

# *El delito de pánico financiero.*

**Luis Fernando Iberico Castañeda**

*Catedrático de Derecho Penal I y Derecho Penal II de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado de la División Legal del INTERBANK.*

## **I. INTRODUCCIÓN**

La Constitución de 1979, en el ámbito económico, adoptó un régimen de “economía mixta de planificación concertada, en el marco de la ideología y praxis de una Economía Social de Mercado”<sup>1</sup>, lo que implicaba que si bien se reconocían las libertades económicas básicas (de industria, de comercio, de empresa), éstas debían ejercerse de manera compatible con el interés social. Con la finalidad de cautelar que la economía se desarrollara dentro de esos parámetros, se autorizó la intervención del Estado, que incluso cumplía, en ciertas actividades, un rol planificador y regulador de la economía (tasas de interés, precios controlados, etc.), de forma tal que si bien se reconocía una economía de mercado, esta institución no era la única que regulaba las relaciones económicas de la sociedad<sup>2</sup>, lo que significa que el constituyente de 1979 no asumió, en toda su dimensión, un sistema de mercado propiamente dicho, que es aquél que “organiza y coordina las actividades humanas no a través de la planificación estatal sino mediante las interacciones mutuas de los

compradores y vendedores”<sup>3</sup>, es decir que son estas transacciones las que regulan la interacción social y no la previa planificación del Estado.

La adopción de este régimen híbrido de economía social de mercado, que implicaba como se ha señalado, una mezcla de libertad de mercado con ciertos niveles de planificación estatal en la economía, trajo como consecuencia la inclusión de nuevos objetos de protección legal de naturaleza colectiva, que son aquellos cuya titularidad no puede ser atribuida a un sujeto de derecho específico, sino que dicha titularidad se halla difuminada en todo o en parte del conjunto social<sup>4</sup>.

Este conjunto de bienes jurídicos colectivos que se consagraron constitucionalmente a partir del nuevo modelo económico fue acompañado del reconocimiento de una serie de principios o garantías que limitaban el ejercicio de la función punitiva estatal, tales como el principio de taxatividad (art. 233, inc. 8 de la

- 
- (1) SANCHEZ ALBAVERA, Fernando. Aplicación y resultados del régimen económico de la Constitución, en *La Constitución Diez Años Después*. Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1989. Pg. 76
  - (2) La Constitución de 1993 en su artículo 58 establece que el régimen económico adoptado por nuestro país es el de Economía social de mercado. En este tema es importante tener en cuenta que si bien se trata de la misma denominación contenida en el texto constitucional anterior, sin embargo, su contenido es distinto, por cuanto el texto constitucional vigente profundiza el rol regulador del propio mercado, restringiendo la participación del estado en la actividad empresarial, de forma tal que, en general la actividad económica se regula a través del mercado, en el que los actores pueden ejercer las libertades económicas básicas, reservando al Estado una función de vigilancia de que dichas libertades sean debidamente ejercidas sin caer en abusos y además de controlar las disfunciones que el propio mercado pueda presentar. Asimismo, al Estado se le reserva una cuota de intervención directa en la economía, justamente en aquellos sectores cuyas necesidades no hayan podido ser satisfechas por el mercado.
  - (3) LINDBLOM, Charles E. *El sistema de mercado*. Alianza editorial, Madrid 2002. Pg. 16-17.
  - (4) Al respecto Bramont Arias señala que: "Los bienes jurídicos en términos generales se clasifican en individuales o microsociales y en los macrosociales, colectivos o supraindividuales. En los primeros, la titularidad corresponde a la persona considerada como tal, como ocurre en los delitos tradicionales: la vida en el homicidio, la salud en las lesiones, el patrimonio en el hurto, la libertad sexual en la violación, etc. Frente a éstos, se encuentran los bienes jurídicos colectivos donde la titularidad le corresponde a la sociedad en general o a una parte de ella. (BRAMONT ARIAS, Luis Alberto. *Delitos empresariales*, en Cuadernos jurisprudenciales Año 1, número 4, Octubre 2001. Gaceta Jurídica. Pg. 4)

Constitución Política de 1979), el principio de resocialización (art. 234, 2° pf. de la Constitución Política de 1979), el principio de irretroactividad de la ley penal – retroactividad benigna de la ley penal (art. 187, 2° pf de la Constitución Política de 1979), etc. Todo lo cual finalmente fue diseñando un nuevo Derecho penal constitucional<sup>5</sup>, que obligaba al legislador común a adaptar la normatividad penal al nuevo modelo constitucional. Adicionalmente, el proceso de reforma en materia penal que sufrió nuestro país luego de la entrada en vigencia del texto constitucional de 1979 se vio influenciado, desde una perspectiva criminológica y de política criminal, por la corriente minimalista de la Criminología crítica, que postula una intervención limitada del Derecho penal, la misma que debe estar revestida del más amplio espectro de garantías para el ciudadano<sup>6</sup>.

El Código penal de 1991, dentro del referido proceso de reforma, se enmarcó dentro de lo que ha venido en denominarse una “política criminal ambivalente o bipolar”, que implica por una lado, la destipificación de una serie de conductas propias del Derecho penal clásico, orientado hacia la protección de bienes jurídicos individuales y por otro lado, una marcada tendencia a ampliar la protección penal a bienes jurídicos de naturaleza colectiva<sup>7</sup>. Dentro de esta política criminal bipolar, el Código Sustantivo tipificó una serie de comportamientos que tenían en común el lesionar o poner en peligro el orden económico constitucionalmente definido y cuyo conjunto ha venido en denominarse delitos económicos, dentro de los que podemos mencionar a los llamados delitos financieros. Esta experiencia de la legislación penal en introducir la criminalización de delitos económicos tuvo su antecedente más importante en el Decreto Legislativo N° 123 del 12 de julio de 1981 que tipificaba conductas como el acaparamiento, la adulteración de productos, etc.<sup>8</sup>

## II. LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS Y SU PROTECCIÓN.

La criminalización de los llamados delitos económicos, como la criminalización de cualquier otra conducta, busca proteger un determinado bien jurídico, por cuanto dentro de un Estado democrático de derecho la decisión de etiquetar una conducta como delito sólo puede responder a la necesidad de proteger penalmente intereses sociales de la mayor importancia, los mismos que se hallan reconocidos constitucionalmente y cuya trascendencia hace necesaria la intervención penal. En el mismo sentido, debemos tener en cuenta que “Más que cualquier otra cosa, lo que justifica el consenso social que legitima al Estado y a su poder punitivo es (...) que su intervención se produzca por la necesidad de protección de intereses fundamentales de distinto carácter orientados hacia el individuo y que posibilita a éste la participación en un determinado sistema social. Estos intereses (...) se denominan bienes jurídicos<sup>9</sup>.”

En lo que concierne al bien jurídico protegido en los delitos económicos, se presentan dos temas que son importantes abordar, por lo menos de manera referencial: i) la relación de los bienes jurídicos colectivos con los bienes jurídicos individuales, y ii) la factibilidad de protección de los bienes jurídicos colectivos. Con relación al primer tema, la discusión se centra en determinar la autonomía o no de los bienes jurídicos colectivos respecto a los bienes jurídicos individuales. Quienes afirman que los bienes jurídicos colectivos constituyen una categoría autónoma del derecho penal, sustentan su posición en el surgimiento de nuevas necesidades sociales relacionadas con el avance tecnológico y científico que afecta a todo el conglomerado social o gran parte del mismo, excediendo las necesidades individuales de cada uno de sus componentes, lo que obliga al Estado, en tanto y en cuanto la función social

- 
- (5) Respecto a la relación entre las normas constitucionales y el Derecho penal puede revisarse ARROYO ZAPATERO, Luis. Fundamento y función del sistema penal: El programa penal de la Constitución, en Revista Jurídica de Castilla - La Mancha número 1, 1987. Pg. 103.
- (6) Esta perspectiva del Derecho penal se configura a través del principio de mínima intervención el cual constituye un límite a la función punitiva del estado y que se sustenta en el carácter subsidiario y fragmentario del Derecho penal.
- (7) Sobre este tema puede revisarse GARCÍA RIVAS, Nicolás. El poder punitivo en el estado democrático. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha. Cuenca, 1996. Pg. 54.
- (8) Con relación a la génesis de la legislación penal en materia económica puede revisarse MAZUELOS COELLO, Julio. Derecho penal económico y de la empresa: concepto, sistema y política criminal, en Derecho penal económico y de la empresa. Edit. San Marcos, Lima 1996. Pg. 14-16.
- (9) BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y Otros. Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 2ª Edición. La Ley. España 1999.

que cumple, a intervenir activamente para atender dichas necesidades<sup>10</sup>. Así mismo otro de los argumentos que sustentan la autonomía de los bienes jurídicos colectivos, parte de la idea de un derecho penal preventivo, en donde dichos bienes jurídicos constituyen un mecanismo de protección adelantada de los bienes jurídicos individuales, a través de la creación de delitos de lesión o peligro concreto, debiendo precisarse que dicho adelantamiento "se fundamenta, en el ámbito del merecimiento de pena, por la mayor dañosidad social de sus afecciones (a los bienes jurídicos macrosociales) frente a las de orden microsociales"<sup>11</sup>.

La posición contraria niega la autonomía funcional de los bienes jurídicos colectivos, y por el contrario sostienen su dependencia proteccionista frente a los bienes jurídicos individuales, es decir que la protección de bienes jurídicos macrosociales como el medio ambiente, el orden económico, etc., sólo tiene su razón de ser en tanto y cuanto se busque proteger a los bienes jurídicos individuales que se encuentran detrás de aquellos<sup>12</sup>. Entre las críticas que este sector de la doctrina aduce contra la autonomía funcional de los bienes jurídicos colectivos, se halla el cuestionamiento al uso de fórmulas de peligro abstracto que implica una extensión excesiva del marco de protección de las normas penales<sup>13</sup>.

Finalmente, frente a esta discusión, creemos que lo importante es que no se debe perder de vista que el Derecho, en tanto creación humana tiene por finalidad el proteger al ser humano en sus diferentes manifestaciones, ya sean estas individuales o colectivas. En ese entendido, cuando se sostiene que el titular de los bienes jurídicos macrosociales es la colectividad en su totalidad o parte de ella, con ello no se debe entender que la colectividad es un sujeto de derecho (centro de

imputación de derechos y deberes) de distinta naturaleza al ser humano. En nuestro criterio debe entenderse que el titular es la colectividad o sociedad (o parte de ella), entendida ésta como la representación de un conjunto de seres humanos en su faceta social<sup>14</sup>; ahora bien, tal afirmación en modo alguno implica la subordinación de los bienes jurídicos colectivos a los bienes jurídicos individuales, ya que ambas formas de intereses jurídicamente protegidos responden a diferentes facetas y necesidades del ser humano. En este orden de ideas, cada una de estas modalidades brindan una particular manera de proteger a las personas, siendo así, la relación existente entre ambos tipos de bienes jurídicos no es la de subordinación sino de la complementariedad. En tal sentido, pretender que en un bien jurídico colectivo lo que debe protegerse finalmente es el bien jurídico individual que está detrás de él, conlleva a limitar la efectividad del derecho penal a un ámbito sancionador y no preventivo, por cuanto, tal como lo señalamos líneas arriba, una de las características esenciales de la protección de bienes jurídicos colectivos es el de posibilitar el adelantamiento en la protección de bienes jurídicos individuales, ya que de otra manera el derecho penal sólo podría intervenir en tanto y en cuanto se haya producido una lesión efectiva en un bien jurídico individual, restando la posibilidad de intervención punitiva cuando exista aún el peligro de afectación de dicho bien jurídico<sup>15</sup>.

Por otro lado, también debe tenerse en cuenta que la constitucionalidad de los delitos de peligro abstracto es discutible, razón por la que somos del parecer que la intervención preventiva que facilita el otorgar autonomía funcional a los bienes jurídicos colectivos debe estar restringida a la criminalización, en todo caso, de figuras de peligro concreto, reservando la intervención punitiva del Estado, a través de la

- 
- (10) Sobre este tema puede revisarse: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos en Control social y sistema penal. PPU, Barcelona 1987. Pg. 196 y 197.; así mismo CARO CORIA, Dino Carlos. "Sociedades de riesgo" y bienes jurídicos colectivos, en Themis, revista de derecho Segunda época, N° 37, Lima, 1997. Pg. 198 y 199.
- (11) CARO CORIA, Dino Carlos. "Sociedades de riesgo" y bienes jurídicos colectivos, en Themis, revista de derecho N° 37, Pg. 203.
- (12) TERRADILLOS BASOCO, Juan. Derecho penal de la empresa, Trotta, Madrid 1995.
- (13) Al respecto puede revisarse HASSEMER, Winifred "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico" citado por CARO CORIA Op. cit. pg. 199, y alegando contra dicho cuestionamiento a TIEDEMANN, Klaus. Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán) PPU, Barcelona, 1993. Pg. 34-35.
- (14) Sobre este tema resulta importante la afirmación de Mir en el sentido de que "la extensión del concepto de sujeto pasivo a algunos de estos supuestos (Mir entiende por sujeto pasivo al titular del bien jurídico), como la sociedad, es posible porque no es preciso en él la formal titularidad de un derecho subjetivo (sólo concurrente en sujetos de derechos), sino que basta la del interés esencial en el delito. MIR PUIG, Santiago. Derecho penal. Parte general. PPU, 4ª Edic. Barcelona 1996. Pg. 199
- (15) En cuanto a los delitos de peligro, "Se suele distinguir (...) entre peligro concreto y peligro abstracto, según si el tipo penal exige como resultado típico la efectiva situación de peligro verificable mediante un pronóstico posterior objetivo, (es decir ex - ante) o no lo exige por considerar que la acción típica es (per se) generalmente peligrosa" ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas. Idemsa, Lima 1997. Pg. 114-115. Adicionalmente la doctrina alemana ha introducido la noción de delitos de peligro idóneo, en los que se parte de reconocer que la acción prohibida per se es peligrosa (peligro abstracto); sin embargo, se autoriza al Juez, a que en el caso concreto pueda evaluar, atendiendo a las circunstancias que se presentaron, si tal conducta en verdad puso en riesgo el bien jurídico tutelado.

constitución de infracciones de peligro abstracto, al Derecho administrativo sancionador, cuya intervención requiere finalmente la mera desobediencia a la norma, siendo importante precisar que el referido Derecho administrativo sancionador no es más que otra de las manifestaciones de la función punitiva que ejerce el Estado, función que no se limita únicamente al empleo del Derecho penal.

En cuanto al tema de la factibilidad de la protección de los bienes jurídicos colectivos, como el orden económico, atendiendo a su carácter general, inmaterial y a la dificultad de la medición y probanza de su lesión o puesta concreta en peligro, la doctrina ha recurrido a la técnica de los llamados bienes jurídicos intermedios (entre los bienes jurídicos colectivos o mediatos y los bienes jurídicos individuales) u objetos de protección con función representativa<sup>16</sup>, a través de los cuales podemos comprender que para que exista una adecuada protección de un bien jurídico colectivo mediato es necesario que dicha protección a nivel de la tipicidad sea sectorial, y cada segmento constituirá el objeto de protección específico de la norma penal correspondiente (bien jurídico propiamente dicho), cuya lesión implicará, por lo menos, la puesta concreta en peligro del bien jurídico mediato.

### III. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN LOS DELITOS FINANCIEROS

En general, en los delitos económicos, el bien jurídico colectivo tutelado de naturaleza mediata es el orden económico, orden que ha sido diseñado por la Constitución y sobre el cual hemos señalado que gira en torno a la regulación de las relaciones económicas a través del mercado, reservándose al Estado un nivel de contralor del ejercicio de las libertades económicas a fin de evitar las disfunciones del mercado (p.e. abusos de posición de dominio, etc.) y así mismo le otorga una capacidad de intervención directa, a fin de satisfacer las necesidades de aquellos sectores que no han podido lograrlo a través del mercado (carácter social del régimen económico adoptado por nuestra Constitución). En ese sentido Tiedemann señala que el objeto de protección en los delitos económicos es “el orden de la economía instituido y dirigido por el Estado, es decir, la economía

nacional en su totalidad y en sus diferentes sectores”<sup>17</sup>. Del mismo modo Martos Nuñez refiere: “en resumen, el interés estatal en la integridad y mantenimiento del orden económico constituye el bien jurídico protegido técnicamente por el Derecho penal económico (...)”<sup>18</sup>. Sin embargo, este bien jurídico por su carácter inmaterial y difuso, se constituye en el bien jurídico mediato de protección por el Derecho penal económico, por lo que para efectivizar su protección es importante distinguir y ubicar los objetos de protección con función representativa, aquellos que al ser lesionados ponen de manifiesto la puesta concreta en peligro del ordenamiento económico. “Es por eso que en la dogmática penal actual a cada grupo de delitos económicos se le suele asignar un bien jurídico determinado, que es afectado de manera directa por la conducta delictiva. Estos bienes jurídicos vendrían a ser (...) cada uno de los instrumentos del ordenamiento económico moderno: la libertad de competencia, el sistema crediticio, el sistema de inversión de capitales, el sistema de otorgamiento de subvenciones, etc.”<sup>19</sup>. De esta manera queda claro que en el ámbito del Derecho penal económico, el bien jurídico tutelado de naturaleza mediata es el propio ordenamiento económico, y los bienes jurídicos inmediatos u objetos de protección con función representativa, estarían constituidos por cada uno de los sectores que integran y diseñan dicho ordenamiento.

En este orden de ideas, trataremos de determinar cuál es ese bien jurídico inmediato que es materia de protección en los delitos financieros. En la doctrina nacional se puede verificar que no existe coincidencia absoluta en su determinación, así para Bramont-Arias y García Cantizano, el bien jurídico protegido sería el sistema crediticio, fundamentando la intervención del Estado en la protección de dicho interés social en que el ejercicio en masa de las operaciones de crédito crea entre los clientes de la banca una comunidad de intereses, cuya tutela trasciende los límites de la acción individual y tiende a conformarse como tutela de un interés colectivo y de orden público<sup>20</sup>; en igual sentido Abanto Vásquez señala que la protección del sistema crediticio a través de la tipificación de los delitos contra el orden financiero y monetario constituye una novedad del Código Penal<sup>21</sup>; por su parte Reyna Alfaro, sostiene que en los delitos

(16) Sobre este tema puede revisarse MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. Derecho penal económico. Parte general. Tirant lo blanch, Valencia 1998. Pg. 90 y ss; CARO CORIA, Dino Carlos. Op. Cit. pg. 205 -206.

(17) TIEDEMANN, Klaus. Poder económico y delito. Ariel, Barcelona 1985. Pg. 15.

(18) MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio. Derecho penal económico. Edit. Mancorvo S.A, Madrid 1987. Pg. 377

(19) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas. Idemsa, Lima, 1997. Pg. 73

(20) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Manual de derecho penal. Parte Especial. Editorial San Marcos, Lima, 1998. Pg. 447

(21) ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL. Diez años de derecho penal económico peruano: un balance, en Revista peruana de ciencias penales N° 11. Idemsa; Lima, 2002. Pg. 73.

financieros, el bien jurídico tutelado está constituido por la estabilidad o funcionalidad del sistema financiero<sup>22</sup>, dicha posición es compartida por Salinas Siccha, que sostiene al referirse al delito de concentración de crédito, previsto en el artículo 244 del Código penal, que el bien jurídico tutelado es la estabilidad del sistema financiero nacional<sup>23</sup>. Por su parte Mazuelos Coello, al referirse al sistema de protección penal del derecho de crédito, refiere que en el caso de los delitos financieros, el objeto de protección está dado por el correcto funcionamiento del sistema crediticio<sup>24</sup>; finalmente, Lamas Puccio, no establece con claridad un bien jurídico común para todos los delitos financieros, así para la figura de concentración crediticia y obtención indebida de créditos (art. 244 del Código penal), sin expresar su total acuerdo con ello, refiere que la doctrina dominante conceptúa como bien jurídico protegido a “los fondos públicos”, luego al referirse al delito de pánico financiero (art. 249 del Código penal) señala que lo que se protege a través de dicha figura típica es la tranquilidad que necesita un sistema financiero que opera con fondos públicos para poder desarrollarse normalmente<sup>25</sup>. Por otro lado, el autor colombiano Hernández Quintero, si bien de manera general, reconoce que en los delitos financieros como el de concentración crediticia, el bien jurídico tutelado es el orden económico social, sin

embargo se puede notar que dicho autor, en el caso que nos ocupa, ubica como objeto de protección inmediato al funcionamiento del sistema financiero, así al citar un artículo de Enrique Aftalión, señala que una de las condiciones *sine qua non* para el adecuado funcionamiento del orden económico social es el buen funcionamiento del sistema bancario y financiero<sup>26</sup>. Por su parte Carrillo Florez y Pinzón Sánchez, citando a Carlo Folco, precisan que “el elemento técnico y económico de este derecho es el ejercicio empresarial del

crédito”, señalando a continuación que “este fenómeno implica desde el punto de vista penal la existencia de un interés de la sociedad misma en la protección del crédito, pues ella en su calidad de titular del bien jurídico denominado “orden económico-social”, es la principalmente afectada y, por ende, el sujeto pasivo de las conductas constitutivas de delito que lo amenazan o lesionan (...)”<sup>27</sup>

Teniendo en cuenta el panorama mostrado en el acápite precedente, nos parece pertinente precisar que, desde nuestra perspectiva, el bien jurídico que directamente se protege a través de la tipificación de los llamados delitos financieros es el sistema crediticio<sup>28</sup>, pero el que debe ser entendido desde su perspectiva estructural y funcional como todo sistema (es decir quienes componen el sistema y como funciona éste), y no sólo restringido a ubicar al “crédito” como objeto de protección; y es a este tema que nos abocaremos a continuación.

---

*“...el bien jurídico que directamente se protege a través de la tipificación de los llamados delitos financieros es el sistema crediticio...”*

---

#### IV. EL SISTEMA CREDITICIO COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO

A fin de determinar el contenido de este bien jurídico es menester tener en cuenta dos aspectos básicos: i) las funciones que cumplen los bancos (quede

claro que si bien es cierto que las instituciones bancarias no son las únicas que conforman el sistema financiero, sin embargo sí resultan ser las más importantes por su nivel de operaciones y de los fondos que manejan), y ii) el tipo de operaciones que dichas instituciones realizan.

Respecto al primer punto se aprecia que “a lo largo del proceso histórico se han ido cimentando las tres funciones principales de la banca:

- 
- (22) REYNA ALFARO, Luis Miguel. Manual de derecho penal económico. Parte general y parte especial. Gaceta Jurídica, Lima, 2002. Pg. 533, y pg. 544.
- (23) SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la vida y otros estudios de derecho penal. Palestra editores. Lima, 1997. Pg. 181
- (24) MAZUELOS COELLO, Julio. El derecho de crédito como objeto de protección penal, en Derecho & Sociedad N° 11. Revista de Derecho. Lima, 1996. Pg. 218.
- (25) LAMAS PUCCIO, Luis. Derecho penal económico. Librería y Ediciones Jurídicas, 2ª Edic. Lima, 1996. Pg. 255 y 270
- (26) HERNANDEZ QUINTERO, Hernando A. Los delitos en el estatuto orgánico del sistema financiero. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Santa Fé de Bogotá, 1996. Pg. 63 y 101.
- (27) CARRILLO FLOREZ, Fernando y PINZON SANCHEZ, Jorge. Sector financiero y delincuencia económica. Editorial Temis, Bogota, 1985. Pg. 209.
- (28) La Corte Superior de Lima en la sentencia de fecha 31 de marzo de 1998 recaída en el expediente N° 8576-97 estableció “que dado el caso resulta necesario precisar que el bien jurídico tutelado en este tipo de delitos es el Sistema Crediticio (...)” Resolución recopilada por BACA CABRERA, Denyse y Otros. Jurisprudencia penal procesos sumarios. Edit. Gaceta Jurídica. Lima 1999. Pg. 433.

1. La intermediación financiera entre ahorradores y prestatarios.
2. La producción de un conjunto complejo de servicios entre los que se destacan los servicios de cobros y pagos. En esta función también se incluye la asesoría económica de la banca a sus clientes, sean empresas o particulares.
3. Derivadamente, la banca aparece como catalizadora de la política monetaria del país, ya que el banco emisor, a través del sistema de coeficientes, involucra a la banca privada y a otras instituciones financieras en el control de las variables monetarias: cantidad de dinero y tipos de interés.<sup>29</sup>

Dentro de las funciones mencionadas nos interesa destacar la primera de ellas, es decir la de intermediación financiera, que según el propio glosario contenido en la Ley 26702 (Ley general del sistema financiero y del sistema de seguros y orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros) constituye la actividad habitual consistente en la captación de fondos, bajo cualquier modalidad y su colocación en forma de créditos o inversiones. En tal sentido, podemos afirmar que las instituciones financieras lo que hacen es captar los excedentes monetarios de las personas sean estas naturales o jurídicas, captación por la que pagan una tasa de interés, que se va a denominar tasa pasiva, y luego dichos fondos van a ser colocados a favor de terceras personas, colocación por la que dichas instituciones financieras van a cobrar una tasa de interés, denominada tasa activa, que será mayor a la tasa pasiva pagada por la captación, y justamente el diferencial existente entre tasa activa menos tasa pasiva constituye la ganancia del banco. Esta actividad es vital para el funcionamiento de la economía de un país por cuanto pone en contacto directo al ahorro con la inversión, si dicha actividad no existiera “Todos aquellos recursos excedentes almacenados; es decir, ahorrados por las personas, estarían ociosos, no intervendrían en la producción de mas riqueza”<sup>30</sup>. Por tal motivo, podemos concluir que “la intermediación financiera consiste, por lo tanto, en los mecanismos e instituciones que permiten canalizar los recursos supervitarios o deficitarios”<sup>31</sup>. Finalmente para tener una cabal apreciación de la importancia de la intermediación financiera dentro de

una economía de mercado cabe citar a Lindblom, quien señala que “Tres son los tipos de mercados mas habituales: los mercados de trabajo, los mercados agrícolas y los mercados para los bienes y servicios que la industria ofrece a los consumidores. Pero para que un sistema de mercado funcione son necesarios otros dos tipos de mercados menos evidentes. Son, por un lado, los mercados de bienes y servicios intermedios producidos para el uso de otros productores (...); y, por otro, los mercados de capital, y específicamente, los mercados de préstamos, acciones y otros tipos de activos de inversión”<sup>32</sup>. Este mercado de préstamos que no es otra cosa que el sistema de intermediación financiera, es vital para una economía de mercado por cuanto, no sólo permite que los excedentes monetarios no se hallen ociosos (fuera del sistema productivo) sino que además abarata los costos de inversión al ofrecer concentradamente la captación de excedentes que van a ser utilizados con tal objeto.

Por otro lado, en cuanto a las operaciones que realizan las instituciones financieras, “(...) la clasificación mas extendida de las operaciones bancarias es la que toma como punto de partida el hecho de que la operación bancaria por antonomasia es la operación de crédito, clasificándose las operaciones desde el punto de vista del sujeto de la concesión del crédito en operaciones activas (es el Banco el que concede el crédito al cliente), operaciones pasivas (es el cliente quien concede crédito al Banco) y operaciones neutras (no implican concesión de crédito por ninguna de las partes contratantes)”<sup>33</sup>. En ese orden de ideas, la típica operación pasiva es la cuenta de ahorros porque en ella es el cliente quien deposita su excedente patrimonial en una institución bancaria, es decir es el cliente quien le concede un “crédito” al banco y por el cual va a recibir el pago de una determinada tasa de interés (la cuenta corriente, en general, también constituye una operación pasiva siempre y cuando no genere sobregiros, operaciones que son de naturaleza activa, porque implican una colocación del banco). Por otro lado la típica operación activa es el préstamo bancario (en sus diferentes modalidades, ya sean créditos hipotecarios, vehiculares, de banca personal, de banca corporativa, etc.), porque en ella es el banco quien efectúa una colocación al otorgar un crédito a una persona, y por el cual le va a cobrar una determinada tasa de interés. Finalmente, las operaciones neutras implican servicios

(29) SEBASTIAN GONZALES, Altina y LOPEZ PASCUAL, Joaquín. Gestión bancaria. Los nuevos retos en un entorno global. Mc Graw Hill, Madrid, 2001. Pg. 47.

(30) AMBROSINI VALDEZ, David. Introducción a la banca. Universidad del Pacífico, Centro de Investigación. Lima, 2001. Pg. 32.

(31) AMBROSINI VALDEZ. Op. cit. pg. 32.

(32) LINDBLOM. Op. cit. Pg. 18.

(33) GARRIGUES, Joaquín. Contratos bancarios. JG, 2ª Edición. Madrid, 1975. Pg. 25 - 31.

que presta la entidad financiera a terceras personas, tales como el cobro de servicios públicos o las transferencias o giros bancarios no vinculados a cuentas en el banco, etc., servicios por los que no paga ni cobra intereses sino que cobra comisiones.

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, creemos estar en la posibilidad de definir cuál es el contenido del bien jurídico sistema crediticio, entendiendo como tal al sistema conformado por los depositantes, las entidades crediticias y los beneficiarios de las colocaciones de estas últimas, todos los cuales se hallan vinculados por una relación de intermediación financiera, por la cual los ahorristas depositan sus excedentes patrimoniales en una entidad crediticia, la que como contraprestación a dicho crédito les paga una tasa de interés pasiva, y posteriormente dicha entidad invierte las captaciones efectuadas, colocándolas a favor de otras personas, las que por el crédito recibido pagan una tasa de interés mayor a la tasa de interés pasiva pagada por el banco por sus captaciones. De esta manera, queda claro que en el sistema crediticio, tiene una naturaleza compleja, puesto que en él se presentan dos relaciones de crédito, la primera existente entre el depositante y la entidad de intermediación financiera (operación pasiva) y la segunda entre ésta y el beneficiario de un crédito (operación activa), es por ello que el eje constituido por el intermediador financiero es concebido como una bisagra entre el ahorro y la inversión, pero ambas relaciones crediticias conforman una sola entidad, que confluye en la actividad de la intermediación financiera, y que como repetimos conforma el sistema crediticio.

Habiendo, desde nuestra perspectiva, definido el sistema crediticio, objeto de protección en los llamados delitos financieros, creemos que es posible efectuar algunas críticas respecto a las definiciones que sobre este concepto ha dado la doctrina nacional. Si centramos nuestro objeto de protección en la noción de fondos públicos, corremos el peligro de reducir el sistema crediticio únicamente a la relación existente entre ahorristas e instituciones de intermediación financiera. Por otro lado, si definimos como objeto de protección penal de los delitos financieros, al "sistema financiero" (y su funcionalidad o estabilidad) el riesgo es aún mayor, por cuanto el sistema financiero es "El conjunto de empresas, que debidamente autorizadas operan en la intermediación financiera. Incluye las subsidiarias que

requieran de autorización de la Superintendencia para constituirse"<sup>34</sup>, en tal sentido, asumir una posición como la aludida implicaría poner énfasis únicamente en el funcionamiento de las entidades de intermediación financiera olvidando a los otros dos protagonistas esenciales del sistema crediticio.

Es pertinente precisar que el sistema crediticio, tal como se lo ha definido, constituye un bien jurídico cuya protección justifica la intervención del Derecho penal, por cuanto cumple una función imprescindible dentro de una economía de mercado, ya que permite no sólo que los excedentes patrimoniales de las personas puedan ser derivados hacia la producción sino además porque al brindar un servicio concentrado permite el abaratamiento de los costos de inversión, importancia que ha significado su reconocimiento en el artículo 87 de la Constitución que señala que "El estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía"<sup>35</sup>. La referida norma debe ser interpretada sistemáticamente con lo establecido en el artículo 132 de la Ley 26702 (Ley general del sistema financiero y del sistema de seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros), la misma que en concordancia con el mandato constitucional antes referido establece una serie de supuestos destinados a atenuar los riesgos para los ahorristas, conteniendo algunos de ellos mecanismos eficientes que permiten a las empresas financieras poder efectuar más rápidamente el recupero de los créditos que concedieron, lo que resulta necesario por cuanto las obligaciones de las entidades de intermediación financiera frente a sus ahorristas podrán ser cumplidas adecuadamente en tanto y en cuanto las personas que se beneficiaron con los créditos concedidos, cumplan con el pago de sus prestaciones. Lo expuesto evidencia que las relaciones de ahorro y colocación constituyen dos relaciones crediticias íntimamente vinculadas y que ambas configuran la actividad de intermediación financiera.

Entre estos mecanismos mencionados se hallan el otorgamiento de mérito ejecutivo a las liquidaciones de saldos deudores que emitan las empresas financieras (inciso 7° del artículo 132 de la Ley 26702) o el reconocimiento del derecho de compensación (inciso 11° del artículo 132 de la Ley 26702), entre otros.

(34) Glosario de la Ley 26702 - Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

(35) El Proyecto de Ley de reforma de la Constitución, presentado por la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República, establece en su artículo 30 que "El Estado fomenta y respeta el ahorro privado. El gobierno está prohibido de tomar medidas confiscatorias del mismo. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público y el sistema de garantías que otorga al ahorrista".

## V. DESCRIPCIÓN TÍPICA DEL DELITO DE PANICO FINANCIERO

### 1. TIPO PENAL

Dentro de los llamados delitos financieros, el Código penal ha incluido en el artículo 249 la figura del pánico financiero, cuyo enunciado señala:

“El que produce alarma en la población mediante la propalación de noticias falsas, ocasionando retiros masivos de depósitos de cualquier institución bancaria, financiera u otras que operan con fondos del público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta y trescientos sesenta y cinco días-multa”

Dicha descripción típica nos permite apreciar la existencia de los siguientes elementos:

#### 1.1. Tipo objetivo.-

- a) Bien Jurídico Tutelado.- Como ya se ha indicado los delitos financieros, y entre ellos el delito bajo comento, tienen como bien jurídico mediato, objeto de protección, al orden económico diseñado constitucionalmente, y como objeto de protección con función representativa al sistema crediticio, cuyo contenido se ha precisado en el ítem IV del presente artículo.
- b) Sujeto activo. Por su formulación el delito de pánico financiero constituye un delito común, es decir que su autor no requiere de alguna cualificación especial, por ende la conducta prohibida puede ser cometida por cualquier persona.<sup>36</sup>
- c) Sujeto pasivo. Teniendo, tanto el orden económico como el sistema crediticio, la calidad de bienes jurídicos colectivos, el sujeto pasivo – titular del bien jurídico tutelado, es pues la colectividad o sociedad.

En este punto es importante precisar que sujeto pasivo es el titular del bien jurídico-penal atacado por el sujeto activo, en tal sentido la denominación de sujeto pasivo no necesariamente coincide con la del sujeto sobre el cual recae la acción típica ni con la figura del perjudicado, concepto amplio que abarca a todos

aquellos que de alguna u otra forma han soportado las consecuencias perjudiciales de la comisión del delito<sup>37</sup>. En este sentido cabe preguntarse ¿cuál es la categoría en la que se incluye a la entidad financiera que ha sido víctima de la acción típica, es decir respecto a la cual se han propalado noticias falsas?. Definitivamente no constituye el sujeto pasivo ni tampoco el sujeto sobre el que ha recaído la acción típica, por cuanto ésta, es decir la propalación de noticias falsas y su posterior creación de alarma, recae sobre la sociedad, en consecuencia la entidad financiera en particular resulta ser un perjudicado de la acción típica, perjuicio que justamente se concreta con el retiro masivo de depósitos. Ahora bien, esta calidad de perjudicado, a nuestro entender, le permite a la entidad financiera, a nivel procesal, poder ser considerada como agraviada, y como tal, de ser el caso, constituirse en parte o actor civil, condición que le va a permitir perseguir en el proceso penal su pretensión indemnizatoria. En este sentido, Oré Guardia sostiene “Entendemos por víctima de manera general a la persona o personas que resultan afectadas por la comisión de un hecho punible. Sin embargo, desde un punto de vista estrictamente procesal es posible distinguir dentro de esta categoría tres conceptos: sujeto pasivo del delito, agraviado y el actor civil (...) el agraviado (...) vendría a ser la persona o personas que sufren los perjuicios ocasionados por el delito, no siempre el agraviado resulta siendo al mismo tiempo el sujeto pasivo del delito, puesto que el agravio puede recaer de manera indirecta en otros sujetos (...) En tercer lugar tenemos el concepto de actor civil, constituido por aquella persona que siendo sujeto pasivo del delito o agraviado se apersona al proceso para ejercer y reclamar su pretensión resarcitoria (...)”<sup>38</sup> Asimismo Jaime Solé Riera, citado por Cesar San Martín, señala: “Se define al actor civil como aquella persona, que puede ser el agraviado o sujeto pasivo del delito, es decir, quien directamente ha sufrido un daño criminal y, en defecto de él, el perjudicado, esto es, el sujeto pasivo del daño indemnizable o el titular del interés directo o inmediatamente lesionado por el delito, que deduce expresamente en el proceso penal una pretensión patrimonial que trae a causa de la comisión de un delito”<sup>39</sup>.

(36) En igual sentido BRAMONT-ARIAS - GARCÍA CANTIZANO. Op. cit. pg. 459; y REYNA ALFARO. Op. cit. pg. 542

(37) MIR PUIG, Santiago. Derecho penal. Parte general. PPU, 4ª Edic. Barcelona 1996. Pg. 198 - 199.

(38) ORE GUARDIA, Arsenio. Manual de derecho procesal penal. Editorial Alternativa, 2ª Edic. Lima, 1999. Pg. 224-225.

(39) SAN MARTIN CASTRO, Cesar. Derecho procesal penal. Edit. Grijley, Vol. I. Lima, 1999. Pg. 179-180.

Como corolario de todo lo expuesto queda claro que la institución financiera perjudicada por el comportamiento criminal, si bien no tiene la calidad de titular del bien jurídico protegido, ello no le resta legitimidad para que en su condición de víctima de un daño pueda perseguir su pretensión indemnizatoria dentro del proceso penal, ya que nuestro sistema por un criterio de economía procesal establece que ante la comisión de un mismo hecho dañoso, que en este caso se trataría de un ilícito penal, debe acumularse a la pretensión punitiva del Estado la pretensión resarcitoria de las víctimas dentro del mismo proceso penal<sup>40</sup>.

- d) **Comportamiento.**- La acción típica está constituida por la propalación de noticias falsas que generan un estado de alarma social, que implica la desconfianza en determinadas instituciones de intermediación financiera o en el sistema financiero en su conjunto, ocasionando que los depositantes efectúen retiros masivos de sus fondos ahorrados. Este hecho trae como consecuencia directa dos efectos, el primero es que la entidad financiera de la que se trate puede verse afectada en sus niveles de liquidez<sup>41</sup> (recordemos que las instituciones financieras invierten el dinero captado, es decir no lo tienen en sus bóvedas, a lo cual habría que agregar el tema del encaje bancario – art. 161 y siguientes de la ley 26702-) y el segundo es la reducción de la capacidad de colocación de la entidad financiera, por cuanto a menor ahorro menor inversión.

Dentro de la descripción de la acción típica mencionada podemos identificar los siguientes elementos:

- **Propalar.**- Que significa que el sujeto activo

divulgue la información falsa, esto es que la ponga al alcance de terceros a través de cualquier medio idóneo para ello. En cuanto al medio empleado es interesante hacer referencia al correo electrónico o e-mail, que es un mecanismo que “permite a los usuarios que cuentan con una dirección electrónica comunicarse entre sí de la misma manera que un sistema postal convencional. En términos prácticos, el mensaje del emisor del e-mail se envía a su servidor de correo electrónico (para un usuario o para una compañía pequeña, por lo general el servidor será parte del proveedor de acceso a Internet); el cual a su vez lo envía por la red al servidor de correo del destinatario; quien a su vez, abre su servidor de correo, consulta su buzón electrónico y recibe el mensaje”<sup>42</sup>. A diferencia del sistema postal convencional, el mecanismo del correo electrónico permite que la comunicación enviada sea reenviada por el primer receptor a otros usuarios y éstos a su vez también tienen la posibilidad de reenviar dicho mensaje, pudiendo generarse así una cadena de correos cuya difusión trasciende el control y la voluntad del emisor inicial, sin embargo éste es consciente de que la remisión de mensajes vía correo electrónico tiene dentro de sus opciones aplicativos el poder reenviarlo a un número indeterminado de usuarios. En tal sentido, desde nuestro criterio, el e-mail se constituye en un medio idóneo para causar alarma en el público a través de la propalación de informaciones falsas<sup>43</sup>.

- **Información falsa.**- Debe entenderse como tal a cualquier comunicación cuyo contenido difiera de la realidad, debiendo precisarse que dicha información puede estar referida a la situación económica o societaria o de cualquier otra índole de una determinada institución de intermediación financiera (por ejemplo que un banco, debido a

(40) El artículo 92 del Código Penal establece que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena, y el artículo 285 del Código de Procedimientos Penales precisa que la sentencia condenatoria deberá contener entre otros requisitos, el monto de la reparación civil, la persona que debe percibirla y los obligados a satisfacerla.

(41) La liquidez puede ser entendida como “la capacidad de la empresa para conseguir el dinero líquido y financiar sus operaciones normales” FRANCO CONCHA, Pedro. Evaluación de estados financieros. Universidad del Pacífico, Centro de Investigación. 2ª Edic. Lima, 1999. Pg. 161.

(42) MALCA G, Oscar. Comercio electrónico. Universidad del Pacífico. Serie apuntes de estudio N° 40. Lima, 2001. Pg. 20.

(43) Incluso la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República estableció en su Ejecutoria recaída en el proceso N° 853-2000, que el mecanismo del correo electrónico constituía un medio de comunicación social atendiendo a la rapidez y circulación con la que se puede transmitir la información a través de dicho sistema. Aunque en este tema es necesario precisar que existen otras posiciones que niegan la calidad de medio de comunicación social al e-mail, partiendo de la definición de que un mecanismo para que tenga tal calidad, la comunicación que emite debe nacer de un punto determinado y los puntos de recepción deben ser indeterminados (la televisión, la radio, etc.), lo que no ocurriría con el correo electrónico en donde si bien el punto de partida es determinable, sin embargo los puntos de recepción también lo son.

la pérdida patrimonial que ha experimentado va a ser intervenido por la Superintendencia de Banca y Seguros, o que un determinado grupo económico va a tomar el control y dirección de un banco desconociéndose la nueva política crediticia que se va a aplicar), pero dicha información también puede estar referida a la propia situación económica del país (por ejemplo sostener que el Estado va a privatizar la Banca, o que se van a congelar los ahorros en moneda extranjera, etc.). Es decir que si bien, el tipo penal bajo comento no ha determinado el contenido de las noticias falsas<sup>44</sup>, sin embargo lo que interesa es que estas noticias, independientemente a su contenido, sean idóneas para que una vez propaladas puedan causar alarma social y subsecuentemente el retiro masivo de fondos.

- **Alarma en la población.**- Debe entenderse como tal a la situación de incertidumbre y desconfianza de la población respecto a la solidez, ya sea de una determinada institución de intermediación financiera o de todo el sistema financiero en general, o respecto al destino de los fondos que tienen depositado. Es importante tener en cuenta que, tal como ya lo mencionáramos, la actividad de la intermediación financiera empieza cuando los ahorristas deciden depositar sus excedentes patrimoniales en una determinada institución crediticia, la que será escogida de acuerdo a diferentes parámetros como la seguridad o la solvencia que ésta demuestre, atributos todos ellos que irán generando en el ahorrista la confianza necesaria para decidirse a depositar en ella sus fondos. De todo ello se evidencia que la confianza es *per se* uno de los vínculos más estrechos que unen al cliente con la entidad financiera, confianza que fácilmente puede verse deteriorada por una situación de alarma social, como la prevista en el tipo penal materia de análisis, lo que va a implicar que al no existir la confianza del ahorrista, éste va a proceder a retirar sus fondos. En este punto también resulta importante tener en cuenta, que la actividad de intermediación financiera en su conjunto se sustenta en base a la confianza, por lo que la pérdida de la misma respecto a una determinada institución financiera, dependiendo de cada caso, puede generar la pérdida de confianza en todo el sistema. De esta forma, en el caso más grave, la

afectación de una entidad crediticia por actos propios de pánico financiero puede producir un efecto dominó que ocasione iguales daños a todo el sistema, lo cual configura otra de las razones que justifica la necesidad de la intervención del derecho penal en la protección del sistema crediticio

- **Retiros masivos de fondos.**- La situación de alarma social y consecuente pérdida de confianza en una determinada institución financiera o en todo el sistema financiero debe ocasionar el retiro masivo de los fondos depositados, debiendo entenderse como retiro masivo a un volumen de retiro significativo e inusual para la entidad financiera de la que se trate o en general para el promedio del sistema. Es importante precisar que la adjetivación de masivo está referida al volumen de operaciones de retiro de fondos depositados y no al volumen del monto de los fondos materia de retiro, es decir que los retiros deben ser efectuados por un número de clientes que resulta significativamente superior al promedio de retiros de la entidad financiera de la que se trate o del sistema financiero en general, y no al monto total de los fondos retirados, por cuanto puede acontecer que un cliente importante retire en un solo acto una suma de dinero tan significativa que supere el promedio de fondos retirados, pero ello no significa que se haya producido un retiro masivo para efectos de la tipificación del delito de pánico financiero. Sin embargo es necesario que estos retiros masivos de fondos (varias operaciones de retiro que implican débitos en las correspondientes cuentas de depósitos), además de ser inusuales deben ser, en su conjunto, significativos, ya que caso contrario, no se trataría de una grave afectación del bien jurídico tutelado, y permitir la aplicación del sistema penal en este supuesto implicaría la trasgresión del principio de mínima intervención. En conclusión, para la configuración del elemento típico bajo comentario, se requiere que se trate de varias operaciones de retiros de depósitos, las cuales en su conjunto deben significar una suma importante retirada, sin que sea necesario que tal situación afecte gravemente los niveles de liquidez de la entidad financiera de la que se trate o del sistema financiero en su conjunto<sup>45</sup>.

(44) Sobre este tema puede revisarse REYNA ALFARO, Luis Miguel. Manual de derecho penal económico. Parte general y parte especial. Gaceta Jurídica. Lima, 2002. Pg. 542.

(45) Sobre este tema Lamas sostiene que no es necesario que los retiros masivos de depósitos impliquen para la institución financiera la producción de una situación de desequilibrio total o insolvencia absoluta. LAMAS PUCCIO. Op. cit., pg. 270-271.

## 1.2. Tipo Subjetivo.-

Para la configuración del delito de pánico financiero, se requiere a nivel subjetivo, la presencia del dolo es decir que el sujeto activo debe tener conocimiento y voluntad de estar realizando tanto la conducta como los demás elementos descritos por el tipo objetivo; debiendo precisarse que basta la concurrencia de dolo eventual, en el que “el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo la eventual producción. El sujeto no quiere el resultado, pero “cuenta con él”, “admite su producción”, “acepta el riesgo”, etc.”<sup>46</sup>

## 2. FASES DE LA REALIZACIÓN DEL DELITO.-

La doctrina nacional es coincidente en señalar que el delito de pánico financiero es un delito de resultado<sup>47</sup>, es decir que el tipo requiere que la acción vaya seguida de la causación de un resultado separable espacio-temporalmente de la conducta<sup>48</sup>. Este resultado se halla constituido por el retiro masivo de fondos que debe ser imputable objetivamente a la propalación de noticias falsas.

En tal sentido, siendo el delito de pánico financiero un delito de resultado es admisible la tentativa, la que se configuraría desde la propalación de las noticias falsas y hasta que no se produzca un retiro masivo de fondos que constituye la consumación del ilícito bajo comentario.

## 3. PENALIDAD.-

El artículo 249 del Código penal establece para el ilícito de pánico financiero una pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de cuatro años, así como la aplicación de 180 a 365 días multa<sup>49</sup>. Las penas previstas para este ilícito no se condicen con el grado de dañosidad social del mismo, restándoles todo efecto preventivo. La pena privativa de libertad establecida para el delito de pánico financiero, va a originar en el ámbito adjetivo, que el Juez, al momento de abrir la investigación judicial correspondiente, no

pueda dictar como medida coercitiva personal la detención del inculcado, basta para ello apreciar que la pena a imponerse, atendiendo a la pena conminada para este delito, nunca será superior a 4 años de privación de libertad<sup>50</sup>. Por otro lado en el ámbito sustantivo, atendiendo a la pena prevista para éste delito, se abre la posibilidad de la aplicación de la institución de la condena condicional o suspensión de la ejecución de la pena, prevista en el artículo 57 y siguientes del Código penal.

Ante esta panorama, existen una serie de pronunciamientos dirigidos a buscar la modificación de las penas previstas para el delito de pánico financiero, así con fecha 6 de abril de 2002, el Congresista Luis Alva Castro ha presentado el Proyecto de Ley N° 2486, por el que propone la modificación del artículo 249 del Código penal, en el sentido de elevar la pena privativa de libertad, estableciéndose los márgenes de ésta entre 4 y 6 años, manteniendo los mismos parámetros para la aplicación de la pena de multa.

## VI. POSIBILIDADES CONCURSALES

El comportamiento constituido por la propalación de noticias falsas respecto a instituciones de intermediación financiera, puede constituir así mismo la configuración de otras figuras típicas que concurrirían concursalmente con la de pánico financiero, entre las que podemos citar a:

1. La difamación (art° 132 del Código Penal)
2. El perjuicio de la reputación económica (inciso 2 del art° 240 del Código Penal)
3. La falsedad genérica (art° 438 del Código Penal)

Es preciso señalar que no es materia de este artículo efectuar un estudio de las referidas figuras típicas, por lo que nos limitaremos únicamente a señalar algunos problemas para la aplicación de los dos primeros tipos mencionados.

En lo que concierne al delito de difamación, uno de los puntos que debe tenerse en cuenta es el referido al honor de las personas jurídicas, por cuanto existen posiciones como las de Bramont – Arias y García

(46) MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría general del delito. Temis. Bogota, 1990. Pg. 58-59.

(47) BRAMONT ARIAS TORRES Y GARCIA CANTIZANO, Op. cit. Pg. 459; REYNA ALFARO, Op. cit. Pg. 542, LAMAS PUCCIO, Op. cit., Pg. 270.

(48) MIR PUIG. Op. cit. , pg. 200

(49) Sobre la pena de multa aplicable a los delitos financieros puede revisarse YON RUESTA, Roger. Notas sobre la pena de multa en los delitos financieros, en Libro de ponencias del II Congreso Internacional de Derecho Penal: "Consecuencias Jurídicas del delito", organizado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad de Castilla - la Mancha y la asociación Derecho & Sociedad en setiembre de 1997.

(50) Artículo 135, inciso segundo del Código Procesal Penal.

Cantizano, que partiendo de la diferenciación entre honor objetivo o reputación y honor subjetivo, reconocen a las personas jurídicas la titularidad del bien jurídico honor<sup>51</sup>; por otro lado Ugaz Sánchez – Moreno niega tal posibilidad al sostener que (...) el Código penal vigente (...) ha establecido que el honor es un bien jurídico privativo de la persona física, toda vez que se deriva de la dignidad humana y está íntimamente vinculado al desarrollo de la personalidad, atributo que solamente pueden ostentar las personas naturales<sup>52</sup>. Compartimos este último criterio, porque el honor es un bien jurídico que tiene una fase interna por la cual todas las personas tenemos honor en tanto y en cuanto ello deriva de nuestra propia dignidad humana y una fase externa que está referida al reconocimiento que somos objeto por parte de terceros respecto al rol o roles que cumplimos dentro de la sociedad. Las personas jurídicas no pueden ser titulares del bien jurídico honor por cuanto la titularidad de un bien jurídico es completa y no segmentaria, en consecuencia, si bien es cierto que éstas cumplen roles sociales, los cuales son dignos de reconocimiento, y pareciera que comparten la fase externa del honor, ello no es correcto, por cuanto dicha fase externa existe como ejercicio de la libertad de desarrollo personal que no es más que otra manifestación de la dignidad humana. Si bien el reconocimiento de las actividades que las personas jurídicas desarrollen en el ámbito social puede ser objeto de protección penal (la reputación comercial por ejemplo), ello no implica que tal protección se deba a que dichas instituciones tengan honor, por cuanto, tal como se ha manifestado, la dignidad humana y la libertad del desarrollo personal son atributos privativos de la persona física<sup>53</sup>.

En cuanto al delito de perjuicio de la reputación comercial, Abanto Vásquez sostiene que este tipo penal exige para su configuración típica objetiva la concurrencia de los siguientes elementos: i) relación de competencia, ii) afirmaciones falsas, iii) realización de actividades perjudiciales, y iv) perjuicio de la reputación económica; y a nivel típico subjetivo se requiere además de la presencia del dolo la concurrencia de un elemento subjetivo distinto del dolo constituido por el ánimo de lucro<sup>54</sup>. Uno de los problemas referidos a su aplicación estaría relacionado con la verificación de la concurrencia

de la relación de competencia, por cuanto en la mayoría de los supuestos de prácticas denigrantes de la reputación comercial de una empresa financiera, las acciones van a provenir de personas naturales que como es obvio no son competencia de aquellas, con lo cual su conducta no se enmarcaría dentro de los parámetros del tipo penal bajo comentario. Sin embargo de la lectura de este mismo no se aprecia la exigencia de la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo o perjudicado en general, y en todo caso queda claro que si el bien jurídico inmediato materia de protección en este caso es la competencia, dicho bien jurídico se ve afectado con la denigración comercial de determinados competidores, por cuanto ello implica que ya no exista una competencia en igualdad de condiciones.

## VII. CONCLUSIONES

1. La decisión constitucional de asumir un régimen de economía social de mercado implicó la incorporación de nuevos objetos de protección para el ordenamiento jurídico.
2. Muchos de esos objetos de protección son de naturaleza colectiva, es decir, cuya titularidad recae sobre la colectividad y no tienen como referente a una persona en particular.
3. Los bienes jurídicos colectivos, en tanto y en cuanto brindan una protección anticipada a los bienes jurídicos individuales mantienen una relación de complementariedad con estos.
4. La protección de los bienes jurídicos individuales se efectúa a través del reconocimiento de bienes jurídicos mediatos y bienes jurídicos inmediatos o con función representativa, cuya lesión implica por lo menos la puesta en peligro concreta de aquellos.
5. En los delitos financieros, como en todos los delitos económicos, el bien jurídico mediato materia de protección está constituido por el orden económico constitucionalmente definido.

(51) BRAMONT ARIAS, Luis Alberto, y GARCÍA CANTIZANO. Op. cit. Pg. 136.

(52) UGAZ SANCHEZ - MORENO, José Carlos. Prensa juzgada. UPC, Lima, 1999. Pg 87.

(53) Sobre este tema resulta interesante revisar la sentencia N° 0905-2001-AA/TC expedida por el Tribunal Constitucional con fecha 14 de agosto de 2002, en la que dicho Colegiado sostiene "Sin embargo, aunque la buena reputación se refiera, en principio, a los seres humanos, éste no es un derecho que ellos con carácter exclusivo puedan titular, sino también las personas jurídicas de derecho privado, pues, de otro modo, el desconocimiento hacia estos últimos podría ocasionar que se deje en situación de indefensión constitucional ataques contra la "imagen" que tiene frente a los demás o ante el descrédito ante terceros de toda organización creada por los individuos. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que las personas jurídicas de derecho privado también son titulares del derecho a la buena reputación y, por tanto, pueden promover su protección a través del proceso de amparo".

(54) ABANTO VASQUEZ, Manuel. Derecho penal económico. Parte especial. Idemsa. Lima, 2000. Pg. 120-127.

6. Por otro lado, el bien jurídico con función representativa, en este tipo de ilícitos, está constituido por el sistema crediticio, el mismo que está conformado por los depositantes, por las empresas financieras y por los beneficiarios de las colocaciones de estas, todos los cuales se hallan vinculados por una relación de intermediación financiera.
7. El bien jurídico "sistema crediticio", tiene una configuración compleja porque en él se presentan dos relaciones de créditos, la primera de ellas, de naturaleza pasiva existente entre el depositante y la entidad de intermediación financiera, y la segunda, de naturaleza activa, existente entre dicha entidad y el sujeto de derecho beneficiario de las colocaciones efectuadas por aquella; ocurriendo que la afectación a una de las citadas relaciones implica la afectación al sistema en su conjunto, dada la estrecha relación que existe entre ahorro e inversión.
8. El pánico financiero, constituye un delito común, en el que el sujeto activo propala noticias falsas respecto a una determinada empresa financiera o respecto a todo el sistema financiero, ocasionando una situación de alarma y desconfianza en la sociedad, lo que produce un retiro masivo de fondos. Retiro masivo que significa que varios ahorristas proceden a retirar sus fondos, retiros que en su conjunto representan una suma significativa de dinero.
9. Las penas previstas para el delito de pánico financiero no se condicen con el nivel de dañosidad social de éste ilícito, restándoles a aquellas cualquier efecto preventivo. **D&S**