

**EL VALOR DE LA INFRACCIÓN
ADMINISTRATIVA EN LA
DETERMINACIÓN DEL RIESGO
PERMITIDO EN EL DERECHO PENAL
ECONÓMICO***

*Dino Carlos Caro Coria***

I

§1. CASO 1: Un empresario tolera que se omita registrar contablemente ingresos por un total de S/2'935.000,00 pese a lo cual, dentro del plazo respectivo cumple con tributar por dichos ingresos. No obstante, dicho empresario es procesado por la comisión del delito contable tipificado por el artículo 5, literal b) de la Ley Penal Tributaria, Decreto Legislativo N° 813, pues la SUNAT entiende que la mera violación de la obligación tributaria de registrar contablemente los ingresos ya realiza el delito mencionado.

CASO 2: El Oficial de Cumplimiento de un Banco peruano omite comunicar a la Unidad de Inteligencia Financiera-Perú de la Superintendencia de Banca y Seguros, una operación sospechosa dentro del plazo de 30 días calendario desde que la misma fue analizada y calificada como tal por dicho oficial, con la opinión favorable del Comité de Prevención del Lavado de Activos del referido Banco. Se trata de 13 retiros de dinero en efectivo por valores superiores a los S/550.000,00 cada uno y efectuados en cuatro días consecutivos, por personas de escasos recursos económicos, algunas ni siquiera están inscritas en el Registro Único de Contribuyentes de la SUNAT, mediante cheques contra la cuenta de una empresa que celebró un polémico contrato con una Municipalidad Provincial y por el cual las autoridades del Ministerio Público y del Poder Judicial vienen investigando la presunta comisión de delitos

* Texto ampliado y actualizado de la ponencia presentada en Lima el 25 de agosto de 1998, en el III Congreso Internacional de Derecho Penal, organizado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Salamanca/España.

** Profesor Asociado de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca/España. Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa.

contra la administración pública y otros conexos. Los retiros se efectuaron desde el día siguiente en que la Municipalidad, en ejecución del contrato, efectuó un primer pago a dicha empresa por la suma de S/7'800.000,00, con dichos retiros el saldo de la cuenta quedó en S/9,99. El Oficial de Cumplimiento enfrenta una investigación por el delito de omisión de reporte de operaciones sospechosas que tipifica el artículo 4 de la Ley N° 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos.

CASO 3: Una empresa minera, reconocida como tal por el Ministerio de Energía y Minas, opera desde hace varios años sin tener todas las licencias y autorizaciones debidamente aprobadas por las autoridades. Producto de sus actividades, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), ha constatado técnicamente que los niveles de PH de las emisiones de dicha empresa a las aguas de un río determinado, superan los niveles máximos permitidos establecidos normativamente por el Ministerio del Ambiente, aunque de momento no existe indicio alguno de afectación a la calidad de los recursos ambientales. Frente a ello, la Fiscalía Especializada en Materia Ambiental formula denuncia penal contra el Gerente General y el Gerente de Medio Ambiente de la empresa por la comisión del delito de contaminación ambiental, tipificado por el artículo 304 del Código Penal.

§2. Como se sabe, el desarrollo de la técnica ha dado lugar a múltiples fuentes de peligro para los bienes jurídicos, pero como su utilidad social hace impensable renunciar a un mundo tecnificado, la sociedad tolera la realización de actividades riesgosas, pero a la vez establece límites a dichos riesgos que en los casos más relevantes como la tutela del ambiente, la salud pública o el ejercicio de la libertad de empresa, se hallan recogidos en la legislación administrativa.

Ciertamente, los casos citados al inicio tienen en común que describen la violación de normas de Derecho administrativo, en concreto el Límite Máximo Permisibles de pH para la descarga de efluentes líquidos de Actividades Minero – Metalúrgicas establecidos por el Decreto Supremo N° 010-2010-MINAM¹, el artículo 17 de la Resolución de la Superintendencia de Banca

¹ El Anexo 01 fija el límite de pH entre 6 y 9.

y Seguros N° 838-2008² que regula el deber de Reporte de Operaciones Sospechosas, y el artículo 175 numeral 3 del Código Tributario que

² «Artículo 17.- Reportes de Operaciones Sospechosas (ROS)

Las empresas están obligadas a comunicar a la UIF-Perú las operaciones detectadas en el curso de sus actividades, realizadas o que se hayan intentado realizar, que según su buen criterio sean consideradas como sospechosas, sin importar los montos involucrados, en un plazo no mayor de treinta (30) días calendario de haberlas detectado. Se considera que una operación es detectada como sospechosa cuando, habiéndose identificado previamente una operación como inusual, luego del análisis y evaluación realizado por el Oficial de Cumplimiento, éste pueda presumir que los fondos utilizados proceden de alguna actividad ilícita, o que, por cualquier motivo, no tengan un fundamento económico o lícito aparente. En los casos en que la empresa haya constituido un Comité para la Prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo, éste tendrá como función asistir al Oficial de Cumplimiento en el análisis y evaluación necesarios para determinar si una operación inusual es sospechosa o no; sin embargo, el Oficial de Cumplimiento es el único que puede calificar la operación como sospechosa y proceder con su comunicación a la UIF-Perú, conforme a Ley. El Oficial de Cumplimiento deberá dejar constancia documental del análisis y evaluaciones realizadas por éste o con la colaboración del Comité, de ser el caso, para la calificación de una operación como sospechosa o no.

El Anexo N° 1 denominado “Señales de Alerta”, contiene una relación de este tipo de señales que las empresas deben tener en cuenta con la finalidad de detectar operaciones sospechosas. Lo anterior no exime a las empresas de comunicar otras operaciones que consideren sospechosas de acuerdo con su sistema de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo. Sin perjuicio de ello, la Superintendencia podrá proporcionar información o criterios adicionales que contribuyan a la detección de operaciones inusuales o sospechosas.

La comunicación de operaciones sospechosas y el Reporte de Operaciones Sospechosas (ROS) que realizan las empresas por medio de sus Oficiales de Cumplimiento tienen carácter confidencial y privado entre las empresas y la Superintendencia, a través de la UIF-Perú.

Las empresas alcanzarán el ROS a la UIF-Perú mediante el medio electrónico que establezca la Superintendencia.»

sanciona las omisiones de registros contables³. Ahora bien, en tales casos podría entenderse que la gravedad del hecho traspasa la frontera del ilícito administrativo e ingresa más bien al ámbito del ilícito penal. Es decir, que se excluye la sanción administrativa y cobra vigor la sanción penal.

De este modo, se suscita la cuestión de si la violación del precepto administrativo tiene o no trascendencia para la tipicidad y la antijuricidad penal. Dicho de otro modo, se trata de determinar si el Juez Penal, al momento de verificar si la conducta se ajusta a los requerimientos del tipo penal, debe tener en cuenta la legislación administrativa que regula cada uno de los sectores que componen el orden económico. En ese sentido, el Juez tiene dos alternativas:

1° La primera opción consiste en que el Juez debe realizar un juicio puramente intrasistemático, basado en la interpretación del tipo penal pero aislado del resto del ordenamiento jurídico, de modo que no le otorgue valor alguno a los preceptos administrativos. Así sucedía por ejemplo en los delitos ambientales del Código Penal Colombiano de 1980 que sancionaba el hecho lesivo para el ambiente al margen de la regulación administrativa.

2° La segunda opción se contrapone a la primera, pues aquí el Juez no es indiferente al principio de unidad del ordenamiento jurídico y opta por delimitar la prohibición contemplada en el tipo penal teniendo en cuenta la regulación administrativa aplicable al caso concreto.

Como veremos a continuación, la doctrina mayoritaria y dominante se inclina por la segunda alternativa, pues se considera conveniente que el Derecho penal económico se sirva de las previsiones del Derecho administrativo a fin de erigir una protección más eficaz de los bienes

³ «Artículo 175.- Infracciones relacionadas con la obligación de llevar libros y/o registros o contar con informes u otros documentos.

Constituyen infracciones relacionadas con la obligación de llevar libros y/o registros, o contar con informes u otros documentos: (...)

3. Omitir registrar ingresos, rentas, patrimonio, bienes, ventas, remuneraciones o actos gravados, o registrarlos por montos inferiores.»

jurídicos de entidad penal. En esa línea de ideas, se habla de la «accesoriedad o complementariedad administrativa» en el Derecho penal económico, accesoriedad que comúnmente se concreta mediante la técnica de la ley penal en blanco o la instauración de tipos abiertos y elementos normativos que, en buena cuenta, obligan al interprete a completar la descripción típica recurriendo a las previsiones técnicas definidas en el Derecho administrativo.

§3. En este contexto de articulación o concurso de la regulación administrativa en la delimitación del injusto penal, y teniendo en cuenta que en el Derecho penal económico es común la presencia de tipos de peligro abstracto y de peligro concreto, se plantea el interesante problema de determinar la relevancia de los preceptos administrativos en la determinación del peligro que para el bien jurídico exige la norma penal. En otras palabras, se trata de evaluar si la sola realización de la infracción administrativa necesariamente nos ubica en el terreno penal por cuanto implica la violación del riesgo penalmente permitido, o si más bien la intervención penal debe exigir algo más que la mera ilicitud administrativa.

La trascendencia de este problema es indiscutible por dos razones:

- 1) Por el alto grado de tecnificación o funcionalización del Derecho penal económico que hace necesario que los tipos penales tengan en cuenta las previsiones técnicas establecidas por el Derecho administrativo, y
- 2) Porque en el Derecho penal económico el legislador es muy propenso a tipificar comportamientos que, literalmente interpretados, equivalen a simples infracciones administrativas, lo que se observa por ejemplo y con mayor claridad en el caso del delito contable inicialmente descrito.

Ahora bien, una toma de posición frente a este problema debe ser consecuente con el grado de accesoriedad administrativa que se defiende en el Derecho penal económico, con la noción de bien

jurídico-penal y con el concepto de riesgo permitido en el Derecho penal.

II

§4. La accesoriedad administrativa en el Derecho penal económico. Acorde con el principio de mínima intervención penal, el Derecho penal económico debe actuar subsidiariamente, sólo en defecto de la eficacia de los medios no penales. En esa perspectiva, tanto la legitimidad como la eficacia de la intervención penal se encuentra en relación directa con el grado de desarrollo de los mecanismos de control extra-penales, de forma tal que si la prohibición criminal carece de un respaldo anterior en el Derecho administrativo o civil, estará condenada al fracaso pues el Derecho penal pretendería operar como *prima ratio*, lo que le llevaría a enfrentarse, aisladamente y sin el concurso de otros sistemas de control, a hábitos y conductas arraigadas socialmente porque previamente no han estado sometidas a ningún modo de intervención o límite. De ese modo, la norma penal se limitaría a verificar una mera función simbólica o testimonial, careciendo rotundamente de eficacia preventiva y protectora, configurándose en consecuencia, según la pluriadida metáfora de HASSEMER, una vergonzante «huida hacia el Derecho penal».

La trascendencia de esta reflexión político criminal radica en que conduce a reconocer la necesidad de que el Derecho penal articule su intervención de la mano con la protección instrumentada fuera de sus muros. Por esta razón, actualmente no se discute la vinculación que debe guardarse entre la norma penal y la norma administrativa. Dicha relación no sólo podrá expresarse en términos negativos, como por ejemplo la delimitación del área de intervención penal y administrativa en orden a evitar un *bis in idem*, sino también, y esto es lo que interesa destacar en este momento, en términos de coordinación o colaboración. En esta última orientación cobra plena relevancia la técnica de la ley penal en blanco, mediante la cual la descripción penal se sirve de la regulación administrativa a fin de determinar el ámbito de prohibición.

Indudablemente ésta técnica, pese a contar con el pronunciamiento favorable de varios Tribunales Constitucionales⁴ TC, parece plantear múltiples problemas relacionados con el respeto a las garantías adscritas al principio de legalidad, razón por la cual se han erigido un conjunto de requerimientos materiales que condicionan su aplicación. Sin embargo actualmente se considera que es un instrumento irrenunciable, precisamente porque impide que el Derecho penal intervenga en el vacío sino más bien contando con el respaldo, mínimo, de las prescripciones administrativas.

Dicho de otro modo, un modelo penal económico **absolutamente independiente** del administrativo estaría sometido a la constante posibilidad de infringir el principio de *ne bis in idem*, pero tendría además graves problemas para identificar las bases o criterios mínimos aplicables en la determinación de la frontera que separa el riesgo penalmente permitido y el prohibido. Por lo tanto, y centrándonos en lo que aquí interesa, la llamada «accesoriedad administrativa» en el Derecho penal cumple, entre otras funciones, la de concurrir en la delimitación del riesgo permitido.

§5. El bien jurídico-penal. Pero esta accesoriedad tampoco debe llevarse al extremo de afirmar una absoluta dependencia entre lo penal y lo administrativo. Ciertamente, desde una noción material de bien jurídico-penal⁵, en términos de merecimiento y necesidad de pena, queda descartada cualquier equiparación entre ilícito penal e ilícito administrativo.

En ese sentido, dado que el Derecho penal no tiene por misión la tutela de meras funciones administrativas, programas estatales o ámbitos de autoorganización, debe descartarse la defensa de un sistema penal **absolutamente dependiente** del Derecho administrativo, pues por ese camino se llegaría a justificar los delitos puramente formales cuyo núcleo de injusto equivale a la simple

⁴ Por ejemplo el español, mediante la STC 127/90 de 5 de julio y la 283/2006 de 9 de octubre. La Corte Constitucional del Perú admite también el recurso a las leyes penales en blanco, como se aprecia en la STC de 22 de setiembre de 2008, Exp. N° 02022-2008-PHC/TC, y en la STC de 7 de mayo de 2009, Exp. N° 03753-2008-PHC/TC.

⁵ CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*. Lima, Gráfica Horizonte, 1999, pp. 44 y ss.

infracción administrativa. De esta manera, contrariamente a lo defendido por autores importantes como Günther JAKOBS, no es posible afirmar que el riesgo penalmente permitido es infringido mediante la violación de un precepto administrativo, o que la peligrosidad de una conducta, o el resultado peligroso o lesivo quedan demostrados o agotados con la simple realización de una infracción administrativa.

En consecuencia, la necesidad de reconocer la accesoriedad administrativa, sumada a una concepción material de bien jurídico-penal, conduce a sostener un modelo penal económico sólo **relativamente dependiente** del Derecho administrativo. Ello significa que el injusto penal no se realiza con la mera infracción administrativa, pues acorde con el principio de lesividad, deberá acreditarse la lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente tutelado.

§6. El riesgo permitido. A juicio de ROXIN la elaboración dogmática en torno al riesgo permitido se halla aún en sus inicios, pero pese a que sobre su significación y posición sistemática reina la más absoluta falta de claridad, es utilizado en múltiples contextos. Esta misma apreciación ha hecho suya para el Derecho español PAREDES CASTAÑÓN, quien se ha enfrentado monográficamente al estudio del riesgo permitido en el Derecho penal. En el caso de la doctrina nacional, esta institución ha sido abordada en el plano general, aunque con especificaciones en el Derecho penal económico⁶.

Entre la diversas posturas en torno la noción de riesgo permitido, se observa la que equipara riesgo permitido con adecuación social (ENGISCH, WELZEL), con lo que las arduas polémicas que sobre la adecuación social se mantuvieron en el pasado han sido endosadas al concepto de riesgo permitido, al extremo de privarlo del reconocimiento que por separado pueden adquirir ambas categorías dogmáticas.

Un segundo sector se aleja de la noción de adecuación social y reduce el marco del riesgo permitido para los supuestos de consentimiento

⁶ GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte General*. T. I. 2ª ed. Lima, 2007, pp. 349 y ss.

en una actuación imprudente (LENCKNER) o como un principio estructural común a todas las causas de justificación (MAIWALD, JESCHECK). Antes bien, otra parcela doctrinal ha negado su relevancia en los delitos dolosos y sólo lo acepta como causa de justificación en los delitos imprudentes, con lo que en la noción de «riesgo permitido» se incardinan múltiples grupos de casos que bien pueden ser reconducidos o resueltos mediante las causas de justificación clásicamente aceptadas (LENCKNER).

Frente a estas posturas, KINAPFEL, ROXIN y HIRSCH entienden que «si se quiere solucionar los casos de riesgo permitido en el marco de las causas de justificación reconocidas, ya no es necesario ese concepto como instituto jurídico autónomo, por lo que cabría pensar en su total rechazo».

Sobre esta consideración orientada a evitar dualidades conceptuales, viene asentándose en la doctrina penal el tratamiento del instituto del riesgo permitido en el terreno de la imputación objetiva del resultado. Como ha detallado MARTÍNEZ ESCAMILLA, en los delitos de comisión, la imputación objetiva permite excluir la tipicidad de aquellos comportamientos que pese a ser la causa natural de un resultado peligroso o lesivo para un bien jurídico, no crean un riesgo penalmente relevante o, en todo caso, dicho riesgo no se materializa en un resultado de lesión o de peligro concreto para el interés tutelado.

Aquí se defiende una concepción dualista del injusto penal, es decir que éste se fundamenta tanto en el disvalor del comportamiento, como en el disvalor del resultado⁷. Ello significa que para que un sujeto sea merecedor de una pena, no basta con que haya emprendido la realización de un comportamiento que con carácter general pueda considerarse peligroso, como por ejemplo la conducción de un coche a una velocidad no permitida que es un conducta a desvalorar (disvalor de la conducta), sino que será necesario además acreditar que en el caso concreto se puso en concreto peligro o se lesionó el bien jurídico-penal, es decir que la afección del bien constituye el disvalor del resultado.

⁷ CARO CORIA, cit., pp. 406 y ss.

En esa línea de ideas, la imputación objetiva opera en el ámbito de la tipicidad, permitiendo excluir la relevancia penal básicamente en dos grupos de casos: 1) frente a las conductas que carecen de un disvalor de acción, lo que puede ocurrir a juicio de ROXIN cuando la acción se enmarca dentro del riesgo permitido, y, 2) cuando el comportamiento, pese a que infringe el riesgo permitido, no da lugar o no se realiza en un resultado de peligro o de lesión para el bien jurídico.

Consecuentemente, debe concluirse con ROXIN que el riesgo permitido es «una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello (...) excluye ya la imputación al tipo objetivo».

§7. Como resumen de lo hasta aquí señalado, cabe precisar tres conclusiones:

- 1) La presencia de normas administrativas que regulan actividades riesgosas sujetas al control penal, plantea el problema de si la regulación administrativa tiene alguna trascendencia o no en la interpretación de los tipos penales.
- 2) La respuesta a esa interrogante depende en buena cuenta de cómo se definan la relación entre el Derecho administrativo y el Derecho penal económico, relación que según lo aquí defendido debe plantearse sólo en términos de relativa dependencia o relativa accesoriedad, es decir que el Derecho penal no puede sancionar meras infracciones administrativas, pero tampoco puede desentenderse del sentido y modo en que el Derecho administrativo protege el orden económico. De esa manera, el Derecho penal económico debe partir de las previsiones administrativas y sobre esa base mínima sancionar los comportamientos que afectan bienes jurídico-penales.
- 3) La discusión dogmática en torno al «riesgo permitido» no afecta para nada su valor para la teoría de la imputación objetiva, según la cual un resultado

lesivo o peligroso para el bien jurídico no es objetivamente imputable a una conducta cuando ésta se considera como permitida o tolerada.

III

§8. Si en coherencia con el principio de ultima ratio, se entiende que la infracción penal debe ser más grave que la administrativa, habrá que admitir entonces, junto con MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, que el límite máximo de riesgo penalmente permitido debe ser mayor que el previsto para el ilícito administrativo. Ciertamente, en contra de lo defendido por JAKOBS, el riesgo penalmente permitido no puede equiparse con el riesgo que se permite en sede administrativa, pues en tal caso desaparecería la frontera penal-administrativa y caería por tierra el principio de última *ratio*.

En efecto, volviendo a uno de los casos citados al inicio, si la empresa minera realiza un vertido violando el límite de tolerabilidad previsto por las normas administrativas, pero a consecuencia de ello no se produce ningún daño o peligro para el ambiente, sólo habrá lugar para la imposición de una sanción administrativa puesto que tan sólo se ha infringido el límite máximo del riesgo administrativamente permitido. No cabe pues la imposición de una pena ante la mera ilicitud administrativa.

En ese sentido, un sistema penal de la lesividad reclama la necesidad de articular la noción de riesgo penalmente permitido con el peligro para el bien jurídico. Dicho de otra manera, el límite máximo de riesgo permitido por el Derecho penal debe determinarse en función de los límites de protección del bien jurídico-penal.

Con esto nos situamos ante un problema que aún viene suscitando una importante discusión en el Derecho penal económico. Para un grueso sector de la doctrina, la instrumentación de tipos de peligro abstracto es irrenunciable si se pretende alcanzar un mínimo grado de eficacia. Pero la aceptación de esta premisa no es pacífica pues para un importante sector (BUSTOS RAMÍREZ, MAQUEDA ABREU, LAURENZO COPELLO, FARALDO CABANA, MENDEZ RODRIGUEZ Y GARCÍA RIVAS) que particularmente he

refrendado en trabajos anteriores⁸, la protección de los bienes jurídicos colectivos, como los del Derecho penal económico, puede erigirse eficazmente recurriendo a fórmulas acordes con el principio de lesividad, es decir mediante tipos de peligro concreto y de lesión, lo que conduce a renunciar a toda manifestación de peligrosidad abstracta.

No es posible ocuparnos ahora de esta importante cuestión, pero si debe dejarse en claro que más allá de cualquier discrepancia constatable en la doctrina científica, actualmente se considera que la exigencia mínima para la intervención penal se concreta en un disvalor de acción consistente en la peligrosidad *ex-ante* de la conducta. Ello quiere decir que el juicio de peligrosidad de la conducta debe realizarse desde una perspectiva *ex-ante*, es decir que el Juez deberá situarse contextualmente en el momento de realización de la conducta, y preguntarse desde allí si el comportamiento emprendido por el autor puede llegar a concretarse en un resultado de peligro concreto o de lesión para el bien jurídico. Así por ejemplo, el que conduce un coche en estado de ebriedad por una carretera abandonada no realiza una conducta peligrosa, sino apenas una infracción administrativa. Igualmente, el empresario que realiza emanaciones gaseosas al ambiente violando las disposiciones administrativas, pero cuenta con el dato científico de que la acción del viento puede reciclar la calidad del aire, entonces no existe infracción penal, dado que al momento de la conducta se sabe que el peligro está excluido.

Estas ideas han motivado que las críticas contra el peligro abstracto por su incompatibilidad con el principio de lesividad, se busquen superar mediante la exigencia de una relación de peligrosidad para el bien jurídico. Ello quiere decir que el Juez deberá constatar en el caso concreto si el comportamiento que infringe una norma administrativa además implica una posibilidad de peligro o lesión del bien jurídico, de allí que se hable en la doctrina de «peligro hipotético» y de «peligro posible». Como precisa MEYER, la acción no sólo debe infringir la prohibición que formal-mente instaura la norma

⁸ CARO CORIA, cit., *passim*, en especial pp. 506 y ss.

administrativa, sino que además, y allí radica su contenido material, debe ser apta para realizarse en un resultado lesivo o peligroso para el bien jurídico.

De esta manera, entendido el peligro abstracto como peligrosidad, se logra delimitar lo que actualmente se considera como la exigencia mínima para la intervención penal: **el disvalor de la acción o del comportamiento**. Esto quiere decir que la intervención penal queda excluida de plano allí donde no exista al menos la peligrosidad de la conducta que infringe una disposición administrativa. Por ende, es posible concluir que el límite máximo del riesgo penalmente permitido debe instaurarse en la esfera inmediatamente anterior a la peligrosidad para el bien jurídico, o dicho de otro modo, a la realización de una conducta *ex-ante* peligrosa.

§9. En este orden de ideas, a la pregunta sobre la utilidad práctica o el valor de las disposiciones administrativas en la determinación del riesgo penalmente permitido debe responderse lo siguiente:

1. Como señalan PRATS CANUT Y GONZÁLEZ GUITIAN, la legislación administrativa **promueve la seguridad jurídica** en el Derecho penal económico, pues en la medida en que ella establece mandatos o prohibiciones en un contexto altamente funcionalizado, el ciudadano tiene menos dificultades para reconocer sus deberes y facultades. Por el contrario, cuando no existe regulación administrativa puede suceder frecuentemente que el ciudadano se halle prácticamente incapacitado para reconocerlos, lo que puede originar exitosos alegatos sobre actuaciones bajo error de tipo o de prohibición.

2. Cumple una **función garantista**, pues el ciudadano que adecue su conducta a las previsiones administrativas, siempre que estas no sean ilícitas, podrá alegar tanto la ausencia de infracción administrativa como de infracción penal, precisamente porque no se ha superado el riesgo permitido.

3. Ahora bien, en los casos en los que si se infringe el precepto administrativo, debe entenderse con PARÉDES CASTAÑÓN y DE LA CUESTA AGUADO que la infracción administrativa cumple una mera **función indiciaria**, *ratio cognoscendi* si se quiere, sobre la superación del riesgo penalmente permitido. Por esa vía, no se vincula absolutamente la tipicidad penal a normas administrativas que no siempre resultan ser tan irreprochables en sus objetivos y en su contenido como en un principio se podría suponer. En todo caso, la infracción administrativa puede operar como «indicio de peligrosidad», de modo que el Juez deberá constatar caso por caso y conforme a las exigencias del concreto tipo penal la presencia de una posibilidad de afectación al bien jurídico.

Esta línea de ideas debe conducirnos a una nueva lectura por ejemplo del delito contable, de modo que para la tipicidad sea insuficiente la infracción del deber formal tributario de llevar libros de contabilidad, previsto en los artículos 87 numeral 4 y 175 del Código Tributario. Ciertamente, debe tomarse prudente distancia de interpretaciones como la de BRAMONT-ARIAS TORRES y GARCÍA CANTIZANO en el sentido de que aquí se sanciona la pura ilicitud administrativa. Por el contrario, acorde con el principio de lesividad deberá acreditarse, como defienden a su vez TERRADILLOS BASOCO o BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, la peligrosidad para el bien jurídico Hacienda Pública, es decir que no cabe la sanción por ejemplo, cuando el obligado tributario puede confeccionar con certeza los libros contables en orden al pago del tributo debido.

De modo similar, la tipicidad del delito de omisión de reporte de operaciones sospechosas del artículo 4 de la Ley Penal contra el Lavado de Activos no puede limitarse a la simple expiración del término de 30 días calendario previsto en el artículo 17 de la Resolución de la Superintendencia de Banca y Seguros N° 838-2008, sin que el Oficial de Cumplimiento de un Banco haya cumplido con reportar la operación ante la UIF-Perú como sospechosa. Una mínima exigencia de lesividad demanda la constatación de que esa omisión se relacione, en efecto, con

operaciones que potencialmente infrinjan los tipos de lavado de activos en sus modalidades de conversión o transferencia (artículo 1 de la Ley N° 27765), u ocultamiento o tenencia (artículo 2 de la Ley), o dicho de otro modo, la conducta omisiva del oficial de cumplimiento debe ser, al menos, *ex ante* peligrosa para el objeto de tutela penal en el lavado de activos, objeto que desde mi punto de vista se concreta en las expectativas del sistema de justicia de identificar, incautar y/o decomisar los productos, efectos o beneficios del delito antecedente, previo o fuente.

§10. Como puede verse de lo aquí reseñado, la regulación administrativa tiene una indiscutible trascendencia en el Derecho penal económico. Por ello ROXIN entiende que la presencia de reglas de cuidado y precauciones de seguridad en el Derecho administrativo son prueba de la existencia del riesgo jurídicamente relevante. Tal importancia ha motivado en nuestro sistema jurídico que el legislador instaure un conjunto de previsiones orientadas a que el Juez Penal cuente con la información técnica relativa al contenido de las previsiones administrativas.

De ese modo, por ejemplo la Primera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 822 en el caso de los delitos contra los derechos de autor, y la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1075 en el caso de los delitos contra la propiedad industrial, establecen para varios delitos económicos la observancia de un requisito de procedibilidad cuya inobservancia puede dar lugar a la nulidad de todo lo actuado en la investigación penal. Tal requisito se concreta en el Informe Técnico que el Fiscal de la causa debe solicitar al INDECOPI antes de formalizar la denuncia penal respectiva por delitos contra los derechos de autor o contra la propiedad industrial. La exigencia del informe constituye una «condición procesal», es decir un presupuesto procesal definido legalmente que debe satisfacerse antes de ejercitarse la acción penal, de modo que su inobservancia da lugar a la procedencia de una cuestión previa (artículos 4 y 77 del Código de Procedimientos Penales, y artículo 4 del Código Procesal Penal de 2004), que incluso puede declararse de oficio por el Juez

y tiene como secuela la declaración de nulidad de todo lo actuado en sede judicial⁹.

De similar forma, en los delitos financieros y otros, la Cuarta Disposición Final y Complementaria de la Ley N° 26702, precisa que deberá recabarse el Informe Técnico de la Superintendencia de Banca y Seguros, «en toda denuncia de carácter penal que se interponga contra una empresa del Sistema Financiero y de Seguros o sus representantes, así como cualquier otra supervisada». A su vez, en los delitos ambientales, el artículo 149 numeral 1 de la Ley General del Ambiente N° 28611 establece que «En las investigaciones penales por los delitos tipificados en el Título Décimo Tercero del Libro Segundo del Código Penal, será de exigencia obligatoria la evacuación de un informe fundamentado por escrito por la autoridad ambiental, antes del pronunciamiento del fiscal provincial o fiscal de la investigación preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal. El informe será evacuado dentro de un plazo no mayor de treinta (30) días, contados desde la recepción del pedido del fiscal de la investigación preparatoria o del juez, bajo responsabilidad. Dicho informe deberá ser meritudo por el fiscal o juez al momento de expedir la resolución o disposición correspondiente».

El contenido de estas y otras previsiones similares en nuestro sistema jurídico, no deben implicar desde luego la renuncia a las facultades interpretativas de la legislación extra penal por parte del Fiscal o del Juez, de modo que se privilegie la interpretación que sobre el derecho, o peor aún sobre los hechos, realicen las autoridades administrativas. La función de estas disposiciones se agota en la puesta a disposición de las autoridades penales, del material probatorio y jurídico administrativo en base al cual el Fiscal o el Juez deberán construir o deducir la regla de cuidado o los niveles de riesgo permitido en cada caso concreto.

§11. Pues bien, indudablemente la discusión de estas interesantes cuestiones excede largamente

⁹ CARO CORIA, Dino Carlos. *La intervención previa del Indecopi en el proceso penal: un modelo para desarmar*. En: *Thémis*, N° 27-28/1994, pp. 223-224.

las pretensiones de esta breve presentación. Antes bien, el entendimiento de la importancia que la noción de riesgo permitido cobra en el orden penal económico, es tan sólo una arista del universo de problemas al que se enfrenta el Derecho penal de la sociedad post-moderna, en la que es impensable renunciar a los beneficios que trae consigo los riesgos de la técnica.

Que «el Derecho penal es la Magna Carta del delincuente» como señalara Franz von Liszt o «la pena una amarga de necesidad» en palabras de Hans Schultz, son pluralizadas expresiones que componen el repertorio penal contemporáneo y al que seguramente habrá que añadir la que constata la instauración de un «Derecho penal de las sociedades de riesgo», contexto en el que precisamente se incardina la noción de riesgo permitido, como punto de partida para la construcción de un sistema de imputación en un ámbito, reitero, altamente funcionalizado, como el del Derecho penal económico.