

EL BIEN JURIDICO EN LOS DELITOS ECONÓMICOS (CON REFERENCIA AL CODIGO PENAL PERUANO)

RAUL PEÑA CABRERA

Catedrático de la Universidad Nacional
Mayor de San Marcos

1. Introducción — 2. Alcances del bien jurídico: 2.1 Definición; 2.2 Panorama histórico; 2.3 Visión actual — 3. El bien jurídico en los delitos económicos: 3.1 Derecho Penal Económico; 3.2 El bien jurídico en los delitos económicos; 3.2.1 Peligro Abstracto; 3.3 El Código Penal peruano y bien jurídico; 3.3.1 Cinco años de delitos económicos en el Perú.

1. Introducción

Los temas del Derecho Penal Económico y la delincuencia económica han dejado de ser fenómenos históricos de novedad. Realmente se han dado en todos los tiempos: criminalidad en la economía, expresados en abusos de poder económico, o, en formas de protección a la intervención estatal en el orden conjunto de la economía o en un sector parcial de ésta. En este contexto se acude al Derecho Penal para la imposición de decisiones político-económicas del Estado, sobre todo, en épocas de crisis.

El Derecho Penal Económico trae consigo una serie de dificultades en las que hay que hurgar profusamente y con sumo cuidado, dada la delicadeza del tema: la dañosidad de los delitos económicos, los tipos penales en blanco, los delitos de peligro (concreto y abstracto), ineficaz represión, la "cifra negra" en esta clase de delitos, el poder económico de los potenciales delinquentes económicos, la cuestión procesal (y el famoso requisito de procesabilidad), e, sobre todo, el bien jurídico que

se tutela. En este último punto materia del presente trabajo.

De ahí, que para la cabalidad de la comprensión de los distintos tipos penales contra el orden económico hay que abordar necesariamente la tarea de precisar el concepto de bien jurídico no solamente como guía en la construcción jurídico-dogmática sino como idea trascendental de política criminal. Cumplida esta etapa viene la misión de relevar las notas más destacadas y singulares de los bienes jurídicos justamente protegidos por el Derecho Penal Económico. El corolario inevitable es la connotación en el eco correspondiente de los tipos penales, naturalmente cristalizados, en la mira de las exigencias de la actual política criminal.

Pocos son los conceptos tan caros a la política criminal como a la dogmática que el bien jurídico. Ocurre que en un Estado Social y Democrático de Derecho, la noción de bien jurídico desempeña un rol preponderante. Decididamente define la función del Derecho Penal y, por consiguiente, clarifica los límites del *ius puniendi*, confiriendo, por lo demás, la legitimación del mismo Derecho Penal.

2. Alcances del bien jurídico

2.1 Definición

El sistema clasificatorio de la parte especial tiene su asiento en el bien jurídico amparado; además, es el fundamento del injusto penal. Así lo reconoce el art. IV del Título Preliminar del Código Penal peruano, según el cual, la pena necesariamente precisa la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley. Al Derecho Penal — escribe Jescheck — le corresponde la misión de proteger los bienes jurídicos. En toda norma jurídico-penal subyacen juicios de valor positivos sobre bienes vitales indispensables para la convivencia humana, que son por ello, merecedores de protección mediante el poder coactivo del Estado representado por la pena. La ilicitud — continúa — no se agota en la relación existente entre la acción y la norma, pues, posee también un significado material (ilícito material). Una acción es materialmente ilícita en función de la infracción que se supone al bien jurídico protegido por la norma correspondiente. El bien jurídico constituye el punto de partida y la idea que preside la formación del tipo.¹

A propósito vale citar a Baumann, para quien el delito es, en primer lugar, la lesión de un bien jurídico y solo complementariamente la violación de un deber jurídico, y no al contrario.² También merece mencionarse el § 2 del Proyecto Alternativo Alemán: "Las penas y medidas de seguridad sirven para la protección de los bienes jurídicos y para la reinserción social del agente en la comunidad jurídica".

Con el acento en la política criminal, Figueiredo Dias, expresa que en un Estado de Derecho material le cabe al Derecho Penal una exclusiva función de protección de los bienes fundamentales de la comunidad, de las condiciones sociales básicas necesarias para la libre realización de la personalidad de cada hombre y cuya violación constituye el delito.³

El bien jurídico es pues, el "ojo de la aguja" por el que tiene que pasar los valores de la acción: ninguna reforma del Derecho Penal puede ser aceptable si no va dirigida a la protección de un bien jurídico por más que esté orientada a valores de la acción.⁴ La intervención del Derecho Penal es cernir determinados valores éticos-sociales del fuero interno y tratarlos dentro de los marcos compatibles que son justamente los principios de legalidad y de protección de bienes jurídicos. El respeto reverente por estos límites torna permisible la natural justificación de las prohibiciones y mandatos que establece el Derecho Penal; he ahí, la relación con la teoría de la prevención general positiva y la explicación de la formalización del control social.

El bien jurídico es una viga maestra del nuevo sistema punitivo peruano. El bien jurídico como lo hemos señalado, constituye un principio garantizador de carácter informativo. La sociedad en general y cada miembro de ella, en particular, debe saber lo que realmente se está amparando, y, sobre las cuales se asienta dicha protección o amparo. En consecuencia, el injusto y todo el delito en sí, giran en torno al bien

1. Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, I/316, Barcelona, 1994.

2. Jorgen Baumann, *Derecho Penal: Conceptos fundamentales y sistema*, Ed. Depalma, B. Aires, 1973, p. 53.

3. Jorge Figueiredo Dias, "Direito Penal e Estado de Direito Material", en *Revista de Direito Penal*, 1992, pp. 86 y ss.

4. Winfried Hassemer, — Francisco Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 102.

jurídico. El *corpus* legal tiene la virtud de haber construido bienes jurídicos que constituyen los intereses y aspiraciones de las grandes mayorías nacionales que siempre han sido siempre del pueblo. El etiquetamiento del delito y delincuente se ha orientado siempre a los sectores de la comunidad. A partir de ahora la criminalización penal se dirige también hacia los sectores de la capa dominante.⁵

Hasta aquí hay un claro consenso del principio del bien jurídico. Los problemas aparecen en cuanto se pretende hacer del bien jurídico un exacto criterio delimitador de los márgenes penalizables. Pero las dificultades — apunta Costa Andrade — suben de tono cuando — en la línea de un moderno movimiento de apertura del sistema dogmático a las exigencias de los problemas político-criminales se procuran formas de superación, aparentemente invencibles entre un bien jurídico en sentido dogmático e inminente al sistema y un concepto jurídico transcendente y, por ende, vocacionalmente crítico.⁶

2.2 Panorama histórico

La historia del bien jurídico tiene remotos antecedentes, pero recién en 1834 que se identifica fundacionalmente con Birnbaum — notable penalista alemán — al precisar la expresión de bien jurídico dentro de una línea progresiva y coherente.⁷

5. Raúl Peña Cabrera, *Tratado de Derecho Penal, parte general*, Ed. Jurídica Grijley, Lima, 1994, p. 76.

6. Manuel Costa Andrade, "La nueva Ley de los delitos contra la economía a la luz del concepto de bien jurídico", en *Direito Penal Económico*, Coimbra, 1985, pp. 71 y ss.

7. J. M. Birnbaum, "Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung", *Archiv des Criminalrechts*, Neue Folge, 1834, pp. 149 y ss.

Resumiendo el proceso histórico del bien jurídico lo esquematizamos de la siguiente manera:

a) Es usual comenzar con el referente de delito como lesión de un derecho subjetivo del individuo o de la propia comunidad, consecuencia de la teoría iluminista. Así lo destacan doctrinal y legislativamente autores como Hammel y Feuerbach.

b) No es pacífico entre los autores de entonces los vínculos ha establecer entre la primera teorización de bien jurídico — se alude a Birnbaum — y al anterior concepto material del delito en el Iluminismo. Entre los autores de entonces corresponde a Amelung interpretar a Birnbaum, puntualizando que la fundamentación de los "delitos contra la religión" de éste se gestó como reacción a la noción iluminista.⁸

c) A mediados del siglo XIX la elaboración del bien jurídico es más racional, y tal tarea pertenecen a Liszt y Binding, fijándose en forma estable, ocupando el centro de la teoría del delito, más allá del tinte positivista que alimentó tal percepción. En efecto, Binding creía que el bien jurídico era "todo lo que a los ojos del legislador, tiene valor como condición para una vida saludable de los ciudadanos"; siendo diferente el posicionamiento filosófico de Liszt por el interés, de este jurista, por la ideología del Estado liberal, concretamente por dibujar una noción material del delito. Es por ello que Liszt sostiene que la función del Derecho Penal consiste en la protección de intereses humanos vitales y la salvaguarda de condiciones históricamente necesarias al funcionamiento y sobrevivencia de un orden nacional. Estima — Liszt — a la pena "como forma de

8. S. K. Amelung, *Rechtsguterschutz der Gesellschaft*, Frankfurt, Athendum Verlag, 1972, pp. 40 y ss.

protección del bien jurídico, una creación y una función social-estatal".⁹

d) La filosofía neokantiana auspicia el aspecto teleológico del bien jurídico, el *telos* o la *ratio legis* de las normas penales. La influencia es de Honing: El bien jurídico es el cajón de sastre donde se guarecen todos los elementos del tipo, modalidades de acción y perfiles personales del infractor.

En suma, Honing, piensa que el bien jurídico es el "fin reconocido por el legislador en las prescripciones penales en su formulación más breve; aquella síntesis categorial con la cual el pensamiento jurídico pretende apresar el sentido y el fin de las singulares prescripciones penales". Y concluye: más, precisamente, porque, en síntesis, el objeto de tutela es apenas un producto de reflexión específicamente jurídica. Es decir, los objetos de tutela no existen como tales, solamente la vida en el momento en que consideramos los valores de la comunidad como objeto de las pretensiones penales.¹⁰ Participaron de estas ideas, autores como Hegler, Grunht, Schwinge, Zimmerl, Radbruch etc.

e) La dictadura nacional-socialista, concretamente la escuela de Kiel, prohibió a juristas (Dahm, Schaffstein) que concebían al bien jurídico como un "demonio heredado de la cosmovisión liberal". Precizando aún más, Schwinge y Zimmerl: la moderna teoría del bien jurídico sirve de orientación al derecho en la dirección al concepto de comunidad y a la compenetración del ordenamiento jurídico con el espíritu del nacional-socialismo.¹¹ De ahí la preci-

ón de Angioni en el sentido que el bien jurídico fuese reducido a un mero nombre. El contenido material fue desvanecido y perdió la función de garantía y de crítica.¹²

f) Los cambios sociales acontecidos después de la guerra mundial contribuyó a un mejor derecho penal pletórico de garantías para la persona humana.

En esta línea Jäger y Roxin tratan de edificar un concepto que se perfilase como objeto de tutela de las normas penales y no como su resultado ya que tutelar y crear bienes jurídicos son cosas inconciliables entre sí. Algo más, Jäger busca definir los bienes jurídicos como "estados valiosos susceptibles de ser modificados por la acción humana y susceptibles, por ello, de ser protegidos por aquellas modificaciones mediante las leyes penales. En otras palabras, son estados que pueden ser lesionados y defendidos".¹³

g) La corriente liberal permite el acuífamiento de un bien jurídico que va a funcionar como fundamento y límite de la legitimidad del Derecho Penal, enriqueciéndose con el principio de dañosidad social como idea rectora de lesión de dichos bienes jurídicos y, por consiguiente, la noción de ilicitud material. Las opiniones se distancian en tanto a la importancia que se le otorgue a la dañosidad social. En efecto, Rudolphi sugiere "individualizar el concepto de bien jurídico que externe un presupuesto para la vida próspera en común de los individuos en nuestra sociedad políticamente organizada, delimitándolo cuidadosamente de los puros principios morales, cuya violación no revista efectos sociales"; según este autor, se reclama, "un cuidadoso análisis de sociedades políticamente organizadas, tal como

9. Franz Von Liszt, *Derecho penal*, t. I, p. 63.

10. Richard Honing, *Die Einwilligung des Verletzten*, t. I, Berlín, Benschneider, 1919, pp. 94 y 106.

11. Cit. por Baratta, *Positivismo Giuridico e Scienza del Diritto Penale*, Milano, 1966, p. 35.

12. F. Angioni.

13. Jäger, *Strafgesetzzgebung und Rechtssäterschutz bei sittlichkeitsdelikten*, Stugart, Ferdinan Enke verlag, 1957.

se prevé en el marco de la Constitución, bien como un examen profundo de aquellas condiciones y funciones en que se apoya nuestra vida social al interior de la Carta Política y que importa proteger de daños y perturbaciones". Rudolphi, termina considerando a los bienes jurídicos como "unidades funcionales valiosas para nuestra sociedad regida constitucionalmente y, por tanto, también para la posición y la libertad de ciudadanos individualmente considerados"; adiciona el ejemplo de la "administración de justicia como verdadera unidad funcional necesaria para una sociedad constitucionalmente organizada".¹⁴

Amelung, a su paso expresa: "dañoso para la sociedad es un hecho disfuncional, un fenómeno social que impele o por lo menos dificulta al sistema en su propia sobrevivencia. El delito es apenas especial del fenómeno disfuncional en la medida que contraría una norma institucionalizada que es necesario para resolver el problema de la sobrevivencia social. La función del Derecho Penal es la de actuar en sentido contrario como mecanismo de control social".¹⁵

El balance es claro. El espectro del bien jurídico — dice Costa Andrade — se amplía notablemente y se encara de esta manera la radical variedad de las apoyaturas ontológicas, al par que se destacan los bordes de bienes como vida, la integridad física del hombre o las cosas objeto del delito de daños, y de construcciones jurídico-económicas como la propiedad, el patrimonio; aparecen "cosas" como la ordenación económica y sus múltiples subsistemas, v.g., la concurrencia, la estabilidad de precios, el abastecimiento regular del mercado de ciertos productos, la confianza en la

autenticidad de los productos que pasan por los circuitos comerciales etc. Es un desafío que no parece estar más allá de las fuerzas del Derecho Penal, a pesar de todo, y la realidad cultural de siempre. Capaz, por ello, de preservar la identidad propia y las identidades de sus instrumentos teóricos por sobre la dispersión del mundo ofrecido al hombre, o del mundo construido por el hombre.¹⁶

2.3 Visión actual

Interesa destacar la concepción que del bien jurídico tiene el Código en vigencia. El paradigma no es el de antaño que incidía sobre la actitud moral del sujeto; el acento ahora, está puesto en el objeto de protección de el Derecho Penal y que, precisamente viene rodeado por el discurso político. Los reformadores no tuvieron otra salida que atender los múltiples reclamaciones procedentes de la vida social, de las relaciones universales y masivas, lógicamente concretas, para ello se superó la visión unilateral circunscrito al desvalor de resultado, rectificándose esta apreciación equivocada al considerar que en un Estado de Derecho y Democrático el fundamento del injusto se apoya y se nutre de los bienes jurídicos. El carácter pluralista se da en cuanto a las selecciones democráticas de ciertas relaciones sociales específicas, y estimándose a la vez, como esenciales para la existencia y desarrollo del sistema. Las normas penales parten de la premisa y del apoyo de las relaciones sociales para escoger primero, y pretender después, la tutela de los bienes jurídicos surgidos. Definitivamente, las normas recaen sobre actos humanos, pero la apreciación de éstos se destaca en cuanto forman parte del bien jurídico, seguidamente, señalando

14. H. J. Rudolph, "Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs", en *Festschrift für R. Götingen*, Otto Schwartz, 1970, pp. 161 y ss.

15. K. Amelung (n. 9), p. 361.

16. Cit., pp. 82 y 83.

la responsabilidad por el hecho y de la lesividad al bien jurídico, en referencia. Junto al desvalor del resultado aparece el desvalor del acto que acompaña al injusto, dándose cumplimiento así a los requisitos previos y necesarios para la responsabilidad penal.

En el Derecho Penal de nuestros días se respira una atmósfera de vasta aceptación, en el sentido que tiene una finalidad específica: la protección de bienes jurídicos; pero la atmósfera se enrarece un tanto en cuanto los analistas tratan de abordar la naturaleza del bien jurídico.

La experiencia social y política de los últimos tiempos, enseña que, es en democracia — entendida en su mejor sentido de participación en las decisiones de gobierno y en el indetenible proceso dialéctico — la forma como se soluciona y acomete las diversas maneras de afrontar las deformaciones de las necesidades humanas. En otros términos, la democracia dinámica, dialéctica y participatoria del pueblo es incuestionablemente el único medio para alejar la alienación humana, teñida por el egoísmo, la ambición exagerada por el poder o la atracción ilimitada por la riqueza. Sin democracia o con democracia deformada no hay justicia, no hay paz y, por ende, seguridad jurídica.

3. El bien jurídico en los delitos económicos

3.1 Derecho Penal Económico

Hubo de esperarse la primera conflagración mundial para contemplar un laborioso comienzo de un propio Derecho Penal Económico. Así Barbero señala que la cita de alguna aislada infracción contra la economía prevista por el Derecho Romano, u otros ordenamientos de la Antigüedad o Edad Media, no permite llegar a una conclusión distinta: el Derecho Penal Econó-

mico comienza en la Primera Guerra Mundial. Su consolidación se acentúa con ocasión del VI Congreso de Derecho Penal de la Asociación Internacional de Derecho Penal (Roma, 1953), intitulado: *Le droit pénal social économique*. Comenta que ante la vaguedad e imprecisión, según él, de una expresión desconocida en la terminología jurídica de su país, restringe el análisis al derecho penal de la economía de guerra. Por otro lado, Robert Vouin, señala que el derecho penal social económico encuentra su expresión en dos ordenanzas de 30.6.45, relativa a los precios y a las infracciones contra la legislación económica, y en disposiciones complementarias.¹⁷

Hasta hace poco se cuestionaba la existencia de un Derecho Penal Económico, actualmente la tendencia es contraria. Así Soler llamaba a reflexión acerca de un tema jurídico que desde hace algún tiempo viene postulándose con un rótulo lanzado acaso sin el debido examen — nos dice — e sus ventajas y de sus riesgos. Ese rótulo es el llamado Derecho Penal Económico.¹⁸

Este autor cuestiona la existencia de un Derecho Penal Económico, precisando que no hay razones serias para apoyar su autonomía y que por el contrario, será inconveniente apartarse de los principios que cumplieron la función histórica de unificar el Derecho Penal, pues junto con esa sistematización se consolidó en medida insospechada por las viejas leyes penales, el respeto a la dignidad de la persona humana, la igualdad de todos ante la ley y la

17. Marino Barbero Santos, *Los delitos contra el orden socioeconómicos: Presupuestos en la reforma penal*, Cuatro cuestiones fundamentales, Universidad de Madrid, España, 1982.

18. Sebastián Soler, "El llamado Derecho Penal Económico", en *Revista Mexicana de Derecho Penal*, 17/34, México, 1975.

seguridad jurídica.¹⁹ Hubo momentos en que se advirtió cierta inclinación a convertir el Derecho Penal Económico en una rama autónoma e independiente del Derecho Penal, posición evidentemente excesiva que tiende a desaparecer.²⁰ Rigut niega también la autonomía pero acepta que en Derecho Penal Económico pueden advertirse particularidades que lo conforman como una especialidad.²¹

El destacado jurista alemán Tiedemann aseveraba primigeniamente que los conceptos de Derecho Penal Económico y delito económico no eran claros ni unívocos,²² acotaba que se podía esbozar, en primer término, un concepto limitado del Derecho Económico y del Derecho Penal Económico, abarcando sectores del Derecho (Penal) que tutelaban primordialmente el bien jurídico constituido por el orden económico estatal en su conjunto y, consecuentemente, el flujo de la economía en su organicidad; en una palabra, la economía nacional, concibiendo al Derecho Penal Económico en sentido restrictivo como derecho de la dirección de la economía por el Estado.²³

Posteriormente, señala que el Derecho Penal Económico ha ido ampliando su ámbito de conocimiento. Así se entendía hasta hace pocas décadas como aquella parte del Derecho Penal que reforzaba con la intimidación penal el Derecho Económico Administrativo, es decir, el derecho de dirección y control estatal de la economía. Esto implicaba una reducida materia especial fuera del Código Penal. Hoy, en Alemania, se

entiende el Derecho Penal Económico en un sentido más amplio, como consecuencia del progreso del Derecho Económico hacía una disciplina autónoma ampliamente separada del Derecho Administrativo.²⁴

El Derecho Penal Económico ha experimentado en los últimos años un avance verdaderamente significativo en el estudio y aplicación de las teorías que tratan de explicar los múltiples y complejos connotaciones y la construcción de figuras legales (penales) en procura de resolver los conflictos y problemas que vienen surgiendo.

En suma, el Derecho Penal Económico es un derecho interdisciplinario punitivo que protege el orden económico como última *ratio*, es decir, el último recurso ha utilizar por el Estado y luego de haber echado mano de todos los demás instrumentos de política económica o de control de que dispone, para una eficaz lucha contra las diversas formas de criminalidad económica. Las graves disfunciones y crisis socioeconómicas justifican la intervención del Estado en materia económica y recurrir al Derecho Penal para resolverlos y asegurar el bienestar común.²⁵

3.2 El bien jurídico en los delitos económicos

El primer problema que afronta el Derecho Penal Económico incide sobre la validez, procedencia y utilidad de apelar al concepto de bien jurídico. Acto seguido, el amparo de bienes jurídicos distintos y autónomos,²⁶ o como

19. Soler, cit., p. 42.

20. Eduardo Novoa Monreal, *Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico*, p. 100.

21. Novoa, cit., p. 10.

22. Klauss Tiedemann, *Poder económico y delito*, Ed. Ariel, Barcelona, 1985, p. 9.

23. Cit., pp. 18 y 19.

24. Klauss Tiedemann, *Lecciones de Derecho Penal Económico* (comunitario, español, alemán), Edit. PPU, Barcelona, 1993, p. 31.

25. Raúl Peña Cabrera, *Tratado de Derecho Penal, parte especial*, t. III, Ed. Jurídicas, Lima, 1994, p. 124.

26. Costa Andrade, cit., p. 86.

quiere Hassemer que la tal autonomía se sujete a la "aparición de sociedades modernas", nuevas posibilidades de lesión de bienes jurídicos preexistentes.²⁷

Tal postura, no es de recibo para la Criminología que se ocupa también del fenómeno criminal económico. Así, Sutherland asimila el delito contra la economía a la noción criminológica de *white-collar crime* o con el concepto más amplio de *occupational crime*.

Actualmente, la opinión dominante es la delimitación del Derecho Penal Económico considerando la autonomía de los bienes jurídicos. En este sentido coinciden Kurt Lindemann, Eberhard Schmidt, Klaus Tiedemann en Alemania y muchos más fuera de ese país.

Schmidt piensa en el delito contra la economía como: "Las infracciones que lesionan los intereses estatales en la existencia y conservación del orden económico establecido por el Estado, vulnerando este ordenamiento en su conjunto o en sus ramas particulares como presupuesto necesario de la capacidad del Estado para realizar superiores tareas económicas".²⁸

Para Tiedemann, "el Derecho Penal Económico es la rama del derecho que le compete tutelar primordialmente el bien constituido por el ordenamiento jurídico estatal en su conjunto y, en consecuencia el curso normal de la economía en su organicidad, es decir, la economía nacional".²⁹ Agrega Tiedemann, que lo que verdaderamente lo define es precisamente la autonomía de los bienes jurídicos, caracterizados por

su naturaleza supraindividual; de modo que Tiedemann distingue dos clases de bienes jurídicos: individuales y supraindividuales, y que en caso de conflicto, los primeros tiene supremacía o preferencia, lo cual posee profundo significado, pues la persona humana es la referencia necesaria para todo el ordenamiento jurídico, particularmente el penal.

Sin embargo, conviene no olvidar — dice Tiedemann — que el descubrimiento de estos bienes jurídicos han sido muchas veces "provocado" por las dificultades, v.g., de criminalística o limitaciones de figuras clásicas de delitos para hacer frente a conductas antisociales en áreas como el sistema de crédito, las subvenciones o subsidios etc.; en suma, sin olvidar, asimismo — apunta Costa Andrade — que frecuentemente, conductas en abstracto subsumibles en previsiones típicas de delitos clásicos, por ejemplo, delitos contra el patrimonio, pueden en atención a las dimensiones e impacto estratégico de sus daños, o la agresividad de los medios empleados, convertirse — de acuerdo a la idea del carácter supraindividual del bien jurídico — en delitos contra la economía,³⁰ como son los daños que ocasionan el sabotaje económico, las manipulaciones fraudulentas cometidas por medio de las computadoras.

Veamos más de cerca los bienes jurídicos del Derecho Penal Económico:

a) La naturaleza supraindividual de estos bienes jurídicos amparados por el Derecho Penal Económico se caracterizan por el respaldo económico que otorgan al sistema económico imperante, haciéndolo funcional e, inclusive implementán dolo. Ello permite — enfatiza Tiedemann — establecer una frontera entre dos órdenes de valores o intereses: de un lado, los que destacan la vida comunitaria como sistema eco-

27. W. Hassemer, "Teorie und soziologie des verbrechens", *Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt, Europäische verlagsanstalt, 1980, p. 75.

28. Schmidt, *Das neue westdeutsche wirtschaftsstrafrecht*, Tübingen, L. C. Mohr, 1950, pp. 20 y ss.

29. Tiedemann, cit., p. 35.

30. Costa Andrade, cit., p. 90.

nómico con sus conflictos reales; de otro, las que se agotan en el interior de la propia administración, como los intereses específicos, destinados a garantizar una cierta transparencia de la vida económica a través de acciones de registro, comunicación, información etc., impuestos a los operadores económicos. Esta distinción debe verse no en términos absolutos, en el sentido de que la violación de los primeros postulan siempre responsabilidad criminal, en tanto, que los segundos, mera contravención. Significa, pues, que cuando la norma incriminadora cubre los valores del primer tipo, ello implica que no debe referirse a conductas que apenas sacrifican intereses del segundo grupo, que por razones más de técnica o formulación legislativa pueden aparentemente subsumirse.

Actualmente el liberalismo económico ha desestabilizado figuras delictivas, por ejemplo la especulación. Bien sabemos que el tipo penal acuñado pretendía la estabilidad de los precios; pues ahora, simplemente no hay precios estabilizados o controlados, o si las hay, la elasticidad prepondera. Ocurre que el legislador se retrae del famoso control mediante la intervención de la autoridad en la conformación de los precios, bastando la recepción de informaciones o el conocimiento del curso de los mismos. La pulsación se orienta a la desincriminalización sin excluir la atenuación a una responsabilidad contravencional administrativa.³¹

b) Indudablemente la génesis histórica y consolidación de los bienes jurídicos supraindividuales es obra del intervencionismo estatal. No era dable contemplar la "espontaneidad" ni solazarse con el "fluir natural de la economía". De ahí que la normatividad se dirigiera a cautelar intereses colectivos. Esto explica, en parte, que el legislador — para el

mejor cumplimiento de las finalidades sociales — recurra a la instrumentalización del delito de peligro abstracto. Ello se debe a que exclusivamente el recibo del daño efectivo, e inclusive el mismo peligro concreto en la práctica es un aliento a la impunidad y, sobre todo, la evaporización de los beneficios preventivistas.³²

También es conveniente tomar en cuenta otros factores sumatorios: el carácter heterodoxo de estos bienes jurídicos, su índole conflictual y, lo más importante, la falta de interiorización de la norma por parte de los operadores económicos. Profusamente la Criminología nos muestra que los delincuentes de *cuello blanco* perpetran los delitos contra la economía sin quebranto alguno a los valores dominantes en el sector social privilegiado a que pertenecen. Paradójicamente esta clase de delincuencia parecen interpretar auténticamente tales valores. Las reacciones estatales no logran estructurar sólidamente la conciencia colectiva ante la dañosidad social de estas conductas.

c) Se afirma — con cierta insistencia — la naturaleza "artificial" en la construcción de estos bienes jurídicos. Efectivamente son bienes jurídicos sin pasado histórico, más estrictamente, con ausencia referencial ontológica, diferente, v.g., con la vida, la propiedad, el honor etc.; asimismo no es producto de una de captación o filtro cultural que puede ayudar a una adecuada identificación de objetivos, y lo que, por supuesto, torna difícil el consenso; situación que lleva a Costa Andrade a reflexionar que la rigurosa identificación de estos bienes jurídicos se hace a costa de múltiples elementos hermeneúticos, apelando a designaciones procedentes de la propia descripción de la conducta incriminada. Así, por lo menos desde el punto de vista cognosciti-

31. Cf. K. Tiedemann, cit., p. 39.

32. Cf. Costa Andrade, cit., p. 93.

vo, el bien jurídico en el Derecho Penal Económico puede ser posterior a la identificación del respectivo ámbito de tutela.³³ Tratándose de bienes jurídicos supraindividuales — escribe Tiedemann — no tiene substrato concreto objetivo de acción. Una segura identificación y delimitación de específicos bienes jurídicos depende también de determinadas posibilidades de acción y modos de agresión.³⁴

Los cambios constantes de la concepción en materia económica y de política criminal repercuten en alteraciones y mudanzas en la legislación pertinente haciendo suponer la índole temporal o de emergencia de estas leyes, lo cual necesariamente no es verdad. En puridad, hay casos de discontinuidad del hecho ilícito. Tal panorama crea una atmósfera de potenciales riesgos para el principio de irretroactividad de las leyes penales, peligros que pueden y deben conjurarse apoyándose en la prudencia legislativa y la discrecionalidad judicial.

No es sensato negar las dificultades en torno de la determinación del bien jurídico, pero sopesando las mismas, en conjunto el problema es superable. De ahí que el Derecho Penal Económico le corresponde desempeñar un rol significativo. Recordemos muchos bienes jurídicos intermedios entre los del Estado frente a los agentes económicos individuales. Léase también consumidores. Ejemplos son el mercado de capitales y el tráfico crediticio, valorando jurídicamente las aristas de las sociedades mercantiles, todo lo cual es merecedor de amparo legal.

El problema entonces — recalca Tiedemann — es saber si este bien jurídico merece protección penal de *lege ferenda* (y deviene bien jurídico colectivo penal) y de *lege lata*, si tipos penales como la quiebra fraudulenta, estafa de

créditos, estafa en inversiones, delitos bursátiles etc. sirven suficientemente a la protección de este bien jurídico colectivo.³⁵

Respuesta coherente lo viene a dar la potencialidad o efectividad de lesionar o poner en peligro bienes de otros, distintos al acreedor específico. En otras palabras, unidas la experiencia empírica, la valorativa, no cabe pizca de duda que las quiebras fraudulentas y las estafas crediticias repercuten negativamente en la vida comercial de las empresas.

3.2.1 Peligro Abstracto

El debate en la doctrina alemana es instructivo sobre la procedencia de los delitos de peligro abstracto; se trata de sustituir los delitos de peligro concreto, pues la prueba del peligro efectivo suscitaría, en la práctica, las mismas dificultades que la prueba del daño. Tal solución — anota Tiedemann — sería totalmente vacía de contenido o comprometería irremediablemente la practicabilidad del nuevo derecho. Pues el juez sería llevado a concluir, directa o indirectamente, a partir de la efectiva obtención de la subvención o el crédito por la exigencia del peligro anticipado; además esta prueba posterior sería prácticamente supérfluo y convertiría la exigencia del peligro en elemento fantasma del tipo; o el juez debería averiguar procesalmente la situación de peligro, *ex ante* existente, independientemente del resultado posterior, o que lo colocaría ante insuperable dificultades de prueba.³⁶

Una consideración histórico-genética en la perspectiva de la tutela de los bienes jurídicos clásicos, máxime el patrimonio individual o colectivo, tales infracciones configuran verdaderos deli-

33. Costa Andrade, cit., p. 94.

34. K. Tiedemann, cit., p. 38.

35. Tiedemann, cit., p. 36.

36. Tiedemann, cit., p. 83.

tos de peligro abstracto. Ellos representan auténticas manifestaciones de *Vorfeldschutz* en relación a las figuras tradicionales de fraude, engaño etc. Las cosas pueden ganar otros contornos cuando en las línea de lo ya dicho, se elevan ciertas unidades funcionales, ciertas instituciones parciales o subsistemas de ordenación económica a la categoría de autónomos bienes jurídicos supraindividuales y se inscriben en la constelación de valores a tutelar criminalmente. Pues, como apunta Tiedemann, esos "objetivos o bienes intermedios, situados entre los intereses individuales y los supremos intereses del Estado", pueden ganar significado propio no como reflejo o derivado de los valores o intereses individuales. Tal vez una tal consideración de cosas no sea suficiente para imponer una reorientación en la categorización dogmática de este género de infracciones. Pero obligará a entender, como quiere Tiedemann, que: "mantener en este dominio el concepto de delito de peligro abstracto, entonces será forzoso concluir que el delito de peligro abstracto constituye la forma típica de infracción, ajustada en esencia a los bienes jurídicos supraindividuales a tutelar."³⁷

Los bienes jurídicos supraindividuales (sociales) favorecen la tendencia expansiva del Derecho Penal, por ejemplo a través de la creación de tipos de peligro abstracto, con lo que los bienes jurídicos supraindividuales o sociales serían frecuentemente expresiones vacías sin una existencia real.³⁸

En España, se ha esgrimido objeciones a este posicionamiento. Stampa Braun³⁹ y Muñoz Conde,⁴⁰ entre otros,

seguramente influyeron para que el Proyecto del nuevo Código Penal de 1992, abdicara de incluir tipos penales de peligro abstracto.

3.3 El Código Penal peruano y bien jurídico

El rol que cumple el Derecho Penal contra la delincuencia económica está guiado por el principio de igualdad ante la ley penal. Hasta la dación del Código Penal peruano de 1991 (vigente desde el 26.4.91), el Derecho Penal era un instrumento, extremadamente, de los grupos de poder económico y político. Para revertir este orden se han realizado estudios importantes en la dogmática jurídico-penal concretizándose en legislar punitivamente contra la delincuencia económica y, para ello, convertir, a su vez, al Derecho Penal en un verdadero medio de libertad y progreso social, otorgando oportunidad a todos y construyendo un campo mínimo de convivencia pacífica.

El nuevo Código Penal ha emprendido esta obra tipificando los delitos económicos para incidir sobre la desviación de las clases dominantes, o sea, queda atrás el Derecho Penal concebido como instrumento de opresión de clase para asumir reacciones estables acordes con la naturaleza intolerable de las conductas que atentan contra importantes intereses sociales supraindividuales.

Ahora bien, lo importante es valernos de ciertas claves constitucionales y económicos vigentes en una sociedad moderna, para arribar a una interpretación que precise la naturaleza y extensión del bien jurídico a tutelar. Existe una arraigada tendencia del Estado a intervenir febrilmente en la vida económica. La economía de mercado — polarizadamente — ha dejado de ser un sistema de ordenación civilizada, pues la economía capitalista se caracteriza, ahora, por obviar sus propias reglas, e

37. Tiedemann, cit., p. 85.

38. *Lecciones de Derecho Penal Económico*, Barcelona, 1993, p. 35.

39. Stampa Braun-Bacigalupo, *La reforma del Derecho Penal Económico español*, Madrid, 1980.

40. Muñoz Conde, *Cuadernos de Política Criminal*, 1982, pp. 107 y ss.

inclusive su propia supervivencia se encuentra amenazada.

En este sentido la Constitución peruana de 1993, alberga una serie de reglas de contenido concretamente económica, merced a los cuales se generan los principios que encauzan la actividad económica de los individuos y del Estado, e inspiran y fundamentan los distintos bienes jurídicos supraindividuales de rango penal.

Se infiere, entonces, que lo que se protege es el orden económico, es un orden económico preexistente e institucionalizado por la Constitución, pero — y esto es lo destacable — normado, derogado y controlado por disposiciones legales de la vida económica del país. Un orden económico social y justo es una de las metas a que debe aspirar una regulación jurídica preventiva. El orden económico supone la intervención pública en la medida en que ya nadie cree en la regulación espontánea del mercado por el equilibrio natural de las fuerzas que en él operan, y por ello, una de las claves para mantenerlo es que nuestra Constitución reconoce un sistema de economía mixta.

El Estado de Derecho democrático auspicia y asimismo debe esculpir en los códigos penales (parte especial) — al decir de João Marcello de Araujo Junior — una imagen del hombre, más no de cualquier hombre. Precisamente el hombre al cual nos referimos es aquel propia de una abstracción, que sirve, en la terminología política, para esencializar las realidades y los valores de nuestro mundo histórico y cultural: el hombre de un Estado Democrático de Derecho.⁴¹

El Derecho Penal liberal burgués — y gran parte el derecho positivo vigente — mantiene la idea utópica de la liber-

tad e igualdad general y con atención relevante del patrimonio y la vida. Sin embargo, la parte especial no reflejaba aún la percepción limitada de los goces de tales bienes jurídicos. Realmente ocurría que las categorías penales armonizaban con el estereotipo de hombre libre e igual. Hoy la situación es diferente. La imagen — escribe Araujo Junior — es otra, alejada de un individualismo estéril. Esta reconocido que el hombre no es absolutamente libre, ni por supuesto igual. Hay fuertes y débiles; hay ricos y pobres y, en consecuencia, hay domiación, hay poder y las oportunidades no son idénticas; razones por las cuales no todos pueden desarrollar igual y libremente su personalidad.⁴²

Las reivindicaciones que latén en un Estado de Derecho es por la erradicación de las irritantes desigualdades imperantes. Al Estado le cabe la difícil — pero inescapable — tarea de construir un Estado donde haya condiciones y bases reales para una genuina democracia, o por lo menos, aproximada.

El Estado democrático de Derecho al propugnar las condiciones reales y concretas para aspirar, tras el desarrollo de la personalidad y dignidad, a la libertad bajo el alumbramiento solar de los intereses superiores de la sociedad. En virtud de ello, el factor social prevalece sobre el individual, y que esclarece Hassemer al escindir: a) una prudente descriminalización en el ámbito de Derecho Criminal "clásico"; y b) una evidente criminalización de comportamientos hasta ahora limitados al llamado Derecho Penal accesorio (delitos fiscales, económicos, financieros). Esto tiene como consecuencia — desde el punto de vista jurídico — la sustitución, o al menos, tendencialmente, los bienes ju-

41. João Marcello Araujo Junior, *Dos crimes contra a ordem econômica*, Ed. RT, S. Pablo, 1995, p. 33.

42. De Araujo Junior, *Os Grandes Movimentos de Política Criminal de Nosso Tempo, Sistema Penal para o Terceiro Milênio*, Rev., Rio, 2.^a ed., 1992, p. 78-79.

rídicos individuales por los bienes jurídicos universales (colectivos) en una posición de pre-eminencia como el que ocupaban en el Derecho Penal (clásico).⁴³

La selección del bien jurídico generalmente se hace según criterios nada igualitarios. Las clases sociales más débiles constituyen la cantera y el blanco de la estigmatización de la dureza de la reacción penal. Es precisamente al Estado democrático que le corresponde corregir tal disfuncionalidad. De ahí el nuevo bien jurídico: el orden económico, que posee carácter supraindividual y que tiene por finalidad garantizar un justo equilibrio en la producción, circulación y distribución de la riqueza entre los grupos sociales.⁴⁴

Como se ve, la construcción de este nuevo bien jurídico no es fruto del capricho y menos de arbitrariedad. Welzel lo entendía como "un estado social deseable que el Derecho debe amparar".⁴⁵ Tal bien jurídico devela la clase de Estado definido en la Constitución.⁴⁶

Marinucci y Dolcini aseveran que un Estado moderno y secularizado, en el cual todo poder emana del pueblo, el Derecho Penal solamente puede estar constituido como estructura de tutela de bienes jurídicos, y solamente de bienes que ya están protegidos en la Constitución.⁴⁷

En suma, nuestra legislación y doctrina nacional como extranjera existen

dos clases de bienes jurídicos y fundados en la Constitución: el patrimonio individual y el orden económico (supraindividual).⁴⁸

3.3.1 Cinco años de delitos económicos en el Peru

No obstante de haberse consignado en el Peru una interesante regulación jurídico-penal sobre delitos económicos, como, asimismo, se aprecia la comprobación de la existencia de una preocupante distorsión de esta clase de infracción penal. En parte, esto se debe a la laxitud de la aplicación del sistema de libre mercado, pues, el liberalismo en plena ejecución es a ultranza. Es por ello que las restricciones del ejercicio del poder económico no ha llegado a plasmarse. En esta dirección ocurre lo mismo con los delitos financieros, en que la ley penal en blanco — específicamente, la Ley Financiera de Banca y Seguros — ha convertido a este tipo de infracción en cierto modo simbólico, pues no otra cosa significa la sustitución del delito de peligro abstracto por el concreto. Este mecanismo desvirtuador también se hace sentir en los delitos ecológicos ya que mediante el Código del medio ambiente torna muy difícil la sanción a aquellos que vulneran tan importante bien jurídico.

En relación con los delitos estrictamente económicos,⁴⁹ una institución burocrática — Instituto Nacional de la Competencia y de la Propiedad Intelec-

43. Winfried Hassemer, *Spunti per una discussione sul tema "Bene giuridico e Riforma della Parte Speciale"*, Napoli, 1985, p. 367.

44. Araujo Junior, cit., p. 36.

45. Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán, Parte General*, Santiago de Chile, p. 15.

46. Marino Barbero Santos, "El Sistema punitivo español", in *Cahiers de Defense Sociale*, 1990, p. 48.

47. Giorgio Marinucci y Emilio Dolcini, *Studio di Diritto Penale*, Giuffrè, Ed. Milano, 1991, p. 72.

48. De Tiedemann a Bajo Fernández propugnan este concepto amplio de bienes jurídicos supraindividuales. Asimismo Günter Kaiser, *La criminalidad económica y la forma de combatirla*; Barbero Santos, *Delitos socioeconómicos*; Knut Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz Gesellschaft*, Verlag, 1972, p. 350.

49. Jorge Rosas Yataco, *Balance de los Delitos Económicos en el Peru*, Debate Penal, n. 14.

tual — ha establecido una instancia administrativa, previa a la judicial. Los resultados no son todos halagüeños. Obviamente la economía de mercado instaurada en el país no se encuentra legitimada democráticamente. El *benefit of business* no es compatible con un Estado Democrático de Derecho. No

es suficiente entonces bajar la inflación e instaurar el orden público. El Derecho Penal Económico — positivizado en el país — requiere, es cierto la estabilidad de la economía; pero la demanda más exigente es la justa redistribución de los ingresos, exigencia previa para encarar la pobreza abatiéndola o amenguándola.