo en la afectación de los intereses patrimoniales de los acreedores. Este único criterio es insuficiente pues los ilícitos administrativos que tipifica la 11ª Disposición Complementaria de la LRP, también contemplan situaciones de desmedro patrimonial mediante el «ocultamiento de bienes», «simulación de deudas», etc.

3. La lesión del «sistema crediticio» como condición del ilícito penal

Es necesario por ello, como se advertía anteriormente, que la especial gravedad se exprese en un mayor disvalor de acción y/o de resultado, para lo cual cuenta el grado de afectación del sistema crediticio o la afectación de la cadena de pago a través de los acreedores, entre otros criterios. Esta perspectiva valorativa conduce a calificar el delito del art. 209 del CP como un delito de lesión del sistema crediticio, condición que lo diferencia de la infracción administrativa, puramente formal y ajena al principio de lesividad.

Uno de los principales problemas en los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos, radica en identificar el disvalor de resultado. Se ha señalado que si estamos ante bienes jurídicos de gran entidad como el ambiente natural, la libre competencia o la recaudación tributaria, la afectación no puede ser consecuencia de un comportamiento individual sino de la pluralidad de comportamientos que sólo conjuntamente ponen en riesgo o lesionan el interés supraindividual³⁷. En esa línea, si la vinculación al principio de lesividad exige en el caso del art. 209 del CP la afectación del «sistema crediticio», ella difícilmente podrá ser producto de un único comportamiento defraudatorio, el alzamiento de bienes (inc. 1) en una gran empresa no acarrea el colapso del sistema crediticio, las personas no dejarán de otorgar préstamos, los deudores no dejarán de pagar sus créditos ni se romperán todas las cadenas de pago del país.

(1998) p. 442.

³⁵ Art. 2014 del Código Civil y art. 19 *in fine* de la LRP.

³⁶ BUSTOS RAMÍREZ. «Los bienes jurídicos colectivos». En: Control social y sistema penal. Barcelona 1987, pp. 196-197. MATA Y MARTÍN. Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro. Granada 1997, p. 71. CORCOY. Delitos de peligro, cit., p. 208.

³⁷ SCHÜNEMANN. «¿Ofrece la reforma del DP económico alemán un modelo o un escarmiento?». En: Jornadas sobre la «reforma del DP en Alemania». Madrid 1991, pp. 35-36.

Esta situación ha motivado, entre otros, dos planteamientos poco conciliables: la asunción de la categoría de los delitos de acumulación (*Kumulationsdelikte*) y el escepticismo –cuando no la renuncia- a la intervención penal frente a estos comportamientos. La primera dirección apuesta por la instauración de tipos delictivos que describen comportamientos cuya realización múltiple se espera con certeza y no sólo hipotéticamente, de modo que el efecto de la acumulación es nocivo para el bien jurídico³⁸. De esa manera, la sanción penal de los comportamientos del art. 209 del CP se justificaría como medio de control de lo verdaderamente perjudicial para el bien jurídico, es decir la reiterancia o acumulación. Las críticas contra este planteamiento son inmediatas, se trata de grandes riesgos que no deben contemplarse como consecuencia de actos individuales sino como un problema sistémico, las conductas típicas no afectan por sí mismas el bien jurídico, se relajan los principios de culpabilidad y proporcionalidad porque al autor no se atribuye sólo el injusto propio sino además el ajeno, y se sanciona la bagatela antes que los comportamientos de entidad suficiente para la intervención penal³⁹. Estos problemas surgen pues de la pretensión de imputar problemas sistémicos a individuos concretos⁴⁰.

Estas consideraciones, consecuentes con una vinculación estricta al principio de lesividad, han conducido a la revisión de los fundamentos de la intervención penal en el terreno de los bienes jurídicos colectivos y plantear como hipótesis la derivación del control hacia el Derecho administrativo sancionador o hacia un Derecho de intervención (*Interventionsrecht*), ubicado entre el DP y el Derecho administrativo sancionador, entre el Derecho civil y el Derecho Público con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del DP, pero a su vez con sanciones menos intensas para los sujetos⁴¹. Aunque no es posible detenernos ahora en una valoración detallada de este interesante planteamiento *de lege ferenda*, debe quedar claro que la búsqueda de alternativas fuera del DP exige agotar las posibilidades de concretar un disvalor de resultado en los delitos que pretenden «proteger bienes jurídicos colectivos», de modo que la intervención penal en tales ámbitos, concretamente en el sector de los atentados contra el sistema crediticio que aquí interesa por sus problemas *de lege lata*, pueda delimitarse aún conforme al principio de lesividad.

En esa perspectiva, no debe olvidarse que la lesión del bien jurídico, colectivo o individual, no sólo puede alcanzarse mediante la destrucción del interés sino también mediante su menoscabo o deterioro⁴². La lesión de un bien propio del DP económico no tiene porque acarrear la destrucción de toda la economía de mercado, ésta puede verse afectada si la gerencia general de una empresa con miles de trabajadores y varios millones de soles en pérdidas y deudas, decide ante la inminente declaración de insolvencia y posible quiebra, ocultar gran parte de su patrimonio y derivarlo mediante operaciones bancarias difíciles de descubrir a una nueva empresa creada mediante testaferros.

Tampoco debe pasarse por alto que, como se indicó anteriormente⁴³, la tutela del bien colectivo puede realizarse mediante la tipificación de su lesión o puesta en concreto peligro en función de «objetos con función representativa». Como precisa Martínez-Buján Pérez, la protección de todo bien colectivo debe operar mediante delitos erigidos en función de un objeto con función representativa, que es el que ha de resultar inmediatamente lesionado o

³⁸ KUHLEN. «Umweltstrafrecht auf der Suche einer neue Dogmatik», ZStW 105 (1993), pp. 716-717.

³⁹ SILVA SÁNCHEZ. «¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del art. 325 del CP», LL 1997/3, pp. «¿Política criminal "moderna"?», cit., pp. 1717.

⁴⁰ MÜLLER-TUCKFELD. «Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts». En: Vom Unmöglichen Zustand des Strafrechts. Frankfurt a.M. 1995, p. 478.

⁴¹ HASSEMER. Persona, mundo y responsabilidad, cit., p. 72. SILVA. «¿Política criminal "moderna"?», cit., pp. 447-448. LÜDERSEN. «Zurück zum guten alten, liberalen, anständigen Kernstrafrecht?». En: Bollinger/Lautmann. Vom Guten, das noch stets das Böse schafft. Frankfurt 1993, pp. 268ss.

⁴² BARBERO SANTOS. «Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto», ADPCP 1973, p. 488. TORÍO LÓPEZ. «Los delitos de peligro hipotético», ADPCP 1981, p. 826. CORCOY. Delitos de peligro, cit., pp. 213ss.

⁴³ Vid. Supra III.

puesto en concreto peligro por el comportamiento típico individual, y sin que sea necesario verificar esa efectiva lesividad para el bien colectivo mediatamente tutelado, dado que la «abstracta peligrosidad» de la conducta típica para este último reside en la lesión o peligro concreto reiterado y generalizado para el objeto representante. Por ello, para la imputación subjetiva es suficiente que la imprudencia o el dolo del agente abarquen únicamente el conocimiento de los elementos típicos, es decir la vulneración del objeto con función representativa inmediatamente protegido y sin que sea necesario probar el conocimiento en torno al bien colectivo. De esa manera, el menoscabo del bien jurídico «representado no posee relevancia directa alguna ni en el tipo objetivo, ni en el subjetivo»⁴⁴.

De la necesidad de proteger el orden socioeconómico como fundamento de la criminalización de los «atentados contra el sistema crediticio», no se deriva que los tipos deban erigirse en función de la lesión o puesta en peligro de todo el sistema socioeconómico. Si la intervención penal opera en este caso a través del objeto con función representativa «sistema crediticio», entonces la lesividad debe buscarse en el grado de afectación de dicho sistema.

Esta perspectiva conduce por otra parte a dejar de lado la «necesidad» de instrumentar formulas de mera peligrosidad *ex-ante* del comportamiento o de peligro abstracto⁴⁵. El alegato a favor de los tipos de abstracta peligrosidad en este sector suele obedecer a la configuración del injusto sobre la base de los bienes jurídicos individuales y no en función de la autónoma consideración de los bienes jurídicos colectivos que se pretende proteger. El principal fundamento para la exclusión de los delitos de mera peligrosidad radica, como precisa Bustos Ramírez, en que «desde una debida caracterización del bien jurídico colectivo se pueden construir en relación a él -y no al bien jurídico complementado (*individual*)- delitos de lesión o de peligro concreto»⁴⁶.

El carácter complementario de los bienes colectivos no implica que los delitos que se configuren para protegerlos hayan de ponerse, para definir su estructura, en relación a los bienes jurídicos individuales complementados. La tutela del interés colectivo no equivale a la protección de la suma de intereses individuales sino de las condiciones que permiten garantizar en el caso concreto su indemnidad, como objeto diferenciado y anticipado de tutela y única forma posible de prevenir su lesión⁴⁷. Donde a primera vista podría afirmarse la mera peligrosidad abstracta para un bien individual y por consiguiente la crítica por la violación del principio de lesividad⁴⁸, deberá observarse más bien la lesión o la puesta en concreto peligro de un bien colectivo⁴⁹ y, consecuentemente, la salvaguarda de dicho principio.

El riesgo de asumir una argumentación puramente gramatical que legitime el peligro abstracto para bienes individuales, mediante la introducción de la categoría «bienes colectivos» y la «conversión» del peligro abstracto en un resultado lesivo o peligroso⁵⁰, puede superarse a

⁴⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN. DP económico. PG, cit., pp. 98-99. Similar, RODRÍGUEZ M. Delitos de peligro, dolo e imprudencia, cit., pp. 301-302. TERRADILLOS BASOCO. Delitos de peligro y criminalidad económica. Inédito. Jerez 1985, pp. 67-69. FARALDO CABANA. Los delitos societarios. Valencia 1996, pp. 87-88. ARROYO ZAPATERO. «DP económico y Constitución», Revista Penal 1 (1996), pp. 7-8.

⁴⁵ CARO. DP del ambiente, cit., pp. 506ss.

⁴⁶ BUSTOS. «Los bienes jurídicos colectivos», cit., p. 198.

⁴⁷ MAQUEDA ABREU. «La idea de peligro en el moderno DP», AP (1994), p. 492. PORTILLA CONTRERAS. «Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos», CPC 39 (1989) p. 741. LAURENZO COPELLO. El resultado en DP. Valencia 1992, pp. 120-121.

⁴⁸ FIANDACA. «La tipizzazione del pericolo». En: Materiali per una riforma del diritto penale. Milano 1987, pp. 455ss.

⁴⁹ TIEDEMANN. Poder económico y delito. Barcelona 1985, p. 36. OTTO. «Rapport national», RIDP (1983) p. 550. MÉNDEZ RODRÍGUEZ. Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación. Madrid 1993, p. 159-161. BUSTOS RAMÍREZ. Manual de DP. PG. 4ª ed. Barcelona 1994, p. 264. ESCRIVÁ GREGORI. La puesta en peligro de bienes jurídicos en DP. Barcelona 1976, p. 115. LAURENZO. El resultado en DP, cit., p. 121. MAQUEDA. «La idea de peligro en el moderno DP», cit., p. 492. GARCÍA RIVAS. Delito ecológico. Barcelona 1998, p. 116. FARALDO CABANA. Los delitos societarios, cit., p. 87.

⁵⁰ Así, críticamente SANTANA VEGA. La protección penal de los bienes jurídicos colectivos. Madrid 2000, pp. 175-176.

través de tres exigencias que evitan una tutela demasiado anticipada o con límites materiales poco reconocibles. Por una parte el bien colectivo debe determinarse de acuerdo con los principios de merecimiento y necesidad de pena, lo que excluye la administrativización de la intervención penal o el deseo de proteger meras unidades funcionales de valor⁵¹. En segundo término, la peligrosidad de la conducta para un bien individual no equivale a la lesión o puesta en peligro concreto de un bien colectivo, la imputación objetiva de un resultado lesivo o de peligro para el bien colectivo precisa de una verificación *ex-post* ajena a los delitos de mera conducta peligrosa. Como precisa García Rivas para la imputación objetiva del resultado típico que afecta al bien colectivo debe analizarse el fin de protección de la norma, lo que restringe considerablemente la tipicidad a diferencia de un delito de peligro abstracto para un bien individual⁵².

Estos criterios de imputación permiten tomar distancia de la criminalización del riesgo abstracto pero, al igual que en los delitos que afectan bienes individuales, el principio de insignificancia debe excluir la tipicidad de aquellos comportamientos que se realizan en resultados bagatelares de lesión o puesta en concreto peligro del objeto representante del bien colectivo⁵³. A esta interpretación favorece no sólo el contenido del art. IV del CP sino también la exigencia de la 11ª Disposición Complementaria de la LRP, en el sentido que el ilícito penal conlleve «especial gravedad», exigencia que *de lege ferenda* mantiene el art. 131 de la LGSC.

De acuerdo con estas consideraciones debe entenderse que el art. 209 del CP tipifica un delito de lesión del «sistema crediticio». En un sistema jurídico que garantiza la no prisión por deudas (art. 2.24.c de la Constitución), la existencia de un crédito impago no determina por sí mismo la presencia de un riesgo penalmente relevante. En ese marco, desde el punto de vista del patrimonio de los acreedores las conductas del art. 209 del CP implicarían la superación del riesgo penalmente permitido y a lo sumo una puesta en peligro concreto del patrimonio por el riesgo de incobrabilidad. La norma no exige una situación de irrecuperabilidad del crédito, ni siquiera como condición objetiva de punibilidad, que permita apreciar la lesión del bien⁵⁴.

Pero lo relevante para el tipo penal no radica en la afectación del bien individual complementado a cuyo servicio se encuentra el «sistema crediticio». Es la afectación de este sistema lo que dispensa de contenido antijurídico a las conductas del art. 209, a diferencia de la 11ª Disposición de la LRP o del art. 125 de la LGSC, aquí no se sanciona la mera violación de las reglas de funcionamiento de los procedimientos concursales. Aunque los supuestos de la infracción administrativa y penal son semejantes, es de exigirse para la ilicitud penal la lesión del sistema crediticio, según lo antes expuesto ello no debe implicar la destrucción del bien, es suficiente su menoscabo. De esta manera, por ejemplo si el representante del deudor sometido a un procedimiento de insolvencia, oculta bienes por un valor que no repercute en la capacidad de pago de su representado o no ahonda profundamente su incapacidad, sólo realiza el ilícito administrativo de la 11ª Disposición Complementaria de la LRP o del art. 125.2.a de la LGSC aún en período de *vacatio legis*. La infracción administrativa se consume con el mero ocultamiento sin necesidad de repercusiones negativas para los fines del procedimiento concursal. Por el contrario, si el ocultamiento o la simulación de pérdidas determina o agrava la incapacidad de pago se realiza el ilícito penal, en ese caso se menoscaba el sistema crediticio en tanto se frustran los fines del sistema concursal orientado a permitir una recuperación ordenada hasta donde el patrimonio del deudor lo permita.

4. Regulación del *ne bis in idem*

⁵¹ CARO. DP del ambiente, cit., pp. 41ss.

⁵² GARCÍA R. Delito ecológico, cit., p. 111ss.

⁵³ MARTÍNEZ-BUJÁN. DP económico. PG, cit., p. 99. Este correctivo no es ajeno a los defensores de la técnica del peligro abstracto a fin de adecuarla al principio de *ultima ratio*, pero pese a que acarrea una incongruencia sistemática es instrumentado a nivel procesal pues, en sentir del Tribunal Federal Constitucional Alemán «la prohibición constitucional contra el exceso permitiría tanto una solución material como una formal (procesal)», Vid. sentencias de 17-1-1979 y 9-3-1994 sobre el caso del Cannabis.

⁵⁴ Sólo desde una concepción personal del patrimonio, en el sentido defendido por OTTO. Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte. 5ª ed. Berlin-New York 1998, §38/II, podría apreciarse un delito de lesión patrimonial.

La discusión relativa a la identidad de garantías en el ordenamiento administrativo sancionador y el penal como expresiones de un mismo *ius puniendi*, es relativamente reciente en Perú⁵⁵. El debate tampoco está terminado en el Derecho comparado, se acepta que el ejercicio sancionador por parte de la Administración debe someterse básicamente a los límites del DP⁵⁶, pero se evalúa aún la intensidad de dicho sometimiento, en el sentido de si las sanciones administrativas suelen ser menos graves que las penales (al menos no pueden acarrear la privación de libertad) y si las necesidades de eficacia de la intervención administrativa, pueden fundamentar la exigencia de garantías más flexibles que las del sector penal⁵⁷. Por ese camino se resguardaría un núcleo básico de garantías para el *ius puniendi* administrativo, como los principios de legalidad y culpabilidad, pero se renunciaría a otras como la lesividad o la legalidad procesal, en pro de una mayor eficacia.

Este debate no afecta la vigencia del principio de *ne bis in idem* en el ámbito administrativo, reina acuerdo en que la interdicción de la sanción o persecución múltiple por un mismo contenido de injusto es una garantía irrenunciable en todo ejercicio punitivo⁵⁸. Uno de los aspectos más controvertidos, especialmente de cara al sentido de la legislación, radica en la vinculación a este principio cuando la persecución o sanción operan en distintos ordenamientos sancionatorios, es decir en el penal y el administrativo⁵⁹. La legislación peruana por lo general ha expresado reticencias a reconocer expresamente que el *ne bis in idem* debe regir también en estos casos, incluso se ha acudido no pocas veces, sobre todo en las normas administrativas, a declaraciones de que la sanción administrativa se impondrá «sin perjuicio de la penal», lo que obliga a limitar esta posibilidad a aquellos casos en los que no se viola el *ne bis in idem*, es decir a los supuestos de concurso ideal entre una infracción administrativa y otra penal en los que la sanción múltiple se sustenta en injustos de diferente contenido⁶⁰.

Antes de la Ley N° 27444 del Procedimiento Administrativo General de 11 de abril de 2001, sólo excepcionalmente se reconocía la interdicción del *bis in idem*, un ejemplo importante se observaba en los arts. 12 y 30 de la Ley N° 26821 de 26 de junio de 1997, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, cuyo texto permitía deducir la imposibilidad de acumular consecuencias penales y administrativas. No obstante, pese a que el art. 230.10 de la Ley N° 27444 establece bajo la rúbrica «*Non bis in idem*» que, con carácter general no se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento, la problemática subsiste en cuanto a la determinación de las reglas que deben regir las no siempre coordinadas relaciones entre el poder administrativo y penal.

El art. 159.5 de la Constitución establece que el ejercicio de la acción penal compete al Ministerio Público y el art. 139.2 pf. 2 reconoce la primacía de la jurisdicción, por lo que sólo en apariencia hace falta una regulación general que zanje a nivel legislativo a quien corresponde por ejemplo evaluar el carácter administrativo o penal de la infracción, o que posibilidades tiene la Administración si el Juez penal absuelve de la acusación por ausencia de tipicidad pero da el hecho por acreditado⁶¹. El primer intento de regular estos aspectos, aunque sólo para el ámbito de los procedimientos concursales, se observa en el último pf. de la citada 11ª Disposición Complementaria de la LRP, según el cual si se ha impuesto una sanción administrativa al infractor, ya no cabe el inicio de la acción penal por tales hechos. Luego precisa que si a criterio de la Comisión de Reestructuración Empresarial la infracción reviste

⁵⁵ DANÓS. «Notas sobre la potestad sancionadora», cit., pp. 149ss. ABANTO. DP económico, cit., p. 185.

⁵⁶ QUINTERO OLIVARES. «La autotutela. Los límites del poder sancionador de la administración pública y los principios inspiradores del DP», RAP 126 (1991), pp. 253ss.

⁵⁷ CID MOLINE. «Garantías y sanciones (argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)», RAP 140 (1996), pp. 131ss. En la misma línea se expresó PEÑA. PE III, cit., pp. 167-168.

⁵⁸ TRAYTER JIMÉNEZ/AGUADO I CUDOLÀ. Derecho administrativo sancionador. Barcelona 1995, pp. 71ss.

⁵⁹ Ibid., pp. 77-79.

⁶⁰ CARO. DP del ambiente, cit., pp. 128-129.

⁶¹ Cuestiones planteadas por DE LEÓN VILLALBA. Acumulación de sanciones penales y administrativas. Barcelona 1998, pp. 583ss.

especial gravedad esta debe inhibirse de pronunciarse sobre el caso y poner los actuados a disposición del Ministerio Público para los fines correspondientes. Siguiendo esta misma orientación, el art. 131 de la LGSC establece que tras una sanción administrativa no cabe el ejercicio de la acción penal, y si la Comisión de Procedimientos Concursales o las Comisiones creadas por convenio consideran que la infracción es de especial gravedad, corresponde derivar los autos al Ministerio Público.

Con ello se regula principalmente la garantía procesal del *ne bis in idem*, aunque es posible derivar de allí consecuencias compatibles con el *ne bis in idem* material, las que en todo caso rigen en virtud del art. 230.10 de la Ley N° 27444. En efecto, un aspecto positivo de la 11ª Disposición Complementaria de LRP y del art. 131 de la LGSC es que se orientan a evitar la doble persecución frente al mismo contenido de injusto con lo que se establece, aunque con cierta timidez, la regla básica del *ne bis in idem* procesal. Esta garantía se fundamenta en la libertad y seguridad de la persona, en virtud de las cuales no se puede someter a ésta a un múltiple riesgo real mediante la persecución, el Estado tiene una sola oportunidad para perseguir y sancionar al ciudadano por la realización de un injusto, si la pierde, ya no puede ejercerla, así se invoquen defectos técnicos o perspectivas jurídicas diversas para resolver el asunto⁶². De esta premisa se derivan un conjunto de consecuencias que la LRP y la LGSC regulan parcialmente. Si se parte de la vinculación al principio de legalidad y la supremacía del Poder Judicial frente a la Administración Pública, ésta última debe abstenerse de intervenir o proseguir el procedimiento sancionador si los hechos pueden calificarse como delito o falta, debiendo archivar la causa y derivarla al Ministerio Público⁶³. Las citadas Leyes no asumen expresamente esta deseable consecuencia, como se criticó anteriormente se distancian de la legalidad procesal y abren paso a una lógica de «oportunidad administrativa», al permitir que sea la Comisión de Reestructuración Patrimonial o, a futuro, la Comisión de Procedimientos Concursales y las Comisiones creadas por convenio, quienes califiquen la relevancia penal del hecho. Este problema tampoco se supera con la regulación del art. 230.10 de la Ley N° 27444.

Otros corolarios del *ne bis in idem* procesal se relacionan con la cosa juzgada, si la jurisdicción penal concluye que los hechos son inexistentes o no están probados, ningún otro órgano puede pretender acreditar lo contrario mediante una nueva investigación, debiendo tenerse por inocente al ciudadano por tales hechos⁶⁴. Cuando los hechos están probados y la absolución penal obedece a razones jurídicas, tampoco es posible el inicio de alguna investigación por el mismo injusto porque implicaría someter al sujeto a un riesgo múltiple⁶⁵. Pero la LRP y la LGSC regulan de modo inverso estos casos, establecen que si la Comisión respectiva impuso sanción administrativa ya no es posible iniciar acción penal por tales hechos, con lo que parecen consolidar una regla de supremacía administrativa frente a la titularidad de la acción penal que compete de modo exclusivo al Ministerio Público según el art. 159.5 de la Constitución.

Aunque no se recoge expresamente, es posible deducir de la Ley aspectos relacionados con la garantía de *ne bis in idem* material, tradicionalmente entendida como la prohibición de la sanción múltiple ante la triple identidad de sujetos, hecho y fundamento o bien jurídico⁶⁶, lo que sí reconoce en esos precisos términos el art. 230.10 de la Ley N° 27444. En sentido normativo, la prohibición surge cuando el contenido del injusto administrativo puede subsumirse en el injusto penal, de modo que nos encontramos ante un supuesto semejante al concurso aparente de delitos o unidad de ley⁶⁷. Sin embargo, cuando ambos injustos tienen contenido distinto, debe admitirse la sanción múltiple por el mismo hecho, bajo la misma lógica del concurso ideal de delitos. Esta posibilidad no ha sido contemplada en la LRP ni en la LGSC, pese a lo cual es posible defender esta conclusión mediante la extensión a este ámbito de las reglas concursales que rigen en el DP. A ello no se opone el art. 230.10 de la Ley N°

⁶² SAN MARTÍN. Derecho procesal penal. Vol. 1, cit., pp. 62, 64.

⁶³ Ibid., p. 62.

⁶⁴ VIVES ANTÓN. La libertad como pretexto. Valencia 1995, p. 361.

⁶⁵ Ibid., p. 364.

⁶⁶ DE LEÓN. Acumulación de sanciones, cit., pp. 455ss.

⁶⁷ GARCÍA ALBERO. «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales. Barcelona 1995, p. 64.

27444 porque en tales supuestos no se aprecia identidad de fundamento, lo mismo cabe deducir del art. 230.6 que regula el «Concurso de infracciones».

Pero el principal problema que aquí se plantea deriva de lo antes criticado. Si la Comisión de Reestructuración Empresarial o las Comisiones a cargo de los Procedimientos Concursales evalúan y deciden la gravedad característica de la infracción penal, de no recurrirse a criterios normativos como los aquí planteados⁶⁸, es posible que supuestos de trascendencia penal sean directamente sancionados por la Administración aún en contra del principio de legalidad. La regulación examinada establece que aún en tales casos no es posible la acumulación de sanciones, lo que en rigor es correcto en tanto que al particular no le corresponde asumir las consecuencias negativas de un «error administrativo». No obstante, estos problemas de calificación jurídico-penal de los hechos investigados por la autoridad administrativa deben resolverse según el mandato constitucional del art. 159.5 que otorga al Ministerio Público la facultad de determinar la relevancia penal de los hechos y formular la respectiva denuncia ante el Poder Judicial.

Estos criterios deben regir *de lege ferenda* para delimitar las infracciones penales frente a los nuevos ilícitos administrativos de la LGSC, no contemplados en la actual LRP, que entrarán en vigor en octubre de 2002. Las formas de incumplimiento de entrega de información a la autoridad administrativa (art. 125.1.a-b de la LGSC) puede revestir relevancia penal dentro de los alcances del art. 242 del CP cuando la omisión es imputable al director, administrador o gerente de una empresa deudora, acreedora, administradora o liquidadora en el procedimiento concursal, y siempre que la información tenga carácter económico, industrial o mercantil. De modo similar, la ilicitud administrativa consistente en la violación del deber de reserva por parte del acreedor (art. 125.1.c de la LGSC) puede implicar consecuencias penales dentro de los alcances del tipo de violación del secreto profesional del art. 165 del CP.

5. Inicial desvinculación a los «procedimientos transitorios»

Los delitos contra el sistema crediticio no se extendían originalmente a las infracciones cometidas en los «procedimientos transitorios», creados posteriormente mediante el Decreto de Urgencia N° 064-99 de 1 de diciembre de 1999 y que no correspondían a los procedimientos de insolvencia, simplificado o concurso preventivo. Este Decreto fue aprobado por el Poder Ejecutivo con rango de Ley en virtud del art. 118.19 de la Constitución, precepto que limita este poder extraordinario del Presidente de la República a asuntos económicos y financieros, dentro de los cuales no se incardina la materia penal, de allí que dicho Decreto de Urgencia no podía acarrear una nueva reforma del CP, lo que generó cierto debate relativo a los medios de prevención de los fraudes realizados mediante estos procedimientos.

Debe tenerse presente que los pfs. 1 y 2 del art. 17 del Decreto facultaron a las Comisiones Ad-hoc a cargo de los procedimientos (concurso) transitorios a imponer multas de hasta 200 UITs por las mismas infracciones administrativas previstas en la 11ª Disposición Complementaria de la LRP. Esta solución presentó tres inconvenientes para un Derecho administrativo sancionador vinculado a las garantías básicas del *ius puniendi*⁶⁹, primero se apreciaba un alejamiento de la reserva de ley en tanto se establecieron sanciones mediante un instrumento jurídico limitado a la materia económica y financiera. En segundo término se relajó el principio de certeza porque se recurrió a una remisión estática a la LRP, sin establecerse el contenido esencial de la conducta infractora, exigencia mínima para la constitucionalidad de una norma sancionadora en blanco. Finalmente, se dejó de lado el principio de proporcionalidad fundado en la «prohibición del exceso», pero también el de igualdad, porque la sanción fijada en el Decreto de Urgencia podía alcanzar el doble de la prevista en la LRP tras su reforma a través de la Ley N° 27146, de forma que dos injustos similares y orientados al mismo fin se sancionaban de manera muy distinta.

La intervención penal frente a los fraudes cometidos en estos procedimientos transitorios se

⁶⁸ Vid. Supra IV.2.1.

⁶⁹ TRAYTER/AGUADO. Derecho administrativo sancionador, cit., pp. 37ss., 62ss., 89ss.

limitaba, en consecuencia, a la que podía derivar del DP patrimonial, concretamente de tipos como la apropiación indebida (art. 190), la estafa (art. 196) o el fraude en la administración de personas jurídicas (art. 198). Pese a estas posibilidades, el Decreto de Urgencia no reguló el *ne bis in idem*, sólo se limitó a señalar en el pf. 4 del art. 17 que las sanciones administrativas podían imponerse «sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar», lo que significó un retroceso frente al avance en esta materia previsto en la Ley N° 27146.

Estos problemas no se han superado totalmente a través de la Ley N° 27295 de 29 de junio de 2000, la que se limitó a extender la prohibición penal específica de los arts. 209 y 211 del CP frente a los fraudes cometidos mediante procedimientos transitorios u otros de reprogramación de obligaciones, sin ampliar la eficacia del *ne bis in idem* por lo que sólo cabrá recurrir a la regla general del art. 230.10 de la Ley N° 27444. Tampoco se adecuó el poder sancionador administrativo, conforme al principio de proporcionalidad, en los procedimientos transitorios, a los que pudieron acogerse los deudores hasta el 31 de marzo de 2001, en virtud de la ampliación prevista por el art. 1 del Decreto de Urgencia N° 116-2000 de 27 de diciembre.

Sin embargo, un importante aporte de la Ley N° 27295 radica en la incorporación de esa cláusula general en los arts. 209 y 211 del CP, relativa a «*otro procedimiento de reprogramación de obligaciones cualesquiera fuera su denominación*», expresión que como bien se advirtió permite la actualidad de los tipos penales frente a los esperados cambios de la legislación concursal administrativa, la que puede variar con facilidad los nombres de los procedimientos, instaurar nuevos o derogar otros. Ello ha quedado demostrado con la nueva LGSC que elimina los procedimientos de reestructuración patrimonial, el concurso preventivo y los procedimientos simplificados, instaurando un «*procedimiento concursal ordinario*» y un «*procedimiento concursal preventivo*», de modo que los fraudes concursales que pudieran cometerse a través de los mismos quedarán conminados por los tipos de los arts. 209 y siguientes del CP puesto que se trata de «*procedimientos de reprogramación de obligaciones*».

V. DELITOS CONCURSALES

1. *Nomen iuris* y ubicación sistemática

La reforma de 1999 reemplazó la denominación original del Cap. I del Tít. VI del Libro Segundo del CP de 1991, por la expresión «Atentados contra el sistema crediticio». Esta rúbrica es suficientemente descriptiva del objeto afectado por los comportamientos típicos de los arts. 209 y ss., pero puede plantear confusiones frente al ámbito de regulación de los «Delitos financieros» tipificados por los arts. 244 y ss., orientados en general a proteger relaciones crediticias enmarcadas en el orden socioeconómico⁷⁰.

Esta posible coincidencia se limita al plano formal, los delitos de los arts. 209, 210 y 211 sólo pueden cometerse en el marco de un procedimiento concursal seguido ante el Indecopi o sus órganos afiliados, mientras que los delitos financieros se realizan a través de entidades bancarias, financieras o que operan con fondos del público, es decir las reguladas por la Ley N° 26702, Ley general del sistema financiero. Las situaciones de insolvencia o quiebra de dichas entidades no se regulan mediante los procedimientos concursales de la LRP, tampoco quedarán abarcadas por la LGSC, de allí que los tipos de los arts. 209 y ss. del CP no protegen las relaciones crediticias especialmente tuteladas por la Ley general del sistema financiero.

Pese a estos diferentes niveles de protección, es importante tener en cuenta la relevancia que se aprecia en el Derecho comparado de recurrir a otras denominaciones que permiten advertir, ya desde el *nomen iuris*, la presencia de un interés distinto al de los delitos bancarios⁷¹. Teniendo en cuenta la estructura de los nuevos delitos que tienen como contexto de

⁷⁰ BRAMONT-ARIAS/GARCÍA. PE, cit., p. 447. TIEDEMANN. Lecciones de DP económico, cit., pp. 35-36.

⁷¹ Delitos de insolvencia (*Insolvenzstraftaten*) en el CP alemán, Insolvencias punibles en el CP español, Organización fraudulenta de la insolvencia (*Organisation frauduleuse de l'insolvabilité*) en el CP francés o Delitos concursales (*Reati fallimentari*) en el CP italiano.

realización los procedimientos concursales de la Ley de reestructuración patrimonial, una denominación más adecuada podría ser la de «Delitos concursales», la que coincide plenamente con los alcances de la LGSC que regula procedimientos concursales. La rúbrica «Delitos de insolvencia» expresaría de modo parcial el contenido de los tipos del CP que extienden la tutela a las conductas realizadas mediante procedimientos ajenos a la insolvencia, es decir el procedimiento simplificado y el concurso preventivo. Asimismo, el rótulo «Insolvencias punibles» sería además impreciso porque la 11ª Disposición Complementaria de la LRP establece tipos administrativos que también prevén conductas de insolvencias punibles.

Como se advirtió anteriormente, el CP de 1991 excluyó los delitos de quiebra fraudulenta de los ilícitos patrimoniales, pero tampoco los incardinó dentro de los «Delitos contra el orden económico» del Tít. IX, optando por regularlos, junto con la usura y los libramientos indebidos, bajo el rótulo «Delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios» del Tít. VI, no exento de críticas por su vaguedad pero perteneciente al orden socioeconómico a juicio de la doctrina⁷². La necesidad de renunciar al contenido original de los arts. 209 y ss. del CP, fue quizás la razón más inmediata para que la reforma de 1999 sólo sustituyera su contenido mediante los nuevos delitos contra el sistema crediticio, sin derivarlos directamente al Tít. de delitos económicos o regularlos como parte de la LRP.

A la vista de la expansión del DP complementario y el no excepcional alejamiento de las garantías mediante una legislación que tiende hacia la administrativización⁷³, resulta adecuada la elección de tratar estos delitos dentro del CP, aunque quizás hubiera sido más conveniente su inclusión en el Tít. IX de ilícitos contra el orden económico, decisión que tampoco ha adoptado la nueva LGSC. Una razón de esta conveniencia radica en que la reforma tuvo que mantener la vigencia del art. 213-A introducido entre los delitos de quiebra fraudulenta en 1996 por el D. Leg. N° 861, Ley del Mercado de Valores, tipo penal que persigue una meta muy distinta a la protección del sistema crediticio.

2. Disminución del patrimonio concursal

El art. 209 del CP ya no criminaliza un supuesto de «quiebra fraudulenta» como aún se sostiene en la doctrina nacional⁷⁴, desde la reforma de 1999 el tipo no se refiere más a la quiebra, la cual implica una etapa judicial posterior a los procesos concursales administrativos (art. 88 de la LRP, arts. 88.7 y 99.1 de la LGSC), que es donde se sitúa la prohibición penal. Tampoco es acertada la denominación «insolvencias punibles» porque el tipo contempla la posibilidad de que el ilícito se consume en el ámbito de procedimientos distintos a la insolvencia, como el procedimiento simplificado, el concurso preventivo y, mientras subsistan sus efectos, el transitorio. Es más, *de lege ferenda*, con la nueva LGSC, sólo existirán los procedimientos concursales ordinarios y preventivos.

Se prevé un delito especial, el tipo señala como autor a quien tiene la calidad de deudor, quien actúa en su nombre, al administrador y al liquidador. Estas calidades deben entenderse en el contexto de los procesos concursales, regidos por la LRP y sus múltiples modificaciones, normas administrativas que imponen a estos sujetos deberes especiales cuya violación fundamenta el disvalor de la acción típica. Actualmente el concepto de deudor no está expresamente definido en la regulación administrativa, podría plantearse su deducción, *a contrario sensu*, a partir de la definición de «acreedor impago» prevista en el art. 1 de la LRP, entonces deudor sería quien tiene deudas exigibles y no pagadas dentro de los 30 días desde el vencimiento. Sin embargo, no debe perderse de vista que el citado art. 1 de la LRP establece el concepto de acreedor sólo «para efectos de la declaración de insolvencia», por ello es muy limitada la noción de deudor que de allí pueda derivarse. No es conveniente asumir una definición *a contrario* si se piensa, por ejemplo, en el inicio fraudulento de un procedimiento de insolvencia, en el que el deudor simula obligaciones vencidas para evitar el

⁷² Vid. Supra III.

⁷³ CARO CORIA. Legislación complementaria sistematizada. Lima 2002, p. 5.

⁷⁴ BRAMONT ARIAS, L. L.A. BRAMONT-ARIAS TÓRRES. CP anotado. 4ª ed. Lima 2001, p. 382.

futuro pago de otras deudas que aún no son exigibles.

La incertidumbre se mantiene en la LGSC, el art. 1.c tampoco establece una definición precisa del concepto de deudor, limitándose a señalar qué tipo de personas pueden asumir dicha condición. Asimismo, aunque podría deducirse una noción de deudor a raíz de la exigencia del art. 24.1.a-b para que éste inicie un procedimiento concursal ordinario («Qué más de un tercio del total de sus obligaciones se encuentren vencidas e impagas» por más de 30 días naturales, «Que tenga pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, cuyo importe sea mayor al tercio del capital social pagado»), dicha noción tendría que complementarse con la que deriva del art. 103 para efectos del procedimiento concursal preventivo (deudor ajeno a los supuestos del art. 24 antes citado).

Por ello puede resultar más apropiado vincular la noción de deudor a la prevista en el Código Civil, es decir como el sujeto jurídicamente obligado a satisfacer una prestación de dar⁷⁵, carecen de relevancia en todo caso las obligaciones de hacer o de no hacer salvo que se conviertan en una prestación económica, por ejemplo por sentencia judicial o reconocimiento de deuda, porque el objeto material del delito del art. 209 se concreta en los bienes del deudor. En esa línea de ideas, puede considerarse autor del delito a quien pretende evadir el pago de una deuda que se devengará en el futuro, sometiéndose a un procedimiento concursal a través de la simulación de deudas. A esta conclusión corrobora que el art. 1 de la LRP no exige que el crédito esté vencido para considerar acreedor a quien participa en la Junta de Acreedores una vez declarada la insolvencia, lo que conduce a considerar deudor a quien debe satisfacer el crédito en estos casos, conclusión que deriva de igual forma del art. 1.c de la LGSC. Del mismo modo, para el procedimiento simplificado y el concurso preventivo de la LRP o para el procedimiento concursal preventivo de la LGSC, tampoco se exige que las deudas estén vencidas, interpretación acorde con la consideración de que el bien jurídico protegido no es el patrimonio de los acreedores sino el sistema crediticio.

Aunque tal vez hubiera resultado más conveniente reformar con carácter general los términos del actuar por otro del art. 27 del CP, el art. 209 amplía su alcance para el ámbito de los delitos concursales, atribuye la calidad de autor a todo aquel que actúa por cuenta del deudor, quien puede ser una persona natural o jurídica. De ese modo, el art. 209 sanciona también el actuar en nombre de una persona natural deudora, extensión que no permite la actual redacción del art. 27 que se limita a la representación de personas jurídicas⁷⁶. El concepto de administrador corresponde en el contexto concursal a quien está a cargo de ejecutar el plan de reestructuración patrimonial del insolvente aprobado por la junta de acreedores (arts. 43 y ss. de la LRP) o del deudor en el marco del procedimiento concursal ordinario de la LGSC (art. 61), al ejecutor del convenio de reprogramación de pagos en el procedimiento simplificado (art. 100.1 de la LRP) o al administrador especial en los casos de concurso de acreedores (art. 117 de la LRP). En cuanto al liquidador, una vez decidida la disolución de la empresa por la Junta de Acreedores éste ejecuta la liquidación patrimonial del insolvente mediante el pago a los acreedores conforme a lo acordado en el convenio respectivo (arts. 60 y ss. de la LRP), régimen que se extiende a las personas naturales y personas jurídicas que no realizan actividad empresarial (art. 114) y deciden la liquidación (art. 117). Similar función asume el liquidador según la nueva LGSC (arts. 74 y ss.) dentro del procedimiento concursal ordinario.

Las conductas típicas deben realizarse en el marco de uno de los procedimientos concursales previstos en la LRP o, *de lege ferenda* en la LGSC. Ya han quedado sin efecto los procedimientos transitorios que instauró el D.U. N° 064-99. El procedimiento de insolvencia puede iniciarlo uno o más acreedores si la deuda vencida supera las 50 UITs (art. 4 de la LRP), también puede iniciarlo el deudor si más de dos tercios de sus obligaciones están impagas por más de 30 días, o si tiene pérdidas acumuladas mayores a dos tercios de su capital social pagado (art. 5). Debe tenerse en cuenta que la insolvencia como tal constituye una situación económico-financiera declarada administrativamente por la Comisión de

⁷⁵ Vid. art. 1132ss. del Código Civil.

⁷⁶ Críticamente, MEINI MÉNDEZ. «El "actuar en lugar de otro" en el DP peruano», NFP 62 (1999), pp. 135-136, quien propone un texto *de lege ferenda* (p. 150).

Reestructuración Patrimonial (art. 1), de allí que el contexto que describe el pf. 1 del art. 209 del CP no es el de una declaración de insolvencia, sino el procedimiento que conduce a la misma. Por otro lado, el procedimiento simplificado sólo puede iniciarlo el deudor considerado empresa cuando sus pasivos no superan las 200 UITs (art. 91), el concepto de empresa está previsto en el art. 1 como toda organización económica y autónoma en la que confluyen los factores de producción, capital y trabajo, con el fin de producir bienes o prestar servicios. A su vez, el concurso preventivo puede iniciarlo el deudor, persona natural o jurídica, o entidad no constituida legalmente, que prevea una imposibilidad o dificultad para pagar oportunamente sus obligaciones, de modo que se somete a concurso con el fin de lograr un acuerdo de refinanciamiento oponible a todos sus acreedores (art. 105).

Tras la reforma a través de la Ley N° 27295 de 29 de junio de 2000, la protección penal prevista en el art. 209 se extiende a los procedimientos transitorios del D.U. N° 064-99, a los cuales pudieron acogerse hasta el 31 de marzo de 2001 todas las empresas, independientemente de sus pasivos o de su situación patrimonial a la fecha de inicio del procedimiento (art. 4), y que en algunos casos continúan tramitándose hasta fines de 2001. Este régimen transitorio, conforme a su exposición de motivos, perseguía dentro del grave contexto de crisis nacional e internacional, crear las condiciones necesarias para el desarrollo de programas de saneamiento y fortalecimiento patrimonial de las empresas económicamente viables a fin de facilitar su recuperación y, por ese medio, la recuperación del flujo normal de recursos en la economía. Sin embargo, los efectos de este dispositivo no fueron los esperados, estos trámites sumarios no fueron tales, entre otras razones por el alto formalismo impuesto por las partes y las propias autoridades encargadas en orden a evitar el fraude, y no podía esperarse razonablemente una aceleración de la economía en un contexto político de grave crisis política (año 2000) y transición (año 2001) como el que vivió o sigue viviendo el Perú (año 2002), ni pueden soslayarse las consecuencias de la crisis económica internacional que se ha agudizado desde el año 2001.

La modificación a través de la Ley N° 27295 acentuó además la remisión dinámica a la legislación extrapenal, al sancionar el fraude en cualquier otro «procedimiento de reprogramación de obligaciones», lo que es positivo desde la perspectiva de una complementariedad administrativa acorde con los cambios muchas veces veloces del ordenamiento administrativo. Por esa vía es posible que los fraudes cometidos en los futuros procedimientos concursales ordinarios (arts. 23 y ss.) y preventivos (arts. 103 y ss.) de la LGSC puedan sancionarse según los arts. 209 y ss. del CP sin necesidad de una reforma específica.

Esta remisión dinámica suscita sin embargo cuestiones importantes, por ejemplo si dentro de esos «procedimientos de reprogramación de obligaciones» pueden incardinarse otros medios administrativos de naturaleza bancaria o financiera en general de reprogramación de pagos, es decir al margen de las reglas de reestructuración patrimonial o concursal, mecanismos de carácter judicial o, inclusive, los procedimientos que pudieran instaurarse sin intervención heterónoma, como la conciliación. Frente a estas opciones a mi juicio debe imponerse una interpretación restrictiva que incorpore sólo aquellos mecanismos de reprogramación de obligaciones con intervención estatal (Indecopi, el Poder Judicial), es decir en aquellos espacios en los que la injerencia heterónoma demuestra o exhibe la necesidad de proteger no sólo al patrimonio del particular, sino especialmente el sistema crediticio que es lo relevante para efectos de la tutela penal. En esa perspectiva adquieren relevancia penal por ejemplo los fraudes cometidos en los procedimientos de reprogramación de pagos a cargo de entidades bancarias o financieras y supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros, hechos frente a los cuales no existe una figura penal específica en el marco de los delitos financieros, ni se halla razón para bloquear la tutela penal frente a hechos que revisten la misma o mayor entidad lesiva para el sistema crediticio. Como contraparte, deben quedar al margen los fraudes cometidos en procedimientos donde las partes conservan su autonomía, como la negociación o la conciliación, allí la existencia de intereses netamente privados sugiere recurrir tan sólo a la protección penal del patrimonio prevista en el CP.

Puede en todo caso cuestionarse que las reformas de 1999 y 2000 del art. 209 del CP han

limitado la protección del sistema crediticio al ámbito de los procedimientos oficiales, teniendo además en cuenta que en el Derecho comparado no es inusual que ésta se extienda hacia la prevención de los comportamientos del deudor orientados a disminuir su patrimonio realizable, aún antes de verse sometido a algún requerimiento administrativo o judicial. En esa perspectiva se incardinan por ejemplo el art. 257 del CP español de 1995 que sanciona el alzamiento de bienes sin necesidad de que se haya iniciado algún procedimiento concursal⁷⁷, así como el § 283 del StGB alemán que criminaliza la bancarrota con el mismo carácter general⁷⁸. Se ha sostenido en nuestro medio que la intervención penal limitada reposa en la confianza en la adecuada protección que dispensan la legislación civil y mercantil, así como las nulidades señaladas en la LRP, pero también en la intención de evitar una sobrecriminalización contraria a la eficacia penal⁷⁹.

Pero la relevancia de estos argumentos, loables en un contexto de expansionismo penal, es de relativa estimación, una tutela integral del sistema crediticio consecuente con el principio de *ultima ratio* no precisa de la renuncia a la intervención penal frente a comportamientos graves que pueden suscitarse antes del inicio de un procedimiento concursal, de allí que condicionar la tutela al inicio de tal procedimiento podría expresar un modo de proteger los intereses de la administración antes que la propia funcionalidad del sistema crediticio, lo cual no podría justificarse. Sin embargo, tampoco debe aceptarse, sin más, el recurso penal específico si antes no se ha previsto el deber de someterse al régimen concursal en situaciones de incapacidad de pago o sobreendeudamiento, lo que sí se observa por ejemplo en el Derecho alemán, en el § 64.1 de la regulación sobre sociedades por cuotas de responsabilidad limitada (GmbH) y en el § 92.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (AktG), que obligan a los gerentes y miembros del directorio de dichas entidades a someterlas a régimen concursal ante la insolvencia o la incapacidad de pago⁸⁰. Ello también puede deducirse del § 26 de la Ley de Insolvencia alemana (*Insolvenzordnung*) en vigor desde el 1 de enero de 1999⁸¹. Visto el argumento de otro modo, significa que si bien existen argumentos importantes a favor de criminalizar las conductas fraudulentas previas al inicio de un procedimiento concursal, sería conveniente que las mismas adquieran previa relevancia en el plano administrativo a través de deberes positivos de protección de los bienes que integrarán la futura masa concursal. Por el contrario, si *de lege lata* en ese ámbito rigen únicamente las obligaciones privadas de satisfacer el pago a los acreedores, entonces parece suficiente la tutela que deriva de los delitos contra el patrimonio, en particular la fraude en la administración de personas jurídicas del art. 198 del CP.

Las conductas típicas del art. 209 del CP se encuentran reguladas en tres numerales. El num. 1 sanciona el ocultamiento doloso de bienes, entendido como cualquier comportamiento que disminuye de facto el patrimonio del deudor quien, en todo caso, debe mantener el dominio sobre los mismos. Así, lo que se sanciona es el ocultamiento, es decir poner los bienes fuera del alcance fáctico y control jurídico de los acreedores y de las propias autoridades administrativas, no la pérdida o destrucción de éstos ni su transferencia o puesta a disposición de terceros, lo que más bien podrá ser abarcado por los num. 2 y 3 del art. 209. Debe tenerse pues en cuenta que desde la solicitud de insolvencia o de sometimiento a cualquiera de los procesos concursales, el deudor queda vinculado a una relación de derecho público que restringe el ejercicio del derecho de propiedad, en el sentido de someter su patrimonio a las decisiones de los acreedores en el marco regulatorio de la LRP y próximamente de la LGSC.

El num. 2 del art. 209 contempla dos modalidades, la primera es de orden defraudatorio y por ello necesariamente dolosa, consiste en simular deudas, gastos o enajenaciones, supuestos en los que se simula instrumentalmente la existencia de un título jurídico gratuito u oneroso que determina la disminución de la masa concursal. Con un ejemplo, el deudor exhibe letras de cambio «de favor» que reflejan una deuda irreal logrando que el supuesto acreedor lidere la

⁷⁷ MUÑOZ CONDE. El delito de alzamiento de bienes. 2ª ed. Barcelona 1999, pp. 91ss.

⁷⁸ TIEDEMANN. Insolvenz-Strafrecht, cit., §283/14ss.

⁷⁹ Documento de Trabajo N° 002-1999, cit., p. 12.

⁸⁰ BERGER. A insolvência no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre 2001, p. 77.

⁸¹ SMID. En: Insolvenzordnung. Stuttgart, etc. 1999, § 26/5ss.

junta de acreedores y tenga un orden preferente en la cadena de pagos, limitando o frustrando el legítimo derecho de cobro de los verdaderos acreedores. En estos casos deberá recurrirse a los criterios de imputación objetiva para determinar si la simulación o engaño es idóneo para alterar los fines del procedimiento concursal y, por esa vía, los derechos de los acreedores, si el administrador de una empresa que ha solicitado su insolvencia simplemente indica que tiene entendido que muchos de los bienes han sido transferidos por el anterior gerente, omitiendo explicaciones y la exhibición de los documentos que acreditan esa transferencia, no se tratará de un engaño suficiente dentro del ámbito del art. 209.2, de manera que tal comportamiento podría subsumirse bajo los alcances del num. 1, o sea como un simple ocultamiento de bienes. La simulación también puede referirse a situaciones no motivadas en un título jurídico siempre que el resultado de disminución patrimonial se alcance, son los casos que el num. 2 denomina «pérdidas», por ejemplo alegar que determinados bienes se quemaron en un falso incendio o señalar falsamente que los mismos fueron robados, exhibiéndose en cada caso la copia de una denuncia policial del hecho. En todos estos supuestos del num. 2, los comportamientos pueden ir acompañados de un delito contra la fe pública (arts. 427 y ss.) y dar lugar a un concurso ideal (art. 48) por tratarse de bienes jurídicos distintos.

La segunda modalidad del num. 2 no lleva consigo la simulación pero exige también dolo, se trata de la efectiva adquisición de deudas o la realización verdadera de enajenaciones, gastos o pérdidas. La interpretación de esta cláusula sería muy problemática si, como es común en otros ordenamientos, la conducta típica se situara fuera del ámbito concursal, en ese caso, es común la exigencia de una valoración normativa más allá de la mera realización de los gastos, etc., en el sentido de entender que la disminución patrimonial debe poner en riesgo el patrimonio del deudor y concretamente su capacidad de satisfacer las acreencias asumidas, pues de lo contrario se estaría criminalizando el uso permitido del patrimonio individual. Pero éste no es el caso de la legislación peruana, la ubicación de las conductas en el contexto concursal ya implica, per se, que existe un riesgo efectivo de no satisfacer las obligaciones del deudor, de manera que los actos de disminución adquieren relevancia porque incrementan ese riesgo a través de comportamiento no tolerados ya desde la perspectiva administrativa que, como se dijo, somete el patrimonio del deudor a la decisión del colectivo de acreedores, regla esencial para el funcionamiento del sistema crediticio.

La modalidad típica del art. 209.3 ratifica la orientación de la LRP y de la LGSC, desde el inicio del proceso concursal el patrimonio del deudor queda sometido a las decisiones de la junta de acreedores, se sanciona por ello la disposición patrimonial directa por parte del deudor a favor de los acreedores, así como el acto «generador de obligaciones». La literalidad de la norma permite comprender la mera asunción de obligaciones sin una efectiva disminución del patrimonio tangible del deudor, por ejemplo el giro de un cheque con cargo a una cuenta sin fondos o aceptar una letra de cambio que deberá ser pagada a ciento ochenta días. En estos casos podría estimarse una exclusión de la tipicidad porque no ha existido una disminución efectiva de la capacidad de pago del deudor, éste no tiene menos bienes por haber asumido tales obligaciones. Sin embargo debe aceptarse en estos casos la solución contraria porque tales actos de disposición no sólo rompen con el régimen de ordenación del patrimonio del deudor conforme a reglas de la LRP y de la LGSC, sino que además pueden incidir directamente en la capacidad de cobro de los otros acreedores, por ejemplo el que carece de acreencias especialmente garantizadas o protegidas, no tiene una prenda, una hipoteca o un título valor que le otorguen preferencia en el cobro. Desde esa perspectiva, y en orden a excluir precisamente aquellos casos en los que no se frustran los fines del régimen concursal, el art. 209.3 exige un resultado ulterior a la asunción de obligaciones, es decir que se posponga «el pago del resto de acreedores».

El num. 3 *in fine* regula los casos de participación necesaria («connivencia»), extendiendo la punibilidad al acreedor beneficiado, o quien actúa en su nombre, y que participa dolosamente en el hecho. Jescheck precisa que «Existe participación necesaria cuando un tipo se halla configurado de manera que para su realización se necesita conceptualmente la intervención de más de una persona»⁸² y que tales casos de participación se clasifican en delitos de

⁸² JESCHECK, Han-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Granada, Comares 1993, p. 636.

convergencia y de encuentro. En estos últimos, «las manifestaciones de voluntad de los intervinientes se dirigen también a una misma meta, pero desde ángulos distintos, de forma que, en cierta manera, las acciones tienden a encontrarse»⁸³. En palabras de Maurach, Gössel y Zipf, los delitos de encuentro «presuponen la pluralidad de personas activamente intervinientes, cuyas acciones, sea con una dirección de voluntad coincidente o no, se acercan mutuamente; es decir, el encuentro de las diversas actuaciones de voluntad tiene efecto constitutivo para el tipo»⁸⁴. De este modo, el art. 209 num. 3 *in fine* del CP no sanciona el mero hecho de ser beneficiario del acto del deudor sino el acuerdo de voluntades ejecutado en el que interviene el acreedor u otro en su nombre y beneficio.

El penúltimo pf. del art. 209 establece «supuestos legales» de atipicidad en los casos del num. 3. Si la Junta de acreedores reprograma la ejecución de las obligaciones, aprueba un convenio de liquidación o un convenio concursal, es esperable que la conducta no se incremine en tanto las disposiciones patrimoniales se ajusten a dicho convenio o reprogramación. En rigor se trata de supuestos de acto permitido por la LRP, o en su caso por la LGSC, y su reconocimiento en una norma penal es superfluo, primero porque ni siquiera se realiza el elemento del tipo objetivo «en perjuicio de los acreedores» que exige el pf. 1 del art. 209, y segundo porque como corolario de lo anterior no hará falta recurrir al art. 20.8 del CP que justifica los casos de ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo en tanto realicen la prohibición penal, lo que no acontece en estos supuestos de atipicidad objetiva. El mismo juicio merece la previsión del art. 209 penúltimo pf. *in fine* que indica la ausencia de responsabilidad penal allí donde una liquidación se realiza sin violar lo previsto para el desarrollo de dicha liquidación.

El art. 209 último pf. prevé una agravante por existir un mayor disvalor de resultado. La cualificación consiste en realizar los comportamientos típicos cuando, en el proceso concursal respectivo, el deudor ha sido beneficiado con la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones. Así acontece por ejemplo con la publicación de la resolución que declara la insolvencia (art. 8 pf. 4 de la LRP), a partir de la cual se suspende la exigibilidad de todas las obligaciones que el insolvente tuviera pendientes de pago a dicha fecha, régimen que se extiende hasta la aprobación del Plan de Reestructuración, Convenio de Liquidación o Convenio Concursal respectivo (art. 16 pf. 1 de la LRP). De modo similar, la nueva LGSC establece que a partir de la publicación prevista en el art. 32 («Difusión del procedimiento») dando a conocer que el deudor ha quedado sometido a un determinado procedimiento concursal, se suspende la exigibilidad de todas las obligaciones pendientes de pago a dicha fecha, sin que ello implique una novación de las mismas (art. 17.1), suspensión que se extiende hasta que la Junta de Acreedores apruebe el plan de reestructuración, el acuerdo global de refinanciación o el convenio de liquidación (art. 17.2).

En concordancia con el sentido del art. 12 pf. 1 del CP todos los comportamientos típicos del art. 209 deben ejecutarse dolosamente, incluyendo el agravado del último pf. Como he señalado en otra ocasión⁸⁵, está en tela de juicio el papel de la voluntad como dato distintivo del comportamiento doloso, como precisa Ragués i Vallès la concepción de la voluntad como fundamento del dolo «ha sido abandonada –explícita o tácitamente– por la mayor parte de la doctrina»⁸⁶. Un sector de la doctrina alemana y española concreta el dolo mediante la renuncia al elemento volitivo (voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo). Este se circunscribe, en los delitos de resultado como el enriquecimiento ilícito y conforme a la teoría del riesgo, al sólo conocimiento del peligro concreto, no dominable o controlable por el autor, creado a través de su comportamiento ilícito⁸⁷. De esta forma, obra con dolo quien conoce el

⁸³ *ibid.*, p. 636.

⁸⁴ MAURACH, Reinhart, Karl Heinz GÖSSEL y Heinz ZIPF. Derecho Penal. Parte General 2. Buenos Aires, Astrea 1995, p. 402.

⁸⁵ CARO CORIA/SAN MARTÍN CASTRO. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Lima 2000, pp. 126-128.

⁸⁶ RAGUÉS I VALLÈS. El dolo y su prueba en el proceso penal. Barcelona 1999, p. 18.

⁸⁷ Con diversos matices, FRISCH. Vorsatz und Risiko. Köln 1983, pp. 97ss. JAKOBS. AT, cit., 8/5ss. PUPPE. Vorsatz und Zurechnung. Heidelberg 1992, pp. 71, 74. BACIGALUPO. Principios de DP. PG. 4ª ed. Madrid 1997, pp. 224ss. LAURENZO COPELLO. «El concepto y la prueba del dolo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

peligro típico, mientras que actúa imprudentemente el que no se representa el peligro de su acción o se lo representa pero, debido a una errónea apreciación, no lo considera un peligro concreto⁸⁸. Desde este punto de vista, lo que el sujeto «espere», «confíe» o «desea» carece de relevancia cuando se prueba que sabe que está realizando la conducta típica o, respecto del resultado, la ha previsto⁸⁹. Con esta teoría cognitiva se supera pues la diferencia entre culpa conciente y dolo eventual, se limita el ámbito de la culpa sólo a la inconsciente y el dolo eventual se erige como mero conocimiento de la probabilidad de afectación del bien jurídico, pero además se resta ya importancia a la diferencia entre las clases de dolo⁹⁰.

Algunas normas del CP peruano parecen otorgar al dolo un contenido volitivo, como se observa por ejemplo en la definición de la tentativa (art. 16) como el comienzo de la ejecución de un delito que se «decidió cometer» sin consumarlo. Pero estas referencias a la intención del autor sólo demuestran que el CP es compatible con las teorías volitivas del dolo, de ello no se deduce que las concepciones cognitivas sean inadmisibles *de lege lata*. De ser así, *mutatis mutandi*, como en su día objetara Gimbernat Ordeig a Cerezo Mir, se estaría dando «por supuesto lo que precisamente hay que demostrar»⁹¹. En tal virtud, no puede afirmarse que el CP adopta una determinada concepción dogmática respecto al dolo, los modelos dogmáticos son sólo métodos de interpretación para precisar el alcance de la ley⁹². En todo caso, si bien el CP peruano no establece una definición de dolo, de la regulación del error de tipo (art. 14 pf. 1 del CP) se deduce que su base mínima radica sólo en el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, de allí que no pueda exigirse condiciones volitivas bajo el argumento del «imperio de la ley».

El tratamiento del error en el ámbito de los delitos concursales es problemático. Desde el punto de vista formal, en tanto los elementos normativos están integrados al tipo, puede defenderse la aplicación de las consecuencias del error de tipo, así se destaca en el Derecho penal económico en relación a los elementos normativos y las leyes penales en blanco, aunque se añaden otras consideraciones dogmáticas y de política criminal propias de ese sector⁹³. Pero hasta donde alcanzo a ver, la orientación dogmática predominante renuncia a un tratamiento homogéneo de todos estos casos, admitiéndose que pueden dar lugar a casos de error de tipo o de prohibición, dependiendo del significado del desconocimiento para la comprensión de la situación socialmente desvalorada o de la valoración jurídica de aquella.

En esa perspectiva, se ha puesto de relieve que el criterio general parte de comprender que el dolo, desde la perspectiva del saber, debe abarcar el conocimiento de la situación social y no de la prohibición jurídica, así cuando el sentido social de la circunstancia del hecho es comprensible aún al margen del conocimiento del concepto jurídico que la caracteriza, las falsas interpretaciones jurídicas o subsunciones erróneas sólo podrían provocar un error de prohibición, dejando intacto el dolo, pero si la errada concepción jurídica impide apreciar el sentido social de la actuación, el error sobre el elemento normativo excluye el dolo⁹⁴. Esta

español». En: El DP español de fin de siglo y el DP latinoamericano. Estudios en homenaje a Enrique Bacigalupo. Bogotá 1999, pp. 174ss. Dolo y conocimiento. Valencia 1999, passim. RAGUÉS. El dolo y su prueba en el proceso penal, cit., pp. 357ss. «La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo», ADPCP 1996, pp. 795ss. FEIJOÓ SÁNCHEZ. «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», CPC 65/1998, pp. 269ss. CORCOY BIDÁSULO. «Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva», ADPCP 1996, pp. 289ss. En la doctrina nacional, GARCÍA CAVERO. «Consideraciones críticas a la reforma penal de los delitos concursales», Cátedra 5/1999, pp. 241-242. Críticamente, ROXIN. AT, §12/55.

⁸⁸ CORCOY. «Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva», cit., p. 297. SILVA SÁNCHEZ. Aproximación al DP contemporáneo. Barcelona 1992, p. 401.

⁸⁹ FEIJOÓ. «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», cit., pp. 279ss.

⁹⁰ BACIGALUPO. Principios de DP. PG, cit., pp. 230-232.

⁹¹ GIMBERNAT ORDEIG. «Recensión a Welzel: el nuevo sistema de DP», Revista de Estudios Penitenciarios 1966, p. 479.

⁹² SANTA CRUZ. Notas sobre interpretación y dogmática en la aplicación de la ley penal. Inédito. Lima 2000, p. 3.

⁹³ MARTÍNEZ-BUJÁN. DP económico. PG, cit., pp. 187-188. ABANTO. DP económico, cit., pp. 131-132.

⁹⁴ ROXIN. AT, § 12/91-92.

ampliación del dolo, que se acerca a un *dolus malus* en orden a regular más casos como error de tipo, es reconocida también en la doctrina italiana y española. En esta última suele estimarse que el dolo debe concebirse como objetivamente malo, de forma que el elemento cognitivo abarque la concurrencia en el hecho concreto de aquellos datos que la ley considera necesarios y suficientes para que el hombre medio ideal reconozca desde la perspectiva del Derecho que su conducta está prohibida. Así, lo que el sujeto debe conocer es la concurrencia en el hecho del sentido o significado material auténtico del elemento típico, al margen de que sepa o no que ello es un elemento típico en todo su sentido o significado material auténtico⁹⁵. En consecuencia, los casos de error sobre los elementos normativos pueden calificar como error de tipo cuando se refieren a la concurrencia en el hecho del elemento típico así comprendido, o como error de subsunción irrelevante o conducente a un error de prohibición que sí afecta la culpabilidad⁹⁶.

Para la tipicidad subjetiva es suficiente el dolo, el art. 209 no establece elementos subjetivos diferentes. Ello es así incluso en los supuestos del num. 3 *in fine*, donde el acreedor actúa en su beneficio y sin que ello implique la exigencia de un especial ánimo de lucro a favor propio, o a favor de tercero en el caso del deudor o quien actúa en nombre del acreedor beneficiado. Por imperio del principio de legalidad la exigencia de una especial intención requeriría una previsión expresa, como la intención de provecho en el hurto simple («para obtener provecho», art. 185), que no se observa en el art. 209 del CP.

Finalmente, en cuanto a las consecuencias jurídicas, para los supuestos simples de los nums. 1, 2 y 3, se establece pena privativa de libertad de 3 a 6 años, lo que puede considerarse proporcionado dentro del marco de los delitos económicos previstos en el CP y en la legislación complementaria. Lo mismo cabe decir sobre la pena de inhabilitación para el ejercicio de actividades públicas (art. 36.2), o de la profesión, comercio o industria (num. 4), la que puede extenderse por un periodo de 3 a 5 años. En el caso agravado del art. 209 pf. final la privación de libertad se extiende de 4 a 8 años y la inhabilitación de 4 a 5 años, lo que en éste último caso otorga un margen muy estrecho para la individualización judicial de la pena, especialmente si el tipo básico fija la inhabilitación entre 3 y 5 años. Si bien el legislador no podía en principio superar el límite máximo de 5 años previsto en la parte general del CP para esta pena cuando opera como accesoria (arts. 39 *in fine* y 38), era necesario establecer con criterio de proporcionalidad los límites de la inhabilitación en el tipo básico y en la fórmula agravada.

2. Modalidad imprudente

Se ha justificado la instauración de una figura imprudente porque los alegatos de error de tipo, ausencia de dolo, «buena fe» o mera negligencia, son comunes en el Derecho penal económico, los mismos que bajo un sistema de *numerus clausus* como el peruano en materia de delitos imprudentes (art. 12 pf. 2 del CP), podría dar lugar a la impunidad si la ley sólo sanciona la realización dolosa. Se defiende pues la necesidad de instrumentar tipos culposos a fin de evitar que el «defraudador doloso pase por descuidado» y logre la impunidad⁹⁷. Este argumento no es totalmente satisfactorio porque no todo error, y menos cualquier alegato de error, genera consecuencias penales⁹⁸ dentro del marco del art. 14 del CP, más aún sí como se ha visto anteriormente el error sobre los elementos normativos no necesariamente origina un error de tipo (art. 14 pf. 1), pudiendo presentarse situaciones fundamentadoras de un error

⁹⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. «¿Error de tipo o error de hecho?». En: Quintero Olivares/Morales Prats. El nuevo DP español. Pamplona 2001, pp. 210-211.

⁹⁶ Ibid., pp. 211, 213-214, 216. Vid. además DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. «Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error». En: Estudios Jurídicos en memoria del Prof. José Ramón Casabó Ruiz. Valencia 1997, pp. 676ss.

⁹⁷ Documento de Trabajo N° 002-1999, cit., p. 12.

⁹⁸ FELIP I SABORIT. Error iuris. El conocimiento de la antijuricidad y el artículo 14 del CP. Barcelona 2000, pp. 255ss. NIETO MARTÍN. El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición. Barcelona 1999, pp. 159ss.

de prohibición cuya vencibilidad sólo podría implicar una atenuación de la pena (art. 14 pf. 2).

Si debe reconocerse una función de tutela subsidiaria a través de la tipificación excepcional de la imprudencia, como se viene sosteniendo con carácter general dentro del Derecho penal económico cuando existe un especial deber de diligencia⁹⁹, como concretamente se aprecia en el terreno de los delitos concursales¹⁰⁰, lo que se ha admitido por ejemplo en el § 283 num. 4 y 5 del StGB alemán que sancionan comportamientos culposos de bancarrota, y en § 283b num. 2 que sanciona la ejecución imprudente de infracciones contables que afecten la visión general del patrimonio del deudor¹⁰¹. En esa perspectiva, la orientación del art. 210 del CP peruano es adecuada porque, partiendo de los especiales deberes de cuidado de la masa concursal que vinculan al deudor, a quien actúa en su nombre, al administrador y al liquidador en su caso, ampliamente descritos en la LRP y en la LGSC, es justificado sancionar el comportamiento imprudente que determina resultados perjudiciales para los acreedores.

Ahora bien, la tipificación de la imprudencia en el art. 210 plantea problemas de interpretación no privativos de este sector del ordenamiento y algunos de carácter particular. En cuanto a los primeros, la ausencia de una delimitación positiva de la culpa en el CP peruano mantiene convenientemente activo el debate (tipo abierto) sobre la estructura típica del delito imprudente, sobre lo cual sólo parece reinar acuerdo en torno a la necesidad de vincular, desde la perspectiva de la imputación objetiva, la infracción del deber de cuidado y el resultado típico¹⁰² que, en el caso del art. 210 se remite a la descripción del art. 209 que contempla un resultado de disminución patrimonial. Sin embargo, el debate sobre la delimitación del deber de cuidado, en términos objetivos y/o subjetivos¹⁰³, la noción de evitabilidad¹⁰⁴, la relevancia de los conocimientos especiales o la distinción entre dolo de peligro e imprudencia conciente¹⁰⁵, entre otras cuestiones directamente relacionadas con la imputación, adolece de un consenso general¹⁰⁶.

En cuanto aquí interesa poner de relieve, el problema particular para la aplicación del art. 210 se cifra en determinar si todos los supuestos del art. 209 admiten la realización imprudente. De plano deben excluirse todos los supuestos defraudatorios del num. 2 en los que se exige la simulación, en tales casos el autor deberá desplegar una conducta orientada al engaño que, por definición, sólo podrá ejecutar concientemente. Lo mismo cabe aseverar de las disminuciones patrimoniales del num. 2 logradas mediante actos de disposición patrimonial que, por definición, exigen que el autor conozca y acepte la disposición, son los casos de adquisición de deudas y realización de enajenaciones o gastos. No cabe incardinar en este grupo aquellas deudas adquiridas a raíz de una conducta negligente, por ejemplo porque una sentencia judicial declaró que el sujeto debe indemnizar a quien generó daño mediante un accidente de tráfico. En similar situación se encuentran los supuestos del num. 3, el pago adelantado a los acreedores o el compromiso de hacerlo sólo pueden pactarse dolosamente, de lo contrario no podría siquiera pensarse en la celebración de un acto jurídico por ausencia de declaración de voluntad. Asimismo, el supuesto del num. 3 *in fine* tampoco puede ejecutarse imprudentemente, no se admite la participación necesaria («convivencia») culposa del acreedor. De esta manera, las posibilidades de admitir la imprudencia en tales supuestos de los num. 2 y 3, son prácticamente nulas, quizás podría pensarse en ejemplos poco frecuentes de error de tipo evitable, por ejemplo el administrador de una empresa que no tiene un inventario físico exacto de los bienes, vende parte del mobiliario bajo la falsa creencia que son de su propiedad pues durante años había comprado múltiples objetos que no puede

⁹⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN. DP económico. PG, cit., p. 162.

¹⁰⁰ TIEDEMANN. Lecciones de DP económico, cit., p. 224.

¹⁰¹ TIEDEMANN. Insolvenz-Strafrecht, cit., § 283/204ss, § 283b/9ss. WEYAND. Insolvenz-delikte. 5ª ed. Bielefeld 2001, pp. 115-117.

¹⁰² CHOCLÁN MONTALVO. Deber de cuidado y delito imprudente. Barcelona 1998, p. 28.

¹⁰³ KREY. Deutsches Strafrecht. AT 2. Stuttgart 2002, §51/529ss.

¹⁰⁴ GIUNTA. Illiceità e colpevolezza nella responsabilità culposa. Padova 1993, pp. 384ss.

¹⁰⁵ CANESTRARI. Dolo eventuale e colpa cosciente. Milano 1999, pp. 69ss. RODRÍGUEZ M. Delitos de peligro, dolo e imprudencia, cit., pp. 134ss.

¹⁰⁶ MÜLLER. Fahrlässige Tätigkeitsübernahme und personale Zurechnung. München 2001, pp. 111-116.

identificar con exactitud.

Especialmente problemático es el supuesto del num. 2 relativo a la realización de pérdidas, aquí es comprensible la criminalización del comportamiento doloso, por ejemplo el deudor apuesta sin éxito su escaso dinero en un casino o destruye sus bienes para evitar que «caigan en manos de los acreedores». Pero admitir la relevancia de conductas imprudentes podría extender la punición a casos que se hayan fuera del ámbito de protección de la norma, con un ejemplo, el deudor por un descuido grave incendia su casa que era el único bien con el que podía enfrentar sus obligaciones, este caso apenas podría ser abarcado por los delitos de peligro común (arts. 273 y 278). Aceptar además la comisión culposa (art. 210) del delito de realización de pérdidas (art. 209.2 *in fine*), sino no se quiere soslayar el *ne bis in idem* y ser más bien respetuoso de las reglas básicas de la imputación objetiva, debería presuponer que el sujeto no sólo pudo prever las consecuencias lesivas para su patrimonio personal sino, y sobre todo, que le era asequible el conocimiento (cognoscibilidad, no conocimiento) del perjuicio para los acreedores que exige el art. 209 como resultado material.

La extensión de la imprudencia a los casos del num. 1 del art. 209 tampoco es pacífica, sólo si entendemos el ocultamiento en términos puramente objetivos -exclusión de los bienes de la esfera de los acreedores o autoridades respectivas-, podría admitirse el comportamiento culposos, por ejemplo el liquidador de una empresa extravía los documentos que representan acciones al portador de compañías extranjeras en las que dicha empresa tiene inversiones.

Como puede apreciarse, la relevancia político criminal de la tipificación de las conductas imprudentes, más allá de la posible necesidad de contar con una fórmula que permita superar determinados vacíos de punibilidad, puede ser casi nula debido a la remisión general a una serie de conductas, las del art. 209, estrechamente vinculadas a la actuación dolosa. En tal sentido, *de lege ferenda* sería oportuno revisar el contenido del art. 210, de forma tal que sin renunciar a la previsión de conductas culposas, pueda recurrirse a una tipificación más precisa y acorde con la realidad criminológica de los procedimientos concursales.

En cuanto a las consecuencias jurídicas, el art. 210 fija el marco penal en la mitad de la extensión de las penas previstas en el art. 209. De ello puede deducirse que si la imprudencia operó antes de la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones (art. 209 nums. 1, 2 y 3), la pena privativa de libertad es de 18 meses a 3 años y la inhabilitación de 18 meses a 30 meses, lo que no concuerda con una mínima lógica de proporcionalidad si se recuerda que el homicidio culposo simple (art. 111 pf. 1) prevé pena privativa de libertad no mayor de 2 años. El mismo juicio se extiende a los casos de imprudencia agravada, es decir bajo la remisión a los supuestos del último pf. del art. 209, cuando la exigibilidad de las obligaciones está suspendida, aquí la pena privativa de libertad se extiende de 2 a 4 años y la inhabilitación de 2 años a 30 meses.

3. Suspensión fraudulenta de la exigibilidad de obligaciones

El art. 211 del CP tipifica la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones lograda a través de medios fraudulentos. Aquí no se sanciona la simple violación de la presunción de veracidad, conducta directamente abarcada por el art. 411 del CP e incoada con una pena menor debido a que no exige un resultado sino la simple violación del deber de veracidad¹⁰⁷. Tampoco existe una identidad estructural entre el tipo del art. 211 y el llamado «fraude procesal» del art. 416, para el cual es suficiente que el autor induzca a error al funcionario, siendo irrelevante para la consumación que éste formule un pronunciamiento indebido¹⁰⁸. Es más, en el ámbito concursal la decisión podría no ser adoptada por la autoridad, como acontece por ejemplo en el procedimiento simplificado, donde el Convenio de Reprogramación de pagos que suspende la exigibilidad de las obligaciones es aprobado por la Junta de Acreedores (arts. 98, 99 de la LRP). En tal virtud, la norma peruana se diferencia de otras fórmulas del Derecho comparado, como la del art. 261 del CP español que se erige como una forma especial de fraude procesal,

¹⁰⁷ FRISANCHO APARICIO. Delitos contra la administración de justicia. Lima 2000, p. 121.

¹⁰⁸ Ibid., p. 150.

contra el procedimiento de quiebra, concurso y suspensión¹⁰⁹.

El tipo no describe a un sujeto determinado, por lo que desde el punto de vista formal no se trata de un delito especial. Sin embargo, la vinculación del autor al uso de información, documentos, etc., en el marco de un procedimiento concursal y en el que debe obtener la suspensión de las obligaciones, expresa una restricción importante del núcleo de posibles autores. En tal sentido, el sujeto activo deberá ser parte activa en el procedimiento concursal, calidad que sólo puede corresponder al deudor, a quien actúa en su nombre, y al acreedor. En determinados casos la actuación fraudulenta puede corresponder al administrador o liquidador, también vinculados a deberes de veracidad.

La conducta típica se concreta en la utilización de información o documentación falsa, el art. 211 del CP acude aquí a un excesivo casuismo, se refiere a «información, documentación o contabilidad falsas o la simulación de obligaciones o pasivos». El concepto de contabilidad falsa se incardina dentro de los alcances de documentación, mientras que la simulación de obligaciones o pasivos podría realizarse bien a través de documentos o información falsos. Desde esa perspectiva puede entenderse la vinculación de estas conductas a los delitos contra la fe pública, el uso de documentos falsos trae consigo la ilicitud de la falsificación del documento y de su uso (arts. 427 y 428), mientras que el uso de información falsa no documental podría calificar como falsedad genérica (art. 438), con lo que no será infrecuente el concurso ideal de delitos que podrá admitirse bajo los alcances del art. 48 del CP, por tratarse de bienes jurídicos distintos, la funcionalidad del documento dentro del tráfico jurídico¹¹⁰ y el sistema crediticio. Sería inconveniente desde el punto de vista político criminal aceptar que el delito contra la fe pública se subsume en el tipo del art. 211 bajo las reglas del concurso aparente, así se llegaría a admitir que la pena de 10 años de privación de libertad por la utilización de un documento público falsificado (art. 427) se subsume en la pena no mayor de 6 años del art. 211, lo que sería absurdo.

Pero más allá de la propia problemática de los delitos de falsedad¹¹¹, aquí es relevante establecer el concepto de documento dentro del contexto del art. 211 del CP, no sólo deberá tratarse de un documento idóneo para causar perjuicio, como suelen exigir los delitos contra la fe pública, sino que deberá serlo en el marco de los procedimientos concursales, lo que desde ya implica una restricción importante del ámbito de conductas punibles. Con un ejemplo, el art. 92 de la LRP establece con detalle qué documentos e información debe presentar la empresa para acogerse al procedimiento simplificado y se apruebe el Convenio de Reprogramación de Pagos, aquellos documentos que se encuentren al margen de estos requerimientos legales son irrelevantes para la consumación del delito concursal porque de ellos no depende la decisión de suspender la exigibilidad de las obligaciones. Es más, aún partiendo de la idoneidad de los documentos e información legalmente establecida cabría aún, desde la perspectiva de la imputación objetiva, distinguir entre aquellos de carácter puramente formal, de otros que sí inciden en la decisión material de suspender la exigibilidad de los pagos. Dicho de otro modo, la documentación y la información falsa debe ser idónea o suficiente para alterar dicha decisión, por ejemplo en el citado procedimiento simplificado, es relevante para el tipo del art. 211 que el deudor utilice documentos falsos para acreditar gravámenes sobre sus bienes (art. 92.4 de la LRP) porque ello incide directamente en la percepción de su estado patrimonial y consecuentemente en la decisión de los acreedores de aprobar el Convenio de Reprogramación. Por el contrario, si el representante de una empresa falsifica el acta de la Junta de Accionistas donde consta la decisión de sometimiento al procedimiento simplificado (art. 92.1), siendo que dicho acuerdo efectivamente se adoptó, no existe motivo para extender la responsabilidad más allá de la correspondiente al delito de falsificación (art. 427), aunque allí todavía habría que determinar si existió «posibilidad de perjuicio» tras el uso del documento.

Esta línea de ideas conecta directamente con la delimitación del resultado típico en el art. 211

¹⁰⁹ CUELLO CONTRERAS. «Insolvencias punibles», CPC 67/1999, p. 48.

¹¹⁰ GARCÍA CANTIZANO. Falsedades documentales (en el CP de 1995). Valencia 1997, pp. 40-43.

¹¹¹ Vid. BACIGALUPO. El delito de falsedad documental. Madrid 1999.

del CP. La consumación opera con la efectiva suspensión de la exigibilidad de las obligaciones del deudor, lo que varía en cada procedimiento concursal, por ejemplo en el procedimiento de insolvencia ello acontece con la publicación de la resolución que declara la insolvencia (art. 16 de la LRP), mientras que en el concurso preventivo desde que se publica la admisión a trámite (arts. 111 y 8 pf. 4 de la LRP). En los procedimientos concursales ordinarios y preventivos de la nueva LGSC, la suspensión se produce desde la difusión del procedimiento (art. 17.1), es decir desde la publicación de que el deudor se ha sometido a un procedimiento concursal (art. 32.1). Es más, como se indicó antes, la suspensión podría derivar de la decisión de quienes no son funcionarios públicos, en el procedimiento simplificado el Convenio de Reprogramación de pagos que suspende la exigibilidad de las obligaciones es aprobado por la Junta de Acreedores (arts. 98, 99 de la LRP). En ese sentido, los funcionarios o acreedores respectivos deben actuar como consecuencia de la falsedad del autor, la decisión de suspensión debe ser directamente imputable a un despliegue idóneo de documentación y/o información falsa en el marco del procedimiento concursal.

El tipo subjetivo se agota en la exigencia de dolo, sin necesidad de elementos diferentes de especial intención. El sujeto debe conocer que la documentación o información falsa que presenta al procedimiento concursal es idónea para lograr la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones.

Finalmente, en cuanto a las sanciones, se prevé pena privativa de libertad de 4 a 6 años, lo que es razonable en términos de proporcionalidad, teniendo en cuenta las previstas para la violación de la presunción de veracidad (art. 411) y el fraude procesal (art. 416), cuyas menores consecuencias se justifican por la no exigencia de una decisión como producto de la conducta fraudulenta o de falsedad. El art. 211 también prevé pena de inhabilitación, en los términos ya explicados, de 4 a 5 años, con lo que equipara los márgenes de esta sanción accesoria a la prevista en el tipo agravado del art. 209 *in fine*.

VI. REGULACIÓN PENAL PREMIAL

La expansión de las reglas creadas para enfrentar la llamada «criminalidad organizada» al Derecho penal común, no es reciente ni excepcional en el ordenamiento peruano. Las normas de colaboración eficaz y sus consecuencias premiales son conocidas en nuestro medio sobre todo a raíz de la legislación antiterrorista de los años ochenta¹¹², cuya principal fuente de inspiración fue la regulación italiana relativa a los *pentiti* o arrepentidos¹¹³, prevista en la Ley 304 de 29 de mayo de 1982¹¹⁴ que despertó una serie de críticas tanto por razones estrictamente jurídicas (renuncia a la culpabilidad e igualdad penal, pérdida de la función preventivo general de la pena, déficit del acusatorio y restricción del carácter cognoscitivo del proceso) como de orden práctico (aplicación discriminatoria), que condujeron a advertir la existencia de una «crisis del pentitismo»¹¹⁵. Pese a ello, las reglas premiales se extendieron en la década de los noventa a la llamada regulación italiana antimafia, a partir del Decreto Ley de 15 de enero de 1991, no habiéndose superado las críticas contra esta forma de «pragmatismo» procesal¹¹⁶, y observándose más bien su ampliación a otras formas de criminalidad organizada

¹¹² Primero a través del art. 85-A del CP de 1924 incorporado por el art. 2 de la Ley N° 24651 de 19-3-87, luego mediante la Ley N° 25103 de 5-10-89, el art. 324 del CP de 1991 y finalmente mediante el D. Ley N° 25499 de 20-6-92, reglamentado por el D.S. N° 015-93-JUS de 8-5-93 y complementado por la Ley N° 26220 de 30-8-94, Vid. PRADO SALDARRIAGA. Comentarios al CP de 1991. Lima 1993, p. 161. Críticamente sobre las actuales consecuencias del régimen premial, RIVERA PAZ. Veinte propuestas de modificación de la legislación antiterrorista. Lima 1999, pp. 36-38.

¹¹³ PEÑA CABRERA. Delito de terrorismo. Lima 1992, p. 123.

¹¹⁴ Vid. los comentarios generales de LAUDI. I casi di non punibilità dei terroristi „pentiti“. Varese 1983. Terroristi „pentiti“ e liberazione condizionale. Varese 1984. MADDALENA. Le circostanze attenuanti per i terroristi „pentiti“. Varese 1984. NENCINI. Le altre norme sui terroristi „pentiti“. Milano 1986.

¹¹⁵ MELLINI. Il giudice e il pentito. Dalla giustizia dell'emergenza all'emergenza della giustizia. Milano 1986, pp. 148ss.

¹¹⁶ MOCCIA. La perenne emergenza. 2ª ed. Napoli 1997, p. 180.

como se observa en la legislación de estupefacientes¹¹⁷.

Aunque suele apreciarse como un instrumento esencial en la persecución del crimen organizado¹¹⁸, las críticas contra el modelo penal premial y su expansión al Derecho penal ordinario son el lugar común de la doctrina hispanoamericana, tanto por objeciones de tipo jurídico-material, como por objeciones de orden procesal y constitucional¹¹⁹. Se cuestionan las dificultades de credibilidad que ofrecen las declaraciones de los «arrepentidos» guiados por el deseo de alcanzar una importante reducción de pena¹²⁰ o que con la cooperación del «arrepentido» apenas se logra «una prueba de confesión contra otros coimputados»¹²¹ carente en sí misma de valor si no va acompañada de otras pruebas. Asimismo se critica que conduce a la condena de un mayor número de personas con precario material probatorio, su aplicación frente a sujetos o modalidades delictivas que no causan grave daño social, su ineficacia para resquebrajar organizaciones delictivas mientras «los jefes» de esas organizaciones pueden definir las pautas de sus sanciones¹²², o que implica el uso de medios inmorales por parte del Estado para evitar la impunidad¹²³.

Esa expansión del régimen premial también se observa en el Perú en los últimos 10 años, no sólo en sectores específicos vinculados a la criminalidad organizada violenta, como el tráfico de drogas (D. Leg. N° 824) y las llamadas «normas de seguridad ciudadana» (D. Leg. N° 901). Recientemente, a partir del procesamiento del grupo criminal cuya dirección se atribuye a los Sres. Montesinos y Fujimori, se ha implementado un régimen general de colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada a través de la Ley N° 27378 de 21 de diciembre de 2000, cuya vigencia se ha fijado de inicio por dos años y que permite abarcar delitos cometidos en general por organizaciones criminales, delitos de peligro común, contra la administración pública, contra los Derechos Humanos, etc¹²⁴.

Asimismo, el régimen premial se extiende a delitos vinculados al Derecho penal económico, como se aprecia en el ordenamiento penal tributario (D. Leg. N° 815) o en los delitos concursales (art. 212 del CP). El Derecho premial también opera en el ordenamiento administrativo sancionador, como se aprecia en el art. 20 pf. 4 del D. Leg. N° 701 en materia de protección de la libre competencia. Esta realidad legislativa del sector penal-económico ha conducido a Abanto Vásquez a plantear la renuncia a estas manifestaciones del «testigo principal» y asumir las consecuencias del principio de oportunidad del art. 2 del Código Procesal Penal, cimentado en reglas de no necesidad de pena¹²⁵.

Pues bien, en cuanto aquí interesa, la primera parte del art. 212 del CP establece reglas premiales a favor de los participantes de un delito concursal. En el caso del partícipe, instigador (art. 24) o cómplice (art. 25), se establece la posibilidad de eximirlo de pena, lo que otorga al juzgador un amplio margen de posibilidades ya que si la información proporcionada no es suficiente para evitar la sanción del partícipe, cabe la posibilidad de una atenuación, aún por debajo del mínimo legal, en virtud del argumento *a fortiori*, pues quien puede lo más (eximir) puede lo menos (atenuar), es decir sobre la base de una analogía *in bonam parte* que

¹¹⁷ INSOLERA. Diritto penal e criminalità organizzata. Milano 1996, p. 134.

¹¹⁸ MAPELLI CAFFARENA y otros. Estudios sobre delincuencia organizada. Sevilla 2001, p. 100, ítem 12.

¹¹⁹ MUÑOZ CONDE. «Los arrepentidos en el caso de la criminalidad o delincuencia organizada». En: Gutierrez-Alviz Conradi. La criminalidad organizada ante la justicia. Sevilla 1996, p. 155.

¹²⁰ GRANADOS PÉREZ. «Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado». En: La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos. Madrid 2001, p. 97.

¹²¹ MUÑOZ. «Los arrepentidos en el caso de la criminalidad o delincuencia organizada», cit., p. 155.

¹²² FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. Estudio evaluativo sobre la justicia regional. Bogotá 1995, pp. 25-26.

¹²³ ZAFFARONI. El crimen organizado: una categoría frustrada. Bogotá 1995, p. 78, el «falso "arrepentido" no es más que un delincuente que negocia un beneficio a cambio de información, o sea un delator. El Estado se está valiendo de la cooperación de un delincuente comprada al precio de su impunidad, para "hacer justicia"» (p. 79).

¹²⁴ Críticamente, REYNA ALFARO. Comentarios a la legislación anticorrupción. Lima 2002, pp. 56-58. Con matizaciones PEÑA CABRERA, R.A. Comentarios a la legislación anti-corrupción. Lima 2002, pp. 3ss.

¹²⁵ ABANTO. DP económico, cit., pp. 180-181.

no prohíbe la Constitución. En cuanto al autor, sea este directo, mediato o coautor, las posibilidades son más limitadas, sólo se permite una atenuación hasta por debajo del mínimo legal, se excluye la exención de pena, pero en la práctica se alcanza un efecto similar respecto de la pena privativa de libertad porque según el art. 29 del CP la pena privativa de libertad tiene una duración mínima de 2 días, de modo que el Juez podrá sancionar al autor con pena privativa de libertad de 2 días hasta el máximo previsto en el tipo que subsume el hecho. No es lo mismo en cuanto a la pena de inhabilitación porque según los arts. 38 y 39 *in fine*, la inhabilitación como pena accesoria tiene un límite mínimo de 6 meses.

La llamada información eficaz debe ser proporcionada, según la norma, durante la investigación a cargo del Ministerio Público, es decir antes de la etapa judicial, o en el desarrollo del proceso penal. Pese a que no se fija hasta que momento puede el autor o partícipe entregar la información¹²⁶, para efectos de la exención o atenuación de la pena debe limitarse esa posibilidad hasta antes de la acusación fiscal, tanto porque ello incidirá directamente en el sentido de dicha acusación (o dictamen final) como en la sentencia. La ley tampoco regula cuales son los efectos de la información otorgada en la etapa policial o ante otras autoridades administrativas, como la Comisión de Reestructuración Patrimonial o las nuevas Comisiones de Procedimientos Concursales. Estos y otros vacíos relevantes están vinculados a la ausencia de una regulación procesal como la que se aprecia en el D. Leg. N° 815 que regula los aspectos materiales y procesales de la colaboración eficaz en el ámbito de los delitos tributarios. En todo caso, para efectos de los delitos concursales podría admitirse la relevancia de la información otorgada ante autoridades administrativas como la Policía o el Indecopi, siempre que en el término de la distancia esta sea puesta en conocimiento del Ministerio Público para los fines correspondientes.

Respecto al contenido de la «información eficaz», se exige alternativamente que ésta permita evitar la continuidad o consumación del delito (art. 212.1 del CP), conocer las circunstancias en las que se cometió el delito e identificar a los autores y partícipes (art. 212.2), o conocer el paradero o destino de los bienes objeto material del delito y su restitución al patrimonio del deudor, en cuyo caso los bienes serán destinados al pago de las obligaciones del deudor según la ley de la materia (art. 212.3), es decir la LRP o *de lege ferenda* la LGSC. Con ello se recurre, con algunas adaptaciones propias del régimen concursal, a reglas similares a las del art. 2 del D. Leg. N° 815 de exclusión o reducción de pena en delitos tributarios, inspirada a su vez en las normas sobre reducción, exención, remisión o atenuación de la pena a los autores del delito de terrorismo previstas en el D. Ley N° 25499.

En todo caso no son pocas las dudas que plantean los supuestos de terminación anticipada del art. 212 del CP, de inicio parece exigirse que la información permita alcanzar necesariamente los resultados descritos en los num. 1, 2 y 3 («información eficaz que permita»), no siendo suficiente el esfuerzo serio por parte de colaborador de entregar la mayor información para que por ejemplo se descubra a los autores del delito (num. 2), con lo que el otorgamiento del beneficio depende en gran medida de la actuación de los funcionarios que conocen la información, de modo que su negligencia u omisión puede perjudicar la concesión del mismo. En esa misma perspectiva, no queda claro si el num. 3 exige simplemente que la información permita conocer el paradero o destino de los bienes, o sí además debe lograrse la efectiva restitución de los mismos como parece deducirse de la conjunción «y» prevista en la norma, resultado cuyo alcance difícilmente dependerá del informante, salvo que se piense en supuestos de colusión con el poseedor de los bienes objeto del delito.

VII. EFECTOS DE LA REPARACIÓN ESPONTÁNEA

En un sistema como el peruano donde la reparación en el proceso penal es una aspiración difícilmente satisfecha¹²⁷, el art. 212 *in fine* ordena reducir la pena del autor en dos tercios del

¹²⁶ Críticamente GARCÍA CAVERO. «Consideraciones críticas a la reforma penal de los delitos concursales», Cátedra 5/1999, p. 243, porque entonces la información será utilizada por el imputado según su suerte en el proceso penal, «como un “as” bajo la manga». Le sigue, REYNA ALFARO. Manual de DP económico. Lima 2002, p. 360.

¹²⁷ GÁLVEZ VILLEGAS. La reparación civil en el proceso penal. Lima 1999, pp. 276ss.

máximo legal y la exención del partícipe (instigador o cómplice) cuando, en la investigación fiscal o judicial, dicho autor o partícipe «restituye voluntariamente los bienes o entrega una suma equivalente a su valor», bienes que deberán someterse al pago de las obligaciones del deudor según la LRP o *de lege ferenda* conforme a la LGSC. La última parte de la norma citada reproduce las consecuencias del principio de incomunicabilidad de las circunstancias modificativas de responsabilidad del art. 26 del CP, precisa que la «reducción o exención sólo se aplicarán a quien o quiénes realicen la restitución o entrega del valor señalado»

Con ello se establecen reglas de sustitución de la pena a través de la reparación espontánea, es decir mecanismo propios de la llamada «tercera vía» del DP, aunque cabe advertir que en cualquier caso se trata de una reparación parcial porque la devolución de los bienes o la entrega de su valor no incluye el pago del posible lucro cesante ni daños extra patrimoniales. Este otorgamiento de consecuencias antipunitivas a la reparación espontánea fue puesto de relieve por la exposición de motivos del Proyecto de marzo de 1999 de Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial, según el cual «Su fundamento obedece a la concepción de la reparación civil como la tercera vía del Derecho penal. Se entiende que los objetivos de prevención general y especial no sólo pueden realizarse mediante la instrumentación de penas y medidas de seguridad, sino también, como “tercera vía”, a través de la reparación civil. Esta relación entre reparación y medida de la pena, obedece a una perspectiva victimológica que, frente a la necesidad de imponer una pena como medida de prevención general, privilegia la satisfacción patrimonial de la víctima y evidencia una carencia de necesidad de prevención especial respecto del agente que “voluntariamente” repara el daño cometido»¹²⁸.

Efectivamente, como describe Roxin esta concepción tiene la ventaja de ofrecer al autor un incentivo mayor para la reparación (atenuación obligatoria, condena condicional o exención de pena en caso de delitos menores sin renunciar a la declaración de culpabilidad) y a la víctima un resarcimiento veloz y antiburocrático¹²⁹. Vista de ese modo la reparación no se erige como un nuevo fin del DP (un *dritter Zweck*), éste sigue sometido a fines de protección social a través de la prevención y la reparación puede contribuir sustancialmente a la realización de esos fines desde perspectivas de subsidiariedad, al lado de la pena y la medida de seguridad, como una tercera vía (*dritte Spur*)¹³⁰. De esa forma, si el autor por su propio interés, se esfuerza en resarcir rápidamente a la víctima, tiene que relacionarse con ella, confrontarse interiormente con su conducta y con el daño causado y dar una prestación constructiva, entendida como socialmente razonable y justa de modo inmediato, lo que puede contribuir significativamente a la resocialización, es decir a la prevención especial, pero también a la prevención general porque el trastorno social causado por el hecho punible recién queda neutralizado cuando el daño es reparado y es reinstaurado el estado originario. «Recién entonces el perjudicado y la generalidad contemplan el caso como terminado»¹³¹.

Estas formas de renuncia a la persecución penal no son totalmente novedosas en nuestro sistema jurídico, tomando en cuenta la regla de cancelación de la pena en el libramiento indebido (art. 215 *in fine* del CP) que impide el ejercicio de la acción penal si se paga el valor del cheque dentro del tercer día posterior al requerimiento¹³², aunque este caso puede presentarse mejor como una criticable, por discriminatoria, forma de privatización del DP. De modo más claro se presenta el art. 189 del Código Tributario, modificado por el art. 61 de la Ley N° 27038 de 31 de diciembre de 1998 que estableció mecanismos de sustitución de la pena a través del pago de la suma defraudada¹³³. Dicha norma incorporó una causal de exención de responsabilidad penal concebida objetivamente: el agente debía regularizar su situación tributaria, pagando la totalidad de la deuda o, en su caso, devolviendo el reintegro

¹²⁸ Documento de Trabajo N° 002-1999, cit., p. 12.

¹²⁹ ROXIN. Dogmática penal y política criminal. Lima 1998, p. 460.

¹³⁰ SILVA SÁNCHEZ. Estudios de DP. Lima 2000, pp. 227-228.

¹³¹ ROXIN. Dogmática penal y política criminal, cit., pp. 460-461.

¹³² BRAMONT-ARIAS/GARCÍA. PE, cit., p. 435.

¹³³ CARO CORIA/SAN MARTÍN CASTRO. «La cancelación de la sanción penal tributaria mediante el "pago debido"», Actualidad Jurídica T. 66-B/mayo 1999, pp. 25ss.

indebidamente percibido o cualquier otro beneficio tributario, antes del inicio de la investigación fiscal o, a falta de ésta, antes que la Sunat notifique cualquier requerimiento en relación al tributo y período en que se realizaron las conductas señaladas.

Ello significaba que la regularización debía llevarse a cabo en forma voluntaria, voluntariedad que se mantenía en tanto se regularizara la situación tributaria antes de la notificación de actuaciones de fiscalización. Algo semejante no acontece en el DP concursal, es criticable que el art. 212 *in fine* del CP no establezca límites temporales a la reparación espontánea, motivo por el cual parece justificado limitar sus efectos atenuantes o eximentes cuando opere antes de la acusación fiscal, o sea antes de la etapa de enjuiciamiento, la reparación posterior a dicha estación procesal difícilmente podrá estimarse voluntaria estando de por medio una amenaza cierta y cercana de sanción penal¹³⁴. Una restricción parecida impuso la Décimo Tercera Disposición Final de la Ley N° 27038 que extendió temporalmente los efectos eximentes del art. 189 del Código Tributario para personas sujetas a investigación administrativa, fiscal o judicial, siempre que el Fiscal Superior no hubiere formulado acusación hasta el 31 de diciembre de 1998¹³⁵.

Además debe tenerse en cuenta que estas normas tributarias precisaron que la cancelación de la pena se extendía a todos los involucrados en el hecho (autores, cómplices e instigadores), lo que según se adelantó no se prevé en el art. 212 que adopta plenamente las consecuencias de la incomunicabilidad, dejando quizás de lado los argumentos favorables a una carencia o disminución de la necesidad de pena para los partícipes cuando el autor del delito repara el hecho devolviendo los bienes o sustituyendo su valor en dinero. Así, cabría preguntarse sobre las razones para no bloquear o limitar la responsabilidad de los intervinientes accesorios (partícipes), cuando quién tuvo el dominio del hecho (autor) ha logrado atenuar su sanción mediante una espontánea reparación.

La norma tributaria también especificó que la exención de pena alcanzaba a otros delitos instrumentales o mediales, como irregularidades contables o falsedades documentales cometidas en relación a la deuda tributaria objeto de regularización. De no haber sido así, los efectos liberatorios se hubieran restringido seriamente, pues el delito tributario suele estar asociado con falsedades materiales o manipulaciones contables. Previsiones similares no se incorporan en el art. 212 *in fine* del CP, cabiendo entender, dada la excepcionalidad de esta regla, que la sanción se exime o atenúa sólo respecto de los delitos concursales.

Se ha cuestionado la justificación de una medida de «reparación» frente a un delito que pretende proteger un bien jurídico colectivo («sistema crediticio»), de modo que pareciera necesario reparar a todos los acreedores o al propio Indecopi que puede promover la denuncia penal y ser parte en el proceso respectivo¹³⁶. Cabe sin embargo precisar que el art. 212 del CP no establece un régimen de pago directo a los acreedores ni al Indecopi, sino el sometimiento de los bienes o del dinero sustituto a las reglas concursales previstas en la LRP o, próximamente, en la LGSC. Ello indica el sentido de reponer las cosas al estado anterior no tanto desde la perspectiva individual de los acreedores o institucional en función del Indecopi, sino a partir de las reglas del sistema concursal según las cuáles dichos bienes o su valor deberán reintegrarse a la masa concursada.

Finalmente, puede ponerse en tela de juicio el otorgamiento de consecuencias de contracción penal ante actos de reparación espontánea en los delitos concursales del CP, que pueden alcanzar sanciones de hasta 8 años de privación de libertad. Ello porque prácticamente reina acuerdo en que el recurso a esta «tercera vía» debe limitarse principalmente a delitos de poca

¹³⁴ ROXIN. Dogmática penal y política criminal, cit., p. 460, de modo similar admite una «reparación civil prestada voluntariamente *hasta la apertura del juicio oral*». En la misma dirección se pronuncia el § 6.(1) del Proyecto Alternativo alemán sobre la Reparación de 1992 («*Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*»)

¹³⁵ CARO/SAN MARTÍN. «La cancelación de la sanción penal tributaria mediante el "pago debido"», cit., p. 27.

¹³⁶ GARCÍA. «Consideraciones críticas a la reforma penal de los delitos concursales», cit., p. 243. Igual, REYNA. Manual de DP económico, cit., p. 360.

gravedad¹³⁷, al menos si con ella se persigue la exclusión de la pena como se prevé para el partícipe en el art. 212 del CP y no sólo una atenuación como la establecida para el autor. La gravedad abstracta de los delitos concursales es indiscutible dada la intensidad de las sanciones, sobre todo si se confrontan con la pena del hurto, el robo no agravado, la apropiación ilícita, la estafa o los libramientos indebidos, infracciones en los que la ley no otorga consecuencias favorables por una reparación espontánea. De allí que puede cuestionarse si esta instrumentación de la tercera vía no se erige como un mecanismo discriminatorio en el contexto de los delitos económicos y patrimoniales del CP.

VIII. ASPECTOS PROCESALES

1. Formas de ejercicio de la acción penal

El art. 213 del CP establece que en los delitos contra el sistema crediticio sólo se procederá por acción privada ante el Ministerio Público. Asimismo, que el Indecopi «a través de sus órganos correspondientes, podrá denunciar el hecho en defecto del ejercicio de la acción privada y en todo caso podrá intervenir como parte interesada en el proceso penal que se instaure».

Para San Martín Castro esta norma plantea dos problemas interpretativos, la determinación del modo de ejercicio de la acción penal y los alcances del concepto de «parte interesada» que se otorga al Indecopi¹³⁸. En cuanto a lo primero debe quedar claro, más allá de la expresión legal «acción privada» que en todo caso carece de justificación¹³⁹, que estamos ante un modelo de acción mixta o semipública. Así lo destaca la propia exposición de motivos del Proyecto de marzo de 1999 de Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial, según la cual «La conjunción entre intereses individuales y colectivos en este sector del Derecho penal, fundamenta el carácter mixto de la acción penal»¹⁴⁰. Dicho carácter semipúblico implica que la acción penal no se extingue por desistimiento o transacción (art. 78.3 del CP), pero además que tras la comunicación del delito al Ministerio Público por parte de la víctima, es decir uno o más acreedores afectados, el Fiscal adquiere legitimación para intervenir en el proceso que se tramitará según las pautas ordinarias o especiales previstas por la ley para los delitos de persecución pública¹⁴¹.

También se permite que el Indecopi denuncie el hecho «en defecto del ejercicio de la acción privada», reconociéndose con ello que dichos delitos afectan bienes colectivos. En efecto, la citada exposición de motivos expresa que «La legitimación del INDECOPI para denunciar o intervenir en el proceso penal como parte interesada, deriva de la propia concepción de la funcionalidad del sistema crediticio como un interés colectivo o supraindividual cuya cautela pública corresponde a este organismo estatal»¹⁴². Antes bien, no se prevén reglas precisas para la intervención del Indecopi, no se detalla que el ilícito deba afectar a una pluralidad de personas, que deba considerarse el nivel de afectación de la cadena de pagos, el monto de las deudas burladas, las características del sector económico perjudicado, etc., omisiones que pueden conllevar atentados contra el principio de igualdad como a una actuación discrecional por parte de la administración¹⁴³.

En relación al segundo problema interpretativo del art. 213 del CP, el Indecopi debe ser

¹³⁷ SILVA SÁNCHEZ. Estudios de DP, cit., p. 229. Un amplio reconocimiento a la reparación como medida general de evitación de la pena reposa en la postura de RODRÍGUEZ DELGADO. La reparación como sanción jurídico-penal. Lima 1999, pp. 196ss.

¹³⁸ SAN MARTÍN CASTRO. «Delito socioeconómico y proceso penal», *Advocatus* 4/2001, p. 276.

¹³⁹ Como indica GIMBERNAT ORDEIG. Estudios de DP. 3ª ed. Madrid 1990, pp. 90-91, la persecución privada de un delito puede justificarse frente a hechos no violentos, de poca entidad, predominantemente ocasionales y cuando la prueba del hecho implica el riesgo de una intromisión en la vida privada de la víctima.

¹⁴⁰ Documento de Trabajo N° 002-1999, cit., p. 12.

¹⁴¹ SAN MARTÍN. «Delito socioeconómico y proceso penal», cit., p. 276.

¹⁴² Documento de Trabajo N° 002-1999, cit., p. 12.

¹⁴³ SAN MARTÍN. «Delito socioeconómico y proceso penal», cit., p. 276.

notificado de la instauración del proceso penal para que decida si interviene como parte interesada, decisión discrecional y expresa, no controlable judicialmente según plantea San Martín¹⁴⁴. Es más, el Indecopi ni siquiera es parte penal, posición que corresponde exclusivamente al Ministerio Público, sólo está vinculado al objeto civil. Y aún cuando es parte civil en el proceso penal, no es parte material dado que no es el sujeto pasivo del delito en cuyo favor se fija la reparación civil. De ese modo, el Indecopi tiene similar consideración que el denominado «actor social», reconocido en el art. 103 del Código Procesal Penal de 1991, es parte acusadora formal, vinculada exclusivamente al objeto civil del proceso penal, aunque condicionada a la aceptación de la víctima¹⁴⁵.

2. Requisito de procedibilidad

La Novena Disposición Final de la Ley N° 27146 de 24 de junio de 1999 que reformó los alcances de la LRP (D. Leg. N° 845) establece una condición de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal por los delitos concursales de los arts. 209, 210 y 211, en términos similares a las previstas para otros delitos económicos en los que el Indecopi tiene facultades reguladoras y sancionadoras¹⁴⁶. Se ordena que el Fiscal, antes de formular la denuncia, solicite al Indecopi un informe técnico que debe emitirse en 5 días hábiles, informe que deberá ser valorado por la Fiscalía y el Poder Judicial en la fundamentación de los dictámenes y resoluciones correspondientes.

La exposición de motivos del proyecto previo a esta norma señaló que «el alto grado de tecnicismo que se observa en los procesos de reestructuración patrimonial justifica el establecimiento de un requisito de procedibilidad, ya común en otros delitos relacionados con las materias competenciales del INDECOPÍ, que debe satisfacerse antes de que el Ministerio Público ejerza la acción penal ante el Poder Judicial. Este se concreta en la exigencia de un informe Técnico al INDECOPÍ que permita a los órganos de control penal conocer los aspectos técnicos del caso analizado»¹⁴⁷.

Si se entiende que la delimitación del riesgo permitido cuenta con el dato indiciario de la ilicitud administrativa, entonces tiene sentido que el órgano administrativo sancionador informe al Ministerio Público sobre los alcances de la regulación administrativa en el caso concreto. Lo que en modo alguno implica que la Fiscalía o el Poder Judicial quedan vinculados por los alcances del informe administrativo, pues en definitiva la interpretación de los alcances del tipo penal, incluyendo el sentido de las disposiciones administrativas complementarias, dada la remisión normativo-conceptual a través de los elementos normativos presentes en los arts. 209 al 211 del CP, es tarea reservada a la jurisdicción penal.

La nueva LGSC prevé la continuidad de esta condición de procedibilidad, pese a que su Disposición Derogatoria Única abroga expresamente la Ley N° 27146, mantiene la vigencia de aquéllas disposiciones finales que no se opongan a la LGSC.

¹⁴⁴ Ibid., p. 276.

¹⁴⁵ Ibid., p. 277. Precisa San Martín (pp. 276-277) que esa condición de «parte interesada» implica varios efectos procesales: 1. La constitución de la víctima en parte civil no excluye al Indecopi del procedimiento penal. 2. Aún cuando el Indecopi actúe en defecto de la víctima, su actuación procesal se circunscribe al delito perpetrado y al ámbito de agraviados lesionados por la conducta del imputado; 3. Como el Indecopi no es agraviado, desde que el sujeto pasivo siempre es el acreedor o los acreedores defraudados, la reparación civil no puede ser destinada a dicha institución pública. 4. Dado que el delito es semipúblico, el Indecopi no tiene la calidad de acusador privado, tampoco tiene la calidad de acusador popular, interesado en la sanción penal, toda vez que nuestra legislación procesal penal no ha incorporado esa figura procesal. 5. Si bien el Indecopi no es parte principal en el proceso penal, su intervención no determina la paralización del mismo si no absuelve un traslado o si no asiste al juicio oral, es suficiente que se le notifique de las diligencias correspondientes y se le corran los traslados que fueran pertinentes, por ello no caben declaraciones de ausencia o de rebeldía.

¹⁴⁶ CARO CORIA. «La intervención previa del Indecopi: un modelo para desarmar», *Thémis* 27-28/1994, pp. 223-224.

¹⁴⁷ Documento de Trabajo N° 002-1999, cit., p. 12.