

DELITO SOCIO ECONÓMICO Y PROCESO PENAL:

El Derecho Procesal Penal Económico

CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO*

Abogado

Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal
Pontificia Universidad Católica del Perú

I. Introducción. II. Delimitación del delito socio-económico: **A.** Concepto de Derecho penal económico. **B.** Lineamientos político-criminales. III. Características procesales del delito socio-económico: **A.** Aspectos Generales. **B.** Legislación nacional. IV. Alcances del tratamiento procesal del delito socio-económico: **A.** Organización de los órganos penales. **B.** Estructura del proceso penal económica. **C.** Papel de la Administración en la persecución penal **D.** Especialidades procedimentales. **E.** Las partes procesales: las personas jurídicas.

I. INTRODUCCIÓN

§ 1. El Derecho procesal penal económico, poco a poco, aunque no de una manera sistemática, va ganando un espacio propio en la disciplina procesal penal. Su desarrollo, por cierto, va de la mano –aunque con ciertos retrasos– con los avances y los estudios progresivos e intensos del Derecho penal económico, el mismo que según **Jean Pradel** es un derecho no sólo confuso [límites no muy clarificados] y que provoca aprehensión [tensión entre los principios penales y la lógica del mundo de los negocios y su actividad], sino que también es dinámico en su crecimiento y está en constante evolución, lo que impide cierta seguridad jurídica¹. Su definición está en relación con un objeto de carácter político-criminal: la prevención de la criminalidad económica, que por lo demás es un fenómeno complejo que rebasa lo propiamente jurídico-penal².

El interés en el Derecho penal económico se bifurca en dos datos evidentes: el primero, vinculado a la progresiva dañinidad social de los delitos que afectan la vida económica de las sociedades contemporáneas y el incremento constante de agentes en su comisión; y, el segundo, como postula **García Arán**, radicado en el incremento de la actuación económica de sociedades y empresas que provoca también el incremento de la delincuencia cometida

* El autor es socio del Estudio Benites, Mercado & Ugaz, Abogados.

¹ *Derecho Penal Económico Francés: algunos aspectos actuales*. En: *Revista del Poder Judicial*, 3ra Época, N° 42, 1er Trimestre, Madrid, 1996, pp. 261-262.

² **PÉREZ DEL VALLE**, Carlos. *Introducción al Derecho penal económico*. En: *Cursos de Derecho Penal Económico* (BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (Dir.)), Ed. Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 1995, p. 19.

a su amparo, hasta el punto de que un estudio del *Max-Planck-Institut* sitúa en torno al 80% el porcentaje de delitos económicos cometidos en el seno o bajo la cobertura de personas jurídicas³.

No está demás decir, por consiguiente, que estos delitos tienden a hallar su caldo de cultivo ideal en el seno de las empresas con forma de sociedad mercantil⁴, que es la célula esencial en la estructura y el desarrollo económico.

La gran preocupación política en esta materia, sin duda alguna, se orienta a los problemas de la eficacia de la persecución penal, que incluye tanto iniciativas o propuestas de reforma al proceso penal, tales como la incorporación de nuevas instituciones procesales penales (v.gr.: fórmulas premiales, transacción procesal, medidas innovativas y preventivas, etc.) y la específica modificación o rearticulación de otras más bien clásicas (v.gr.: prejudicialidad, medidas cautelares, etc.), cuanto la configuración de nuevos esquemas orgánicos de los órganos penales, sobre la base de la especialización, y la potenciación del poder de intervención de la Administración.

Otro punto de vital importancia está constituido por el ámbito internacional. En él es menester (1) la compatibilización de legislaciones, básicamente para evitar el blanqueo de capitales o activos y la cancelación de los paraísos fiscales; (2) la institucionalización de un sistema de información compartida—inclusive espontáneo— a nivel internacional, atento a la forma en que el capital traspasa fronteras y fluye muy fácilmente de una jurisdicción a otra; (3) la consolidación de una cooperación judicial internacional de dos tipos, una horizontal—desarrollada entre las autoridades competentes de los Estados— y otra vertical—dirigida a coordinar la acción de las instituciones internacionales con las autoridades nacionales competentes en la persecución y sanción del blanqueo⁵.

§ 2. De entrada es de mencionar cuatro problemas iniciales a los que se enfrenta este capítulo novísimo del Derecho procesal penal: 1. El ámbito del Derecho procesal penal económico, sobre la base de determinar preliminarmente lo que se entiende por delito económico. Ello es así porque, como señala **Martínez-Buján Pérez**, nos encontramos ante una familia delictiva que ofrece determinadas peculiaridades o notas distintivas que permiten individualizarla y que sirven para diferenciarla de aquellas agrupaciones delictivas que tradicionalmente se han incorporado en el Derecho penal clásico⁶. 2. Las características propias y complejas de la persecución penal de estos delitos. 3. La organización de los órganos penales y la configuración general del procedimiento penal. 4. El papel de la administración en el control de estos delitos.

II. DELIMITACIÓN DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

A. Concepto de Derecho Penal Económico.

3. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En I Congreso Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico, Director **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ**, Carlos, Universidad de Caruzha, 1998, p.45. Según **POFFRICO**, Sofia [El marco legal internacional del lavado de dinero. En COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, Lima, 2006, p. 56] las actividades ilícitas en el mundo manejan 800 mil millones de dólares, los menos que son objeto de blanqueo e inversión, en su mayor parte, del sistema financiero. En el Perú, el lavado va desde los 300 a mil millones de dólares [ROBERÓN, Ricardo. Situación del lavado de dinero en el Perú, realidades y mitos, Ob. Cit., p. 42].

4. DE LA CÁNDARA, Beatriz: El sujeto del Derecho penal económico. En Curso de Derecho Penal Económico, Ob. Cit., p.45

5. Cf.: **GUTIÉRREZ ZARZA**, Ángeles: Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos, Ed. Colex, Madrid, 2000(p. 59

6. Derecho Penal Económico - Parte General, Ed. Tirantia Blanes, Valencia, 1995, p. 21.

§ 1. Después de muchas discusiones se ha llegado a un práctico consenso acerca del objeto del Derecho penal económico. Apunta **Bajo Fernández** que el Derecho penal económico busca proteger el orden económico, en tanto regulación jurídica de la participación estatal en la economía [concepción estricta] o de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios [concepción amplia]⁷. El Derecho penal económico, en palabras de **Rosario de Vicente Martínez**, abarca la criminalidad relacionada con la económica, con el orden económico⁸.

Esta disciplina, fuertemente impulsada por el Proyecto Alternativo Alemán de 1966, como es lógico, sólo se explica en los marcos de una economía social de mercado, que por cierto nuestra Constitución en su art. 58º consagra expresamente, aunque no con la fuerza intervencionista necesaria.

En tal sentido, **Klaus Tiedemann**, adoptando una concepción amplia, define el delito económico como el conjunto de delitos relacionados con la actividad económica y dirigidos contra las normas estatales que organizan y protegen la vida económica⁹. Son ilícitos que se destacan por su carácter pluriofensivo y su trascendencia general. En esta misma perspectiva, **Bustos Ramírez** anota que los bienes jurídicos que integran el Derecho penal económico, por estar referidos a la colectividad, están en situación de ser afectados de modo amplio y constante: su afectación está referida a un amplio conjunto de personas, a grandes mayorías, e incide en toda su vida cotidiana, de ahí su extensa dañabilidad social¹⁰.

Sobre la enorme nocividad social y económica de la delincuencia económica **Gerardo Landrove Díaz** ha sido muy enfático. Nos dice que, a veces, victimiza a muy amplios colectivos, ocasionando la pérdida de confianza en el tráfico mercantil, la lesión de la economía nacional, la eliminación de la competencia honesta o el difícilmente soslayable efecto de contagio y las reacciones en cadena [quiebras, despido masivo de trabajadores, alza del interés de los institutos de créditos, etc.]¹¹.

§ 2. Si se sigue la concepción estricta de orden económico, el contenido del Derecho penal económico quedaría reducido a los delitos que poseen como interés jurídico inmediata o directamente protegido, un bien de naturaleza supraindividual general que afecta a la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía. Estamos hablando, en estricto sentido, de los delitos contra la libre competencia y abuso de poder económico, delitos aduaneros, delitos tributarios, delitos de blanqueo de activos, delitos financieros, entre otros. Su base estaría en los arts. 61º, 74º, 83º, 87º y 118º.20 de la Constitución, que protege o regula de algún modo la libre competencia, la potestad tributaria, el sistema monetario, el régimen bancario y de seguros, y las tarifas arancelarias.

§ 3. Desde la concepción amplia del Derecho penal económico, se incorporan, además, aquellos delitos que imparten, en primer lugar, la vulneración de un bien jurídico patrimonial individual que, a su vez y en segundo lugar, lesionan o ponen en peligro la regulación jurídica

7. Manual de Derecho Penal. Parte Especial - delitos patrimoniales y económico. Ed. Cersa, Madrid, 1997, p. 294.

8. Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica. En: Revista Actualidad Penal, 1997-1, Madrid, p. 105.

9. Lecciones de Derecho penal económico. Ed. PPU, Barcelona, 1993, pp. 33/34.

10. Perspectivas actuales del Derecho penal económico. En: Libro Homenaje a la memoria del Profesor Juan del Rosal, Ed. Edersa, Madrid, 1993, p.214/215.

11. La represión de la delincuencia económica. En: Revista Justicia para la Democracia, N° 31, Marzo, Madrid, p. 28.

de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Están comprendidos los delitos de usura, fraudes societarios [delitos societarios, propiamente dichos], fraudes alimentarios y de protección al consumidor, delitos laborales, falsedades documentales, delitos ecológicos y delitos contra la propiedad intelectual. La Constitución impone, por ejemplo, la protección al consumidor (art. 65^o) y al medio ambiente (art. 67^o), así como reconoce la propiedad intelectual como un derecho fundamental (art. 2^o.8).

Es claro que, como apunta **Julio Mazuelos Coello**, la concepción amplia del Derecho penal económico es la que prevalece actualmente en la doctrina dominante; concepción que permite precisar con mayor exactitud determinadas categorías de la teoría del delito, tales como bien jurídico, sujetos activos, tipicidad y antijuricidad; permitiendo formular mayores soluciones dogmáticas satisfactorias que la tesis que reduce la delincuencia económica a formas especiales de los delitos patrimoniales¹².

§ 4. Muñoz Conde enseña que no cabe circunscribirse -para identificar el delito económico- a la designación fijada en el Código Penal¹³. De igual manera, acota que la noción estricta del orden económico no es suficiente puesto que no abarca una serie de hechos de gran trascendencia también para los intereses socio-económicos y que excede el ámbito puramente patrimonial individual [v.gr.: propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, delitos societarios y el blanqueo de activos]¹⁴.

Nuestro Código Penal de 1991 contiene una sistematización no necesariamente coincidente con las nociones ya enunciadas. El título IX, denominado específicamente delitos contra el orden económico, sólo recoge figuras ligadas a la libre competencia, al comercio ilícito, a la publicidad engañosa y desprestigio comercial, a la omisión de información, al uso indebido de tasa de cambio preferencial y a la conducción ilegal de casinos de juego. Sin embargo, como precisa **Manuel Abanto**, en otros títulos del Código aparecen registrados delitos económicos, tales como: **a)** delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios, VI; **b)** delitos contra la propiedad industrial, VII; **c)** delitos contra el orden financiero y monetario, X; **d)** delitos tributarios, que incluye -en legislación especial- los delitos tributarios y los delitos aduaneros, XI; y, **e)** delitos ecológicos, XIII¹⁵.

No puede dejar de mencionarse el delito de blanqueo de capitales, cuya existencia se debe, según **Quintero Olivares**, a la necesidad de luchar contra aquellos delitos que pueden producir grandes sumas de dinero¹⁶, en tanto mecanismo criminal que consiste en la incorporación o reintroducción de los bienes o capitales ilícitamente obtenidos a los círculos económicos legales, a la economía legal; y, como tal, es el punto de inflexión entre la economía legal y la ilegal, de ahí su consideración de delito económico¹⁷.

8. Lineamientos político-criminales.

§ 5. No debe perderse de vista, como anotan **Bramont-Arias** y **García Cantizano**, que un

12. Derecho penal económico y de la empresa, Ed. San Marcos, Lima, 1995, pp. 20/21.

13. Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos. En: Revista Penal, N.º 1, Ed. Praxis, Barcelona, 1988, p. 88.

14. MUÑOZ CONDE, Francisco, Op. Cit., p. 69.

15. Derecho Penal Económico, Ed. Ibero, Lima, 1997, p. 33.

16. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otros. Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal (Director), Ed. Aranz/S, Pamplona, 1996, p. 706.

17. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de Blanqueo de Capitales, Ed. Marcial Pons, Madrid, pp. 1989.

requisito básico dentro de la estructura de estos delitos es la existencia del "abuso de una posición de poder", en cuya virtud el agente delictivo aprovecha su situación predominante en el mercado y la utiliza abusivamente, lo que está en la base de la ineficacia de la represión y la gran nocividad social producida por estos hechos¹⁸. No obstante ello, como llama la atención **Jean Pradel**, el número de hombres de negocios que son perseguidos judicialmente aumenta paulatinamente, lo que provoca una fundada aprehensión en el mundo del capital, de suerte que puede decirse que hay una complejidad en conciliar el mundo empresarial y su actividad y los principios penales que imperan¹⁹.

§ 6. Es del caso enfatizar, con **Gerardo Landrove Díaz**, seis características de los delincuentes económicos. **1.** Son delincuentes de nivel socio-económico elevado, que participan de un peculiar código moral y una escala de valores en la que prima el éxito económico. **2.** A su alrededor existe una competente e inímorales asesoría jurídica que les permite, en el desarrollo de su actividad profesional, bordear la ley. **3.** El derecho penal está anclado en el viejo principio *societas delinquere non potest*, no obstante lo cual en estos delitos se utiliza a las personas jurídicas, lo que plantea problemas de imputación delictiva y de prueba. **4.** Garantía de impunidad que se refuerza en regímenes totalitarios o en las democracias simplemente formales: la indulgencia o benevolencia con estos delincuentes se explica a partir de la complicación que rodea al hecho (ingeniosidad en la comisión delictiva, utilización de especialistas y asesores, y aprovechamiento de la propia situación de la justicia). **5.** Impunidad creciente y utilización de chivos expiatorios que impiden que los verdaderos responsables lleguen siquiera a sentarse en el banquillo de los acusados. **6.** Lamentable insensibilización ciudadana a esta criminalidad²⁰. Otra nota característica, anotan **Agustín Fernández Albor** y **Carlos Martínez Pérez**, es **(7)** la creciente internacionalización de esta delincuencia²¹.

Finalmente, y como apunta **Carlos Jiménez Villarejo**, **(8)** es evidente la relación de los delitos socio-económicos, no tanto con la economía como con el Derecho mercantil y administrativo, en cuya virtud se utiliza la técnica de las normas penales en blanco o se construyen figuras penales repletas de elementos normativos extrapenales que obligan al conocimiento y comprobación de normas del más variable carácter, sin las cuales no será posible la incardinación de la conducta con el correspondiente tipo penal²².

§ 7. Es de tener presente que, aún cuando resulta de sustancial importancia determinar el ámbito de esta rama jurídica indisciplina qué es el Derecho Económico y, a partir de ella, lo que se entiende por delito económico, lo cierto es que desde la óptica procesal resulta esencial asumir una perspectiva más bien pragmática que tome en consideración, indistinta o concurrentemente: **(1)** la calidad supraindividual de los bienes jurídicos económicos o la proyección de la afectación de un bien jurídico individual, patrimonial, al funcionamiento del propio sistema económico; y, **(2)** la complejidad y dificultad de la investigación del delito, vinculadas a la necesidad de conocimientos especiales y de medios de investigación apropiados para combatirlos. Precisamente, éstos son los parámetros asumidos por los sistemas francés y alemán, en los que los problemas vinculados a la justicia penal en materia socio-

18. Manual de Derecho penal - Parte Especial, Ed. San Marcos, Lima, 1997, pp. 397/398.

19. Ob. Cit., p. 361.

20. Ob. Cit., p. 35.

21. Delincuencia y Economía, Ed. Trilenta Universidad de Santiago de Compostela, Galicia, 1993, p. 36.

22. La prueba penal en los delitos económicos. En: Revista Jueces para la Democracia, Marzo, 1998, Madrid, p. 60.

económica se focalizan en determinar la amplia nocividad social de dichos injustos y la complejidad de su persecución que amerita la construcción de instituciones penales especializadas y potenciadas en recursos y personal. **Tiedemann** apunta al respecto que, en rigor, no es de tomar en cuenta el tipo criminalológico de autor, sino las dificultades criminalísticas del descubrimiento y la persecución de estos hechos, y que es la combinación de ambos puntos de vista y la dirección del hecho contra el orden económico, lo que define la orientación penal económica del hecho punible²³.

Basta, pues, como aduce **Bernd Schüenenann**, que se trate de acciones punibles que se cometan en el marco de la participación en la vida económica o en estrecha conexión con ella²⁴, a lo que desde un punto de vista procesal y orgánico se le adicionan las notas de nocividad social y complejidad de su persecución, para justificar un modelo procesal específico y una construcción orgánica y funcional especializada.

No está demás recordar que de lo que se trata, desde la perspectiva del Derecho procesal penal y sin descuidar la definición del objeto del Derecho penal económica, es de construir una doctrina específica –orgánica y procedimental– que cumpla con eficiencia los fines clásicos del proceso penal, introducidos –como se sabe– por las ideas del Iluminismo, tal como lo recuerda **Daniel Pastor**, siguiendo a **Claus Roxin**: **1.** Imponer la pena al culpable [paz jurídica a través del proceso]; **2.** Proteger al inocente contra los abusos del poder penal del Estado; y **3.** Respetar la dignidad de la persona del imputado²⁵.

III. CARACTERÍSTICAS PROCESALES DEL DELITO SOCIO-ECONÓMICO

A. Aspectos generales o comunes.

§ 1. Tres son las características esenciales que presenta el delito económico desde el punto de vista procesal. Las dos primeras han sido expresadas por **Julio Maier** y la última por **Martínez-Buján Pérez**. Tienen que ver: **a)** con las dificultades del procedimiento de iniciación, vinculada a la denuncia y a la intermediación de órganos de control especializada de la Administración; **b)** con la complejidad de los casos y los problemas de organización tribunalicia que plantea; y, **c)** con la presencia de prejudicialidades y de requisitos de procedibilidad. Otra característica, que en puridad constituye una expansión a partir de los delitos contra el patrimonio, tiene que ver con las especialidades propias de la pretensión civil (la acción civil ex delicto).

§ 2. **Dificultad en conseguir la información necesaria para comenzar la investigación y persecución penales.** En estos delitos, por lo general, no hay denuncias de víctimas individuales y el sistema de persecución se sustenta básicamente en una información oficial generada por el propio Estado. A lo expuesto se agrega la –propia o provocada– del aparato estatal para generar su propia información, lo cual se debe a cuatro causas muy puntuales:

1º) Escasa especialización de los cuerpos policiales para esta tarea; 2º) Mediatez

23. La dimensión económica como objeto de investigación. En: *Temas de Derecho penal económico y antisocial*, Ed. Idemsa, Madrid, 1985, p. 42.

24. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal acerca de la criminalidad de la empresa. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXI, Fascículo II, Madrid, 1986, p. 529.

25. ¿Es conveniente la aplicación del proceso penal "convencional" a los delitos "no convencionales"? En: *Delitos no convencionales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1994, p. 270.

física y temporal entre delito, autor y conocimiento del mismo [ocultación del delito y del autor tras una persona jurídica u organización], por los espacios temporales que la legislación común dispone para proporcionar información y porque resulta necesario investigar la información recibida; 3º) Existencia del secreto bancario y de la reserva tributaria y del derecho a la intimidad documental; y, 4º) Internacionalización de la actividad comercial e industrial y existencia de empresas transnacionales, difíciles de controlar²⁶.

§ 3. Complejidad en los casos y de su investigación. Ésta se traduce: 1º) En la necesidad de conocimientos específicos, tanto jurídicos como relativos a otras ciencias; 2º) En la existencia de gran número de sospechosos y de hechos delictivos conexos, propios de la criminalidad a través de organizaciones y personas jurídicas o morales [también, en este rubro, es de rigor enfatizar los efectos negativos en la persecución que importan los problemas de imputación que suscitan estos delitos y que alcanzan, por ejemplo, a la responsabilidad por un delito de comisión por omisión, a la responsabilidad del representante, a la sanción de la propia empresa, así como la estructuración de delitos de sospecha especialmente estructurados para facilitar el poder de intervención de los órganos penales y enervar la protección del derecho a la presunción de inocencia]; 3º) En la exigencia de destinar a su persecución mayor número de recursos humanos y materiales; y, 4º) En la constatación de que los delincuentes socio-económicos tienen un elevado grado de cultura y utilizan modos y medios delictivos altamente tecnificados, superiores en muchos casos a los utilizados para su combate por el Estado²⁷.

Si bien existen serios déficits en la persecución de la delincuencia socio-económica, éstos - en puridad de verdad- se centran en problemas de infraestructura y organización de las instituciones llamadas a su control. La permanente alegación de las dificultades de prueba de estos delitos, empero, no puede magnificarse y, menos, ser encubridora de una decepcionante política criminal en este segmento de la criminalidad.

Terradillos Basoco, contestando estas objeciones, anota que la especialización de los órganos penales puede ayudar a solventar los arduos y complejos problemas de prueba que a veces se presentan, a la vez que precisa que tal obstáculo no es insalvable puesto que la obtención de pruebas es muy factible en un sector donde por lo general el tráfico mercantil está debidamente documentado²⁸. **Shünemann** apunta al respecto que "... las constantes dificultades prácticas de prueba se presentan en realidad más bien como un producto de diferentes mecanismos de selección y con ello del 'labeling approach', que como una irrefutable consecuencia de la naturaleza de las cosas. Como resultado de la organización formal interna de la empresa, con la gran necesidad de información, comunicación y procesamiento de la misma, no existe en realidad un ámbito delictivo que ofrezca posibilidades tan favorables de esciarcimiento y de prueba como la criminalidad de empresa"²⁹.

Siendo así, es de entender que en la persecución de los delitos socio-económicos, principalmente aquellos perpetrados en los marcos de la actividad empresarial, juega un papel primordial la construcción de mecanismos rápidos y efectivos para obtener la correspondiente

26. MAER, Julio S.J. Delincuencia socio-económica y reforma del proceso penal. En: *Revista Doctrina Penal*, año 12, Buenos Aires, 1990, pp. 518-520.

27. MAER, Julio S.J. *Ob. Cit.*, p. 520.

28. *Derecho penal de la empresa*, Ed. Trotta, Madrid, 1994, pp. 282B.

29. *Ob. Cit.*, p. 552.

prueba documental, por lo que en estos casos resulta menester construir mecanismos legales específicos que permitan la inmovilización de documentos y, luego, el secuestro instrumental de los mismos, superándose por completo las dificultades aparentes que se derivan de la configuración mercantil de las empresas y del propio Derecho de sociedades.

§ 4. Al respecto, resulta de suma importancia y utilidad la denominada teoría jurisprudencial "levantamiento del velo", que sirve no sólo para cubrir aspectos no cubiertos de la figura penal del "actuar en lugar de otro"³⁰ sino para tener presente, como dice **Carlos Jiménez Villarejo**, que las formas del Derecho de sociedades no pueden operar para encubrir una realidad económica de relevancia penal, situación que posibilita a los Tribunales "correr el velo" tendido por una sociedad para tener conocimiento de la titularidad real de los bienes y créditos que aparecen formalmente en el patrimonio social³¹, lo que ha sido muy útil en el ámbito del delito tributario.

Esta institución, con origen en el recurso al *disregard of legal entity* del Derecho anglosajón (también llamado *veil lifting* o *veil piercing*), permite a los órganos judiciales prescindir de las relaciones jurídicas societarias formales e indagar la realidad personal subyacente y ha sido aplicada en el campo civil, pero también en el tributario, el internacional, el mercantil, el laboral y el penal -específicamente en el delito tributario³². Como tal, permite descartar o desestimar la apariencia social fraudulenta y atenderse a la personal (física) subyacente de aquel que elude tributos, en cuya virtud lo que se defrauda son cuotas de personas físicas y no de sociedades, en tanto en cuanto la creación de la de una sociedad o cualquier acto que repercute en su continuidad [como fusiones, absorciones, etc.] persiga como objetivo exclusivo el de determinar una elusión fiscal³³.

Asimismo, desde la perspectiva de la eficacia de la persecución penal, la técnica aludida permite entender claramente las relaciones jurídicas que dan origen a los "grupos de empresas" y, de ese modo, identificar -con lo difícil del tema- a los centros de dirección, tanto para inculpar formalmente a sus directivos centrales -que tienen el dominio de la organización- cuanto para adaptar rápidamente medidas instrumentales restrictivas de derechos que importen limitar el secreto documental y bancario y la reserva tributaria, así como cautelares, al punto de disponer el control judicial de las empresas, es decir, su intervención judicial, en los casos más graves y evidentes.

§ 5. **Perseguibilidad y prejudicialidad.** El Derecho Penal Económico es quizá el sector arquetípico donde se presentan con mayor profundidad varios problemas procesales muy sentidos. Así tenemos: **a)** las cuestiones prejudiciales devolutivas, que se explican por la utilización tanto de elementos normativos en los tipos penales cuanto de la técnica de la ley penal en blanco; **b)** el carácter del delito, público o semipúblico; y, **c)** la introducción de requisitos de perseguibilidad, que da cuenta de la fuerte intervención de la Administración en el control de estos delitos.

30 Con resenas: SÉ, YA SÁNCHEZ, Jesús María. El "actuar en lugar de otro" en el Código Penal Español. En: Estudios de Derecho Penal, Ed. Orjoly, Lima, 2000, pp. 105/106.

31 CB, CE, p. 61.

32 SERRANO GONZÁLES, José Luis y MÉRINO JARA, Isaac. "Levantamiento del velo y delito fiscal". En: Actualidad Jurídica Aranzadi, Año VI, N° 254, Madrid, 10 de octubre de 1996, p. 1.

33 SERRANO GONZÁLES, José Luis y MÉRINO JARA, Isaac. El "levantamiento del velo" en el mundo de la defraudación tributaria. En: Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, XLIV, N° 231/232, p. 880.

§ 6. **Luis Rodríguez Ramos** ha señalado que la creación de numerosos delitos socio-económicos son expresión paradigmática de los que se denominan "tipos penales en blanco" o "incompletos", o desde otra perspectiva, tipos plagados de "elementos jurídico-normativos penales", lo que ha determinado una reconversión del Derecho penal en realidad invadida y el surgimiento de los requisitos de procedibilidad y las cuestiones prejudiciales³⁴.

Ahora bien, como enseña **Senes Molillo**, la utilización de ambas técnicas sólo tendrá entidad para originar una cuestión prejudicial si el hecho –actos o negocios jurídicos– que debe ser objeto de calificación jurídica con arreglo a normas extrapenales puede configurar el objeto autónomo de un proceso, siempre y cuando el mismo sea determinante para la declaración de inocencia o culpabilidad del imputado³⁵.

Un caso emblemático, por ejemplo, es el delito de fabricación de productos patentados sin estar autorizado por quien tiene derecho a hacerlo (art. 222º CP). Si está en cuestión el derecho del titular de la patente, como se trata de un elemento integrante del injusto o antijuridicidad penal, cuya respuesta con arreglo a las normas extrapenales (derecho industrial) puede integrar el objeto de un proceso autónomo y determinará la culpabilidad o inocencia del imputado por el referido delito, deviene procedente una causa prejudicial en tanto en cuanto la relación jurídica cuestionada requiera un debate en el Orden Jurisdiccional Comercial o, en su caso, en el Contencioso-Administrativo.

Nuestra legislación reconoce expresamente las causas prejudiciales (devolutivas y suspensivas) y las considera, en todo caso, de carácter relativo³⁶. El juez decidirá caso por caso si la prejudicialidad es o no devolutiva; la ley ni siquiera impone obligatoriamente algunos supuestos delictivos. Las no devolutivas, se resuelven por el juez que conoce del proceso principal, es decir, el juez penal (*incidenter tantum*); las devolutivas las resuelve el juez competente por razón de la materia (*principaliter*).

§ 7. **Especialidad de la pretensión civil**. El objeto civil en el proceso penal –de acumulación obligatoria en nuestro ordenamiento (art. 92º CP)–, está limitado a las acciones de restitución o reparación y de indemnización de los daños y perjuicios, a tenor del art. 93º CP, que debe ejercerla de oficio el Ministerio Público (arts. 1º, 92º.4 y 95º.2 LOMP), sin perjuicio que la inste el actor civil en tanto se constituya en parte.

Lo especial en el presente caso está en función a los alcances o al objeto de la acción restitutoria. **Margarita Roig Torres** apunta: **1)** que ésta consiste en el restablecimiento de la situación jurídica alterada por el delito, aplicándose en los casos en que la infracción haya comportado la privación de un bien, haya o no habido desplazamiento físico, lo que explica que a la jurisdicción penal le sea dable restituir tanto bienes muebles como inmuebles, si el perjudicado hubiese sido privado de ellos a causa del delito; **2)** que cuando lo sustraído es una cantidad de dinero u otro bien fungible no cabe la restitución como acción civil –sólo la indemnizatoria de perjuicios–, dado que estos bienes sólo podrán ser reclamados en tanto se hallen a disposición del infractor, con independencia, de que estén en su poder o en posesión

34. Hacia un Derecho penal privado y secundario. Los delitos típicos prejudiciales suspensivos. En: *Actualidad Jurídica Avanzada*, Año VI, N° 251 Madrid, 20 de julio de 1996, p. 3.

35. Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español. Ed. MC Graw-Hill, Madrid, 1996, p. 2273.

36. DEL VALLE RANCIH. Luis: *Derecho Procesal Penal – cuestiones prejudiciales, cuestiones previas, excepciones*, Imprenta Lustrina, Lima, 1986, p.57.

de un tercero al que aquél los hubiere entregado para eludir la reclamación del perjudicado: **3)** que la acción restitutoria recaer en los delitos de hurto, robo, apropiación ilícita, estafa, peculado y delitos concursales (la peculiaridad en este caso es que los bienes se reintegran a la masa)³⁷.

El *peritum* puede incluir, para posibilitar la restitución en toda su amplitud jurídica, la declaración de nulidad de los contratos y demás actos jurídicos a través de los cuales se hubiere materializado el delito. Ello, no es consecuencia de exigir en el proceso penal una responsabilidad distinta de la prescrita en el art. 93º CP, sino que es un presupuesto ineludible en ocasiones para proceder a la restitución del estrado de cosas existente antes del hecho delictivo. La jurisprudencia española, por ejemplo, ya se ha pronunciado en estos términos en los delitos concursales; mientras que la doctrina penalista de ese país reclama similar postura en los delitos societarios e, inclusive, en los delitos contra la fe pública³⁸.

Es interesante la postura de **Juan José González Rus** acerca del delito concursal cuando acota que parece haber acuerdo jurisprudencial sobre la declaración de nulidad de los actos jurídicos eventualmente realizados, dice: "No procede cuando afecta a actos referidos a personas que no son responsables del alzamiento; pero sí cuando fueron el instrumento válido para consumar el fraude y se llevaron a efecto con conocimiento de su finalidad fraudulenta, a condición de que lo solicite la parte interesada"³⁹.

El Juez, en todo caso, podrá declarar la nulidad siempre que el Fiscal o el actor civil soliciten expresamente tal pretensión –que es consecuencia del principio dispositivo que inspira el ejercicio de la pretensión civil en el proceso penal– y que todos los que pudieren resultar afectados con la nulidad (la empresa, el adquirente y sucesivos subadquirentes) hayan sido emplazados y tenido la oportunidad de ejercer su defensa⁴⁰.

B. Algunos aspectos de la legislación nacional.

§ 8. Corresponde a la ley penal material determinar si el delito se perseguirá de oficio o a instancia de la víctima. Según la técnica utilizada por el Código Penal, la gran mayoría de los delitos económicos son públicos; en tal virtud, según **Garberí Ilobregat**, la iniciación y el desarrollo del proceso penal encaminado a enjuiciar la conducta delictiva del acusado no depende de la voluntad de la víctima, sino de la actuación del Ministerio Público, quien, mientras sostenga la acusación y no concurren ninguna de las causas legales de sobreseimiento o archivo del procedimiento, habrá de obligar al órgano judicial competente a decretar la apertura del juicio oral y, previa la celebración de las sesiones del mismo, a dictar una sentencia sobre el fondo, absolviendo o condenando al acusado⁴¹.

Las excepciones se han venido a construir con la legislación penal especial. Así tenemos que son semi-públicos los siguientes delitos: **a)** delitos tributarios, art. 7º del Decreto Legislativo

37 La reparación del daño causado por el delito, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 104-176.

38 GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles, Ob. Cit., pp. 189-188; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, El delito de falsedad en la información social del art. 260º del Código Penal de 1995 (Empresas y Derecho Penal I, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996, p. 130).

39 Curso de Derecho Penal Especial – Parte Especial I, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 735-736.

40 GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles, Ob. Cit., p. 193.

41 Derecho penal de la empresa (delitos económicos + delitos societarios): aspectos procesales. En Actualidad Jurídica Aranzadi, Madrid, Año VIII, Nº 345, 4 de junio de 1995, p. 1.

Nº 813; **b)** delitos de abuso de poder económico, art. 19º del Decreto Legislativo Nº 701, modificado por el art. 11º del Decreto Legislativo Nº 807; **c)** delitos de aprovechamiento indebido de reputación y de desprestigio comercial, art. 240º CP, modificado por el Decreto Legislativo Nº 823; y, **d)** delitos de Atentados contra el sistema crediticio, arts. 209º/211º CP, modificado por la Ley Nº 27145. En estos delitos, como es sabido, el ejercicio de la acción penal queda condicionado a la interposición por delito de la oportuna denuncia⁴².

La necesidad de denuncia previa de la víctima constituye un requisito de procedibilidad, cuyo incumplimiento determina una sentencia de improcedibilidad o de absolución de la instancia. De abrirse instrucción, el imputado está autorizado a deducir cuestión previa, que obviamente se declarará fundada [vid.: art. 4º CPP].

No obstante ello, es de apuntar, con **Patricia Faraldo Cabana**, que "... el instituto de la denuncia previa supone una subordinación del interés público al interés privado, debido bien a la utilidad que supone para el Estado el atender al interés privado, bien a la escasa relevancia del interés público en juego, o, en fin, a estos dos motivos conjuntamente [...] el paso de un régimen de perseguibilidad de oficio a otra a instancia de parte implica necesariamente el reconocimiento del menor relieve social de los delitos sobre los que incide ..."⁴³. Los requisitos de procedibilidad, por consiguiente, se conciben como recurso técnico para plasmar el principio político-criminal de irrelevancia, uno de los cuyos ámbitos de actuación es precisamente el de los delitos patrimoniales, en atención a lo cual se concede primacía a la intimidad personal del ofendido [dotando de eficacia a su voluntad], salvo que concurre un específico interés público prevalente; asimismo, la intervención del Derecho penal siempre debe reducirse a supuestos en el que el titular del bien jurídico tutelado no encuentra otros medios de resolución del conflicto ajenos al punitivo⁴⁴.

Llama, pues, la atención que los tres delitos mencionados, infringiendo bienes jurídicos colectivos, ni siquiera intereses patrimoniales individuales, como es el caso de los delitos de apropiación ilícita, estafa o hurto, se vean sometidos a una condición de procedibilidad; contradicción que es palmaria al entender que son tres las funciones que cumple la denuncia previa y que no son de recibo en los tres delitos en cuestión: **a)** la conveniencia de que el proceso penal sólo se ponga en marcha cuando el ofendido muestra interés en ello, dada la relativa poca importancia del delito; **b)** la necesidad de que medie el consentimiento del ofendido para proceder en los delitos relacionados con su intimidad personal; y, **c)** razones de protección a la víctima, cuando el seguimiento del proceso, por su publicidad, puede agravar su condición dada la naturaleza del delito, con lo que se potencian los arreglos extrajudiciales, con la consiguiente descarga de trabajo que ello supone para los Tribunales.

§ 9. Delitos tributarios. El art. 7º del Decreto Legislativo Nº 813 (Ley Penal Tributaria), estipula que la persecución penal sólo procede a instancia del órgano administrador del tributo, en mérito a lo cual se crea una fase preprocesal - administrativa a cargo de dicho órgano, en la que no interviene el Ministerio Público y en cuyo período final se convoca a la Policía para la elaboración del Atestado. Esta "administrativización" del ejercicio de la acción penal comporta dos características esenciales del delito tributario: **(1)** la exclusión de la acción penal pública y

42. GARCÍA SENDRA, Vicario: La aplicación procesal del nuevo Código Penal con especial referencia a los delitos contra el orden socio-económico. En: *Revista Penal* Nº 1, Enebr 1996. Ed. Praxis, Barcelona, p. 32.

43. Los delitos societarios, Ed. Trivertto Blanch, Valencia, 1988, p. 259.

44. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho Penal Económico - Parte Especial*, Ed. Trivertto Blanch, Valencia, 1999, p. 128.

(2) el establecimiento de una prejudicialidad necesaria.

Empero, como ya hemos sostenido en un trabajo anterior, contiene cinco riesgos que es del caso ponderarlos debidamente: **a)** la Administración puede elegir a sus víctimas, de suerte que los criterios de criminalización no se amoldarían a las previsiones del Derecho penal; **b)** el ejercicio público de la acción propende a que los ciudadanos tengan la convicción desde el comienzo que van a estar a salvo en esta materia de cualquier posible actuación arbitraria o discriminatoria por parte de los órganos de la Administración; **c)** la índole comunitaria del bien jurídico impide considerar la persecución de este delito a cargo de la Administración; **d)** la exclusión de la persecución de oficio supone un atentado contra la división de poderes, que consagra el art. 43º in fine de la Constitución, pues ella conduce a un sometimiento intolerable, en materia de tanta trascendencia social, del Poder Judicial al Poder Ejecutivo; y, **e)** si bien es necesario garantizar un adecuado y razonable ejercicio de la acción penal, y vista la complejidad del fenómeno tributario, lo único que podría aceptarse es que la Administración determine la existencia de la deuda tributaria y su cuantía, sin que la jurisdicción penal esté vinculada a los efectos de la punición por aquella determinación administrativa⁴⁵.

No obstante ello, es de reconocer una razón básica que explica normas como ésta en algunos sectores del Derecho penal económico [concentrado en nuestro ordenamiento en el delito tributario]: la complejidad y movilidad de las normas extrapenales, administrativas, que la sustentan, a lo que se añade el intrincado de operaciones que en ellos tiene lugar, lo cual parece aconsejable la previa investigación del organismo de supervisión antes de recurrir al ejercicio de la acción, que requiere el concurso de especialistas⁴⁶.

Resulta paradójica al respecto, una decisión harta discutible del Supremo Tribunal, respecto de la aplicación de dicha ley, en cuya virtud convalida que se comprenda como inculpado a una persona por delito de defraudación tributaria sin la previa intervención y denuncia de la SUNAT, llegando a sostener la legitimidad constitucional de todos los delitos semipúblicos y privados en general por la simple referencia al art. 159º, numerales 1 y 5, de la Constitución. Empero, esas normas constitucionales lo único que regulan, de modo general, son las atribuciones o funciones del Ministerio Público; no determinan que todos los delitos deben ser públicos. Ambos dispositivos señalan que corresponde al Ministerio Público, en el primer caso, promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho, y, en el segundo caso, ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.

Por consiguiente, corresponde a la ley ordinaria, como lo es en todas las legislaciones de nuestro ámbito de cultura, ponderando los intereses en conflicto, la naturaleza del bien jurídico vulnerado y la relevancia del interés individual, decidir si el delito será de persecución pública, privada o semipública; y, sólo en el caso que el legislador ordinario opte por la persecución pública o semipública, la Fiscalía estará obligada a accionar penalmente –siempre, claro está, que se cumplan los requisitos materiales correspondientes–, para lo cual dichas normas constitucionales estatuyen que la misión persecutoria del Ministerio Público puede tener lugar tanto por propia iniciativa cuanto por comunicación o noticia criminal de parte, sin que por lo demás, ello obste a la acción popular en los casos de delitos públicos.

45. SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, Vol. II, Ed. Grajey, Lima, 1998, pp. 976/977.

46. GÓMEZ INIESTA, Diego José, *La utilización abusiva de información privilegiada en el Mercado de Valores*, Ed. M. Graw-Hill, Madrid, 1997, p. 499.

Es de insistir que la denuncia y la querrela aparecen como técnicas al servicio del principio de intervención mínima del Derecho Penal y que la propia definición de los alcances de la aplicación del Derecho Penal, del principio de legalidad penal en suma, queda librada a la discrecionalidad del legislador, quien puede definir la persecución como pública, semipública o privada. Las normas constitucionales arriba citadas no obligan a definir todos los delitos como públicos, sólo estatuyen, en los marcos de la ley, el papel del Ministerio Público cuando le corresponde perseguir el delito. Por lo demás, como apunta Fernando Ibañez López-Pozas, la razón de ser de estos delitos en nuestros días, obedece a que son una manifestación del principio de oportunidad reglada, cuya existencia no importa discriminación alguna lesiva al principio de igualdad, pues obedecen a una justificación objetiva y razonable radicado en el nivel de afectación y en las características del bien jurídico afectado⁴⁷.

§ 10. Delitos de abuso de poder económico. Estos ilícitos, previstos en el art. 232º del Código Penal, según lo dispuesto en el art. 19º del Decreto Legislativo N° 701, de 7 de noviembre de 1991, "Ley contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia", modificado por el art. 11º del Decreto Legislativo N° 807, de 18 de abril de 1996, sólo pueden ser denunciados por el Fiscal Provincial a iniciativa de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI. En consecuencia, luego del procedimiento administrativo sancionador, iniciado por dicha Comisión a petición de parte, se procederá a denunciar los hechos en la medida que se amolden a lo dispuesto en el art. 232º CP. El agraviado no puede denunciar directamente al Fiscal, pues sólo está legitimada la Administración en la medida que se haya seguido un expediente sancionador.

§ 11. Delitos de aprovechamiento indebido de reputación y de desprestigio industrial o comercial. Estos delitos, según el art. 240º in fine del Código Penal, eran de persecución privada, lo que implicaba acudir al procedimiento especial previsto en el art. 302º y siguientes del Código de Procedimientos Penales. Empero, la Tercera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 823, de 24 de abril de 1996, estableció que la denuncia la realiza el Fiscal y que dicho órgano debe pedir informe previo al INDECOPI. Normas posteriores, en especial el Decreto Legislativo N° 822, determinaron que la víctima debe acudir al Fiscal Supremo en lo Penal denunciando el delito en su agravio y que, además, debe recabarse el informe técnico del INDECOPI. Dicho Decreto Legislativo, por consiguiente, y de modo implícito, califica de semipública el delito en cuestión, dado que dispone la intervención del Ministerio Público y, como es obvio, a instancia previa de la víctima: en la acción privada el Ministerio Público, como se sabe, carece de legitimación.

§ 12. Delitos de "Atentado contra el Sistema Crediticio". La Octava Disposición Final de la Ley N° 27145, de 24 de junio de 1999, modifica el Capítulo I, del Título VI del Libro Segundo del Código Penal y sus arts. 209º al 213º. Configura los delitos que regula como atentados al sistema crediticio, lo que implica instituirlos como delitos que protegen un bien jurídico colectivo: el sistema crediticio, ilícitos que sólo pueden perpetrarse en los marcos de un procedimiento de insolvencia, simplificado o concurso preventivo.

No obstante la afectación colectiva del ilícito en cuestión, el nuevo art. 213º CP prescribe lo siguiente: "En los delitos previstos en este Capítulo sólo se procederá por acción privada ante el Ministerio Público. El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (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

47 Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados. Ed. Dykinson, Madrid, 1993, pp. 93 y 106.

parte interesada en el proceso penal que se instaure”.

§ 13. Dos problemas interpretativos trae este dispositivo. Están referidos tanto al ejercicio de la acción penal, cuanto a lo que debe entenderse por “parte interesada” respecto al INDECOPI.

En primer término, la utilización de la expresión “acción privada”, para referirse a la persecución penal, llama a confusión, puesto que el Código Penal cuando acude a ella remite el delito al procedimiento por acción privada (arts. 124º, I Párrafo, 138º y 158º), mal llamado “querrela” en nuestro medio (arts. 2º, 74º y 302º CPP). Como ya se dijo para el caso de los delitos previstos en el art. 240º CP, el hecho de haber otorgado legitimación al Ministerio Público estableciendo que es al Fiscal a quien el agraviado de modo exclusivo debe comunicar la noticia criminal, no hace sino configurar el ilícito penal como semipúblico. Su carácter de semipúblico explica dos circunstancias esenciales: **1.** Que una vez que la víctima comunica el delito al Fiscal (si fuera un delito privado la denuncia o, mejor dicho, querrela se interpondría directamente ante el Juez Penal), éste adquiere legitimación para intervenir en todo el curso del procedimiento, el que se tramitará conforme a los pautas ordinarias o especiales previstas por la ley para un delito público; y, **2.** Que la acción penal no se extingue por desistimiento o transacción (art. 78º.3 CP), lo que sería aceptable si es que la ley los hubiera configurado como delitos privados. Es de recordar, al respecto, que el Código Penal no contempló los delitos semipúblicos y que, en rigor, fue la legislación especial dictada con posterioridad la que los reincorporó a nuestro ordenamiento punitivo.

La norma estudiada, siguiendo algunas pautas del derecho comparado [vgr.: art. 296º.2 del CP Español], autoriza al INDECOPI a denunciar el hecho en defecto del ejercicio de la acción privada por la víctima. Esta disposición no hace sino reconocer que los atentados contra el sistema crediticio afectan intereses colectivos o a una pluralidad de personas, de ahí que la Administración puede acudir directamente al Fiscal Provincial denunciando el delito si no la hace él o los agraviados. La Ley no fija, sin embargo, parámetros precisos que orienten la intervención del INDECOPI; no detalla, por ejemplo, que el ilícito debe afectar a una pluralidad de personas, que debe tomarse en consideración el nivel de afectación del sistema financiero o tributario, el monto de las deudas burladas, las características del sector económico perjudicado, etc. Esta ausencia de baremos precisos puede conllevar a atentados al principio de igualdad y a una actuación discrecional que no es la adecuada tratándose de la aplicación del Derecho penal y, mucho menos, si se concede a un órgano de la Administración y no al Ministerio Público, el cual está obligado a orientarse en lo dispuesto en el art. 2º del Código Procesal Penal.

§ 14. En segunda término, el citado art. 213º CP autoriza al INDECOPI a decidir, denuncie o no el agraviado, a constituirse en “parte interesada en el proceso penal que se instaure”. Ello significa, de un lado, que el INDECOPI debe ser notificado de la instauración de un proceso penal por delito de Atentado contra el sistema crediticio, a fin de que decida si interviene en él como *parte interesada*; la decisión es discrecional y, por tanto, no es controlable judicialmente. Del igual modo, si INDECOPI es el denunciante, en su denuncia deberá indicar si se va a constituir en parte necesaria o no, pues muy bien puede decidir sólo denunciar y abstenerse de tener una participación activa en el procedimiento penal. El órgano judicial debe entender, en defecto de una precisión del INDECOPI, que ha decidido abstenerse de ser parte interesada, desde que se trata de una carga procesal que debe cumplirse y cuya inactividad, desde luego, la perjudica, sin que ello afecte la validez del procedimiento.

Por otro lado, el que INDECOPI sea *parte interesada* tiene varios efectos procesales: **1.** Que

la constitución de la víctima en parte civil no excluye al INDECOPI del procedimiento penal, en tanto que por ley dicha institución tutela el interés general expresado en una infracción contra el sistema crediticio. **2.** Que aún cuando el INDECOPI actúe en defecto de la víctima, más allá del encargo legal que se le ha asignado, su actuación procesal se circunscribe al delito perpetrado y al ámbito de agraviados lesionados por la conducta del imputado; por consiguiente, no puede exceder a la concedida a la parte civil ni equipararse a los poderes del Ministerio Público, por lo que al ser constituida como parte interesada su legitimación no tiene más alcance que los concedidos en los arts. 57º, 58º y 276º del Código de Procedimientos Penales. **3.** Que en tanto que el INDECOPI no es agraviado por el delito perpetrado, desde que el sujeto pasivo siempre es el acreedor defraudado, es clara que la reparación civil no puede ser destinada a dicha institución. **4.** Que como el delito es semipúblico, el INDECOPI no tiene la calidad de acusador privado—encargado ante la ausencia del Ministerio Público de perseguir la sanción y la reparación civil—, 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.** Que, en tanto el INDECOPI no es parte principal, pues puede existir o no en el proceso por atentado contra el sistema crediticio, su presencia o decidirse a participar en el procedimiento no determina la paralización del procedimiento si no absuelve un traslado o si no asiste al Juicio Oral; basta que se le notifiquen de las diligencias procesales correspondientes y que se le corran los traslados que fueran pertinentes; no cabe declaraciones de ausencia o de rebeldía.

§ 15. Nuestro ordenamiento procesal penal no tiene reconocida la figura de la "parte interesada", lo que dificulta grandemente su cabal comprensión e interpretación. Como se sabe, desde un punto de vista formal, son partes "... aquellas sujetas que van a provocar el inicio de la actividad procesal por parte de los órganos jurisdiccionales, asumiendo los derechos, cargas y obligaciones que derivan de la tramitación del proceso"⁴⁸. El INDECOPI, sin duda alguna, no es parte penal, pues no está vinculado al objeto penal desde que es el Ministerio Público el único órgano público constitucionalmente legitimado para hacerla; consecuentemente, está vinculado al objeto civil [conexión heterogénea], pero 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. En este supuesto, tiene la misma consideración que el denominado "actor social", reconocido en el art. 103º del Código Procesal Penal de 1991: es parte acusadora formal, vinculada exclusivamente al objeto civil del proceso penal, aunque limitado a la aceptación de la víctima. Por imperio de la Ley el INDECOPI es parte y, como tal, tiene capacidad para ser parte y capacidad de actuación procesal dentro de los marcos procesales generales, por lo que puede denunciar, constituirse en "parte interesada" e intervenir ampliamente en el procedimiento penal, teniendo en cuenta los límites ya anotados.

La legitimación, como sabemos, es una institución sólo predicable desde el derecho material. Exige, al decir de **Víctor Moreno Catena**, coincidencia de la parte tanto en la concierne a la relación jurídica material cuanto en la relativa a la actuación procesal propiamente dicha⁴⁹. En el proceso penal, el caso típico de legitimación ordinaria es la del actor civil, quien pide una indemnización en tanto sujeto pasivo del delito. Sin embargo, al no ostentar tal legitimación el INDECOPI, puesto que no es, en palabras de **José María Asencio Mellado**, el titular del derecho reclamado⁵⁰, ésta le viene atribuida por la ley, pues de otro modo no sería viable la condena

48. GIMENEZ BLANCO, Itziar. Pluralidad de partes en el proceso penal, Ed. Mc Graw-Hill, Madrid, 1995, p. 6.

49. Derecho procesal civil. Ed. Cotos, Madrid, 1996, p. 103.

50. Derecho procesal civil. Ed. Tirari lo Blanch, Valencia, 1997, p. 60.

reclamada. En el caso del INDECOPÍ se trata de una legitimación extraordinaria derivada de un interés general, por la naturaleza del delito y las funciones asignadas al INDECOPÍ, aunque circunscrita a la concreta persecución de un delito en agravio de personas determinadas.

§ 16. Finalmente, una gran cantidad de delitos socio-económicos están sujetos a expresos requisitos de perseguibilidad, sobre la base de la intervención de la Administración. En estos supuestos, la jurisdicción no puede actuar sin un informe técnico expedido por la autoridad administrativa especializada. Ella, preliminarmente, debe ser convocada por la autoridad penal para que ilustre a la jurisdicción penal acerca de los alcances técnicos y jurídico-normativos del hecho objeto de denuncia o investigación preliminar. Es un informe o pronunciamiento, en palabras de **Eb. Schmidt**, sobre el objeto del proceso⁵¹.

Los casos son los siguientes:

- (1) Delitos ecológicos (Ley N° 26631, de 26 de junio de 1996), correspondiendo pronunciarse a la autoridad ambiental competente, tales como el Ministerio de Agricultura, de Energía y Minas, de Industria, etc.
- (2) Delitos cometidos por funcionarios del sistema financiero en el ejercicio de su cargo (4ta. Disposición Final de la Ley N° 26702, de 9 de diciembre de 1996), correspondiendo pronunciarse a la Superintendencia de Banca y Seguros.
- (3) Delitos contra los derechos de autor y derechos conexos (1ra. Disposición Final del Decreto Legislativo N° 822, de 24 de abril de 1996).
- (4) Delitos de violación de secreto profesional, apropiación ilícita, sustracción de bien propio, información falsa sobre la calidad de productos y venta de bienes o prestación de servicios diferentes a los anunciados, relacionados con la Ley N° 26122, Ley sobre Represión de Competencia Desleal (art. 32° de dicha Ley, modificada por la Tercera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 823, de 24 de abril de 1996).
- (5) Delitos contra la propiedad industrial y aprovechamiento indebido de ventajas de reputación industrial o comercial relacionados con la Ley de Propiedad Industrial (Tercera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 823, de 24 de abril de 1996).
- (6) Delitos de atentado al sistema crediticio (Ley N° 27145, de 24 de junio de 1999). En los cuatro rubros delictivos anteriores corresponde pronunciarse al INDECOPÍ.

La característica es que el Informe Técnico no vincula a la jurisdicción penal. Es un pronunciamiento sobre el objeto de la imputación que ilustra sobre la legislación extra-penal vinculada al delito denunciado y sobre la relevancia jurídico-administrativa de los hechos en cuestión. En tal virtud, el órgano jurisdiccional si bien está obligado a contar con él para decidir, puede desestimarlo o no darle mérito alguno, a favor o en contra del imputado. Es claro que otorgar a la Administración un poder de definición sobre la imputación delictiva, significaría vulnerar el principio de exclusividad jurisdiccional y entregar a la Administración la persecución de los delitos.

IV. ALCANCES DEL TRATAMIENTO PROCESAL DEL DELITO SOCIO-ECONÓMICO

§ 1. El derecho comparado y los estudios procesales sobre la materia van en tres direcciones.

51 Los fundamentos técnicos y constitucionales del Derecho procesal penal. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, pp. 103/104.

a fin de evitar el fracaso que traería consigo una reforma penal en relación con la criminalidad económica sin una reforma procesal paralela⁵².

La primera reforma tiene que ver con el Derecho Orgánico en general: organización del Ministerio Público y de su ayudante: la Policía Judicial, así como del órgano jurisdiccional. La segunda reforma, debe estar referida a la estructura del proceso penal modelo o común para los delitos socio-económicos. La tercera reforma requiere la configuración de especialidades procedimentales y, en su caso, de procedimientos especiales diseñados al respecto.

A. Organización de los órganos penales.

§ 2. Los modelos europeos, de tradición continental romano-germánica, parten de reconocer la necesidad imperiosa de configurar fiscalías y órganos jurisdiccionales penales especializados. Los ejemplos francés y alemán son emblemáticos al respecto. La especialización, imprescindible hoy en día, guarda relación con las materias que toca el delito socio-económico y con la compleja de su expresión material concreta.

Más allá de que el Derecho penal material ha considerado tanto "adelantar la punición", creando delitos de peligro y culposos en ese ámbito, cuanto, esencialmente, configurar "tipos de presunción", a fin de facilitar las pruebas para la imposición de la sanción en orden a que la base del material probatorio está constituida de modo general por indicios, obligando de este modo, conforme explica **Abanto Vásquez** desde la experiencia germana, a estructurar "criterios de captura" que empero sólo constituyen reglas materiales de pruebas⁵³; es de tener presente que los órganos constitucionalmente encargados de la persecución y represión del delito deben adecuarse a tan singular expresión delictiva.

Esta especialización, enseña **Tiedemann**, pasa por dos ejes estructuradores muy consistentes:

1. Crear Fiscalías Penales Económicas, así como Juzgados y Salas Penales Económicas, adscribiéndoles con criterio objetivo - material los delitos que deban conocer. Al respecto es ilustrativo lo establecido en el art. 74^o-C de la Ley Orgánica de los Tribunales de Alemania, que fija el conocimiento de seis supuestos delictivos para la Sala de Derecho Penal Económico.

2. Instituir un cuerpo especializado de funcionarios - técnicos, expertos en ciencias contables, económicas, financieras y empresariales, así como tributarias, adscritos a estos órganos, que realizarán, en líneas paralelas, funciones tanto periciales cuanto de asesoramiento directo (en la RFA se les denomina "Relatores Económicos"), sin perjuicio de capacitar ordenada y sistemáticamente en estas disciplinas, tanto jurídicas cuanto vinculadas al quehacer económico, a los magistrados y auxiliares de justicia.

§ 3. La institucionalización, en nuestro país, de Fiscalías Especializadas en lo Penal Económico pasa inevitablemente por una redefinición del apoyo policial -de la relación Ministerio Público / Policía Nacional- y, obviamente, con una dependencia de la actuación funcional de la administración con respecto a la intervención de la Fiscalía en la determinación de los hechos punibles económicos, lo que significa que si durante un procedimiento administrativo sancionador o en el curso de un expediente abierto por la Administración se advierte la posible

52. PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Ob. Cit.*, p. 35.

53. *Ob. Cit.*, p. 175.

comisión de un delito, inmediatamente debe comunicarse el hecho a la Fiscalía para que ésta sea quien decida la continuación de las actuaciones administrativas o su intervención con exclusividad a efectos de promover la acción penal.

Es de tener presente, en lo atinente a la relación del Ministerio Público con la Policía Nacional, lo dispuesto en el segundo acápite del art. 159º.4 de la Constitución. Dicha norma atribuye al Fiscal la dirección jurídico-funcional de la Policía, cuyos órdenes en lo estrictamente instruccional (averiguación de delitos y delincuentes) debe obedecer. Ello significa que la Fiscalía tiene una doble función en sede preliminar: control e impulso de la actividad de la Policía Judicial, al punto que, como sentencian **Francesco Cascini** y **Giuseppe Cascini**, debe permitir que la Policía Judicial se sustraiga en buena medida al poder de control de los superiores en el orden jerárquico de la organización policial y, en último término, del ejecutivo⁵⁴.

De igual manera, es de resaltar, en lo concerniente a las relaciones del Ministerio Público con la Administración, lo estatuido en el primer acápite del citado art. 159º.4 Constitucional, pues la Fiscalía conduce "... desde su inicio la investigación del delito", de suerte que tiene la exclusividad de la instrucción y, por ende, advertida la comisión de un delito, la Fiscalía tiene -apartando a cualquier órgano del Estado- la misión de iniciar actuaciones de investigación, sin que a ella obste la cooperación -auxiliar por cierto- de la Policía y de los demás órganos especializados de la Administración.

§ 4. Lo expuesto implica la creación o reestructuración de los cuerpos policiales especializados en delitos socio-económicos, de modo que dependan efectivamente, desde el punto de vista funcional, no orgánico, del Ministerio Público, de una Fiscalía Especial en lo Penal Económico. De igual manera, tal modelo organizacional exige además un sistema de coordinación muy estrecho e, inclusive, de adscripción de fiscales a los órganos administrativos vinculados al control de las infracciones económicas, tales como la SUNAT, Aduanas, Superintendencia de Banca y Seguros, CONASEV, Banco Central de Reserva, Contraloría General de la República, Consejo Nacional del Ambiente, INDECOPI, etc.

Por otro lado, resultaría muy conveniente, según postula **José Garberí Uobregat**, la debida especialización del Ministerio Público creando secciones especiales al efecto⁵⁵. Desde nuestra perspectiva, a semejanza de la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionadas con la Corrupción, creada en España por la Ley 10/1995, de 24 de abril, es del caso que en nuestro país se instituya una Fiscalía Nacional encargada de los delitos socio-económicos de especial trascendencia, estrechamente vinculada al Fiscal de la Nación aunque con autonomía funcional, a la que, en primer lugar, se le debe adscribir una Unidad Especial de Policía Judicial y, en segundo lugar, dotar de cuantas profesionales y expertos (relatores económicos) sean necesarios para auxiliarla de manera permanente u ocasional. Esta Fiscalía debe tener un ámbito nacional, con Fiscales de otras Fiscalías que sean especialmente destacadas a ella y, de ser el caso, con permanencia en sus Fiscalías de origen. Esta Fiscalía Nacional también debe decidir, con el concurso del Fiscal de la Nación si fuera el caso, en función a la entidad de los hechos, si debe intervenir o no en su investigación y enjuiciamiento.

De igual manera, el Poder Judicial debe configurar un circuito especial de Salas y Juzgados

54. Nacimiento, pasión y muerte del Código de Procedimiento Penal de Italia de 1988. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° 2, Lima, 1987, p. 299.

55. La Audiencia Nacional y el enjuiciamiento de los delitos económicos. En: *Estudios de Derecho penal económico*, Ed. Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 1994, p. 213.

Penales Económicos, bajo criterios competenciales que descansen en la gravedad de determinados ilícitos, y adscribiéndoles, al igual que a la Fiscalía Especial, un cuerpo de profesionales que le sirvan de asesores económicos y peritos de ser el caso.

La Comisión Ejecutiva del Poder Judicial por Resolución Administrativa N° 339-97-CME-PJ, de 18 de marzo de 1997, ampliadas por Resolución Administrativa N° 744-CME-PJ, de 23 de setiembre de 1998, y N° 1148-CME-PJ, de 3 de junio de 2000, creó una sub-especialidad dentro del Orden Jurisdiccional Penal radicada, primero, en los delitos tributarios y aduaneros; luego, en los delitos de fraude en la administración de personas jurídicas, falsedades documentales, contra la función jurisdiccional, etc.; y, finalmente, en los delitos asociados a la corrupción. De este modo, aunque con el aribo de la democracia se derogaran mediante Resolución N° 11-2000-CT-PJ, de 20 de diciembre de 2000, en esa ocasión se configuró al efecto un circuito propio dominado inicialmente por la idea de centralización en Lima de todos los delitos enunciados, pero sin advertir su entidad, trascendencia o dañosidad social y sin reparar en que la lista de ilícitos no necesariamente cubrían la materia socio-económica. Esta sub-especialidad no importó siquiera adscribir expertos en las materias involucradas, a modo de relatores económicos, ni desarrolló un sistema de capacitación permanente de magistrados y auxiliares de justicia, amén de que sus miembros no tenían vocación de permanencia o, siquiera, de relativa estabilidad en los cargos.

Por tanto, se hizo todo aquello que no se debió hacer, dejando pasar otra oportunidad para organizar en serio el sistema de justicia penal en el ámbito socio-económico, que requiere, es de inslír, (1) una competencia objetiva en función a los delitos socio-económicos de singular trascendencia y complejidad; y, (2) una garantía de especialización de los jueces y fiscales, que incluya una formación específica de los mismos, y del personal que presta servicio en dichas dependencias, adscribiéndoles peritos y unidades de Policía Judicial especializada en el ámbito socio-económico⁵⁶.

B. Estructura general del proceso penal económico.

§ 5. El proceso penal, en especial el económico, debe tener una base definitivamente acusatoria e informada por el contradictorio. Por consiguiente, debe reconocerse una fase de instrucción preparatoria a cargo del fiscal, la misma que tiene que ser desformalizada y limitada a acopiar elementos de convicción para decidir si se abre o no el procedimiento principal o juicio oral. De igual manera, resulta de primera importancia en este nivel mantener una adecuada relación con la administración y un enfoque novedoso de la participación del ofendido y de las organizaciones sociales.

§ 6. La inercia del procedimiento penal actual, caracterizado por el gran aumento de las causas, por la prolongación exagerada de su duración y por la conveniencia de la etapa de instrucción es la dueño del resultado del proceso, relegando a un plano formal el enjuiciamiento, ha dado lugar a que los procesos complejos por delitos socio económicos no sean moneda corriente en el sistema de justicia penal nacional. Por consiguiente, es opinión mayoritaria que en ese ámbito se deben realizar los mayores esfuerzos de reforma.

Si de facto el centro del proceso es, lamentablemente, la instrucción, por propia definición reservada, escrita y de contradicción limitada, ello ha impedido el mayor dinamismo del proceso e institucionalizado, como destacó Alberto Binder, una mentalidad formalista y burocrática,

⁵⁶ PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Op. Cit.*, p. 36.

entonces, la idea central de la reforma debe consistir, de un lado, en entregar la preparación del caso penal, la investigación, al Ministerio Público, según está dispuesta en la Constitución vigente; y, de otro lado, en concebirla como una etapa desformalizada, destinada a la realización de los actos mínimos e indispensables para decidir si un caso debe o no ser llevado a juicio, esto es, para dar sustento a la actividad requirente del Fiscal que debe realizar frente al Juez o Tribunal, con un sistema flexible de organización fiscal, que puede incluir el trabajo de equipos de fiscales en casos concretos, y con el necesario control judicial para cuidar de las medidas limitativas de derechos y garantizar que el Fiscal no viole derechos del investigado.

Tal concepción, sin duda alguna, como postula **Maler**, superaría la fatal rigidez del sistema judicialista de instrucción, que no toma en cuenta las diversas posibilidades de inversión de recursos humanos y materiales que demanda, por oposición, la dilucidación tanto de un caso complejo e importante cuanto uno sencillo e insignificante⁵⁷. Esto último constituye el ejemplo más evidente de la desigualdad de medios entre la persecución penal y la defensa.

En tanto la criminalidad es un fenómeno muy variable, es obvio que no pueden asimilarse los esfuerzos para prevenirla y reprimirla. Esta realidad exige, sin perjuicio de reconocer un gran campo de autonomía a cada fiscal, como plantea **Daniel González Álvarez**, que la máxima instancia de la institución fiscal planifique las formas de operar, las posiciones a asumir, las estrategias, las alianzas y los acuerdos que puede adoptar el fiscal durante el curso de la investigación y durante el desarrollo de todo el proceso penal⁵⁸.

§ 7. Un tal modelo, necesariamente, importa dos grandes perspectivas. En primer lugar, un sistema de investigación entregado al Ministerio Público y a la Policía Judicial, sin mayores ribetes de formalización sacramental, que la organizará según la característica del delito y la complejidad de las actuaciones que demanda su esclarecimiento inmediato. Las informaciones policiales deben contener datos básicos y las actas de las diligencias irreproducibles, descartándose de ese modo la figura del "Atestado Policial", que en la práctica expresa la posición "autonomista" de las averiguaciones policiales y la continua presión de las Fuerzas Policiales para que, sin más, se consideren elementos de prueba. Los testimonios de los testigos deben recogerse sucintamente sin levantar actas sino hojas-resumen, al igual que la información adicional de los peritos si fuera el caso. Como se puede ver, este modelo no configura un simple traslado de funciones del Juez Instructor al Fiscal Investigador, tampoco instituye –como es ahora en la mayoría de los casos– una actividad rutinaria o una simple acumulación de actas o diligencias.

Desde el punto de vista organizacional, este modelo exige la desburocratización del Ministerio Público, sobre todo en el sistema de reparto de causas, la posibilidad de constituir equipos de fiscales y, de ser el caso, la creación de secciones especiales según las especificidades de concretos rubros delictivos. El Fiscal, como resalta **González Álvarez**, debe dejar el escritorio y las actas, en suma, los expedientes, para colocarse al frente de la investigación, siendo éste el único modo para contribuir efectivamente a mejorar la investigación desde todo punto de vista⁵⁹.

§ 8. En segundo lugar, dar paso a una etapa intermedia dominada por los principios de

57. Ob. cit., p. 524.

58. La investigación preparatoria del Ministerio Público en el nuevo proceso penal costarricense. En: Revista Pena y Estado – Ministerio Público, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 95.

59. Ob. cit., p. 87.

oralidad y contradicción, a cuyo efecto debe instituirse un sistema de Audiencias Preliminares, siguiendo el modelo italiano, destinada a decidir con vista, de un lado, tanto de las actuaciones realizadas por la Fiscalía, es decir, a su "legajo de investigación" como la denomina el Código de Costa Rica, cuanto al expediente judicial formado por un Juez para las indagaciones preliminares o de garantías, consistente en las diligencias jurisdiccionales referidas a las medidas limitativas de derechos que ha podido llevar a cabo y a las pruebas de urgencia ("incidentes probatorios" en la nomenclatura del Código Italiano) que habrían podido solicitarse en el curso de la investigación; y, de otro lado, a la exposición de la defensa, que puede incluir –a su solicitud– el interrogatorio del imputado. El Juez de dicha etapa decidirá, cumpliendo los principios de inmediación y contradicción efectiva, si corresponde sobreseer la causa, dictar el auto de enjuiciamiento o amparar algún cuestionamiento referido a la correcta constitución de la relación jurídica procesal.

C. Papel de la Administración en la persecución penal.

§ 9. Un tema vinculado a la propia estructura del proceso penal, es el referido al papel que debe jugar la Administración en el control de los delitos socio-económicos. Hoy en día se acepta la intervención previa de la Administración en estos delitos, pues se considera que, amén de los principios propios del Derecho penal material, los órganos administrativos, dada su especialización y mayor disponibilidad de recursos, están en mejores condiciones de descubrir los hechos sospechosos de constituir infracciones a la legislación económica. Está claro, sin embargo, que cuando –como anota **Diego Gómez Iniesta**– la regulación administrativa y la intervención de la Administración demuestren su insuficiencia para alcanzar los fines y garantizar la seguridad jurídica y económica, el proceso económico puede verse afectado gravemente, en cuyo caso el carácter fragmentario del Derecho penal ya no puede ser reclamado para eludir el recurso a las normas penales⁶⁰.

En suma, el Derecho penal económico presupone la existencia de un ordenamiento administrativo de control eficiente a cargo de instituciones públicas especializadas y con gran poder de intervención. Enseña **Bustos Ramírez** que el establecimiento de delitos económicos sin la existencia anterior de organismos de control y de las infracciones administrativas correspondientes, resulta un recurso puramente demagógico y contrario a los principios del Derecho penal moderno⁶¹.

La recomendable intervención de la Administración, empero no obsta a que el Fiscal esté ausente del conocimiento del procedimiento administrativo y que, en su momento, esté autorizado a reclamar la investigación del mismo, sobre la base de la inevitable superioridad de la intervención de la jurisdicción penal y de la preeminencia de la pena sobre toda sanción administrativa, lo que es consecuencia del principio constitucional del *ne bis in idem*⁶².

§ 10. Es obvio que la Administración no puede investigar delitos (art. 159º.4 Constitución) y que la sospecha de su comisión obliga a la inmediata intervención directiva del Ministerio Público. Por consiguiente, dos técnicas deben ser de obligatoria utilización en este ámbito.

1) Basta la simple sospecha de la Administración acerca de la posible comisión de un delito,

60 La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores. Ed. Mc Graw-Hill, México, 1997, p. 266.

61 Ob. Cit., p. 223.

62 LÓPEZ, María Teresa. Aspectos procesales del delito contra la Hacienda Pública. En: Estudios de Derecho Penal Económico, Ob. Cit., p. 226.

para que comunique el hecho a la fiscalía y se sujete a sus directivas. En tal virtud, no cabe aceptar las denominadas "prejudicialidades administrativas", ni necesariamente se debe esperar a que la Administración culmine el procedimiento que inició para la promoción de la acción penal. En estos casos, la Administración debe paralizar sus actuaciones a la espera de la decisión jurisdiccional y, en todo caso, someterse a los hechos declarados probados por la jurisdicción penal. La acción penal, como apunta **Valeriano Hernández Martín**, no puede estar subordinada al cumplimiento de determinados trámites administrativos, ni a su corrección; la justicia debe seguir en todo caso el correspondiente proceso, siempre que se cumplan los requisitos penales, porque el derecho fundamental a la tutela efectiva del perjudicado y la defensa del bien jurídico protegido por el delito son independientes y superiores a los aspectos burocráticos, ordinaria pero no necesariamente previos a la incoación de la causa⁶³.

2) A la inexistencia de "prejudicialidad administrativa" como regla básica de la intervención especializada de los órganos técnicos de la Administración, debe seguir ineludiblemente la necesaria consulta al Ministerio Público para que decida si excluye a la Administración y si inicia ella misma la correspondiente investigación preliminar, lo que por lo demás es consecuencia de la norma constitucional que impone al Ministerio Público la investigación del delito desde su inicio (art. 159º,4 Constitución).

Esta posición jurídica obliga a rechazar por ilegítimo el actual modelo de investigación del delito tributario, que no respeta esta división de funciones y criterio de atribuciones, al ocupar el órgano administrador del tributo la posición del fiscal y configurar un sistema autónomo de investigación penal. Al respecto, como ya adelantáramos en otro trabajo, creemos que debe asumir el modelo germano en la persecución penal del delito tributario, que limita a la Administración la determinación del agravio al fisco y autoriza al Ministerio Público a asumir las investigaciones, cuando lo considere conveniente.

D. Especialidades procedimentales.

1. Discrecionalidad del Ministerio Público y simplificación del juicio.

§ 11. El proceso por delitos socio-económicos, por su especial naturaleza, obliga a la instauración de determinadas especialidades procedimentales, algunas ya estudiadas como son las derivadas de las relaciones con la Administración, otras vinculadas a su complejidad en un caso y a su especificidad en otro.

En el primer caso, donde el tema de la complejidad procesal es determinante, siguiendo a **Tiedemann**, obliga a otorgar al Ministerio Público expresas potestades discrecionales. En primer lugar, la limitación del inmenso material fáctico a través de la concentración en una parte de los hechos (restricción del principio de legalidad); en segundo lugar, la prolongación de los plazos para las diligencias preliminares, para la suspensión del juicio oral y para la prescripción de la acción penal; y, en tercer lugar, restricción del principio de inmediatez en el juicio oral para la prueba documental, que ya no debe requerir una lectura completa⁶⁴.

§ 12. En la lógica de otorgar al Fiscal mayores potestades discrecionales, en los procesos penales socio-económicos se considera necesario, de un lado, maximizar las posibilidades del

63 Problemas procedimentales del delito contra la Hacienda Pública. En: *Revista Crónica Tributaria*, N.º 80, Madrid, 1999, p. 97.

64 *Lecciones de Derecho Penal Económico*, Ed. PPU, Barcelona, 1983, p. 29.

principio de oportunidad –bajo el necesario control judicial– y, de otro lado, potenciar –en la perspectiva consensual– la conformidad.

La expansión del principio de oportunidad, recogido en el art. 2º del Código Procesal Penal, está en función al interés primordial que guía la criminalización primaria en estos delitos: el cese de la actividad dañosa socialmente y la inmediata reparación de sus efectos perjudiciales⁶⁵. Claro está, tal posibilidad será viable en la medida en que la conducta no sea especialmente grave, “*mínima non curat praetor*” (posibilidad de aplicación de criterios de falta de merecimiento de pena) y siempre que la reparación sea posible y fácilmente controlable por el Ministerio Público y la Administración. Cabe señalar, conforme recuerda **Jacobo López Barja de Quiroga**, siguiendo a **Vives Antón**, que el principio de oportunidad es un aspecto del principio constitucional de proporcionalidad o prohibición de exceso, y que, en todo caso, de la mano con **Hassemer**, es conveniente tanta legalidad como sea posible y tanta oportunidad como política y económicamente sea necesario⁶⁶.

Una oportunidad expresamente condicionada es, por consiguiente, absolutamente necesaria. Las condiciones de su utilización pueden abarcar varias perspectivas, en las que, postula **Garberí Llobregat**, sobresaldría la de absoluta reparación del perjuicio causada, incluso porcentualmente incrementada en concepto de demora en el cumplimiento de obligaciones cívicas, teniendo siempre presente al menos tres datos: **1)** la actual sobrecarga de la Administración de justicia penal, **2)** la no muy decisiva repercusión social de la conducta penalmente antijurídica cometida y **3)** el más eficaz funcionamiento de la administración económica del Estado⁶⁷.

Cabe agregar que el delincuente económico, por los recursos que posee, facilitará la indemnización a las víctimas: que los efectos sociales del hecho pueden valorarse y ubicarse en una dimensión razonablemente correcta en función a la posición del autor y las víctimas que ha producido; y que gran parte de los delitos socio-económicos, sean los previstos en el Título X del Código Penal como los incorporados en otros Títulos, tienen mínimos penales que no sobrepasan los dos años de privación de libertad.

Independientemente de la oportunidad, y desde el propio Derecho penal material, se considera la existencia de “causas de levantamiento de pena”, vinculada a la vertiente negativa de la categoría punibilidad entendida en un sentido amplio⁶⁸. El comportamiento pos delictivo positivo de signo reparador puede tener **(1)** efectos liberatorios de la sanción como penal, como es el caso de la regularización de la situación tributaria, introducida por la Ley N° 27038, de 31 de diciembre de 1998⁶⁹, y la colaboración eficaz en delitos tales como los tributarios, los asociados a la corrupción y delincuencia organizada; y **(2)** efectos de atenuación genérica, como es el caso de la confesión sincera antes de haber sido descubierto el delito [art. 46º, 10 CP) y en el curso del proceso penal (art. 136º CPP)⁷⁰ y de la reparación espontánea del daño

65. BUSTOS RAMÍREZ, Juan Ob. Cit., p. 233.

66. Instituciones de Derecho procesal Penal, Ed. Abofars, Madrid, 1999, p. 433-437.

67. Ob. Cit., p. 214.

68. FARALDO CABANA, Patricia: Las causas de levantamiento de la pena, Ed. Tirari La Blarich, Valencia, 2009, pp. 177-178.

69. BRIXIN considera la regularización como un desistimiento liberador de pena de los inculcados ya consumados, sustentado en razones de falta de necesidad de pena. Vid.: GUERALT, Joan J.: El comportamiento posdelictivo en los delitos contra las relaciones públicas y la seguridad social. En: Empresa y Derecho Penal II. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1999, p. 240.

70. Ver, sobre el particular, el interesante estudio de PRADO SALDARRIAGA, Víctor: La determinación judicial de la pena. En: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal, N° 1, Ed. Orfely, Lima, 2003, pp. 99-156f.

(art. 46º.9 CP).

Desde la lógica del consenso, en aras de evitar el juicio oral y sobre la base de premios, resulta indispensable potenciar el instituto hispano de la conformidad, en cuya virtud el imputado acepta las cargas y la sanción propuesta por el Fiscal, la cual debe merecer una disminución razonable, objetivamente considerada, de las razones pedidas por el Ministerio Público. Sobre esa misma base, para evitar la propia instrucción y dar paso a acuerdos explícitos entre la acusación y la defensa, es del caso ampliar el ámbito material del procedimiento de terminación anticipada, creado bajo el modelo italiano de inspiración sajona.

2. Pericia Institucional y Económica.

§ 12. Desde el ángulo de la especificidad de los delitos socio-económicos, la prueba pericial ocupa un lugar relevante. La estrecha relación del Derecho penal económico con el derecho económico, el derecho mercantil, el derecho financiero y el derecho administrativo, obliga a reformular la labor pericial. Desde esta perspectiva dos son las técnicas recomendadas: 1) que la pericia sea institucional y 2) que ésta sea de carácter económica.

La pericia institucional significa que la labor pericial debe ser confiada a la función pública. Éstas deben ser producidas, en principio, por organismos oficiales con un alto grado de especialización e importantes recursos técnicos, que alejen el riesgo de recusaciones y garanticen informes y conclusiones rigurosas y objetivas en función a la especial naturaleza de los conocimientos científicos de los especialistas que los integran. Ahora bien, como previene **Christian Wefflinck**, los gabinetes deben ofrecer garantías técnicas y de imparcialidad, de suerte que el Estado no puede renunciar a su colaboración institucional con la Administración de Justicia, evitando de este modo la privatización de la diligencia pericial dados los graves riesgos de parcialidad que ella entraña⁷¹. Es absolutamente necesario que las garantías de especialización e imparcialidad tengan como presupuesto un ordenamiento administrativo sólido y una burocracia técnica o tecno-burocracia organizada bajo reglas de eficiencia, imparcialidad y de exclusiva respeto -por las demás instancias administrativas y gubernamentales- a las opiniones de los expertos.

De hecho esta última se presenta con toda rotundidad en el caso de los informes técnico-aduaneros, referentes al avalúo -que comprende además el monto que hubiera correspondido por concepto de adeudo tributario- y al reconocimiento físico (aforo), según la dispuesto en los arts. 13º de la Ley de delitos aduaneros Nº 26461 y 3º de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo Nº 121-95-EF. Llama la atención que similar criterio no se haya seguido en el caso de los delitos tributarios (Decreto Legislativo Nº 813), en el que los jueces -a partir de lo dispuesto en el art. del Código Tributario- no otorgan carácter pericial oficial a los Informes Técnicos de Determinación de la deuda tributaria, no obstante su carácter especializado y su elaboración por personal técnico de la Institución tributaria. Otro caso, especialmente escandaloso, es el de los Informes Técnicos emitidos por los funcionarios de la Contraloría General de la República, de la Superintendencia de Banca y Seguros y de la CONASEV, en la esfera de su competencia.

La pericia económica es una pericia singular y especial para esta clase de delitos. **Carlos Jiménez Villarejo** nos dice que el objeto de esta pericia tiene muchos elementos propios de una auditoría de cuentas. La labor pericial consiste en una revisión y verificación de documentos

71. Cfr. la postura mencionada. ¿Qué son los mercados, sino un vasto pléy? En: *Revista Jurídica Para la Democracia*, Marzo, Madrid 1996, p. 67.

que expresan operaciones económicas presuntamente lícitas, para, precisamente, determinar cuál ha sido la irregularidad que, desde el ordenamiento jurídico, reflejan, con el mayor grado de evidencia y fiabilidad posibles, una transgresión de las reglas que deben presidir la actividad económica y su expresión contable⁷².

Cabe enfatizar que los organismos públicos del Estado, que tienen gabinetes y profesionales o expertos dedicados a labores periciales en estricto sentido, deben estar obligados a elaborar informes técnicos que cumplan con los requisitos exigidos a todo informe pericial y que éstos se consideren pericias institucionales de carácter oficial, cuya objeción merecerá o su ampliación o la incorporación de pericias de parte (vid.: arts. 161º y 165º CPP). Por lo demás, esta regla se utiliza en dos casos muy puntuales: los informes periciales del Laboratorio de Criminalística de la Policía Nacional del Perú y del Instituto de Medicina Legal, consecuentemente, no cabe utilizar un criterio distinto para el caso de otros organismos que realizan labores técnicas [el art. 276º de la LOPJ hace mención a los técnicos de la Administración en su función de colaboración con la impartición de justicia, pero son los arts. 91º y 216º del CPP de 1991 los que contemplan expresamente la pericia institucional].

Es de insistir en lo especialmente disfuncional que resulta que los informes técnicos de entidades públicas especializadas puedan considerarse como simples informes sin valor pericial o, en todo caso, 'pericias de parte', así como que la Administración de Justicia deba acudir a un incontrolado sistema privado de pericias de cuestionable objetividad y calidad técnica (vid.: arts. 274º LOPJ y 268º CPC). En todo caso, la labor pericial en ilícitudes que no cuenten con un previo control administrativo (al margen, por ejemplo, del Indecopi y de otros órganos ya citados debe encargarse -a semejanza del art. 280º LOPJ relativo a los Juzgados de Trabajo y de Familia- a peritos económicos adscritos al ordenamiento judicial [relatores económicos]).

3. Protección procesal de los Intereses Difusos.

§ 13. Los delitos socio-económicos, en un sector muy importante, afectan a un colectivo social muy importante; lesionan, en suma, bienes jurídicos colectivos y, además, afectan de modo directo a una importante pluralidad de individuos pertenecientes a determinados colectivos de la comunidad social. En estos delitos está presente una característica esencial que es la neutralización que sufre la categoría de víctima del delito, debido al proceso de abstracción del que son producto, llegándose a sostener que los sujetos pasivos del delito están difuminados [la legislación contempla lesiones sin víctimas o lesiones con víctimas diluidas], lo que hace que éstas -individualmente consideradas- tengan un escaso poder de influencia en el proceso penal⁷³. Se trata, apunta **Almagro Nasele**, de colectivos poco precisos en su composición, generalmente anónimos e indeterminados, aunque, con dificultades determinadas⁷⁴.

Desde la perspectiva procesal, en el derecho comparado, se ha considerado que estos grupos pueden accionar judicialmente mediante las denominadas 'acciones de grupo', [class action en el derecho norteamericano y *Verbandsklage* en el derecho alemán] cuya fundamental virtualidad, anotan **Gimeno Sendra** y **Garberí Llobregat**, consiste en provocar una extensión subjetiva de los límites de la cosa juzgada que son en favor de todas aquellas personas participes

72 Ob. Cit., p. 68.

73 SANTANA VIEGA, Dulce María: La protección penal de los bienes jurídicos colectivos. Ed. Dykinson, Madrid, 2000, pp. 101/102.

74 La Protección procesal de los intereses difusos. En: *Revista Jurídica*, N° 83, N° 1, Ed. Bosch, Barcelona, 1983, p. 74.

del mismo interés que el de la agrupación que ejercita la acción⁷⁵. En estos casos –de modelo social–, puntualiza **Joaquín Silguero Estagman**, se concede poder procesal a un individuo o a una asociación para actuar en nombre propio y de otras personas simiamente que constituyen una clase, que es lo que se denomina “parte representativa”, la cual tiene la obligación de proteger equitativa y adecuadamente el interés de la clase⁷⁶.

En tal sentido, dos deben ser las técnicas que deben implementarse de cara a los problemas que genera la afectación de bienes jurídicos colectivos: **1)** Dar poder procesal a las ONG o asociaciones sin fines de lucro para defender a las víctimas (régimen de sustitución procesal), sin perjuicio que en determinados casos se autorice la representación a una sola persona [algo de ello existe en el art. 103º CPP de 1991 y en el art. 82º CPC]; y **2)** que la sentencia condenatoria, en el extremo de la reparación civil, vincule a todos los miembros del grupo afectado, que es lo que en Estados Unidos se denomina el “binding effect”.

En este último extremo, resulta sugerente la propuesta de **Gimeno y Garberí**. Nos dicen que “... debiera admitirse la condena a futuro, la cual permitiría, una vez firme la sentencia, acceder directamente al proceso de ejecución para obtener la realización de aquellas obligaciones que fueran periódicamente venciendo con arreglo a las bases de ejecución que habrán de determinarse en la sentencia”⁷⁷.

§ 14. No está demás enfatizar, siguiendo a **Fernando Zubiri de Salinas**, que en los delitos contra el ambiente es posible: **1)** condenar al responsable a la restitución del bien afectado a la situación en que se encontraba en el momento anterior, configurando este deber como una obligación de hacer que, en su caso, podrá ejecutarse a su costa, o condenarlo al pago de una indemnización que comprenderá el importe de los perjuicios materiales irrogados, todo ello sin perjuicio del pago respectivo para resarcir los perjuicios morales; **2)** conducir la fijación de la cuantía del resarcimiento, frente a la dificultad de citar la cuantía del resarcimiento, al periodo de ejecución de sentencia, que es lo que se denomina “sentencia-base”, la cual debe prefigurar los lineamientos de la fijación del quantum resarcitorio; y, **3)** extender la responsabilidad civil a los daños morales, cuando el perjuicio causado por la acción contaminante afecte no sólo el ecosistema sino también la salud de las personas y a la de las que están por nacer, de suerte que abarque a los afectados en edad de procrear y a aquellos más jóvenes que –según una expectativa razonable de vida– habrán de llegar a esa situación⁷⁸.

4. Replanteamiento de las medidas coercitivas.

§ 15. La intervención del empresario, como persona física activa del delito socio-económico, y la participación de la propia persona jurídica en la comisión de este delito, obliga a instituir especialidades procedimentales en este ámbito del proceso penal. Es de entender por medidas coercitivas aquellos actos procesales del Juez, dictados a instancias de las partes acusadoras, con los cuales se interfiere o interviene el derecho fundamental de una persona (inculpada o tercero) contra su voluntad, por causa de la persecución penal⁷⁹. Éstas se dividen, a su vez, en

75. La protección procesal del medio ambiente. En: Revista Poder Judicial, 2da Época, N.º 37, Marzo, Madrid, 1999, pp. 149.

76. La Clase Acción en el ordenamiento jurídico de Estados Unidos de América. En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, Tomo VII, Enero, 1995, Ed. Dykinson, Madrid, p. 10.

77. Ob. Cit., p. 157.

78. Debatte contra el medio ambiente. En: Empresa y Derecho Penal II, Ob. Cit., pp. 115/116.

79. SCHLÜGTER, Elkin: Derecho Procesal Penal, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 84.

medidas cautelares, destinadas a asegurar el proceso de ejecución penal, y en medidas instrumentales restrictivas de derechos, destinadas a asegurar el proceso de conocimiento⁸⁰.

§ 14. Desde las medidas cautelares, nuestro ordenamiento procesal, se ha ocupado profusamente, primero, de la detención o prisión preventiva, y, segundo, de todas aquellas que garantizan las consecuencias económicas del delito. En el primer caso, mediante la Ley N° 27226, de 17 de diciembre de 1999, se modificó el art. 135° CPP y se incorporó un párrafo al numeral 1), señalando que: "No constituye elemento probatorio suficiente la condición de miembro de directorio, gerente, socio, accionista, directivo o asociado cuando el delito imputado se haya cometido en el ejercicio de una actividad realizada por una persona jurídica de derecho privado", a la vez que se positivizó para esta medida cautelar en particular el principio *rebus sic stantibus* o de variabilidad, al añadir un párrafo final al citado artículo: "En todo caso, el Juez Penal podrá revocar de oficio el mandato de detención previamente ordenado cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida".

Cabe puntualizar, respecto del último párrafo del numeral 1) del art. 135° CPP, que –en primer lugar– dicho numeral consagra el principio constitucional de intervención indiciaria, que al decir de **Ricardo Martín Morales** es un principio con entidad propia y distinto del de proporcionalidad⁸¹, el cual más bien se concentra en el presupuesto material de *periculum in mora*. El principio constitucional de intervención indiciaria, sin duda alguna, constituye la base constitucional del presupuesto material del "fumus delicti". El nuevo párrafo incorpora una regla específica cuando el delito se comete tras una persona jurídica, la misma que, en rigor, no constituye estrictamente una regla de prueba –de dudosa practicabilidad en un sistema que sigue el principio de libre valoración o criterio de conciencia (art. 283° CPP)– sino un criterio de imputación de derecho penal material.

Esta regla sanciona reiterativamente la proscripción de la responsabilidad objetiva (art. VII del Título Preliminar del CP). Exige, en armonía con los principios de culpabilidad y de necesidad de actuación personal del agente en la comisión de un delito –distintos de la teoría de la representación propia del derecho privado–, que existan indicios de criminalidad en orden a la concreta acción realizada por el administrador o directivo de una persona jurídica. No basta, ante la ausencia de datos o elementos objetivos de convicción, presumir o deducir –sin sustento fáctico razonable– que porque el delito se perpetró en el ámbito de actividad de una persona jurídica, la imputación, sin más, debe recaer en su directivo o gerente⁸².

En cuanto a las medidas cautelares reales o patrimoniales, asociadas a las consecuencias económicas del delito, que será materia de otro trabajo, son de destacar: (1) las medidas innovativas contra las personas jurídicas, que preceden a las consecuencias accesorias prescritas en el art. 105° CP, y que se reconocen expresamente para los delitos contra el ambiente (art. 314° CP): "suspensión de la actividad contaminante" y "clausura del establecimiento"; (2) las medidas conservativas de incautación de los ejemplares ilícitos y de los aparatos o medios utilizados por la comisión del delito (art. 221° CP), en los supuestos de delitos contra la propiedad

80 RIGÓN, *Clasificación de Derecho Procesal Penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 240.

81 Teoría General. En: *El principio constitucional de intervención indiciaria* (MARTÍN MORALES, R., Colector), Ed. Grupo Editorial Universitario, Granada, 2004, pp. 830.

82 Véase, al respecto, la interesante monografía de NUÑEZ CASTAÑO, *Derecho de Responsabilidad penal en la empresa*, Ed. Tirat La Borch, Valencia, 2000, p. 223.

intelectual, previstos y sancionados en los arts. 216º, 217º y 219º CP; (3) las medidas de incautación especial, que no sólo comprenden los *instrumenta sceleris* y *producta sceleris* sino también los objetos del hecho, que se sancionan en los delitos monetarios y aduaneros, de conformidad con las Leyes Nº 26714 y 26461, respectivamente; y, (4) el embargo de empresas.

§ 17. En lo atinente a las medidas instrumentales restrictivas de derechos, la legislación orgánica del sistema bancario y el Código Tributario se han ocupado del levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria, respectivamente. Estas previsiones han sido completadas y desarrolladas, incorporando la entrada y registro domiciliario, que obviamente comprende la de las empresas, y el levantamiento del secreto -oficial, profesional o comercial- con la Ley Nº 27379, de 21 de diciembre de 2000. Aún falta desarrollar la interceptación telefónica (pequeñas escuchas), decidir la conveniencia de la vigilancia acústica (grandes escuchas), introducir las órdenes de vigilancia de cuentas bancarias, incorporar el acceso a sistemas informáticos y autorizar las órdenes de elaboración de determinados documentos financieros, así como establecer las medidas interdictivas -*nomen iuris* utilizado por el Código Italiano-, que pueden comprender tanto a la persona del empresario, inhabilitándolo para realizar actividades empresariales específicas (algo se adelantó en el Proyecto de Código Procesal Penal de 1995), cuanto a la propia empresa (sometimiento a control judicial, según el modelo francés).

E. Las partes procesales: las personas jurídicas.

1. Aspectos generales.

§ 18. El ámbito de la represión del delito socio-económico, como es consenso doctrinario, no puede basarse únicamente en la atribución de responsabilidad penal a las personas físicas que actúan en el seno de las empresas⁸³, el mismo que parte del sistema de individualizar responsabilidades radicado en que la acción penalmente relevante es entendida como comportamiento humano voluntario y la culpabilidad como un reproche personal por no haber actuado de otro modo⁸⁴. Tanto por razones dogmáticas, que provienen de las conteras más diversas, en base a que la función del Derecho penal se va orientando hacia el control de las disfuncionalidades sociales e impregnando de modelos de conducta colectiva⁸⁵, cuanto por razones político criminales y, especialmente, en atención a la función de intimidación o de inoculación que pueden tener las penas, sin perjuicio que el principio de la personalidad de las mismas sólo prohíbe que las penas pronunciadas contra las personas jurídicas puedan ser ejecutadas sobre el patrimonio propio de sus miembros, es de rigor tener por superada, por lo menos en principio, toda oposición radical a una respuesta penal contra las propias personas jurídicas⁸⁶.

Nuestro Código Penal, empero, siguiendo parcialmente el modelo español, utilizando una terminología intencionadamente neutra, ha incorporado dentro del Capítulo II "Consecuencias Accesorias" del Título VI "De la reparación civil y consecuencias accesorias" del Libro I, dos artículos específicos que se refieren a las personas jurídicas: los arts. 104º y 105º CP. El art. 104º CP

83 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: OPEPE, p. 227.

84 NUÑEZ CASTAÑO, Elena: Responsabilidad penal en la empresa, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 41.

85 HEINE, Günter: la responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias. En: Anuario de Derecho Penal 96, Ed. Grijley, Lima, 1997, pp. 2021.

86 DESPORTES, Frédéric - LE GUNNEC, Francis: las penas aplicables a las personas jurídicas. En: Anuario de Derecho Penal 97/98, Ed. Grijley, Lima, pp. 203/206.

prevé la privación de los beneficios obtenidos por éstas como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes, "en cuanto sea necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de aquéllas, si sus bienes fueran insuficientes". El art. 105º, instituye las denominadas "medidas", que el juez puede imponer "Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo [...]";

Es claro que estas normas, según su concepción, no permiten deducir necesariamente que el Código Penal reconoció una responsabilidad penal de las propias personas jurídicas y, por tanto, que excluyó definitivamente la vigencia del principio *societas delinquere non potest* y la imposición de auténticas penas para ellas; no se puede sostener enfáticamente, por la propia incoherencia de sus normas, que las dadas consecuencias accesorias antes indicadas constituyen penas.

§ 19. Empero, no cabe mayor duda que la primera consecuencia integra el ámbito de la reparación civil⁸⁷ y, por ende, sólo puede formar parte del objeto civil del proceso penal; **Peña Cabrera** enuncia al respecto que el legislador ha tratado de ofrecer una solución a los problemas generados por la insuficiencia de bienes por parte de las personas jurídicas para cubrir su responsabilidad pecuniaria de derecho civil⁸⁸. La segunda consecuencia, en cambio, al decir de **Javier Fernández Teruelo**, puede configurar una nueva categoría penal con características propias [distinta de las penas, las medidas de seguridad y la reparación civil, aunque bajo el rótulo de "sanción penal"], pero que tiene un contenido aflictivo del ámbito propiamente penal que obliga a que su imposición esté precedida de las garantías jurisdiccionales correspondientes⁸⁹. En todo caso, estas medidas –acota **Laura Zúñiga Rodríguez**– constituyen privación de bienes jurídicos, impuestos por un órgano penal ante la comisión de un delito, siguiendo criterios de prevención especial, lo que las hace coincidir con el concepto de pena y exige en su consecuencia del sistema de garantías que debe presidir la imposición de cualquier sanción penal⁹⁰.

Las personas jurídicas, por consiguiente, desde nuestro vigente Derecho penal, ocupan un sitial en el ámbito de la responsabilidad penal atribuida a sujetos individuales. Bajo ciertas condiciones responden civilmente (arts. 95º y 104º CP) y 'penalmente' (arts. 105º y 17º D. Leg. Nº 813 –delitos tributarios– y º 10 Ley Nº 26461 –delitos aduaneros–) ante la conducta delictiva perpetrada por sus dependientes y administradores o directivos. En estas condiciones, en tanto pueden ser pasibles de afectaciones a sus derechos e intereses legítimos, es indudable que deben tener la condición de partes procesales, independientemente a que sus administradores o representante legales, a título individual, puedan resultar penalmente responsables. Cabe enfatizar, conjuntamente con **Miguel Carmona Ruano**, que las medidas en cuestión afectan negativamente a la persona jurídica y tienen un significado aflictivo para ella, así como que están previstas en el Código Penal, las impone un juez penal, como consecuencia de la comisión de un delito, en el curso de un proceso penal y orientadas a los fines de la pena⁹¹.

87 HURTADO POZO, José. Personas Jurídicas y responsabilidad penal. En: Anuario de Derecho Penal '95, Ed. Gríjey, Lima, p. 151.

88 Tratado de Derecho Penal – Parte General, Ed. Gríjey, Lima, 1999, p. 695.

89 Las consecuencias accesorias del art. 105º CP. En: El nuevo Derecho Penal Español, Estudios Penales en memoria del Profesor José Manuel del Valle Muñoz, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 280/281. PEÑA CABRERA, en mejores argumentos, les otorga un carácter de sanción civil (sic) y administrativa (Dh. CIL, p. 290).

90 Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 210/214.

91 La responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: Empresa y Derecho penal (II), Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 297.

2. La privación de ganancias: ámbito procesal.

§ 20. Desde el objeto civil acumulado el art. 100º CPP hizo mención a terceras personas cuando les atribuye la responsabilidad civil además del inculpado; estas "terceras personas", por lo general, resultan ser personas jurídicas. En este caso, el Código Civil, en su art. 1981º, prescribe que "Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria".

Como se puede apreciar del tenor de dicha norma, en concordancia con lo dispuesto en el art. 95º del Código Penal, son dos los requisitos que sustentan la denominada "responsabilidad vicaria": a) el responsable directo está en una relación de dependencia, que "esté bajo sus órdenes"; y, b) que el acto generador de la responsabilidad haya sido cometido por el dependiente en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo⁹². En suma, como postula Víctor Moreno Catena siguiendo a la jurisprudencia española, los principios *ubi est onus, ibi est auctoritas*, *ibi onus esse debet*, así como el de creación del riesgo y, de modo más distante, las culpas *in eligendo*, *in vigilando* e *in educando*, constituyen el fundamento de esta responsabilidad⁹³; la misma que, a diferencia de otros modelos, es solidaria y no subsidiaria, por lo que debe entenderse abrogado el extremo del art. 100º CPP que limita el embargo de bienes a la imposibilidad económica del responsable directo, pues ello es consecuencia de considerar tal responsabilidad como subsidiaria.

§ 21. En el caso del tercero civil, desde su intervención procesal, el citado art. 100º in fine CPP estipula que deben ser citados y tendrán derecho para intervenir en todas las diligencias que les afecten, a fin de ejercitar su defensa. La jurisprudencia nacional no exige un mero traslado al tercero civil, sino que se dicte una resolución de imputación concreta que expresamente lo comprenda como tal⁹⁴. Esta resolución, atento a la naturaleza de derecho civil de la reparación civil, sólo podrá dictarse a instancia de parte: del Fiscal –legitimado por imperio de los arts. 1º, 95º.2 y 92º.4º de su Ley Orgánica y del numeral 225º.4 del CPP– y del actor o parte civil (art. 58º CPP). Se requiere pues que un tercero al Juez ejerza la correspondiente pretensión civil, al registrarse por el principio dispositivo, que obliga a las partes a fijar el objeto civil respectivo, circunscrito por cierto a lo dispuesto en el art. 93º del Código Penal⁹⁵. Es evidente, entonces, que el órgano judicial no puede proceder de oficio, con un "fallo largo" [extra petita] que abarque la condena al tercero civil, si no fue llamado al proceso y erigido en parte⁹⁶; además, no sólo debe comprenderse en el auto de procesamiento (dictado inicialmente o en el curso del proceso penal), debe ser citado con el auto de enjuiciamiento, dársele la oportunidad para que pueda cuestionar la pretensión civil del fiscal o del actor civil, participar en el juicio oral y –antes– en el curso de la instrucción y otorgarle legitimación para que pueda alegar y recurrir contra toda resolución que afecte sus intereses, con lo cual se preserva el principio de contradicción y se evita la indefensión, salvaguardando el derecho a la tutela judicial efectiva. La jurisprudencia superior ha sancionado con la nulidad de la sentencia la falta de citación al tercero civil para

92 Cf.: FONT SIERRA, Eduardo: La acción civil en el proceso penal. Ed. La Ley, Madrid, 1991, p. 44.

93 El proceso penal. T. I, Ed. Tiranti Blanch, Valencia, 2000, p. 492.

94 Vid.: E. Superior de Lima, 17.11.97, Exp. N° 4504-97 [LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel: Jurisprudencia del proceso penal sumario 9697, Ed. Grijay, Lima, 1997, p. 10].

95 GUTIERREZ ZARZA, Ángeles: Ob. Cit., p. 164.

96 GARBERRI LLOBREGAT, José y otros (Ed. GIMENO SENDRA, Vicente): Los procesos penales, T. IV, Ed. Bosch, Barcelona, p. 577.

la diligencia de lectura de la misma⁹⁷, así como la que atribuye responsabilidad a una persona sin que haya sido comprendida en el proceso como tal⁹⁸.

Ahora bien, como responsables civiles asumen propiamente la condición de parte demandada, de tal forma, como explica **Moreno Calena**, que su régimen de intervención es similar al del proceso civil en el que resulta irrelevante la presencia o ausencia de la parte pasiva del proceso, siempre que haya sido emplazada con las debidas garantías, de ahí que su no presentación o ausencia injustificada al proceso no será por sí misma causa de suspensión del juicio⁹⁹.

§ 22. El art. 104º del Código Penal se limita a ampliar el ámbito de la responsabilidad civil de las personas jurídicas. La responsabilidad civil, en este caso, tiene un límite: cubrir la que corresponde al autor directo y sólo en la medida en que sus bienes fueran insuficientes. Esta responsabilidad, ahora si subsidiaria, está radicada en los beneficios obtenidos por la persona jurídica, no afecta los bienes propios y las ganancias o beneficios por actividades sociales fuera del ámbito involucrado. Este ámbito requiere el cumplimiento de dos requisitos: **1)** Que el delito sea cometido por un funcionario o dependiente de la persona jurídica; y, **2)** Que el delito de aquél sea perpetrado en el ejercicio de la actividad social de la persona jurídica.

Cabe señalar a este respecto que, en cuanto a los presupuestos de la responsabilidad indirecta, no se advierten mayores diferencias entre este dispositivo y el art. 1081º del Código Civil; cuando este último determina que el principal –la persona jurídica– tenga al autor directo bajo sus órdenes, obviamente comprende a sus dependientes o empleados y a sus directivos, pues ambos trabajan para ella, y cuando hace referencia al “ejercicio de su actividad” exige que el autor directo realice la conducta en el ejercicio, normal o anormal, de las funciones encomendadas en el seno de la actividad social que se le ha confiado y que, por tanto, pertenece a su esfera o ámbito de actuación¹⁰⁰.

Se trata en suma de un supuesto inclusive más restrictivo, que frente a una institución más amplia: la del tercero civil bajo los marcos de los arts. 1981º CC y 95º CP, está llamado a carecer de sentido y aplicación práctica, que por lo demás sí tendría razón política criminal si se le configura penalmente e independiente de la reparación civil y de la solvencia o insolvencia del autor directo, a título de decomiso (art. 102º CP), tal como lo plantea **Iván Meini Mendez**¹⁰¹.

3. Las medidas: aspectos procesales.

§ 23. Sin duda alguna, como ya se expuso líneas arriba, las medidas contra las personas jurídicas tienen un definido carácter penal [no son medidas civiles o administrativas]. Por ende, al integrar el objeto penal necesariamente están sometidas al principio acusatorio y al de interdicción de la indefensión. Conforme postula **José Miguel Zugaldía Espinar** la aplicación de las medidas penales en cuestión (art. 105º CP) requiere no sólo la previa audiencia a sus

97. E.J. Sup. Lima, 16.3.98, Exp. N° 8138-97; in BACA CABRERA, Daryse y otros: *Jurisprudencia Penal – procesos sumarios*, Ed. Grifey, Lima, 1999, p. 764.

98. E.J. Sup. Lima, 27.11.97, Exp. N° 5654-97; in LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel: *Jurisprudencia del proceso penal* (sumario 1996-1997), Ed. Grifey, Lima, 1998, p. 44.

99. GIMENO SENDRA, Vicenta y otros: *Derecho Procesal Penal*, Ed. Colox, Madrid, 1980, p. 191.

100. Así lo ha declarado, por ejemplo, la jurisprudencia española –STS de 30.4.98– [GUTIERREZ SARZA, Ángel: *Ob. Cit.*, (9, 198166)].

101. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, PUCP fondo Editorial, Lima, 1989, pp. 168/190 y 219.

representantes legales, sino su constitución en parte en el proceso penal, amén de que ello importe el pedido exclusivo del Ministerio Público y que se imponga en la sentencia y no en fase de ejecución¹⁰².

Si bien nuestro Código Penal, a diferencia del art. 129º.1 del Código Penal Español, no contempla la audiencia previa a los titulares o a los representantes legales de las personas jurídicas, ello no obsta a su estricto cumplimiento por ser una consecuencia directa de la garantía constitucional del derecho a la tutela jurisdiccional y del derecho de defensa (art. 139º. 3 y 14 Constitución) y porque dicho cumplimiento es obligatorio en todo acto de injerencia estatal¹⁰³.

Sostener que las personas jurídicas son propiamente partes acusadas, en tanto que contra ellas el Fiscal imputa la comisión de un delito vinculado perpetrado por sus órganos "[...] en el ejercicio de [su] actividad ... o utilizando su organización para favorecerlo encubrirlo" y, por ende, pide al juez la imposición en su contra de una de las cuatro medidas que prevé el art. 105º CP, requiere, en primer lugar, que el *petitum* y la *causa petendi* se deben fundamentar debidamente; en segundo lugar, que el Juez penal dicte la resolución de imputación correspondiente; en tercer lugar, que sea citado formalmente en cada acto procesal trascendente del proceso; en cuarto lugar, que pueda ofrecer actos de prueba y de investigación, así como participar en todos ellos y los que ofrezcan y sean admitidos por las demás partes apersonadas; en quinto lugar, que sea citado con la acusación fiscal y el auto de enjuiciamiento, así como intervenir activamente en toda la fase intermedia; en sexto lugar, que intervenga en el juicio oral con los mismos derechos del acusado; y, en séptimo lugar, que se le reconozca el derecho de impugnar, deducir todos los medios de defensa y artículos de nulidad de actuados.

Un problema que se presenta es el efecto que ocasionaría la ausencia injustificada de la persona jurídica a los emplazamientos procesales, en particular para el juicio oral; en otros términos, si su ausencia determina la suspensión del procedimiento. El CPP, desde luego, no responde a esta interrogante; sin embargo, en la medida en que la sanción a la persona jurídica tiene como presupuesto la sanción a la persona física que actuó utilizando su organización para favorecer o encubrir el delito [delito perpetrado por un órgano o representante y cometido por cuenta –en su provecho o interés– de la persona jurídica], es obvio que ésta a través de alguno de sus órganos participó en el hecho, por lo que frente a un emplazamiento judicial resulta claro que está en condiciones de intervenir en el proceso. Su inasistencia injustificada no puede suspender el procedimiento, se le declarará rebelde o contumaz y continuará el proceso conforme a las normas regulares de la ley procesal, salvo que la ausencia o contumacia comprenda a la persona física, en cuyo caso el proceso sí ha de suspenderse.

Resulta, al respecto, sumamente interesante la opción francesa, materializada en la Ley de 16.12.92, que incorpora los arts. 706-41 al 706-46 al Código de Procedimiento Penal –agrega el Título XVIII al Libro IV–, bajo el rótulo de "De la persecución, de la instrucción y del juzgamiento de las infracciones cometidas por las personas morales". En ellas, como informa **Jean Pradel**, la acción es dirigida contra el representante legal de la persona jurídica, salvo que éste también tenga la condición de imputada a título individual, en cuyo caso el Juez debe designar un

¹⁰² Las "Consecuencias accesorias" aplicables como penas a las personas jurídicas en el CP Español. En: *Anuario de Derecho Penal* 97/98, Ed. Gröny, Lina, 1998, pp. 331/352.

¹⁰³ Cf.: BACIGALUPPO, Sévina. Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas. En: *Curso de Derecho Penal Económico*, Océ, p. 75.

mandatario judicial; la persona moral puede colocarla bajo control judicial, que es una modalidad propia de medida cautelar (v.gr.: caución; constitución de garantías reales o personales; prohibición de realizar determinadas actividades profesionales, siempre que la infracción fue cometida con ocasión de dichas actividades), cuyo incumplimiento origina un proceso por desobediencia a la autoridad¹⁰⁴.

§ 24. La sentencia que imponga una medida contra la persona jurídica está sometida, como ya se anotó, al principio acusatorio, es decir, que sólo la impondrá si el Fiscal en su acusación introduce la pretensión sancionadora correspondiente. Por otro lado, la sentencia debe tener una motivación específica, amén de la general establecida por el art. 139°.5 de la Constitución, consistente en la necesaria prevención de la continuidad delictiva de la persona jurídica¹⁰⁵.

Abanto Vásquez, con razón, considera que el art. 105° CP es criticable por haber omitido declarar expresamente cuándo procede la imposición de las medidas. Acota que ellas no tienen por qué imponerse automáticamente, sino solamente cuando exista una relación entre la medida y la finalidad que se busque; la cual no puede ser otra que la de "prevenir la continuidad en la actividad delictiva" y neutralizar los efectos del delito, tal como se señala expresamente en el art. 129°, tercer párrafo, del Código penal español¹⁰⁶.

¹⁰⁴ La responsabilidad penal de la persona moral. En: Anuario de Derecho Penal 1988 (dir.: HURTADO POZO, José), pp. 84/95.

¹⁰⁵ BACIGALUPO, Silvia. Ob. cit., p. 77.

¹⁰⁶ Derecho penal económico – Parte Especial, Ed. IDEMSA, Lima, 2000, pp. 458/460.