

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



**Intereses protegidos a través de la tipificación del delito de
Captación Ilegal de Recursos del Público**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR EL GRADO
ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO BANCARIO Y
FINANCIERO CON MENCIÓN EN REGULACIÓN BANCARIA**

AUTOR

Jorge Everardo Lorenzo Villegas Navarrete

ASESOR:

Prof. Mg. Armando Sánchez Málaga Carrillo

Mayo, 2019

RESUMEN

El autor analiza el objeto de protección del delito “Captación Ilegal de Recursos del Público” o “Instituciones Financieras Ilegales” tipificado en el artículo 246° del Código Penal, pasando revista por las principales teorías que lo identifican con la teoría del bien jurídico o la teoría de la vigencia de la norma. Dicha observación se origina a propósito de diferentes pronunciamientos que se originaron de una serie de investigaciones penales que archivaron denuncias por el citado ilícito penal al considerar que el bien jurídico protegido era el sistema crediticio y no el sistema de fondos colectivos. En atención a ello, se analiza las principales teorías sobre el objeto de protección penal, los diferentes pronunciamientos fiscales y judiciales existentes; luego de lo cual el autor pasa a identificar las diferentes formas de financiamiento, incluido el mercado de valores. Asimismo, se analiza los elementos típicos del tipo penal en cuestión, pasando por los elementos normativos del tipo penal, para finalmente dilucidar el interés jurídico protegido el mismo que no se circunscribe al sistema crediticio supervisado por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, ni al mercado de valores supervisado por la Superintendencia del Mercado de Valores, sino se amplía al sistema de fondos colectivos. Éste último no sólo es otra forma de financiamiento, sino que es un mercado que está regulado por una normativa sectorial por parte de la Superintendencia del Mercado de Valores, pero con una raigambre constitucional que le da pleno respaldo para su protección, teniendo en cuenta que el régimen económico propuesto por la Constitución compone un aspecto sustancial del programa social atribuido al Estado.

ÍNDICE

Resumen	2
Índice	3
Introducción	6

CAPÍTULO 1

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL OBJETO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO PENAL: EL BIEN JURÍDICO O LA EXPECTATIVA DE LA NORMA	9
---	---

1.1. Objeto de protección del derecho penal.	9
1.2. Orígenes y principales teorías del bien jurídico	9
1.3. Lo que se entiende como bien jurídico	11
1.4. Teoría de la vigencia de la norma o de las expectativas normativas	12
1.5. Los bienes jurídicos supraindividuales y/o colectivos	15

CAPÍTULO 2

FINANCIAMIENTO DE LOS PRIVADOS: SISTEMA CREDITICIO, MERCADO DE VALORES Y SISTEMAS DE FONDOS COLECTIVOS. ÁMBITOS DE REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DEL ESTADO Y LOS ELEMENTOS DEL ART. 246° DEL CÓDIGO PENAL	17
--	----

2.1. Marco constitucional de la intermediación financiera	21
2.2. Ámbitos de regulación y supervisión del Estado peruano	24
2.3. Regulación y supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros	24
2.4. Regulación y supervisión de la Superintendencia de Mercado de Valores	25
2.5. La necesidad de la tipificación de los delitos financieros, entre ellos el tipo penal tipificado en el artículo 246° del Código Penal	28
2.6. Descripción Típica del tipo penal del artículo 246° del Código Penal	30
2.6.1. Sujeto activo en el tipo penal del artículo 246° del Código Penal	32
2.6.2. Sujeto pasivo en el tipo penal del artículo 246° del Código Penal	33
2.6.3. Elemento objetivo y verbo rector “captación de recursos”	34

2.6.4. El elemento de lo masivo y la habitualidad	35
2.6.5. Sin contar con el permiso de la autoridad competente	36
2.6.6. Consumación y tentativa	37
2.6.7. Concurso de conductas punibles	38

CAPÍTULO 3

OBJETO DE PROTECCIÓN DEL ARTÍCULO 246° DEL CÓDIGO PENAL: BIEN JURÍDICO O VIGENCIA DE LA NORMA

3.1. Problemas en la interpretación del contenido del artículo 246° del Código Penal.	40
3.1.1. Casos jurisprudenciales	40
3.1.1.1. Caso Asociación Medallita Milagrosa	40
3.1.1.2. Caso Roxana	42
3.1.1.3. Caso Dump Truck	43
3.1.1.4. Caso Asociación de Taxistas Profesionales “Progreso Seguro” de Santa Anita	44
3.1.1.5. Caso “Asociación Fray Martín” de Santa Anita	45
3.1.1.6. Caso Asociación Automotriz y Servicios Múltiples Amado por Jehová	46
3.1.1.7. Caso Empresa de Taxis La Huayrona	47
3.1.1.8. Caso Credisold de Juliaca	48
3.1.1.9. Caso Credisold de Arequipa	49
3.1.1.10. Caso “Los Informales de San Juan de Lurigancho”	50
3.1.1.11. Caso Alberto Helmuth Mazuelos Juárez de Tacna	52
3.1.2. Problemas en cuanto a la determinación del sujeto activo.	58
3.1.3. Problemas en cuanto al sujeto pasivo	59
3.1.4. Problemas en la modalidad de captación de recursos de manera ilegal	60
3.1.5. Bien jurídico protegido según la dogmática	63

CAPÍTULO 4

LO QUE DEBERÍA ENTENDERSE COMO EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL ARTÍCULO 246° DEL CÓDIGO PENAL

4.1. El bien jurídico denominado “Estabilidad del Sistema Financiero”	66
4.2. El bien jurídico denominado “Sistema Crediticio”	69
4.3. El bien jurídico denominado “Intermediación Financiera”	70

4.4.	Alejándonos de la teoría del bien jurídico	71
4.5.	Acercándonos a la teoría de la vigencia de la norma o bien jurídico denominado “Orden Financiero”	73
	Conclusiones	77
	Referencias Bibliográficas	78



INTRODUCCIÓN

La discusión doctrinaria respecto a la configuración del tipo penal descrito en el artículo 246° del Código Penal que sanciona al sujeto que directa o indirectamente capta habitualmente recursos del público, bajo la forma de depósito, mutuo o cualquier modalidad sin contar con la autorización estatal, así como el bien jurídico protegido en el ámbito nacional es exigua. El análisis se limita en muchas de las veces en realizar una revisión exegética del tipo penal, sin ahondar en el ámbito de protección o en identificar como el único ámbito de protección al sistema crediticio y a la regulación bancaria, supervisada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS), al que lo identifican como el sistema financiero. Empero, éste no solo comprendería el sistema bancario sino también el sistema del mercado de valores y el sistema de fondos colectivos, mercados que se encuentran supervisados por la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV). El sistema de fondos colectivos es conocido como “panderos”, que es una modalidad por la cual un grupo de personas realizan aportes periódicos en un número determinado de cuotas a efectos de adquirir bienes, los mismos que son administrados por empresas administradoras de fondos colectivos autorizados y supervisados por la SMV.

A raíz de las denuncias de ciudadanos contra los representantes de personas jurídicas o sociedades de hecho al haber realizado aportes de manera periódica sin recibir a cambio los bienes prometidos, bajo la idea de que eran personas jurídicas formales aparentemente con la autorización de la SMV; así como de las denuncias por parte de empresas administradoras de fondos colectivos que sí estaban autorizadas por la SMV, es que se abrieron investigaciones penales en diferentes jurisdicciones, archivándose muchas de ellas por diferentes razones como el no comprender qué mercado financiero era el que se estaba vulnerando. Uno de los errores en la investigación no solo fue confundir la actividad de captación con una permitida, a pesar de que la agencia reguladora competente ya se había apersonado al procedimiento, sino la más importante fue identificar el bien jurídico protegido con el sistema crediticio, cuando el mercado que se estaba vulnerando era el de los fondos colectivos, o en otro sentido lo que se estaba vulnerando eran las normas sectoriales que regulan el sistema de fondos colectivos.

La situación antes descrita nos genera un especial interés académico, toda vez que las conductas de las personas integrantes de dichas personas jurídicas y sociedades de hecho no sólo captarían dinero en desmedro del mercado formal de fondos colectivos y de las empresas formales que allí operan, sino también en perjuicio de la actividad

reguladora del Estado peruano representado por la Superintendencia de Mercado de Valores, creándose un mercado paralelo al formal, originándose una serie de problemas sociales en la comunidad, toda vez que muchos ciudadanos estarían siendo perjudicados o estafados por estas personas jurídicas o sociedades de hecho que no estarían bajo el ámbito de supervisión de la SMV, al entregar sus recursos a personas que no están sujetas a ningún control estatal sin recibir a cambio lo prometido.

A través del entendimiento del sistema crediticio y su diferencia con el mercado de valores y el sistema de fondos colectivos, con preeminencia de este último, así como la demostración de casos reales de la jurisprudencia, podremos identificar el ordenamiento jurídico y los mercados vulnerados en los hechos, los que muchas de las veces no coinciden con el que identificó el Ministerio Público o el Poder Judicial en su momento, ni tampoco con la agencia reguladora competente que autoriza, a pesar de que la SMV en su momento se apersonó al procedimiento como agraviada o parte civil, y sobre todo por el bien jurídico supuestamente vulnerado que en muchos de los casos tampoco coincide con el mercado financiero que en la realidad se vulneró. Con este análisis de casos más el aporte de los autores sobre la materia, podremos demostrar que el tipo penal descrito en el artículo 246° del Código Penal no sólo protege la regulación del sistema crediticio y el ámbito de supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, sino también el sistema de fondos colectivos y su respectiva regulación, así como el que le corresponde al sistema del mercado de valores, incluido los ámbitos donde la ley especial no le permite supervisar y sancionar a la Superintendencia de Mercado de Valores.

Siendo así, la presente investigación se concentrará en determinar la finalidad del tipo penal descrito en el artículo 246° del Código Penal denominado delito de “Captación de recursos del público sin autorización estatal” o “Instituciones Financieras Ilegales” o “Intermediación Financiera Ilegal”, iniciándose con un breve recorrido sobre la teoría del bien jurídico y la vigencia de la norma, la derivación del bien jurídico de la Constitución Política del Estado, los bienes jurídicos supraindividuales y/o colectivos. Asimismo, pasaremos a detallar los sistemas de financiamiento en el mercado peruano, el marco constitucional de la intermediación financiera, los ámbitos de regulación y supervisión del Estado peruano, la regulación y supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros, la regulación y supervisión de la Superintendencia de Mercado de Valores, con énfasis en el sistema de fondos colectivos. Posteriormente, nos ocuparemos sobre la necesidad de la tipificación de los delitos financieros con especial preeminencia el tipo penal configurado en el artículo 246° del Código Penal, su descripción típica como el sujeto activo, el sujeto pasivo, el elemento objetivo y el verbo rector, el elemento de lo

masivo y la habitualidad, la falta de autorización de la autoridad competente, la consumación y la tentativa, así como el concurso con otras conductas punibles. Finalmente, pasaremos a analizar los problemas de interpretación del contenido del artículo 246° del Código Penal, donde realizaremos una descripción sobre la notitia criminis de algunos casos penales relacionados al citado tipo penal, con especial énfasis en la captación de recursos a través del sistema de fondos colectivos, para después indagar sobre la problemática en la determinación del sujeto activo y del sujeto pasivo, así como el interés o el bien jurídico protegido según la jurisprudencia y la dogmática; finalmente, daremos respuesta a la pregunta ¿el bien jurídico del referido delito se circunscribe sólo al sistema crediticio como algunos autores nacionales refieren o es uno más amplio, que incluye otros ámbitos del sistema financiero? Por último, daremos nuestra posición sobre el objeto de protección del citado tipo penal.

Lima, 09 de mayo de 2019



CAPÍTULO 1: CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL OBJETO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO PENAL: EL BIEN JURÍDICO O LA EXPECTATIVA DE LA NORMA

1.1. El objeto de protección del derecho penal

El derecho penal tiene como objeto de estudio los hechos de relevancia jurídico penal realizado por una persona o pluralidad de personas en un determinado espacio y tiempo; sin embargo, no todos los hechos serán relevantes para el estudio del derecho penal, sino aquellos que tengan una alta trascendencia que altere el desarrollo normal de la sociedad. En consecuencia, la normatividad penal no puede intervenir en conductas que puedan ser resueltas por otros mecanismos de solución de conflictos que regulan nuestro ordenamiento jurídico nacional, sino en aquellas que alteren significativamente el orden social y que los otros mecanismos de solución de conflictos resulten ineficientes. Es en este contexto que, el principio de mínima intervención cobra importancia, como señala García Caveró, el derecho penal solamente debe inmiscuirse cuando el problema o conflicto social no puede arreglarse con los otros sistemas ajenos al penal (2012, p. 136); dicho de otra forma, como refiere Villavicencio Terreros, el derecho penal, solamente debe autorizar la intrusión punitiva en la vida del ciudadano en aquellas situaciones donde los ataques están premunidos de una gravedad para los intereses de mayor trascendencia (2006, p. 92), siendo así, este principio exige la existencia de una utilidad (Mir Puig. 2004, p.44).

El artículo IV del Título Preliminar del Código Penal regula el principio de lesividad el cual expresa que será merecedor de pena aquel que lesione o ponga en peligro los “bienes jurídicos tutelados por la ley”; sin embargo, nuestro código sustantivo no indica qué postura doctrinal acoge respecto de la definición de lo que debemos entender como interés o bien jurídico tutelado por el derecho penal, más aún si en la actualidad existe diferentes posturas doctrinales de lo que se debe entender como bien jurídico, por lo que resulta indispensable a efectos de continuar con el presente trabajo sentar una posición al respecto.

1.2 Orígenes y principales teorías del bien jurídico

En ese sentido, es pertinente indicar el origen de las principales teorías, y es que el concepto “del bien jurídico se origina como consecuencia del pensamiento de la

Ilustración, bajo la influencia de la teoría del contrato social, que entendía al delito como lesión de derechos subjetivos” (Villavicencio, 2006, p. 97); Feuerbach señala que el núcleo del ilícito penal es la afectación de los “derechos externos” o dicho de otro modo, “toda pena jurídica dentro del Estado es la consecuencia jurídica fundada en la necesidad de preservar los derechos externos” (1989, p. 63). Como señala Jescheck y Weigend, es gracias a Birnbaum el desarrollo de una definición material del bien jurídico, al proponer que los bienes jurídicos eran objetos materiales que el Estado protege, los mismos que les corresponde a los particulares como a la colectividad (2002, p. 274); es decir, los titulares de los bienes jurídicos no solo son los ciudadanos sino también la colectividad; esto supuso como señala Maurach y Zipf que, luego se considerara que el Estado garantizara la protección de un bien jurídico de forma igualitaria ya sea tanto por la lesión como la puesta en peligro (1994, p. 334).

Posteriormente, Karl Binding –conforme lo refiere Kaufmann- propuso que el bien jurídico se encontraba establecido dentro de la norma jurídica, por lo tanto, a cada norma le corresponde un bien jurídico, no pudiéndose establecer otra orientación más allá del Estado y del Derecho (Kaufmann, 1977, p. 14). En otro orden de ideas, el bien jurídico es establecido por el derecho que a su vez es decidido por el legislador; empero, como refiere Bustos, si este es el criterio positivo - jurídico que no es el límite del poder penal, entonces el único límite es el que voluntariamente decide el Estado, por lo que el concepto de bien jurídico estaría demás (2004, p. 79).

Por su parte Franz von Liszt –citado por Villavicencio Terreros- respecto del bien jurídico señala que el bien jurídico determinado es anterior al derecho, por lo que el orden jurídico no crea el interés, pero la protección del derecho eleva ese interés a la categoría de bien jurídico (2006, p. 98); empero, Liszt no otorgo contenido a la definición de “interés de la vida”, a tal punto que no se precisó que intereses merecen ser tutelados o que criterios ayudaban a ello (Bustos, 2004, p. 79). Luego de este autor, como señala Villavicencio, las corrientes doctrinales siguen dos sendas, los que reconocen la lesión de deber como contenido material de lo típico y antijurídico, y los que destacan la naturaleza teleológica del bien jurídico, los neokantianos buscaron al bien jurídico en una realidad externa al derecho, así Honig ubica al bien jurídico como una “síntesis categorial”; la otra variante fue desarrollada por la Escuela de Kiel del nacionalsocialismo alemán, quienes negaron el concepto de bien jurídico, criterio que después fue abandonado al ser alcanzado por una propuesta que compatibilizaba el bien jurídico y el nacionalsocialismo (2006, p. 99).

1.3. Lo que se entiende como bien jurídico

El otro sector importante de la dogmática propugna que el derecho penal tiene como objeto de protección los bienes jurídicos, los mismos que son esenciales para la convivencia social y cuya intervención se justifica cuando estos son vulnerados gravemente; bienes jurídicos como la vida, la salud, el medio ambiente, la administración de justicia, el patrimonio, entre otros son los bienes jurídicos esenciales para la sociedad. Empero, más allá de las distintas posturas sobre la definición sobre el bien jurídico, se le ha otorgado una trascendente utilidad para establecer el objeto del derecho penal. Un siglo antes von Liszt ya había levantado una muralla a fin de contener los excesos de su política criminal preventiva, esto es la violencia legitimada del Estado para imponer penas, lo que significaría el papel de barrera infranqueable de la política criminal (Feijoo Sánchez, 2015, p. 390).

Roxin señala que Liszt intento llevar a buen puerto la antinomia por él descrita, la dogmática penal o *derecho penal*, y la *dogmática criminal*, la primera consistía en que los presupuestos de punibilidad debían definirse según los principios del Estado de Derecho; pero una vez constatada la punibilidad según el método jurídico, la sanción debía medirse solamente por las necesidades sociales. Es decir, el *derecho penal* es el titular absoluto del “sí”, y la *política criminal* –o dogmática penal- del “como” de la pena (1976, p. 61); es por ello que Mir Puig, expresa por una parte, la existencia de una concepción de bien jurídico “político criminal”; y de otra parte, de una concepción dogmática; sin embargo, como sostiene dicho autor, un código penal tiene indudablemente un programa político criminal; sin embargo, le otorga mayor importancia a la visión dogmática del concepto (1990, p. 137).

Es una realidad que, en nuestro ordenamiento muchas veces el legislador no realice una tarea analítica de razonabilidad al diseñar tipos penales, esto es determinar las “normas de conducta” y las “normas de sanción”, e identifique cuál es el bien jurídico que quiere proteger, de tal forma que cumpla los principios de subsidiariedad, ultima ratio; es decir, no siempre lo que “es” protegido, “debe” ser protegido o está suficientemente “protegido”, refiriéndonos a que el quantum de la sanción corresponda a lo que se pretende proteger; como señala Lopera Mesa, desde la teoría del bien jurídico, dichos bienes que el derecho penal quiere proteger realmente son los “valores” o “intereses” más importantes de un ordenamiento jurídico nacional, recurriéndose a la protección penal cuando los otros mecanismos de solución de conflictos no lo pueden hacer (2005). Sin embargo, como refiere Urs Kindhäuser, la protección de los bienes jurídicos se orienta a una utilidad pragmática social y una utilidad distributiva, pues de

estar solamente fundamentadas en razón a una utilidad colectiva no podrá ser asegurada mediante una norma penal que contemple una pena, pues los ciudadanos valoraran más incumplir y vulnerar el bien protegido que respetar la norma y su objeto de protección. (2017, p. 50-54).

Roxin propone que la protección de bienes jurídicos no sólo preside la tarea político criminal del derecho penal sino también la sistemática de la teoría del injusto, pues el derecho penal protege los bienes jurídicos “frente a los riesgos no permitidos”, por esa razón, la protección de bienes jurídicos y la teoría de la imputación objetiva “son componentes irrenunciables en un proceso social de ponderación de la materia correspondiente a la prohibición” (2007, p. 143).

Finalmente una forma de entender qué es un bien jurídico nos la da Michael Kahlo, en el sentido de que es describible como un “concepto relacional”, una relación considerada como positiva, valiosa como si fuera un bien, “entre un algo, es decir, entre una realidad y un sujeto”, empero no sería una relación jurídica, toda vez que no existe relación jurídica entre cosas y personas; esta relación está vinculada en esencia a la realización de la libertad externa, que viene definida e influenciada desde un primer momento de una relación con otras personas, toda vez que las acciones de éstos pueden respetar la relación entre un sujeto y el bien jurídico; en ese sentido, para dicho autor, no son valores, ni meros objetos o hechos (2007, p. 55). En conclusión, puede indicarse que los bienes jurídicos son –como señala Zaczyc citado por Kahlo- son vínculos reales posibilitadores de la libertad externa de una persona y por ello valiosos, constituidos a partir del actuar intersubjetivo de las prácticas sociales. (2007, p. 56)

1.4. Teoría de la vigencia de la norma o de las expectativas normativas

Ahora bien, una posición sostiene que el objeto de protección del derecho penal son los bienes jurídicos, empero otro sector señala que dada la dificultosa labor de delimitación del concepto, no se puede concluir que el bien jurídico sea el objetivo de tutela, es por ello que Günther Jakobs, entre otros, sostienen que es la vigencia de la norma la finalidad última de derecho penal, pues “(...) la pena no asegura bienes jurídicos, y mucho menos aún los repara, sino que asegura la vigencia de la norma. La protección de bienes jurídicos en todo caso se obtendrá como resultado mediato” (2003, p.59). Jakobs defiende su teoría indicando que no todos los bienes jurídicos pueden verse vulnerados por acciones humanas sino por otras que no lo son, como por ejemplo los desastres naturales. Asimismo, señala “el derecho penal no sirve para la protección

genérica de bienes que han sido proclamados como bienes jurídicos, sino a la protección de bienes contra ciertos ataques, y sólo en lo que se refiere a esta protección los bienes aparecen en la lente del Derecho, y son por consiguiente bienes jurídicos” (2001, p. 15). Para dicho autor, lo que debe garantizar el derecho es que estos bienes jurídicos no sean atacados por una acción humana, y es contra esos ataques que el derecho penal debe evitar, por lo tanto, el enfoque de estudio no debe ser la afectación en sí misma sino en la persona que lo realiza.

Al respecto, compartimos la idea de que la naturaleza o los fenómenos que provengan de ella, o las ocurrencias fortuitas no son destinatarios de la norma penal; en ese sentido, no podemos pretender que exista una protección y una sanción a hechos que no depende de nosotros como componentes de la sociedad, pues el derecho penal no puede ocuparse de cualquier protección respecto de cualquier hecho, sino de aquellos realizados por las personas. La teoría de los bienes jurídicos apunta su protección contra ataques realizados por el hombre y no respecto de hechos o situaciones que están fuera del alcance del control social propugnado por el derecho penal; debiéndose precisar como señala Jakobs que, sólo habrá intervención penal de cara a agresiones determinadas, los cuales se caracterizan no por lesionar una cosa u objeto, sino por oponerse a la valoración positiva que subyace a la norma quebrantada y a la validez que encierra ella (2001, p. 14).

El profesor Jakobs recoge su planteamiento del pensamiento del filósofo alemán Hegel, para quien la noción de Estado se inicia con el principio esencial es el interés del todo social más el de los individuos; para dicho pensador, la finalidad del Estado es el de exigir a los ciudadanos una “actitud” de identidad respecto a los intereses comunitarios, y la esencia de ello sería la moral. Empero, Jakobs interpreta a Hegel desde una visión de principios resaltando aspectos formales de su propuesta filosófica, como cuando considera que el delito es la “negación del derecho” y a la pena, como la “negación de la negación”. Asimismo, considera que el individuo debe estar subordinado al Estado, siendo un deber de la persona que se considere miembro de él.

Si bien se indica que la escuela nacionalsocialista se oponía a la teoría de los bienes jurídicos por considerarla una tendencia liberal y a fin de oponerse a ella postulaban la teoría de la lesión del deber, como señala Alcacer Guirao citando a Dahm: “Según nuestra concepción la esencia de delito no es la lesión de intereses y bienes jurídicos, sino la rebelión contra la comunidad y su ley interna” (2004, p. 48). Sin embargo, como refiere Knut Amelung, en los años treinta también hubo partidarios del nacionalsocialismo que defendieron el dogma del bien jurídico, empero para dicho jurista

refiere que hubo autores como Schwinge que vaciaron la teoría del bien jurídico hasta su identificación con la interpretación teleológica (2007, p. 234). Respecto a esta lectura, Knut Amelung refiere que se trata de que el bien jurídico debe reservarse al estado de cosas que han sido valorados de manera positiva por los que crean el derecho, es decir por el legislador, convirtiéndose de esa manera en un instrumento de interpretación teleológica de los delitos de la parte especial del código penal (2007, pp. 228-229), lo que generó que lo que considerara como ratio legis por parte del legislador era el bien jurídico protegido, incluso lo que podría considerarse arbitrario para algunos. Debemos precisar que, H. Mayer citado también por Alcácer Guirao refiere que: “El fin del derecho no es proteger esferas individuales de libertad, sino, en primer lugar, mantener vigentes las convicciones morales de la comunidad; sólo dentro de este fin superior cabe la protección de bienes jurídicos” (2004, p. 53). Por lo tanto, para dichos autores alemanes, el fin del derecho penal no son los bienes jurídicos per se, sino evitar el ataque o la rebelión hacia la comunidad, el orden social que se imparte es gracias a la ley donde la voluntad del legislador cobra especial importancia; es decir, solo cuando se proteja contra dichos ataques, finalmente se estará protegiendo los bienes jurídicos.

A fin de proseguir con esta teoría cabe comentar lo señalado por Hardwig, -según Alcácer Guirao-, existen dos maneras de vislumbrar el derecho penal, un derecho penal de la sociedad, que se identifica por una predisposición hacia la protección social, es decir atiende a la lesividad social, y el otro, un derecho penal de la comunidad, que se identifica por entender que todo delito supone una lesión a un valor supraindividual de la comunidad, que tienen su base en deberes de índole moral, por lo que en último caso se entendería que el delito supone la infracción a un deber moral o ético y jurídico (Alcácer Guirao, 2004, pp. 66-67). En tal sentido, la finalidad del derecho penal no se centraría en la tutela de bienes jurídicos, sino en el mantenimiento de la comunidad, a través “de la protección de la vigencia de sus valores” (Alcácer Guirao, 2004, p. 49).

Para Jakobs, en vez de que el derecho penal tenga como finalidad la de proteger los bienes jurídicos, debe estar direccionado a garantizar la expectativa de que no se produzca ataques a bienes; en ese sentido, el bien no debe ser representado como una cosa tangible, sino más bien como norma, como expectativa garantizada; por lo tanto, “el Derecho Penal garantiza la vigencia de la norma no la protección de bienes jurídicos” (2001, pp. 28-29). En ese sentido, García Caverio refiere que “el derecho penal económico cumple la función de restablecer la defraudación de expectativas sociales derivadas de la identidad normativa esencial de la sociedad en la economía. Cuando el Derecho penal económico interviene como tal, los objetos valorados positivamente se encuentran lesionados” (2003, p. 37), dicho de otra forma, lo que podrá lograr el derecho

penal es que se mantenga la identidad normativa esencial, en vista de que no se puede regresar al momento anterior a la comisión del ilícito; por lo tanto, los objetos protegidos, no son objetos estáticos positivizados, sino expectativas sociales elementales de la economía; ahora bien, como precisa García Caveró, el derecho penal económico no restablecerá toda defraudación de expectativas, sino sólo aquellas cuya vigencia es “indispensable para el mantenimiento de la identidad esencial de la sociedad en la economía” (2003, p. 43).

Sin embargo, como señala Schünemann, el método normativista – funcionalista de Jakobs, como todo normativismo, alza un frontis de argumentaciones circulares, donde se hace necesario rellenar el vacío mediante puras decisiones, esto significa que Jakobs realiza la apertura a todas las meras decisiones que tácitamente se toman por él como presupuesto para finalmente transigir (1996, p. 208).

1.5. Los bienes jurídicos supraindividuales y/o colectivos

Cuando pensamos y tratamos de identificar los bienes jurídicos individuales no hay mayor problema en entender (patrimonio, vida, salud, etc.); empero, cuando se trata de bienes jurídicos de naturaleza supraindividual o colectiva, estaríamos hablando de bienes jurídicos que no son tradicionales; al respecto Martínez Bujan refiere que se tratan de bienes que no son de titularidad individual, aunque precisa que dada la existencia del prefijo latino “supra” que significa, “arriba” o “encima de algo”, desde su parecer a fin de evitar la imprecisión, el término que debería utilizarse sería el de bienes jurídicos colectivos; sin embargo, si atendiéramos al concepto del diccionario de la RAE, el adjetivo colectivo, no autoriza a efectuar alguna identificación, sino que más bien denota la cualidad de ser “perteneciente a, o relativo a cualquier agrupación de individuos”, lo cual no obliga al supuesto de agrupación general sino a cualquier grupo sectorial. (2007, p. 165).

En ese sentido, refiere Martínez Buján, los bienes jurídicos supraindividuales se refieren a aquellos que son de interés de la sociedad en general, quien a su vez es titular; en tanto los bienes jurídicos colectivos, denominados también difusos, serían aquellos que no afectan a la generalidad, sino a intereses sectoriales; en tanto Roland Hefendehl respecto a los bienes colectivos señala que son omnipresentes, comprenden la seguridad del Estado o del tráfico monetario, lo importante es que la idea de generalidad no basta como criterio exclusivo para precisar su sistematización y estructura. (2007, p. 182).

Cabe destacar como así lo hace ver Corcoy Bidasolo que, entre el bien jurídico individual y el bien jurídico supraindividual o colectivo, el primero es concebido dentro del derecho penal nuclear, donde el bien jurídico penal es altamente personal y es protegido por tipos configurados por los delitos de lesión; en tanto el segundo es concebido dentro del derecho penal denominado accesorio, donde se utiliza como recurso de técnica legislativa el delito de peligro, toda vez que la realización de la conducta típica pone en peligro los bienes jurídicos más no se lesionan (2014, p. 3); dicho de otra forma, podremos afirmar que, si se quiere proteger bienes jurídicos individuales mediante la técnica legislativa de los delitos de peligro, esta no estaría legitimada al no cumplirse con el principio de lesividad; sin embargo, como señala Corcoy Bidasolo si la concepción de los bienes jurídicos es supraindividual para los delitos de peligro, sólo bajo este esquema el bien jurídico será lesionado sólo con la realización de la conducta típica.



CAPÍTULO 2: FINANCIAMIENTO DE LOS PRIVADOS: SISTEMA CREDITICIO, MERCADO DE VALORES Y SISTEMAS DE FONDOS COLECTIVOS. ÁMBITOS DE REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DEL ESTADO Y LOS ELEMENTOS EL ART. 246° DEL CÓDIGO PENAL

Previamente al desarrollo de los sistemas de financiamiento más utilizados por los privados, es saber cómo se origina el deseo de financiarse o proveerse de recursos, y es que ante la necesidad de proveerse de capital a efectos de adquirir bienes o servicios, deben previamente proveerse de fondos necesarios para invertir o adquirir estos, para ello tendrían que ahorrar durante un período de tiempo, de lo contrario recurrir a otras fuentes, siendo una de estas el pedir prestado el dinero que le faltase, a un amigo o a un familiar o tal vez recurrir a un préstamo bancario o al sistema de fondos colectivos; y, si fuera un empresario que quisiera realizar una inversión considerable, tal vez evalúe la posibilidad de adquirir un préstamo bancario con una tasa de interés conveniente o puede que decida financiarse a través del mercado de valores mediante la emisión de bonos u obligaciones o vendiendo sus acciones de la compañía.

El privado a efectos de obtener un bien o servicio necesita financiarse, que por cierto proviene del vocablo “financiar” de origen francés, el mismo que significa, la aportación de recursos necesarios para una empresa, proyecto, negocio u operación; respecto a dicho término, Robert Marcuse lo define como la “forma de obtener recursos, bienes o servicios del mercado, sin la necesidad de pagar la totalidad de su precio, comprometiéndose a completar el pago del precio más intereses, en determinado tiempo” (s/f. p. 84); sin embargo, para que el privado pueda financiarse debe necesariamente acudir a un mercado.

Es en el mercado financiero donde los privados podrán proveerse de recursos a efectos de satisfacer sus necesidades, siendo el objetivo de los mercados financieros el intercambiar el poder adquisitivo presente por un poder adquisitivo futuro, lo que funciona a través de las transferencias de fondos por parte de los agentes superavitarios a los agentes deficitarios que los necesitan, ya sea para un proyecto o una inversión, a cambio de una rentabilidad; rigiéndose por la ley de la oferta y la demanda. En ese sentido, las funciones de un mercado financiero es la de intermediar entre los privados que tienen un excedente y los que necesitan; sin embargo, estos mercados financieros no serán todos iguales sino tendrán sus particularidades dependiendo del tipo de financiamiento o producto financiero que se opte.

Si el mercado financiero es identificado como aquel al cual recurren algunos privados deseosos de recursos denominados agentes deficitarios, uno de los operadores que ayuda a ello, es el intermediario financiero quien, mediante la oferta de un servicio, establece el contacto entre los dos agentes, como señala Mankiw: “los intermediarios financieros son instituciones financieras a través de las cuales los ahorradores pueden: facilitar fondos indirectamente a los prestatarios. El término intermediarios refleja la idea de que estas instituciones se encuentran entre los ahorradores y los prestatarios” (2007, p. 399). Incluso autores como Rodríguez Azuero, entienden que “la expresión intermediarios financieros puede tenerse como sinónimo de intermediarios bancarios”; sin embargo, aclara que esta expresión será válida si se toma al banco en su sentido amplio, de lo contrario podría comprenderse tanto los bancos como otros intermediarios diferentes, si es que el concepto de banco se tomara en su sentido restringido. (2009, p. 127). Dicho esto, se puede afirmar que la intermediación financiera no se circunscribe al ámbito crediticio sino al bursátil, al de sistema de fondos colectivos y otros más si los hubiere.

Los mercados financieros podrían clasificarse según el tipo de derecho, por el momento de la transacción, por el plazo de vencimiento, o por los intermediarios, siendo este último el que nos interesa para efectos de poder entender el mercado crediticio, el mercado de valores y el mercado de fondos colectivos, así como su relación con el tipo penal objeto del presente trabajo. En ese sentido, el mercado financiero podríamos entender como el universo, el mismo que estaría compuesto por el mercado crediticio, el mercado de valores, el mercado de fondos colectivos, entre otros.

Cabe aclarar que, algunos podrían identificar el sistema crediticio con el sistema bancario; sin embargo, el primero sólo se circunscribe a operaciones de crédito y de depósito, denominadas respectivamente operaciones activas y operaciones pasivas, las que comúnmente son realizadas por los bancos, pero también por financieras, cajas de ahorro y crédito, las cooperativas de ahorro y crédito, entre otros. En cuanto al crédito, es preciso señalar -como refiere Blossiers Mazzini-, es un concepto jurídico, donde existe una voluntad de otorgar un crédito o realizar anticipadamente una prestación y ser acreedor del equivalente económico de manera diferida, en donde éste último, está obligado a no pedir la restitución del capital sino al vencimiento de su obligación (2010, p. 209); a efectos de que el acreedor pueda realizar préstamos y no descapitalizarse, debe captar recursos del público superavitario en forma de depósito a cambio del pago de un interés a favor de los depositantes.

Si bien las operaciones de crédito y de depósito son actividades reguladas en el Perú por la Ley N° 27602 y, conforme a los artículos 283 al 289 éstas pueden ser desarrolladas por los bancos, las financieras, las cajas rurales de ahorro y crédito, las cajas municipales de ahorro y crédito, las cajas municipales de crédito popular, las Edpymes, y las cooperativas de ahorro y créditos autorizadas; sin embargo, dichas entidades podrán realizar otras operaciones que faciliten las mismas, como el descuento, el factoring, el arrendamiento financiero, el leasing financiero, el lease back, el renting, el underwriting y un sinnúmero de operaciones dependiendo de qué tipo de entidad lo sea, siendo el banco por excelencia el que tiene la mayor cantidad de operaciones permitidas por ley, excepto la de tomar o brindar cobertura de “commodities”, futuros y productos financieros derivados, así como realizar dichas operaciones por cuenta propia. Siendo así, no se puede identificar el sistema crediticio con el sistema bancario, toda vez que la primera está incluida dentro de la segunda, pero no a la inversa.

Regresando a la idea de intermediación financiera y el motivo de su existencia, como señala García Díaz, Cárdenas Sánchez y Molina Rodríguez, ésta se origina en la asimetría de la información, esto es que, una de las partes no realiza suficiente esfuerzo, o no proporciona la información y las garantías necesarias a efectos de cautelar los intereses de la otra parte, y es por ello que, los privados no sentirían seguros si transaran servicios o actos financieros de manera directa (2011, p. 108). Ahora bien, el tipo de intermediación financiera dependerá del papel que desempeña cada actor, la rentabilidad que espera, el riesgo que toma, la agencia reguladora que supervisa y las comisiones que se cobran están sujetas al tipo de mercado de intermediación en que se encuentren, pudiendo ser el de la intermediación indirecta o la intermediación directa.

En relación al mercado de intermediación indirecta se tiene que participan tres sujetos, el agente superavitario, el agente deficitario, y el agente de intermediación; en dicho contexto como señala John Pineda, los agentes superavitarios depositan su dinero en la entidad financiera –bancos, cajas rurales, cajas municipales, entre otras- a cambio de una tasa pasiva (tasa que paga el banco al depositante), dinero que es distribuido por las instituciones financieras a los agentes deficitarios, recibiendo por dicha entrega una tasa activa (interés cobrado por los bancos por los préstamos otorgados) (2011, p. 4); asimismo, dicho autor señala que es en dichas operaciones que la ganancia del banco vendrá, por el spread o la diferencial de dichas operaciones. La asunción del riesgo será asumida por el banco, pues sin importar que los prestamistas paguen o no los montos previamente entregados, los ahorristas no podrán verse perjudicados ni el banco podría alegar que por una mala colocación se perdió el dinero. (2011, p. 4).

Respecto al mercado de intermediación directa, como señala John Pineda, “tanto el agente superavitario, como el agente deficitario negociarán directamente valores mobiliarios dentro del mercado de valores, sin la intervención de un agente financiero que mitigue el riesgo” (2011, p. 2), caracterizándose dicho mercado en que se podrá obtener mayor rendimiento que en el mercado bancario, así como se tiene mayor información sobre los instrumentos en que los recaerá la inversión, el cual es supervisado y regulado por la agencia reguladora estatal; sin embargo, precisa el citado autor que, es el agente superavitario quien asume el riesgo, siendo un inversionista más no un ahorrista, por lo que la inversión no estará protegida ante una mala decisión que podría hacer perder lo invertido. (2011 p. 2).

Si bien el concepto de intermediario financiero ha sido construido o elaborado tanto para el mercado de valores como para el mercado bancario, podríamos indicar que el sistema de fondos colectivos¹ también podría denominarse como un sistema de intermediación financiera pero con características particulares, pues no hay un agente superavitario, sino que todos son agentes deficitarios, todos no tienen los recursos suficientes para adquirir un bien o un servicio, razón por la cual acuden a un administrador que se encarga de reunir todas las aportaciones periódicas de los agentes deficitarios en un fondo común o colectivo, que no es más que un patrimonio autónomo constituido por las cuotas capitales pagadas por los asociados que, luego de un determinado tiempo el administrador adjudica el bien o el certificado de dinero a uno de los asociados a través de un sorteo o un remate; empero en el caso de incumplimiento de alguno de los agentes deficitarios en el pago de la cuota periódica, el administrador o el agente de intermediación asume el riesgo del cumplimiento a efectos de que dicha acción no perjudique a los otros agentes que se agrupan en torno al fondo colectivo. Como señala el argentino Fernando Aguilar:

Cuando una sociedad administradora realiza su actividad, está interponiéndose entre los suscriptores que pagan las cuotas, y el adjudicatario que recupera por anticipado la suma depositada y obtiene un préstamo con los fondos recaudados. La diferencia con la operatoria típicamente bancaria reside en que la actividad antes descrita transcurre dentro del estrecho margen del contrato de suscripción, donde la sociedad no es libre de emplear los fondos captados como le parezca, sino que los debe invertir en la forma convenida con el suscriptor, y destinar tales fondos a la consecución del objetivo expresado al contratar (1988, p. 43-44)

¹ En Argentina se le conoce como “sistema de ahorro previo por grupos cerrados”

Es decir que, la sociedad administradora de los fondos colectivos es un intermediario que capta o recibe los recursos de los agentes deficitarios –suscriptores de cuotas o asociados-, colocando éstos en un fondo colectivo –patrimonio autónomo- para luego adjudicarlos a uno de estos agentes, quienes además de recuperar el monto depositado, obtienen un monto adicional que sumados dan un monto total con el que podrán adquirir el bien que no pudieron obtener antes.

2.1. Marco constitucional de la intermediación financiera

El artículo 87° de la Constitución Política del Perú hace referencia al ahorro y a la Superintendencia de Banca y Seguros al señalar 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.

La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones ejerce el control de las empresas bancarias, de seguros, de administración de fondos de pensiones, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley.

La ley establece la organización y la autonomía funcional de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

El Poder Ejecutivo designa al Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones por el plazo correspondiente a su período constitucional. El Congreso lo ratifica²

Conforme se aprecia del primer párrafo, se contempla un compromiso por parte del Estado peruano de fomentar y garantizar el ahorro de los privados, para ello se delega a la ley la regulación sobre las obligaciones y límites de las empresas que reciben el ahorro público. Este párrafo no distingue a qué tipo de ahorro o modalidades de ahorro se refiere, sólo se pronuncia de manera general; en cambio el segundo, el tercero y el cuarto párrafo hacen referencia a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) y los mercados que regulan, así como se hace mención a la autonomía constitucional de la SBS; sin embargo, no se

² Texto según modificatoria efectuada por la Ley N° 28484, publicada el 05 de abril de 2005.

hace mención a la Superintendencia de Mercado de Valores y a los mercados que regula como el mercado de valores, el mercado de fondos colectivos y el mercado de productos³.

Al respecto es necesario indicar que, el Tribunal Constitucional en la sentencia del 11 de noviembre de 2003, en el expediente N° 0008-2003-AI-TC⁴, en relación con el Principio de Promoción de Igualdad Económica estableció que:

“2. La economía social del mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de Derecho. En esta imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado”

Es decir, hay dos valores el de la libertad y la justicia que convergen, así como los principios de libertad y promoción de la igualdad; ambos –refiere Marcial Rubio Correa- son principios que pertenecen a la economía social de mercado, y por lo tanto no es una “estructura formal de contenidos, sino también un impulsor de determinadas políticas que hagan realidad los derechos declarados, entre ellos el de igualdad. La Constitución no es estática sino dinámica” (2017, p. 233).

Siendo así, una interpretación amplia del primer párrafo del artículo 87° de la Constitución Política del Perú, permite entender que el Estado peruano no puede asumir el compromiso de fomentar y garantizar el ahorro que se realiza en las entidades bancarias, financieras y otras supervisadas por la SBS, sino también debe incluir cualquier tipo de ahorro que no sea supervisado por dicha agencia reguladora, como lo es el ahorro colectivo que realizan los agentes deficitarios que al no tener una cantidad suficiente para adquirir un bien o un servicio, entregan periódicamente a una empresa administradoras de fondos colectivos una cuota de dinero a efectos de que se agrupe junto a la de otros privados, originándose un ahorro junto a varias personas, es decir un ahorro colectivo que, a su vez es un patrimonio autónomo, por lo que, en determinado momento ya sea por remate o sorteo, cada aportante podrá obtener el monto total del bien o del servicio que en un principio no podía obtener pero que en conjunto los aportantes acordaron obtener.

³ El mercado de productos actualmente no está funcionando o no se encuentra en actividad.

⁴ Se refiere a un proceso de acción de inconstitucionalidad interpuesta por Roberto Nesta Brero en representación de 5728 ciudadanos, contra el artículo 4 del Decreto de Urgencia N° 140-2001.

Una interpretación en dicho sentido, permite al ciudadano la libertad de escoger el tipo de ahorro individual o colectivo, supervisado por la SBS o por la SMV respectivamente; en tanto, la promoción de los tipos de ahorro genera una igualdad material entre los ciudadanos que tienen a su disposición diferentes tipos de ahorro o modalidades de inversión, pudiendo escoger la que más les convenga, una mirada jurídica a dicha situación permite que, no estemos ante una Constitución estática sino dinámica, por que posibilita que el Estado tutele mediante los mecanismos pertinentes no sólo dichos tipos de ahorros sino cualquier otro que pudiera existir, teniendo la posibilidad de intervenir a efectos de asegurar la igualdad material de los ciudadanos.

Hernando Montoya Alberti al comentar el artículo 87 de la Constitución Política del Estado señala que:

“Generalmente la persona que ahorra no lo hace con la idea de la disponibilidad inmediata de su recurso, de ser así depositaría su dinero en una cuenta corriente para disponer de ella en forma inmediata. Quien ahorra lo hace porque busca precaverse de una necesidad futura, o para lograr algunas satisfacciones personales” (2005, p. 1039)

Y es cierto que muchos agentes deficitarios no pueden obtener el bien o el servicio que desean de manera inmediata, es por ello que recurren al ahorro ya sea a través de un ahorro depositando en una entidad bancaria o a través del ahorro colectivo entregando cuotas periódicas para que sean administradas por una empresa administradora de fondos colectivos, y es gracias al primer párrafo del artículo 87 de la Constitución Política del Estado que, se permite entender que este ahorro no se circunscribe al depósito bancario, sino a los otros tipos de ahorro como el ahorro colectivo.

Finalmente cabe aclarar que si bien no hay una mención expresa a los agentes que participan en el mercado de valores que tiene como característica tratarse de intermediación financiera directa; empero, el artículo 59° de nuestra Ley Fundamental señala que el Estado estimula la creación de la riqueza, la que se puede hacer bajo el ámbito del mercado de valores; en tanto la norma constitucional del artículo 65° señala que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios, garantizando el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado, es decir el Estado tutela el interés de los inversionistas en tanto son personas naturales o agentes sofisticados, supervisando para ello la transparencia de la información al momento en que su excedente –que podría ser un ahorro en términos latos- es invertido en dicho mercado. Siendo así no sólo existe una base constitucional para el mercado crediticio, sino también para el mercado de fondos colectivos y también

para el mercado de valores pero que necesita ser entendida a través del contenido de varias normas constitucionales.

2.2. Ámbitos de regulación y supervisión del Estado peruano

Dado que la Constitución Política del Estado tiene el compromiso de fomentar y garantizar el ahorro en términos generales, así como la creación de riqueza, el interés de los consumidores y de los usuarios que recurren a los diferentes tipos de mercado, entre ellos el bancario o crediticio, el de fondos colectivos y el de mercados de valores, que son los que nos interesan en el presente trabajo, es que el Estado a efectos de cumplir con dicho compromiso, es que existe, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) con autonomía constitucional y la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) que se encuentra adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas.

2.3 Regulación y supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros

De acuerdo con el artículo 87° de la Constitución Política del Estado, la “Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones ejerce el control de las empresas bancarias, de seguros, de administración de fondos de pensiones, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares determine la ley. La ley establece la organización y la autonomía funcional de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.” En concordancia con ello, el artículo 345° de la Ley N° 26702 señala que la Superintendencia de Banca y Seguros es una institución constitucionalmente autónoma y con personería de derecho público, siendo su finalidad la de proteger los intereses del público en el ámbito de los sistemas financieros, refiriéndose al bancario y en el de seguros; en ese sentido, ejerce en el ámbito de sus atribuciones, el control y la supervisión de las empresas que conforman el sistema financiero y de seguros y de las demás personas naturales y jurídicas que hayan sido agregadas por mandato de ley.

El artículo 1° del Texto concordado de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros – Ley N° 26702, regula el sistema financiero, el sistema de seguros, así como aquéllas que realizan actividades vinculadas o complementarias al objeto social de dichas personas.

Asimismo, mediante Ley N° 27328 se incorporó a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) al control de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, regulándose dicha actividad bajo el Decreto Ley N° 25897 y modificatorias - Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

Asimismo, de acuerdo a los incisos 1) y 2) respectivamente del artículo 11 de la Ley N° 26702, requieren autorización de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, las personas que deseen dedicarse al giro de las empresas del sistema financiero, como la de captar o recibir en forma habitual dinero de terceros, en depósito, mutuo o cualquier otra forma, y colocar habitualmente tales recursos en forma de créditos, inversión o de habilitación de fondos, bajo cualquier modalidad contractual; asimismo, dedicarse al giro propio de las empresas del sistema de seguros, u otorgar por cuenta propia coberturas de seguro, así como intermediar en la contratación de seguros para empresas de seguros del país o del extranjero; y, de otras actividades complementarias a estas.

Respecto a las actividades antes señaladas Marroquín Martensen señala que:

Podemos resaltar que la SBS es el ente encargado de supervisar a las empresas del Sistema Financiero, por ende de cautelar los intereses de los ahorristas y de preservar la confianza en el Sistema Financiero, cautelando su estabilidad y solidez, otorgándosele para tal efecto una serie de prerrogativas como son el amplio control de todas las operaciones y negocios de las empresas del sistema financiero, que incluye desde las empresas del sistema financiero, hasta la denuncia penal y cierre de local en caso se ejerza la actividad de intermediación financiera indirecta sin la debida autorización. (2013, pp. 152-153).

2.4 Regulación y supervisión de la Superintendencia de Mercado de Valores

De acuerdo al artículo 1 del Decreto Ley N° 26126 – Texto Único concordado de la Ley Orgánica de la SMV, la “Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) es un organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas que tiene por finalidad velar por la protección de los inversionistas, la eficiencia y transparencia de los mercados bajo su supervisión, la correcta formación de precios y la difusión de toda la información necesaria para tales propósitos, a través de la regulación, supervisión y promoción.” Dentro de las funciones de la SMV, el citado artículo señala que se encuentra la de dictar las normas legales que regulen materias del mercado de valores, mercado de productos y sistema de fondos colectivos,

supervisar el cumplimiento de la legislación del mercado de valores, mercado de productos y sistemas de fondos colectivos por parte de las personas naturales y jurídicas que participan en dichos mercados, así como promover y estudiar el mercado de valores, el mercado de productos y el sistema de fondos colectivos.

Es decir, la Superintendencia del Mercado de Valores regula, supervisa y promueve el mercado de valores, el mercado del sistema de fondos colectivos y el mercado de productos. De acuerdo con el inciso 1) del artículo 3° del mismo decreto ley, la autorización de las personas jurídicas que desean participar en el negocio del mercado de valores, mercado de productos y del sistema de fondos colectivos requieren la autorización del titular de la Superintendente del Mercado de Valores; por lo tanto, de no tener la autorización de la entidad, dicha persona jurídica o sociedad de hecho no puede participar en dichos mercados.

Si bien el delito de Captación Ilegal de Recursos del Público o Instituciones Financieras Ilegales podría entenderse que se trata de personas que habrían configurado una estructura destinada a captar dinero del público a cambio de un interés periódico, configurándose así la denominada “banca paralela” y por consiguiente que sería el sistema bancario o crediticio el bien jurídico protegido, donde la SBS juega un rol importante de supervisión y regulación, lo mismo podría ocurrir si la captación de dinero se realiza a través de una organización supuestamente dedicada al mercado bursátil o al mercado de fondos colectivos –más conocido como “Panderos”-; sin embargo, es éste último mercado el menos conocido por la administración de justicia, en donde se ha presentado los casos que son materia de análisis y que se privilegiara a fin de desentrañar el bien o interés jurídico protegido por el tipo penal descrito en el artículo 246° del Código Penal.

Estando a lo antes expuesto, es necesario realizar un poco de historia respecto al surgimiento del sistema de fondos colectivos, por la década de 1930, la presencia de los comercios japoneses en la ciudad de Lima, era muy importante, siendo una de las peculiaridades de los negocios de origen japonés, el pandero nipones o tanomoshi, el que consistía en que un grupo de personas entregaban aportes de dinero en montos fijos, los que a su vez eran entregados por turno a cada participante, la existencia del tanomoshi se produjo al poco dominio del idioma español y a la falta de garantías de dicha colonia al momento de acudir a una entidad bancaria para solicitar un crédito bancario, es así como esa ayuda solidaria entre inmigrantes originó la existencia de nuevos negocios debido a la confianza existente y al sentimiento de comunidad de sus

miembros⁵ (Asociación Peruana Japonesa, s.f.). Décadas más tarde, hacia el 15 de agosto de 1977, la supervisión de las Empresas Administradoras de Fondos Colectivos, estuvo a cargo de la Dirección General de Comercio Interior del Ministerio de Comercio; el Gobierno Militar considerando que por Decreto Ley N° 19648 se había facultado a la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV, hoy SMV) ejercer la supervigilancia de las personas jurídicas organizadas de acuerdo a la Ley de Sociedades Mercantiles, es que se le encargó dicha tarea mediante Decreto Ley N° 21907 de fecha 16 de agosto de 1977 a efectos de regular el funcionamiento de dichas empresas y cautelar los derechos e intereses de sus asociados (Villegas, 1993, p. 43).

Resulta necesario explicar en qué consiste el poco conocido sistema de fondos colectivos, más conocido como “Juntas” o “Pandero”, nombre con el cual inmediatamente se relaciona con grupos de personas que se forman con el objeto de acumular un pequeño capital o ahorro que les permita adquirir bienes para su uso personal o mercadería para su negocio; dicho sistema bajo el nombre de “Juntas” es el que ha proliferado en varios sectores de la población, principalmente en el sector informal y en los grupos de inmigrantes extranjeros que mantienen una estrecha relación como parte su vida social; empero, para un sector de la población económicamente activa que conoce el funcionamiento del sistema de fondos colectivos resulta ser una forma de adquirir un bien o servicio, con la distinción de que el número de sus miembros y los valores de los programas son mucho mayores, las cuotas mensuales son relativamente pequeñas en razón de que los plazos son más largos y la participación masiva de personas que no se conocen, el organizador del grupo no es una persona natural sino una “Empresa Administradora de Fondos Colectivos” autorizada por la Superintendencia de Mercado de Valores.

En nuestro medio existen dos sistemas, como señala Villegas, los que adjudica bienes y/o servicios y los que adjudica certificados de compra; dentro de cada sistema existen sub sistemas claramente diferenciados por el mercado objetivo y la magnitud de precios o valores de los productos y certificados de compra que son materia de adjudicación, cada sub sistema, a su vez, está conformado por subsistemas los que se diferencia por el período de duración, número de asociados y el monto equivalente al valor del bien; por convención, para evitar confusiones, al subsistema se le denomina sistema y al subsistema se le llama programa (1992, p. 49).

⁵ APJ es la Asociación Peruana Japonesa. Recuperado de la página web: <http://www.apj.org.pe/inmigracion-japonesa/historia/colonia-preguerra> el 30 de junio de 2018.

En el sistema que adjudican bienes y/o servicios, el asociado adquiere un bien específico con características definidas, lográndolo por aportes periódicos, de tal forma que, al momento de lograr la adjudicación, el asociado tiene la seguridad de recibir el bien escogido sea cual fuere el precio, las cuotas periódicas que pagan los asociados integrantes del grupo, varían en función al precio de mercado del bien escogido cualquiera sea su precio. El sistema que adjudican certificados de compra, es una innovación del anterior, el asociado al lograr la adjudicación no está obligado a adquirir el bien que escogió inicialmente, puede adquirir cualquier otro bien que le permita adquirir el valor del certificado de compra en la fecha de adjudicación, el tradicional y regulado por el ordenamiento nacional, es el que mantiene invariable el valor del certificado de compra durante el período de duración del programa, al igual que las cuotas mensuales (1992, p. 49).

Cabe precisar que dentro de las atribuciones del Superintendente del Mercado de Valores precisada en el inciso 8) del mismo artículo, a raíz de una modificación introducida por el artículo 4 de la Ley N° 30050 se encuentra la de “intervenir administrativamente los locales u oficinas donde se presume la realización de actividades exclusivas de las personas autorizadas por la Superintendencia del Mercado de Valores(SMV), sin contar con la mencionada autorización, y proceder a la clausura de sus locales u oficinas. Para dicho efecto, se contará con las atribuciones a que se refieren los incisos 6 y 7, esto es, disponer investigaciones e inspecciones, así como citar e interrogar a toda persona que pueda contribuir con el éxito de las investigaciones que lleve cabo la Superintendencia del Mercado de Valores; incluso, dentro del segundo párrafo del inciso 8) del citado artículo, “la SMV se encuentra facultada para requerir la intervención del Ministerio Público”; es así como muchas *notitia criminis* sobre captación de dinero del público por el sistema de fondos colectivos fue comunicada al Ministerio Público para su respectiva investigación penal.

2.5 La necesidad de la tipificación de los delitos financieros entre ellos el tipo penal tipificado en el artículo 246° del Código Penal

En un mundo globalizado como el actual, el surgimiento de nuevas relaciones interdependientes en los aspectos económico, tecnológico, político, social, empresarial y cultura, origina una serie de transformaciones en los diferentes aspectos tanto económicos, sociales como políticos que lo identifican con un carácter global, es ahí donde el derecho penal, como refiere Jesús María Silva Sánchez, se convierte en un mecanismo de transformación de la sociedad (1999, p. 52-53), donde el derecho penal

económico da lugar a que dichas transformaciones se den en beneficio de la sociedad, en algunos momentos de manera eficaz y en otros no, quedando impunes ciertas conductas, pues como señala Albrecht, la criminalidad económica se diferencia de la convencional, como consecuencia de que el derecho penal económico no está en situación, por regla general, de tipificar ciertas conductas de un modo preciso (Demetrio Crespo, 2014, p. 9); es en dicha situación que el delito de captación ilegal de recursos del público, como parte del derecho penal financiero tome una importancia vital para que un país como el nuestro tenga estabilidad financiera, a efectos de que sus ciudadanos -sobre todos los de pocos recursos- logren proveerse de recursos de manera eficiente, y tengan a su disposición varios mercados al que puedan acudir, no sólo el crediticio sino también el de fondos colectivos, a fin de satisfacer sus necesidades patrimoniales.

Es así que, cuando abordamos la problemática de los delitos financieros como señala Lamas Puccio, estamos frente a actos complejos que la mayor parte de veces ocurren dentro del aparente y normal funcionamiento de las instituciones financieras, pero dado el efecto del daño, podrían generar un descalabro en el sistema económico en sus diferentes órdenes de tal forma que, podría poner en peligro el sistema económico, refiriéndose al normal desenvolvimiento de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios en el país (1993, p. 245). Es decir, en este tipo de ilícitos nos enfrentamos a situaciones muy complejas que a simple vista podrían identificarse como actividades normales o incluso como parte del ejercicio de algún derecho, pero que a la postre dichas conductas podrían generar situaciones de gran riesgo para el sistema económico y financiero que a su vez podría generar un peligro para la actividad económica y para las políticas económicas del gobierno.

En nuestro país, a pesar de existir una normatividad especial para regular el funcionamiento tanto del sistema bancario o crediticio como del sistema del mercado de valores y de los fondos colectivos, el mismo que ha sido modificado a fin de adecuarlo a las exigencias en el devenir de los años; en materia de ordenación penal, como señala Fernando Vidal Ramírez, poco o casi nada se avanzó en la legislación penal con la finalidad de tipificar de manera adecuada a los frecuentes actos dolosos, que constantemente se presentaban en el funcionamiento del sistema financiero nacional. (1985, p. 60).

El Código Penal de 1924, la normatividad bancaria desarrollada años después, así como la normatividad creada para el mercado de valores y los fondos colectivos junto con la creación de la CONASEV (Hoy SMV), “poco o casi nada sirvieron para contrarrestar los

fraudes escandalosos que se presentaron en el sistema bancario nacional. Hasta antes de la promulgación de Código Penal de 1991, las calificaciones y tipificaciones necesarias relacionadas a los delitos bancarios (delitos financieros), así como otras modalidades de similar naturaleza no se encontraban tipificadas en nuestra legislación penal de manera adecuada y técnica” (Lamas Puccio, 1993. p. 246).

Es a partir del Código Penal de 1991 que en todo un capítulo se reguló las diferentes conductas que configuraban ilícitos financieros, esto es, en el Capítulo I del Título X del Libro Segundo – Parte Especial del citado código, y es dentro de estos ilícitos penales que, se regulo el delito de Captación Ilegal de Recursos del Público sin autorización estatal o también conocido como el delito de Instituciones Financieras Ilegales o el no menos preciso título, delito de Intermediación Financiera Ilegal, y que es materia de análisis del presente trabajo.

2.6. Descripción Típica del tipo penal del artículo 246° del Código Penal

El tipo penal descrito en el artículo 246° del Código Penal señala:

El que, por cuenta propia o ajena, se dedica directa o indirectamente a la captación habitual de recursos del público, bajo la forma de depósito, mutuo o cualquier modalidad, sin contar con permiso de la autoridad competente, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días multa.

Si para dichos fines el agente hace uso de los medios de comunicación social, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días – multa.

Es decir, quien a su nombre o a nombre de otros, capta de manera habitual recursos del público de forma directa o de manera indirecta, ya sea bajo las operaciones o contratos de depósito, mutuo o cualquier otro tipo de operación sin contar con la autorización de la entidad o agencia reguladora competente. Se tratará de una actividad ilegal sin permiso de la SBS cuando, la actividad de captación se realiza bajo la figura de la intermediación financiera indirecta que es como se le denomina a la actividad de crédito y depósito de los bancos, cajas de ahorro, financieras y otros permitidos por la Ley N° 26702, utilizándose para ello contratos de depósito y/o contratos de mutuo.

En cambio, si la captación habitual de recursos del público se realiza con el fin de realizar una intermediación financiera directa que es como se le denomina a la actividad bursátil,

esto es, cuando es con el fin de adquirir acciones o bonos que se encuentran registrados en el registro de mercado de valores administrado por la SMV, utilizándose para ello cualquier tipo de contrato o modalidad, estaremos frente al mismo tipo penal bajo otra modalidad en donde la entidad reguladora es una diferente a la SBS. De otro lado, también se configurará este delito, si la captación de los recursos del público es bajo cualquier otra modalidad como lo es cuando el aporte se realiza a un fondo común a efectos de adquirir un vehículo o inmueble el mismo que se adjudicará vía sorteo o remate, actividad conocida como administración de fondos colectivos, supervisada por la SMV la misma que será agravada si se utiliza medios de comunicación social.

En el caso de las cooperativas de ahorro y crédito autorizadas por Fenacrep, a través de una autorización normativa delegada de las normas que regulan la supervisión de la SBS, éstas incurrirán en captación habitual de recursos del público, si la captación no la hace con bajo la forma de depósito o mutuo, con fines de ahorro y crédito, bajo el esquema de la intermediación financiera indirecta, sino bajo otro sistema que no esté autorizado por la SBS o la SMV, como lo es los fondos colectivos o el mercado de valores, es decir, si capta recursos del público bajo la modalidad del sistema de fondos colectivos –de hecho existen casos jurisprudenciales que hacen referencia a dicha modalidad-, estarían incurriendo en el tipo penal consagrado en el artículo 246° del Código Penal; de igual forma, si son cooperativas que no son de ahorro y crédito y no se encuentra autorizadas por Fenacrep, si incurren en la captación de recursos vía el ahorro y el crédito, también incurrirían en dicho tipo penal.

Nuestro tipo penal incluye actividades de captación de recursos en un solo párrafo, a diferencia del tipo penal argentino en cuyo Primer Párrafo del artículo 310 de su código sustantivo, se indica que serán sancionados el que realizara actividades de intermediación financiera bajo cualquier de sus modalidades, como señala Paolantonio, necesariamente tiene que ser actividades de intermediación financiera no autorizada siendo el significado de dicho término el que está establecido legalmente en la ley 21.526, que apunta al corazón de la actividad bancaria, definiéndose de esta manera objetiva a la intermediación financiera indirecta realizada por los bancos (2012, p. 197-198), excluyéndose –como señala Paolantonio- la captación sin colocación, como lo son los esquemas tipo Ponzi o piramidales, las actividades de mediación, que son “las actividades de sujetos que realicen gestiones de acercamiento entre oferentes y demandantes de fondos, aun siendo remuneradas, no implican a nuestro juicio intermediación, y así quedan fuera del tipo penal” (2012, p. 207). En cambio, el tipo penal al no incluir dentro de los elementos objetivos del tipo penal las palabras “intermediación financiera”, el tipo penal sanciona los esquemas tipo Ponzi o piramidales

y cualquier otra captación de recursos siempre que sea masiva, habitual bajo cualquier modalidad pero que requiera autorización estatal.

El segundo párrafo del tipo penal argentino circunscribe la captación al mercado de valores, al señalar que al agente como “quien capture ahorros del público en el mercado de valores o prestare servicios de intermediación para la adquisición de valores negociables”; es decir como refiere Tazza, “la acción típica de captar ahorros del público está representada por la toma de dinero de terceros para realizar con ellos una negociación financiera, que ante la presencia de un elemento circunstancial del lugar, debe darse necesariamente dentro del mercado de valores” (2017, p. 412). En cambio, el tipo penal no tiene el elemento circunstancial del lugar, haciendo referencia al mercado de valores, pues como se demuestra en el presente trabajo, nuestro tipo penal se extiende incluso al mercado de los fondos colectivos, conocidos como “panderos”.

2.6.1. Sujeto activo en el tipo penal del artículo 246° del Código Penal

Para atribuir la comisión de un delito a una persona, el proceso de imputación requiere determinar las características de dicho sujeto a efecto de identificarlo, como refiere Villavicencio, “la descripción de los elementos exteriores de la conducta prohibida se inicia con las referencias al sujeto activo” (p. 304), éste último es un concepto dogmático que se utiliza para describir los requisitos que tiene dicho sujeto en el momento en que lleva a cabo la conducta delictiva, en los casos de delitos dolosos, se utiliza “el que” o “al que” (De la Cuesta Aguado, 1996, p. 95) se trata de un sujeto indeterminado, por lo que podría ser cualquiera; en el caso peruano, el tipo penal descrito en el artículo 246° del Código Penal empieza con “El que”, por lo que se trata de cualquier persona al no existir una característica especial. Sin embargo, es necesario aclarar que no es un regreso a la teoría unitaria de la autoría, sino que la determinación de los partícipes tendrá que ser examinado a las resultas de la investigación con cara a lo establecidos en los artículos 24° y 25° del Código Penal.

García Cavero en cuanto al sujeto activo expresa que, este ilícito puede ser perpetrado por cualquier persona, por lo que se refiere a un delito común, siendo lo usual que la actividad delictiva sea desplegada por una persona jurídica (2016, p. 1689); en tanto, Lamas Puccio expresa que estamos frente a un delito que puede ser cometido por cualquier persona, a cuenta propia o a título de otro dedicado a captar recursos del público cuya autoridad competente es la Superintendencia de Banca y Seguros (1993,

p. 262); Bramont-Arias señala que, “puede ser cualquier persona que se dedique a captar de forma habitual recursos del público” (2006, p. 454), Reyna Alfaro refiere que, “el delito de intermediación financiera ha sido configurado como un tipo común, en la medida que cualquier persona natural puede ser sujeto activo de la conducta” (2002, p. 533).

En Colombia, Hernández Quintero señala que este tipo penal es el único cuyo sujeto es indeterminado, no requiere cualificación alguna, en ese sentido, cualquiera que se dedique en forma masiva y habitual a captar dineros del público sin permiso legal o a promover, patrocinar, inducir, financiar, colaborar con esta conducta o realice cualquier otro acto para captar dineros, será sujeto activo; incluso precisa que, “también puede efectuarse la operación ilegal por parte de entidades autorizadas para otras actividades como el factoring o compra de cartera, que no cuentan con permiso para recibir dineros en préstamo de particulares” (2015, p. 525); pero resulta ilustrativo citar el caso colombiano toda vez que, a mediados del año 2008, el tipo de captación masiva y habitual de dineros fue modificado por el Decreto 4336 de 2008, como señala Muñoz García, dichas disposiciones excepcionales se convirtieron en legislación permanente a partir de la Ley 1357 de 2009, ampliándose el alcance típico de la norma, ya no solamente al sujeto activo que capte, sino también a todo aquel que promueva, colabore, induzca, patrocine, financie o realice “cualquier otro acto” para captar, redacción que ha “desvertebrado gravemente la aplicación de la teoría de la participación criminal como dispositivo amplificador de este tipo penal”, toda vez que cualquier que preste colaboración al captador ya no será cómplice sino será autor o coautor (2016, p. 234).

2.6.2. Sujeto pasivo en el tipo penal del artículo 246° del Código Penal

En relación al sujeto pasivo, Lamas Puccio indica que no “puede dejarse de considerar que el sujeto pasivo de este delito resulta ser la sociedad entera”; Bramont-Arias refiere que el sujeto pasivo es la colectividad (2006, p. 454); Reyna Alfaro indica que el “sujeto pasivo de la conducta viene a ser la colectividad, en la medida que estamos ante un bien jurídico de orden macrosocial” (2002, p. 534); mientras que García Caverro expresa que, “el sujeto pasivo del delito serán los ahorristas que han entregado sus fondos a quien no está autorizado para intermediar en el mercado crediticio o de valores mediante la captación de fondos del público” (2016, p. 1689).

Sin embargo, la posición de dichos autores difiere de la del colombiano Hernández Quintero quien expresa que, “en este comportamiento, que lesiona el orden económico

social, el sujeto pasivo es el Estado, titular del bien jurídico que se busca tutelar. Debe advertirse que lo que quiere sancionar el estatuto punitivo, prioritariamente, es el ejercicio ilegal de la actividad financiera, esto, es que personas sin la debida autorización se dediquen a este importante ramo de la economía, sin perjuicio, desde luego, de que los ahorradores que resulten afectados puedan intervenir como víctimas en procura de la correspondiente indemnización por los perjuicios irrogados” (2009, p. 31). Tan es así que, dicho autor cita como ejemplo lo resuelto por el Tribunal Superior de Bogotá al resolver un recurso de apelación contra la sentencia condenatoria expedida en el proceso por defraudaciones a través de la Caja Vocacional en Providencia del 05 de mayo de 1993, en el que se determinó que:

Por sujeto pasivo debe entenderse el titular del bien jurídico ofendido, esto no quiere decir que pueda identificarse el sujeto pasivo de un delito con el perjudicado por ese delito. Se puede ser ofendido sin ser perjudicado...

Lo anterior nos lleva a la conclusión de que, si el permiso y el posterior control de la Superintendencia Bancaria tiene por objeto preservar el sistema financiero y darles seguridad a los ahorradores, lógico es que cuando se infringe el mandato, es el Estado el sujeto pasivo de la infracción; y cuando ese comportamiento ilegal causa baja patrimonial a los particulares, son ellos los perjudicados y, por ende, tienen derecho al resarcimiento. Conclusión a la que se llega incluso, siguiendo un elemental principio de equidad y de justicia (2015, p. 526).

Sin embargo, debemos aclarar la diferencia existente entre el sujeto pasivo del delito y los perjudicados que pudieran existir como consecuencia del accionar delictivo, en cuyo caso ellos serán titulares de una indemnización o reparación civil.

2.6.3. Elemento objetivo y verbo rector “captación de recursos”

Con relación a la descripción típica del artículo 246° del Código Penal, uno de los elementos objetivos del tipo es el “captar recursos”, al respecto Bramont-Arias señala que estos son del público el cual significa:

Incorporar, coger o recibir caudales provenientes de un conglomerado de personas. Los medios por los que se realiza la captación pueden ser cualquiera; a manera de ejemplo se citan el depósito o mutuo. Esta captación de recursos

tiene que ser habitual, es decir, usual. Por tanto, no se comprenden los supuestos en que la captación de recursos se realiza una sola vez.

En la captación habitual de recursos hay ausencia de autorización para realizar las actividades de intermediación financiera. La autoridad competente para conceder dicha autorización es la Superintendencia de Banca y Seguros; dicha falta de autorización implica ya una captación irregular. Esto se justifica por la necesidad de controlar la expansión de un posible mercado extra bancario. (2006, p. 454)

Lamas Puccio refiere que el autor colombiano J. Cancino Antonio respecto al elemento objetivo del tipo, captar dinero del público, “significa incorporar, coger, recibir caudales de un conglomerado de ciudadanos”; asimismo, precisa que el elemento esencial del tipo penal se concentra en la ausencia de autorización, esto es, de la agencia reguladora bancaria, denominándola a ello una captación irregular de recursos del público (1993, p. 262); en igual sentido opina Reyna Alfaro (2002, p. 534). García Caveró al respecto hace una precisión en el sentido que es imprescindible demostrar que existe la disposición de recibir recursos dinerarios de cualquier privado, lo que hace el tipo penal al estar configurado como un delito de organización hace que todos los actos de captación comprendan solamente una sola realización típica (2016, p. 1690).

Sin embargo, en Colombia a raíz de una modificación legislativa a propósito de una situación de emergencia económica, como señala Hernández Quintero, no sólo se busca sancionar la captación, sino también el desarrollar, promover, patrocinar, inducir, financiar, colaborar o realizar cualquier otro acto para captar dineros del público en forma masiva y habitual sin el permiso estatal, situación que evidencia que en dicho país se encuentran ante un tipo penal compuesto; sumado a ello, lo interesante es que según dicho autor, señala que respecto a dicho ilícito nos encontramos frente a “un tipo penal de mera actividad que no exige ningún resultado para su adecuación típica, es decir, que la conducta penal se perfecciona cuando la persona recibe dinero del público (2015, p. 527).

2.6.4. El elemento de lo masivo y de la habitualidad

En relación a la “habitualidad”, García Caveró refiere que, no se sanciona la ejecución de cada acto individualizado de captación de recursos, sino el “despliegue de una actividad permanente, lo que se desprende de la exigencia típica de la habitualidad de la captación” (2016, p. 1690). En Colombia como señala Hernández Quintero, a fin de

puntualizar que debe entenderse por captación masiva y habitual señala que el presidente de la república a través del decreto 3227 del 12 de noviembre de 1982, conforme a sus atribuciones consagradas en el ordinal 3° del artículo 120 de la Constitución Nacional, vigente en aquel entonces, reglamentó el Decreto 2920 el cual indicaba que se entendía que una persona natural o jurídica capta dineros del público en forma masiva y habitual cuando su pasivo para con el público esté compuesto por obligaciones contraídas con más de 20 personas, o por más de 50 obligaciones, siempre que el valor total de las obligaciones, en uno u otro caso, sobrepase el 50% del patrimonio líquido de la persona, o que, en “situaciones de endeudamiento hayan sido resultado de haber realizado ofertas públicas o privadas innominadas o, de haber utilizado cualquier otro sistema con efectos idénticos o similares” (2010, p. 528). Sin embargo, en nuestro país no existe un parámetro normativo que indique un número mínimos de personas u obligaciones para entender que se trata de una captación masiva o habitual.

2.6.5. Sin contar con el permiso de la autoridad competente

De acuerdo con la normatividad las actividades financieras, bursátil, aseguradora, de fondos colectivos y cualquiera que sea el manejo de recursos del público debe contar con el permiso del Estado peruano, es por ello que a se le ha otorgado reconocimiento a través de una ley tanto a la Superintendencia del Mercado de Valores como a la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP para que regulen dichos mercados y otorguen permisos previa evaluación de las empresas que pretendan ingresar a dichos negocios. Como indica García Caveró, la norma penal exige un elemento negativo del tipo, esto es que la conducta penal se realice sin contar con el permiso de la autoridad competente, lo que significa que se asume una relación de accesoriedad administrativa de acto, es decir no se configurara el ilícito penal si la SBS o la SMV autorizaron a la entidad realizar labores de captación de recursos del público (2016, p. 1690-1691).

Es preciso anotar y teniendo en cuenta lo antes expuesto que, desde el punto de vista de la teoría de la imputación objetiva a efectos de determinar si un comportamiento es típico o no, además de la relación que debe mediar entre la acción y el resultado, es decir de que el agente y los partícipes, además de la estructuración de cómo captarían los recursos del público, así como la organización para dicho fin, hasta la captación misma de recursos del público, es necesario verificar si se ha creado un peligro jurídicamente desaprobado o no, lo que efectivamente ocurre toda vez que, infringirían normas regulatorias que les exigiría contar con una autorización estatal, en caso no la

tuvieran se habría producido el peligro jurídicamente desaprobado; sumado a ello, es necesario determinar si se ha creado un riesgo típicamente relevante o no, para ello debemos preguntarnos si la conducta de dichas personas crean un riesgo para los bienes jurídicos involucrados denominados por los autores como el sistema financiero (el sistema crediticio, el mercado de valores, el sistema de fondos colectivos u otro), la estabilidad financiera, o la expectativa normativa del sistema financiero, si la respuesta es sí, entonces estaríamos ante un riesgo típicamente relevante.

Luego de ello, es necesario verificar si las personas que captan recursos del público de forma masiva y habitual bajo las modalidades que indica el tipo penal, lo hacen pensando en que un comportamiento normal, no serán imputables, empero si pueden considerar que en la sociedad existen empresas formales que captan dinero ya sea bajo la modalidad del sistema crediticio, del mercado de valores o del sistema de fondos colectivos bajo una conducta adecuada a derecho, entonces sí serán imputables, pues como señala Basílico, si bien están regidas en gran parte del derecho privado, empero por “realizar actividades propias del sistema financiero, tales entidades deben ajustar su actuación a normas de derecho público que les resultan imperativas, en tanto están dirigidas a mantener la disciplina del sector y a evitar riesgos de insolvencia o falta de liquidez, para proteger a los usuarios del sistema, inversionistas, ahorristas y acreedores” (2019, p. 90). Dicho de otra forma, el agente debe considerar que su comportamiento debe necesitar desde una autorización hasta una supervisión estatal, así como el cumplimiento de una serie de normativas para dichas operaciones económicas, si ello ocurre, entonces sí serán sujetos de imputación del delito de captación de recursos del público sin autorización estatal, exceptos aquellos partícipes que actuaron en la creencia de que la captación de recursos del público contaban con los permisos respectivos y cumplían con la normatividad regulatoria respectiva.

2.6.6. Consumación y tentativa

El delito de captación ilegal de recursos del público es un delito de peligro abstracto, de tal forma que, cuando el sujeto activo recibe el dinero del público se consuma el delito; sin embargo, como señala Hernández Quintero no es posible la tentativa, toda vez que el legislador anticipa la protección del bien jurídico tutelado (2015, p. 537); de igual forma Muñoz García y Montaña Velandia, refieren que, la doctrina predominante se inclina por la posición que no es admisible la tentativa por tratarse de un delito de peligro abstracto (2013, p. 109); ahora bien, si bien podría existir el caso de que una persona jurídica haya colocado en sus estatutos como objeto social el captar dinero del público de

manera habitual ya sea ofreciendo entregar un interés por el recurso captado o través del sistema de fondos colectivos, objeto social que los fundadores o los representantes de dicha persona jurídica hayan decidido realizar a pesar de tener conocimiento que dicha actividad sólo la realiza las personas jurídicas que tienen autorización estatal ante la agencia reguladora respectiva, pero que a la fecha de la intervención de la autoridad administrativa, nunca captaron fondos del público, podría considerar que estaríamos ante una tentativa; sin embargo, conforme a los autores señalados, resultaría demasiado drástico sancionar dicha conducta toda vez que nos encontraríamos muy lejos de la lesión o la afectación al bien jurídico.

2.6.7. Concurso de conductas punibles

Si bien como sostiene Muñoz García y Montaña Velandia, es posible el concurso de hechos punibles entre el delito de Instituciones Financieras Ilegales y el delito de falsedad material si es que el sujeto activo que realiza la captación falsifica la autorización de la entidad reguladora⁶, o si de haberla falsificada la usa como si fuese verdadera, configurándose así el delito de uso de documento público (2013, p. 110); sin embargo, en virtud al Principio de Especialidad, como señala Bustos, consistiría en que entre varios tipos penales, uno excluye a los otros al configurar de manera específica los hechos imputados, por lo que el tipo penal más específico primara sobre los tipos generales (2004, p. 646); en ese sentido, frente al ejemplo propuesto, nos encontraríamos ante un concurso aparente de leyes o concepto de unidad de ley⁷, como reitera Bustos, éste se presenta cuando un comportamiento delictivo está determinado completamente por un sólo tipo penal (2004, p. 588).

Asimismo, si el sujeto pasivo entrega su dinero en la creencia que se encuentra ante una entidad que tiene autorización, representación mental a la que llega por que es engañado e inducido a error, luego de lo cual no le entregan los intereses o los valores prometidos o el auto, podría configurarse el delito de estafa, pues el sujeto pasivo es desposeído de su patrimonio pues pone a disposición del captador o de los sujetos que colaboran con éste o trabaja con éste en la idea que en el futuro recibirá una contraprestación a su favor, empero transcurrido dicho período de tiempo no recibe el pago de interés convenido o el auto supuestamente a adquirir, viéndose perjudicado,

⁶ En el Perú nos referimos a la SBS y la SMV.

⁷ Felipe Villavicencio señala que el código penal del Perú no contiene una norma que regule el concurso aparente de leyes o concepto de unidad de ley, como si lo tenía el código penal peruano de 1924. Según lo señala en la página 711 de su obra "Derecho Penal Parte General" publicada a través Editorial Grijley en el 2006 en la ciudad de Lima.

estaremos frente a la configuración de los elementos objetivos de la estafa. Dicha posibilidad es sostenida por Hernández Quintero (2009, p. 30) y por Muñoz García y Montaña Velandia (2013, p. 111); sin embargo, debemos precisar que podría haber concurso de delitos, pero respecto a la estafa, el agraviado sería el particular más no el Estado toda vez que el bien o interés protegido es el patrimonio del agraviado; en cambio bajo la figura del tipo penal del artículo 246° del Código Penal, el agraviado sería el Estado al ser él quien da la autorización a los privados a través de sus agencias reguladoras a efectos de que puedan captar recursos del público, de esta manera dicha actividad además de autorizarse, será monitoreada o supervisada de manera constante a través de medios informáticos y visitas de inspección, lo que evitara que las personas que aporten su dinero puedan sufrir eventualmente algún perjuicio, lo que no podría lograrse a través de la estafa pero sí a través de la tipificación penal de este tipo de conducta mediante el delito de captación ilegal de recursos del público, debiendo precisar que el perjuicio como elemento objetivo del tipo, sólo lo sería de la estafa, más no de la captación ilegal de recursos del público.

Sumado a ello, el delito de captación ilegal de recursos del público permite el concurso con el lavado de activos, pues como es de público conocimiento en la zona de VRAE muchas cooperativas de ahorro y crédito sin autorización de la FENACREP ni de la SBS operaban captando dinero del público a cambio de altos intereses, dinero que provenían de actividades ilícitas, situación que no es exclusiva de nuestro país, pues en Colombia también es una situación común, como señala Hernández Quintero, “esta actividad de captación masiva puede convertirse en una cortina que proteja a quienes por esta vía, logran dar apariencia de legalidad a recursos provenientes de actividades ilícitas” (2015, p. 539), pues “las organizaciones captadoras pueden usarse eventualmente para canalizar recursos originados en actividades ilícitas y servir de canal de blanqueo de capitales” (Muñoz García y Montaña Velandia. 2013, p. 111)

CAPÍTULO 3: OBJETO DE PROTECCIÓN DEL ARTÍCULO 246° DEL CÓDIGO PENAL: BIEN JURÍDICO O VIGENCIA DE LA NORMA

3.1. Problemas en la interpretación del contenido del artículo 246° del Código Penal

3.1.1. Casos jurisprudenciales

Una de las formas de verificar la existencia de una adecuada interpretación del tipo penal es a través de casos jurisprudenciales; los casos que se han escogido en su mayoría están referidos al sistema de fondos colectivos más conocidos como “panderos” o “juntas” en donde los sujetos activos a efectos de captar recursos del público se constituyen en su mayoría en asociaciones de transportistas o taxistas ofreciendo al público la eventual adquisición de un vehículo a cambio de que previamente se afilien como asociados o socios y luego realicen aportes periódicos; asimismo sólo un caso está referido a un imputado que ofrece colocar el dinero captado del público en la actividad bursátil entregando a cambio un tasa de interés o una rentabilidad fija, actividad que no se asemeja al sistema de fondos colectivos ni al sistema del mercado de valores supervisados por la SMV, sino a la actividad bancaria supervisada por la SBS.

Asimismo, los casos han sido seleccionados en función al bien jurídico identificado por las autoridades que aparece allí descrito el mismo que en su mayoría lo identifican con el sistema crediticio o bancario, en tanto otros casos han sido escogidos en función a que se identifica la modalidad de la captación mediante la utilización de un contrato de mutuo, el mismo que se asemeja a la actividad bancaria mas no de fondos colectivos, lo que evidencia una confusión en la identificación de las operaciones bancarias con la del sistema de fondos colectivos.

3.1.1.1. Caso “Asociación Medallita Milagrosa”⁸

A propósito de una denuncia de parte de la empresa Promotora OPCIÓN S.A. Empresa Administradora de Fondos ante la Fiscalía de Prevención del Delito de Cajamarca contra

⁸ Este caso se encuentra concluido y archivado.

los representantes de la “Asociación Medallita Milagrosa” con domicilio en la ciudad de Cajamarca, por haber estado realizando captación de dinero del público en la modalidad de fondos colectivos sin autorización estatal, al haber estado ofertando la adquisición de motos a través de una página de la red social de Facebook, donde se establecía una cuota de inscripción y el pago de una cuota mensual; es que, la Superintendencia del Mercado de Valores mediante la Resolución de Superintendente N° 153-2013-SMV/02 del 27 de noviembre de 2013, dispuso la intervención y clausura de las oficinas donde funcionaba la persona jurídica, diligencia que se realizó el 04 de febrero de 2014, luego de lo cual, se abrió una investigación preliminar ante la 02° Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Cajamarca, realizándose las diligencias pertinentes; sin embargo, dicho órgano fiscal mediante Disposición Fiscal del 06 de mayo de 2014 resolvió declarar la no procedencia de la formalización y continuación de la investigación preparatoria contra el representante de dicha asociación por el presunto delito de instituciones financieras ilegales en agravio de la SMV toda vez que no se habría recabado elementos de convicción de la comisión del delito a pesar de que entre sus fundamentos se estableció que, la asociación era pasible de las sanciones administrativas correspondientes así como la disposición de la intervención y clausura de la oficina legal de la asociación.

Que, contra el archivo dispuesto por la 02° Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Cajamarca, la Procuraduría Pública de la SMV interpuso el recurso de elevación respectivo, siendo resuelto por la 03° Fiscalía Superior Penal de Apelaciones de Cajamarca mediante Disposición N° 334-2014-MP-TFSP-CAJ de fecha 04 de agosto de 2014 declarándolo infundado y confirmando la disposición recurrida, fundamentando para ello que, el ingreso de una entidad financiera al sistema bancario y financiero, debe suponer una rigurosa evaluación por parte de los órganos predispuestos, de que cuente con los estándares suficientes para poder garantizar la seguridad de los fondos que capte a través de sus potenciales clientes, entendiendo para ello que la Ley N° 26702, Ley del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros precisa que las empresas que pretenda captar dinero de terceros, en depósito, mutuo o cualquier otra forma, y colocar habitualmente tales recursos en forma de créditos, inversión o de habilitación de fondos, bajo cualquier modalidad contractual; finalmente la citada Fiscalía Superior Penal argumentó que, en el presente caso no se encuentran frente a una entidad del sistema financiero ilegal, pues su perfil operativo e institucional de la entidad no ha buscado generar una inestabilidad dentro del desarrollo del sistema financiero.

La importancia de este caso radica en que identifica la actividad de la persona jurídica involucrada con el sistema bancario más no con el sistema de fondos colectivos, utilizando para ello una definición legal de la Ley N° 26702 – Ley del Sistema Financiero

y del Sistema de Seguros, y que sólo cuando el sujeto activo genere una inestabilidad del sistema financiero podrá incluirse dentro del tipo penal, de lo contrario no será una conducta punible.

3.1.1.2. Caso Roxana⁹

El 27 de septiembre de 2014, la empresa Promotora OPCIÓN S.A. Empresa Administradora de Fondos hizo de conocimiento a la SMV que las empresas denominadas “Grupo Roxana EIRL” y “Roxana Inversiones Empresa Administradoras de Fondos S.A.” ofrecían el sistema de fondos colectivos en la ciudad de Tacna, razón por la cual la SMV mediante Resolución de Superintendencia Adjunta SMV N° 001-2015-SMV/10 del 20 de enero de 2015 autorizó al personal de la SMV para que realizara la intervención y clausura de las empresas involucradas, intervención que se realizó con personal de la Fiscalía de Prevención del Delito de Tacna el 29 de enero de 2015; como consecuencia de ello, se formuló la denuncia penal de parte ante el Ministerio Público de Tacna, abriéndose una investigación preliminar contra los representantes legales de dichas personas jurídicas; sin embargo, la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Tacna mediante Disposición N° 04 del 12 de mayo de 2016 resolvió no proceder a formalizar ni continuar investigación preparatoria toda vez que si bien reconoce la existencia del sistema de fondos colectivos; empero, el delito de intermediación financiera ilegal se configura cuando la captación *“está referida a captar o recolectar recursos de las personas quienes confían su capital a un tercero, quien a la vez compromete (...) otorgar un determinado interés”*; es decir, la captación de recursos tiene como contraprestación la otorgación de un interés por el dinero entregado, razones diferentes por las cuales se dispuso la medida de corrección de intervención y clausura. Contra dicha disposición fiscal, la SMV interpuso el recurso de elevación respectivo, elevándose los actuados a la Fiscalía Superior Penal quien resolvió declarar fundado el recurso de elevación y ampliar la investigación, encontrándose actualmente en trámite la referida investigación.

La importancia de este caso radica en que se identifica a la actividad de captación con el de intermediación financiera indirecta, describiéndose para ello en que los particulares entregaban su dinero o su capital a un tercero a cambio de entregar una rentabilidad

⁹ Este caso aún se encuentra en trámite, razón por la cual se ha utilizado otro nombre para identificar a la persona jurídica.

identificada con un determinado interés fijo similar al que otorga las entidades crediticias, como lo son los bancos, financieras y otros.

3.1.1.3. Caso Dump Truck¹⁰

El representante de la empresa administradora de fondos colectivos EAFC Maquisistemas S.A. presentó en su oportunidad una denuncia administrativa ante la SMV, informando para tal efecto que la empresa Dump Truck estaba realizando actividades propias de las empresas administradoras de fondos colectivos bajo la denominación de “Venta y Financiamiento Dump Truck”; ante ello con fecha 16 de noviembre de 2012 se realizó la medida correctiva de “Intervención Administrativa y Clausura de las Instalaciones” por parte de los funcionarios de la SMV, luego de ello se hizo la denuncia respectiva ante el Ministerio Público, quien formalizó la denuncia correspondiente y luego formuló la acusación pertinente, ante ello el 33° Juzgado Penal de Reos Libres de Lima, mediante sentencia del 11 de marzo de 2016 condenó al imputado, la misma que quedó consentida por Resolución del 28 de septiembre de 2016, siendo uno de los argumentos de la sentencia respecto al verbo rector de “captación”, el que el imputado habría estado captando dineros de “terceros” a cambio de “otorgar un determinado interés, asimismo se fundamentó que la empresa no tenía autorización de la SBS “constituyendo una especie de banca informal y/o paralela”; a pesar de que dentro de la instrucción, los funcionarios de la SMV rindieron sus declaraciones testimoniales respectivas brindando detalles sobre la operatividad de la persona jurídica y, se reconoció que la citada empresa utilizaba terminología del sistema de fondos colectivos.

Al respecto de ello, debemos resaltar que en el presente caso se ha identificado la actividad ilícita con la de captación de dinero a cambio de un interés, calificándola de banca informal y/o paralela.

¹⁰ Este caso si bien ha finalizado, aún se encuentra en etapa de ejecución.

3.1.1.4. Caso Asociación de Taxistas Profesionales “Progreso Seguro” de Santa Anita¹¹

En el distrito de Santa Anita, un señor de apellido Rojas se apersonó al local donde funcionaba la Asociación de Taxistas Profesionales “Progreso Seguro” en el distrito de Santa Anita, entrevistándose con Johnny Robert Cabanillas Vásquez quien le indicó que en su condición de representante le podía entregar un vehículo a cambio de US\$ 25.00 dólares semanales, ante ello el particular se inscribió en el programa de junta que le ofrecía el citado señor; luego de un período de tiempo y de haber aportado la suma de US\$ 3,500.00 el señor Cabanillas le hizo entrega de un vehículo, el cual luego fue devuelto por el agraviado toda vez que un mecánico le informó que el vehículo tenía serios problemas mecánicos; ante ello interpuso la denuncia respectiva ante el Ministerio Público, quien luego la formalizó y después formuló la acusación respectiva, lo que originó que el Juzgado Penal Transitorio de Santa Anita expidiera sentencia condenatoria de fecha 29 de agosto de 2017 por el delito de estafa en agravio del señor Rojas y por el delito de Captación Habitual e Indebida de Recursos del Público – Instituciones Financieras Ilegales en agravio de la SMV, pronunciamiento donde se estableció –acogiendo la propuesta de Alonso Peña Cabrera Freyre- que el bien jurídico protegido tiene tres dimensiones: a) la protección del sistema crediticio, b) el correcto manejo de los fondos de inversiones de los usuarios del sistema; y, c) la legalidad del sistema financiero.

Dicha sentencia fue apelada por el condenado Cabanillas Vásquez elevándose a la instancia superior, opinando la Primera Fiscalía Superior Penal de Lima Este mediante Dictamen N° 1810-2017-MP-1°FSP que no se había configurado ni el delito de estafa ni el delito tipificado en el artículo 246 del CP toda vez que, el tipo penal exige que el sujeto activo que realiza la captación de fondos públicos lo haya hecho sin contar con la autorización de la SBS; y, que en el presente caso no se ha evidenciado la captación del dinero del público, toda vez que el señor Héctor Edson Rojas Orellana presentaba la condición de asociado, por lo que la entrega de dinero fue consecuencia de la firma de un contrato de asociado, no habiéndose configurado el error toda vez que acepto el sistema del sorteo; sin embargo, la Sala Penal Descentralizada Permanente de Ate mediante sentencia contenida en la Resolución N° 18 del 1 de julio de 2018 confirmó la sentencia condenatoria indicando entre sus argumentos que, la conducta típica tiene como objetivo evitar que se configuren situaciones fraudulentas en perjuicio de los

¹¹ Este caso se encuentra concluido y en etapa de ejecución.

privados, lo que constituye un peligro para los afiliados y la sociedad, por cuanto, pone en riesgo la estabilidad del sistema financiero al crear un riesgo en el financiamiento de recursos por parte de la población, además que se indicó que se vulneró la normativa del sistema de fondos colectivos. En relación a la estafa el Colegiado indico que no se configuro al no darse el engaño, toda vez que se encontraba ante el incumplimiento de una obligación.

La importancia de este caso radica en que se utiliza una definición del bien jurídico dada por la doctrina nacional, la misma que adolece de algunas incongruencias, asimismo el representante del Ministerio Público identifica la conducta típica como una conducta que no tenía autorización de la SBS, lo que evidencia una confusión entre los roles regulatorios de la SMV y la SBS, y finalmente la Sala Superior identifica el bien jurídico con la estabilidad del sistema financiero, pero a su vez indicó la vulneración de la normativa de los fondos colectivos.

3.1.1.5. Caso “Asociación Fray Martín” de Santa Anita¹²

En otro caso, en el distrito de Santa Anita de la ciudad de Lima, en el mes de febrero de 2008, el señor Julio Sánchez Chujutalli se acercó al local de la persona jurídica “Asociación Fray Martín” - Fase III, encontrando al señor Félix Aybar Cordero quien lo convenció para participar en la asociación específicamente en el programa denominado “Junta de Carros” a efectos de adquirir un vehículo automóvil para lo cual debía entregar la suma de US\$ 1,000.00 como cuota inicial y la suma de US\$ 35.00 semanal siendo que dicho vehículo sería entregado transcurridos tres años, a cambio de un pago de cuotas periódicas, pero al tener un accidente en noviembre del 2008, dejó de aportar a la asociación sin recobrar el dinero aportado, razón por la cual se formuló la denuncia de parte respectiva, abriéndose un proceso penal por parte del Juzgado Penal de Santa Anita por el delito de instituciones financieras ilegales y por estafa. Sin embargo, mediante auto de sobreseimiento del 01 de junio de 2018 se declaró sobreseída la acción penal contra Félix Aybar Cordero indicando entre sus argumentos que, el bien jurídico protegido del delito de intermediación financiera irregular tipificado en el artículo 246° del Código Penal es el sistema crediticio, el que consiste en dedicarse a realizar operaciones bancadas sin la correspondiente autorización, conducta imputada al procesado que se no ajusta a tal descripción típica en principio, porque su convocatoria no está dirigida al público en general, pues por naturaleza dichas juntas se basan

¹² Este caso se encuentra concluido y archivado.

principalmente en el principio de confianza; y en segundo lugar porque no es su objeto el otorgar créditos, sino el de reunir un fondo común conforme se ha establecido referencialmente en la resolución del expediente N° 8576-97 del 31 de marzo de 1998 expedido por la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima. Respecto al ilícito de estafa, se indicó que se acreditaba el engaño toda vez que el depósito de dinero era de común acuerdo.

La importancia del caso se presenta toda vez que se identifica el bien jurídico con el sistema crediticio, a pesar de que se reconoce que el objetivo de la conducta denunciada era reunir un fondo común, lo que evidencia el desconocimiento de la naturaleza del sistema de fondos colectivos.

3.1.1.6. Caso Asociación Automotriz y Servicios Múltiples Amado por Jehová¹³

Como consecuencia de una denuncia administrativa es que el Estado peruano detectó que 120 personas aproximadamente participaban de los programas denominados “fondos colectivos” administrado por la Asociación Automotriz y Servicios Múltiples Amado por Jehová sin autorización de la SMV, ante ello se abrió investigación contra el representante de la misma, formulándose en su oportunidad el Dictamen Acusatorio por la Tercera Fiscalía Provincial Penal de Santa Anita de fecha 24 de febrero de 2016, siendo uno de sus fundamentos jurídicos que la actividad constituía “un peligro para la estabilidad y desarrollo del sistema financiero, así como los intereses de sus propios afiliados”; asimismo, se indicó que el bien jurídico protegido es el “sistema crediticio”, identificándose la actividad realizada por el imputado con la de la “intermediación financiera irregular”, que consistía en “realizar operaciones bancarias sin la correspondiente autorización”; fundamentos últimos que fueron reproducidos en la sentencia condenatoria expedida por el Juzgado Penal de Santa Anita del 12 de septiembre de 2017, a pesar de que entre los fundamentos se reconoce que la citada asociación estaba realizando actividades propias de las empresas administradoras de fondos colectivos sin autorización de la SMV.

¹³ Este caso se encuentra en trámite razón por la cual se ha utilizado otro nombre para identificar a la persona jurídica.

La importancia de este caso radica en que se identifica el bien jurídico con el sistema crediticio, a la actividad de captación con la intermediación financiera como si se trataran de operaciones típicamente bancarias.

3.1.1.7. Caso Empresa de Taxis La Huayrona¹⁴

Que a propósito de la denuncia que hiciera Félix Hipólito Herrera Prieto y Adrubal Arcadio Espinoza Estela contra los dirigentes de la Empresa de Taxis La Huayrona ubicada en el distrito de San Juan de Lurigancho, toda vez que a pesar de haber aportado de forma periódica cuotas de dinero, no recibieron respectivamente los vehículos que se les había prometido ya sea por sorteo o remate, es por ello que, en su oportunidad el representante del Ministerio Público formuló la denuncia respectiva, así como la acusación correspondiente por delito de instituciones financieras ilegales y por estafa, por lo que con fecha 15 de julio de 2016, el Sexto Juzgado Penal de San Juan de Lurigancho expidió sentencia condenatoria, indicándose que el bien jurídico era el “sistema crediticio” afirmándose para ello que se trataba de un “caso específico de la Intermediación Financiera Irregular”, toda vez que consistía en “dedicarse a realizar operaciones bancarias sin la correspondiente autorización”; en relación a la estafa, se determinó que los procesados indujeron a error a los agraviados mediante engaño, toda vez que el vehículo que recibieron a cambio por las cuotas periódicas entregados por los agraviados no correspondían al monto total de dichas cuotas. Dicha sentencia quedó consentida mediante Resolución del 26 de octubre de 2016.

La importancia de este caso radica en que se identifica al bien jurídico con el “sistema crediticio”, que a pesar de que se trataba de una actividad económica similar a la de las empresas administradoras de fondos colectivos, el órgano jurisdiccional identificó a ésta con la intermediación financiera irregular al realizarse supuestas operaciones bancarias sin autorización, para ello se citó como fuente doctrinaria, la jurisprudencia que aparece en el código penal preparado por el autor peruano José Urquizo Olaechea¹⁵. Respecto al delito de estafa se indicó que los acusados indujeron a error a los privados no porque los agraviados hayan pensado que se trataba de una empresa administradora de fondos autorizada por la SMV, sino por la falta de correspondencia entre el monto aportado por los agraviados y el bien entregado a cambio.

¹⁴ Este caso se encuentra finalizado, pero en etapa de ejecución

¹⁵ El órgano jurisdiccional cita la página 829 de la segunda edición del Tomo I del Código Penal preparado por José Urquizo Olaechea, editado por Imaginen Studios S.A.C. en el año 2014

3.1.1.8. Caso Credisold de Juliaca¹⁶

En el año 2011, la Federación Nacional de Cooperativas de Ahorros y Créditos del Perú – FENACREP realizó una visita de inspección a la Cooperativa de Ahorros y Créditos Solidarios del Perú – CREDISOLD con sede en la ciudad de Juliaca, tomando conocimiento de la captación de dinero del público, entre ellos una persona jurídica denominada Constructora e Inmobiliaria COMJESA Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, así como de diversas personas, quienes se habían inscrito en un programa de adquisición de viviendas, a quienes luego se les colocaba créditos, situación que configuraría el delito de captación ilegal de recursos del público en agravio de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP – SBS; asimismo, se verificó que la citada cooperativa estaba ofertando al público un programa de adquisición de vehículos mediante sorteo o remate en forma similar al utilizado por las empresas administradoras de fondo colectivos supervisada por la SMV, comprobándose la existencia de dos grupos, uno en la ciudad de Juliaca y el otro en la ciudad de Arequipa; ante dichos hechos se formuló la denuncia respectiva ante el Ministerio Público de la ciudad de Juliaca, abriéndose investigación preliminar mediante Disposición del 30 de enero de 2012 expedido por la 02° Fiscalía Provincial Penal Corporativa de San Román por el presunto delito de Intermediación Financiera Ilegal y por el delito de estafa y otras defraudaciones; sin embargo, mediante Disposición N° 07-2012 del 15 de agosto de 2012 se resolvió no formalizar ni continuar investigación preparatoria por el citado delito en agravio de la SMV y por los otros delitos contra el patrimonio.

Dentro de los fundamentos esgrimidos por la 02° Fiscalía Provincial Penal Corporativa de San Román en lo que se refiere al análisis del tipo penal contemplado en el artículo 246° del Código Penal y citando para ello a Reyna Alfaro, se encuentra como sujeto activo, él que haya captado, directa o indirectamente fondos públicos sin autorización de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, es decir que el que opera con fondos no puede estar sin el control jurídico estatal, muy por el contrario, su función requiere de una vigilancia permanente por parte de las autoridades competentes, de modo que su ingreso al sistema bancario y financiero debe suponer una rigurosa evaluación por parte de los órganos predisuestos; asimismo, refiere que, en lo relativo a la captación de

¹⁶ Este caso se encuentra finalizado y archivado.

recursos del público, se está referido a que las empresas del sistema financiero se dedican principalmente a captar fondos del público en general, “entiéndase depósitos de ahorro, cuentas corrientes, depósitos a plazo, etc.”, para destinarlos a la concesión de préstamos a terceros, denominada también actividad como de “colocación”, no advirtiéndose que la citada cooperativa bajo cualquier forma de gestión de fondos, cuenta de ahorros y otro haya incorporado dentro de su esfera patrimonio de terceros o si se le quiere llamar del público, pues lo incrementos en el capital se habría debido a un aporte de sus socios, hecho que no le está prohibido, más aún si no concurre un precepto normativo que obligue a ésta dependencia a petitionar alguna autorización para este incremento de capital de sus propios asociados.

Que, contra dicha disposición se interpuso el recurso de elevación respectivo, elevándose los actuados a la 01 Fiscalía Superior Penal de Juliaca, donde con fecha 04 de febrero de 2013 se expidió la Disposición Fiscal declarando infundado el requerimiento de elevación y confirmando la disposición fiscal de archivo teniendo como argumento principal que los fines de la citada cooperativa se ciñen en velar por las necesidades de ahorro y crédito de sus integrantes, sin que se encuentre dentro de las mismas, el porte y/o satisfacción del público en general o de terceros, aún más si sus estatutos indica que la cooperativa se rige por sus estatutos, las disposiciones de la SBS y la FENACREP.

La importancia de este caso es que se fundamenta el archivo identificando la conducta imputada como una actividad crediticia bajo el ámbito de supervisión de la SBS a través de la FENACREP, a pesar de que esta última informó al Ministerio Público que, si bien se trata de una cooperativa de ahorro y crédito, empero la actividad materia de denuncia es una que es supervisada por la SMV y no por la FENACREP ni la SBS.

3.1.1.9. Caso Credisold de Arequipa¹⁷

Si bien en la ciudad de Juliaca la investigación por el delito tipificado en el artículo 246 del Código Penal se archivó; sin embargo, la denuncia realizada por la SMV en la ciudad de Arequipa el 05 de diciembre de 2011, originó en su oportunidad la formalización de la investigación preparatoria, para luego realizarse el requerimiento de acusación contra un representante legal de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Créditos Solidarios del Perú – CREDISOL, considerándose a la SMV la entidad agraviada más no a la SBS,

¹⁷ Este caso ya concluyo, pero se encuentra en etapa de ejecución.

residiendo la imputación en que el acusado a través de la citada cooperativa ofrecía la adquisición de vehículos mediante un mecanismo semejante al que utilizan las empresas administradoras de fondos colectivos cuya autorización y supervisión corresponde a la SMV, dado que propone una modalidad de adquisición de vehículos en forma conjunta a través de las aportaciones de un número determinado de personas naturales o jurídicas, que se materializa mediante la adjudicación de dichos bienes por sorteo o remate, no obstante que el artículo 1 del Decreto Ley N° 21907, la SMV supervigila y controla las empresas administradoras de fondos colectivos, para ello el imputado captaba dinero del público en forma de depósito por intermedio del denominado “contrato de gestión de fondos cooperativos – AUTOFACIL CREDISOLD”; proceso penal que finalizó a través de la solicitud de “conformidad” que hiciera el imputado a efectos de acogerse al proceso de conclusión anticipada del proceso, por lo que luego de un acuerdo con el representante del Ministerio Público y el actor civil representado por la SMV, se llegó respectivamente a un acuerdo respecto a la pena y al monto de la reparación civil, finalizando el proceso con una condena y una indemnización a favor de la SMV.

La importancia de este caso radica en que a pesar de que la conducta denunciada es realizada utilizándose para ello una cooperativa de ahorro y crédito supervisada por FENACREP y la SBS donde los aportantes son socios cooperativos; sin embargo, el Ministerio Público logró acreditar que a pesar de existir formalmente la actividad cooperativa esta era una forma de burlar la actividad regulada del sistema de fondos colectivos, identificándose debidamente tanto el mercado financiero vulnerado como la normatividad vulnerada y a la SMV como agraviado en el delito de captación ilegal de recursos del público.

3.1.1.10. Caso “Los Informales de San Juan de Lurigancho”¹⁸

Como consecuencia de varias denuncias administrativas ante la SMV de que en el distrito de San Juan de Lurigancho se había formado asociaciones y empresas con el fin de captar dinero bajo la promesa de la adquisición de un automóvil, debiendo para ello el público previamente afiliarse, es que, la SMV en coordinación con la Fiscalía Provincial de Prevención del Delito realizaron una serie de intervenciones en diferentes lugares del citado distrito, las mismas que luego derivaron en la formalización de una

¹⁸ Este caso se encuentra en trámite.

denuncia penal contra los representantes y dirigentes respectivamente de más de 15 personas jurídicas entre asociaciones y sociedades anónimas.

La Fiscalía Superior Penal Descentralizada Transitoria de San Juan de Lurigancho¹⁹ mediante Dictamen del 17 de agosto de 2017 formuló acusación contras las citadas personas pertenecientes a las personas jurídicas antes citadas por el delito tipificado en el artículo 246° del Código Penal bajo el nomen iuris “Instituciones de Captación Ilegal y Habitual de Recursos Públicos”, identificándose como el bien jurídico penalmente protegido la “Estabilidad del Sistema Financiero”, precisándose que, “la conducta típica viene básicamente configurada en identidad con el ilícito administrativo”, así como que el tipo penal exige que el sujeto activo haya captado, directa o indirectamente “fondos públicos sin contar con la autorización del ente público respectivo”, realizándose un énfasis en que la ausencia de la autorización administrativa se convierte en el “elemento esencial” del delito. Pronunciamiento que fue confirmado por la Primera Fiscalía Suprema en lo Penal a donde se elevó en consulta. Sin embargo, después de sucesivas audiencias de Juicio Oral ante la Sala Superior Especializada en lo Penal Descentralizada y Transitoria de San Juan de Lurigancho, y a pesar de que el Fiscal Adjunto Superior en la citada audiencia sustentó que desde el punto de vista de la corriente funcionalista se habría vulnerado la expectativa normativista que regula el sistema de fondos colectivos, en tanto desde el punto de vista del bien jurídico se habría vulnerado el sistema de fondos colectivos; el Colegiado con fecha 28 de diciembre de 2018, expidió sentencia absolviendo a los acusados indicando que no se había configurado el ilícito penal al ser una figura atípica, toda vez que el delito tipificado en el artículo 246° del Código Penal protege el sistema crediticio, el que es regulado por la Superintendencia de Banca y Seguros.

La importancia de dicho caso radica en que, si bien el Ministerio Público identificó el bien jurídico con la “Estabilidad del Sistema Financiero”, que la conducta típica tendría un correlato con un ilícito administrativo o infracción administrativa, y que el elemento esencial del tipo es la ausencia de la autorización administrativa; para luego en el Juicio Oral, especificar las dos corrientes del interés protegido por el artículo 246° del Código Penal e identificando debidamente el mercado financiero vulnerado (el mercado de fondos colectivos); sin embargo, el Colegiado Superior identificó el bien jurídico con el “Sistema Crediticio” y que la conducta imputada era atípica.

¹⁹ Dicho proceso no se tramita bajo el procedimiento sumario sino bajo el ordinario.

3.1.1.11. Caso Alberto Helmuth Mazuelos Juárez de Tacna²⁰

En su oportunidad se le imputó a Alberto Helmuth Mazuelos Juárez que aprovechando que en su momento fue representante de la empresa “Inversión y Desarrollo Sociedad Agente de Bolsa S.A.C. entre el 11 de abril de 2000 y 10 de enero de 2005 y utilizando para ello documentación con el logo de la citada sociedad agente de bolsa en la ciudad de Tacna, captó dinero de más de cien personas bajo la promesa de otorgarles una rentabilidad de intereses superiores a los del sistema bancario que oscilaba entre tres y cinco por ciento, ante ello en su oportunidad el Ministerio Público formalizó la denuncia y la acusación respectiva por el delito de captación ilegal de recursos del público y de estafa, ante ello, el Juzgado Especializado en lo Penal de Tacna mediante la sentencia del 14 de agosto de 2006 falló condenándolo por el delito financiero de Instituciones Financieras Ilegales tipificado en el artículo 246° del Código Penal, fundamentando que el imputado a pesar de tener autorización como representante de la empresa Inversiones y Desarrollo Sociedad Agente de Bolsa S.A.C para realizar operaciones bursátiles, empero, realizó paralelamente actividades identificadas como “banca paralela” u “operaciones bancarias” sin tener autorización de la SBS y en agravio de esta última.

En relación a la condena de estafa se determinó que el procesado indujo a error a los agraviados mediante unos documentos falsos denominado fichas de registros de clientes y órdenes, con el logotipo de la citada sociedad agente de bolsa, donde se consignaba el monto de dinero entregado por los agraviados, el mismo que era depositado en una cuenta bancaria del procesado. Dicha condena fue confirmada por la sentencia de vista expedida por la Sala Superior Mixta de Tacna por resolución del 29 de febrero de 2007 bajo los mismos fundamentos e identificando como agraviado a la SBS.

Al respecto este caso resulta relevante toda vez que se identificó que la actividad realizada por el imputado era la de ofrecer a cambio de los depósitos que realizaba el público una tasa de interés o una rentabilidad fija, sin autorización estatal, identificándose correctamente el mercado financiero vulnerado, así como la agencia reguladora agraviada, a pesar de que los sujetos activos eran supervisados por la SMV; en tanto, respecto a la estafa se desarrolló los elementos típicos de la estafa.

²⁰ Este caso se encuentra concluido.

**CUADRO SOBRE LAS DIFERENTES DEFINICIONES DEL INTERÉS PROTEGIDO
EN EL ARTÍCULO 246° DEL CÓDIGO PENAL**

LAS DIFERENTES DEFINICIONES DEL INTERÉS PROTEGIDO EN EL ART. 246° DEL CP								
N°	CASO	ESTADO PROCESAL	MERCADO VULNERADO	MP IDENTIFICO MERCADO VULNERADO	EL PJ IDENTIFICO MERCADO VULNERADO	AGENCIA REGULADORA IDENTIFICADA	LA SMV SE CONSTITUYO EN PARTE CIVIL	DEFINICIÓN DE BIEN JURÍDICO U OBJETO DE TUTELA
1	Medallita Milagrosa	Concluido y archivado	Fondos Colectivos	No	-	SMV	Finalizo en la etapa de investigación	Estabilidad del sistema financiero
2	Roxana	En trámite	Fondos Colectivos	Si	-	SMV	Si	Sistema Crediticio
3	Dump Truck	Concluido , en ejecución	Fondos Colectivos	No	No	SBS	Si	Sistema Crediticio
4	Asoc. Taxistas Profesionales Progreso Seguro	Concluido , en ejecución	Fondos Colectivos	No	Si	SMV	Si	Estabilidad del sistema financiero / La normativa de los Fondos Colectivos
5	Asoc Fray Martin	Concluido y archivado	Fondos Colectivos	No	No	Ninguna	Si	Sistema Crediticio
6	Asoc. Automotriz y Servicios Múltiples Amados por Jehová	En trámite	Fondos Colectivos	No	No	SMV	Si	Estabilidad del sistema financiero / Sistema Crediticio
7	Empresa de Taxis La Huayrona	Concluido , en ejecución	Fondos Colectivos	No	No	SMV	Si	Sistema Crediticio
8	Credisold de Juliaca	Concluido y archivado	Fondos Colectivos	No	-	SBS	Finalizo en la etapa de investigación	Sistema Crediticio
9	Credisold de Arequipa	Concluido , en ejecución	Fondos Colectivos	Si	Si	SMV	Si	Sistema de Fondos Colectivos
10	Informales de San Juan de Luriganch o	En trámite	Fondos Colectivos	Si	No	SMV / SBS	Si	Estabilidad del sistema financiero / Sistema Crediticio
11	Alberto Helmuth Mazuelos Juárez de Tacna	Concluido y archivado	Sistema crediticio	-	Si	SBS	No	Sistema Crediticio

Fuente: Cuadro elaborado por Jorge Everardo Lorenzo Villegas Navarrete para la presente tesis.

De los casos antes expuestos, se evidencia que existe una confusión entre los operadores jurídicos sobre las diferencias no sólo de los entes reguladores y supervisores como lo es la SBS y la SMV, sino también cuándo existe una confusión para identificar cuándo estamos ante una operación del sistema crediticio y cuando ante una operación del sistema de fondos colectivos, lo que lleva a los operadores jurídicos a realizar afirmaciones que no se condice con la realidad afectándose la debida motivación de la resoluciones judiciales alejándose de una predictibilidad necesaria sobre cómo se configura este delito financiero de captación ilegal de recursos del público así como los intereses o bienes jurídicos que se protegen, ejemplo de ello se aprecia en el caso de los “Informales de San Juan de Lurigancho” donde si bien la Fiscalía Superior Descentralizada de San Juan de Lurigancho formuló acusación identificando que la captación de recursos del público se realizaba sin autorización de la SMV toda vez que la modalidad empleada era el sistema de fondos colectivos, pronunciamiento que fue confirmada por la Primera Fiscalía Suprema en lo Penal a la que le remitió en consulta; sin embargo, la Sala Superior Especializada en lo Penal Descentralizada y Transitoria de San Juan de Lurigancho sentenció absolviendo a los acusados por considerar que la conducta era atípica toda vez que el bien jurídico protegido era el sistema crediticio más no el de fondos colectivos, siendo la entidad reguladora la SBS más no la SMV, lo que evidencia no sólo una contradicción sobre la forma como se configura el tipo penal por parte del Ministerio Público y el Poder Judicial sino sobre la normatividad administrativa aplicable así como la entidad reguladora de la modalidad utilizada para captar recursos del público a pesar de que la agencia reguladora competente se había apersonado y constituido en Parte Civil.

Del cuadro anterior así como de la descripción de los casos antes citados, se puede apreciar que de los once (11), diez (10) se trataban de la captación de recursos del público sin la autorización de la SMV mediante la modalidad del sistema de fondos colectivos, y uno (01) era mediante la modalidad del sistema bancario; de los once (11) casos, sólo en tres (03) casos los magistrados del Poder Judicial y/o del Ministerio Público identificaron correctamente el mercado financiero vulnerado; sólo en siete (07), el Poder Judicial identificó correctamente la agencia reguladora, en tres (03) el Ministerio Público identificó correctamente la agencia reguladora, a pesar de que la SMV en los once (11) casos se constituyó en parte civil y como parte agraviada respectivamente.

Con relación al bien jurídico identificado, de los once (11) casos, en cuatro (04) casos se identificó el bien jurídico con la “Estabilidad del sistema financiero”, en siete (08) casos se identificó el bien jurídico con el “Sistema crediticio” aludiendo al sistema

bancario, y en uno (01) se identificó con el “Sistema de Fondos Colectivos”. En tres (03) se identificó a dos bienes jurídicos distintos, en dos (02) casos por parte del Ministerio Público se identificó a la “Estabilidad del sistema financiero”, y por parte del Poder Judicial al “Sistema Crediticio”; y sólo en uno (01) el Ministerio Público identificó el sistema crediticio y el Poder Judicial la normativa de los fondos colectivos. Sin embargo, de los once (11) casos, sólo en cinco (05) casos el bien jurídico identificado guarda relación o correspondencia con el mercado vulnerado, mientras que los siete (07) restantes donde se identifica que el bien jurídico vulnerado es el “Sistema Crediticio” no guarda relación con el mercado vulnerado por los sujetos activos. Este panorama evidencia una falta de desconocimiento sobre las actividades supervisadas en el ámbito financiero, así como el interés jurídico protegido por el tipo penal descrito en el artículo 246° del Código Penal, así como las agencias reguladoras del sistema financiero y sus respectivos ámbitos de competencia supervisora; situaciones que son de vital importancia poder esclarecer con el presente trabajo.

También es importante resaltar que de los once (11) casos presentados, sólo en cuatro (04) de ello se aprecia que, se formalizó denuncia penal y se expidió auto de apertura de instrucción, tanto por el artículo 246° del Código Penal como por el delito de estafa tipificado en el artículo 196° del Código Penal, conforme se aprecia en el siguiente cuadro:

CUADRO DE CASOS INVESTIGADOS O PROCESADOS POR ESTAFA Y CAPTACIÓN ILEGAL DE RECURSOS DEL PÚBLICO

CASOS INVESTIGADOS O PROCESADOS POR ESTAFA Y CAPTACIÓN ILEGAL DE RECURSOS DEL PÚBLICO							
N°	CASO	ESTADO PROCESAL	TIPOS PENALES	MERCADO FINANCIERO O BIEN JURÍDICO VULNERADO	IDENTIFICACIÓN DE AGRAVIADO	RESOLUCIÓN O SENTENCIA DE 01 INSTANCIA	RESOLUCIÓN O SENTENCIA DE 02 INSTANCIA
1	Asoc. Taxistas Profesionales Progreso Seguro	Proceso concluido, en ejecución	246 CP	Fondos Colectivos	No se identificó/ SMV es Parte Civil	Hay condena	Confirma
			196 CP	Patrimonio	Privado	Absuelve por no existir error	Confirma
2	Asoc Fray Martin	Proceso concluido y archivado	246 CP	Fondos Colectivos	No se identificó/ SMV es Parte Civil	Absuelve por ser atípico	Confirma
			196 CP	Patrimonio	Privados	Absuelve por no se acreditó el engaño	Confirma

3	Empresa de Taxis La Huayrona	Proceso concluido, en ejecución	246 CP	Fondos Colectivos	SMV / SMV es Parte Civil	Hay condena	No se apelo
			196 CP	Patrimonio	Privados	Hay condena	No se apelo
4	Alberto Helmuth Mazuelos Juárez de Tacna	Proceso concluido	246 CP	Sistema crediticio	SBS / Se negó a SMV ser parte civil	Hay condena	Confirma
			196 CP	Patrimonio	Privados	Hay condena	Confirma

Fuente: Cuadro elaborado por Jorge Everardo Lorenzo Villegas Navarrete para la presente tesis.

De los casos expuestos, se evidencia que a pesar que la forma de captación ilegal de recursos del público es sobre un determinado grupo de personas, las cuales muchas de ellas podrían haberse perjudicado al no haber obtenido el auto o el bien prometido, sólo se evidencia que de los once (11) casos, sólo cuatro (04) casos se procesaron no sólo por el citado delito tipificado en el artículo 246° del Código Penal sino por el de estafa, de los cuales solo dos (02) casos se condenaron en primera instancia tanto por el delito de captación ilegal de recursos del público y por estafa; sin embargo, en un (01) caso se condenó en primera instancia por el delito tipificado en el artículo 246° del Código Penal, pero se absolvió por la estafa, pronunciamiento que fue confirmado por el Colegiado Superior; en tanto en otro caso se absolvió tanto por la estafa como por la captación ilegal de recursos del público.

En el caso de la Asociación de Taxistas Profesionales “Progreso Seguro” de Santa Anita si bien se condenó por el delito de captación ilegal de recursos del público toda vez que tanto el juzgado de primera instancia como la Sala Superior Penal coincidieron en que se estaba captando recursos del público sin autorización a través del mercado de fondos colectivos; sin embargo, respecto al agraviado por estafa, el Juez de primera instancia determinó que éste había firmado un contrato como asociado, mientras que el Colegiado Superior determinó que se estaba ante el incumplimiento de una obligación, situación que es contradictoria toda vez que si la actividad de los sujetos activos es ilegal no sólo por contravenir las normas sectoriales del mercado de fondos colectivos sino porque es un ilícito penal, nos preguntamos cómo es posible que ello origine un contrato válido donde el incumplimiento por parte del agente hacia el agraviado sólo se trate de una obligación contractual incumplida.

Respecto al caso de la “Asociación Fray Martin” de Santa Anita se absolvió tanto por el delito de captación ilegal de recursos del público como por el de estafa, en el caso de

ésta última se determinó que el depósito de dinero entregado entre el agraviado y el sujeto activo era de común acuerdo, más aún si este argumento se ve reforzado con la determinación del Órgano Jurisdiccional de que la conducta del sujeto activo es reunir un fondo común pero que no está dirigida al público, lo cual resulta contraproducente toda vez que se origina en una concepción errónea de cómo se configura la conducta descrita en el artículo 246° del Código Penal.

En relación a la Empresa de Taxis “La Huayrona” el órgano jurisdiccional determinó que la estafa se debió a que los depósitos de dinero periódicos que fueron entregados por los agraviados no correspondieron al valor de los vehículos que recibieron, evidenciándose que fueron engañados e inducidos a error; sin embargo, éste argumento resulta discutible toda vez que en sede judicial se determinó que los procesados captaron dinero del público sin autorización del Estado peruano bajo la modalidad de fondos colectivos, es decir bajo la apariencia de una empresa formal, por lo que las personas que acudieron a dicha persona jurídica lo hicieron en la creencia de que se trataba de una empresa que se encontraba dentro de la legalidad.

Finalmente respecto al caso Alberto Helmuth Mazuelos Juárez de Tacna, se identificó los elementos típicos del engaño, el error, la disposición patrimonial y el perjuicio patrimonial de los agraviados, como consecuencia de una adecuada investigación fiscal, así como la identificación de que la captación ilegal de recursos del público si bien se realizaba por una sociedad agente de bolsa supervisada por la SMV, empero el ofrecimiento por parte del agente era una rentabilidad fija o intereses fijos, típicos de una actividad crediticia o bancaria, esto es, el ofrecimiento de un intereses fijos a cambio de un depósito de dinero.

De los casos antes detallados si bien podría opinarse que con la estafa estaríamos sancionando la conducta de los sujetos activos sin tener necesariamente que acudir al delito de captación ilegal de recursos del público, donde el conocimiento de los operadores jurídicos del mercado financiero y la agencia reguladora involucrada resulta irrelevante, incluso podría afirmarse que por el Principio de Especialidad sólo basta con los elementos descritos por la estafa, para sancionar la conducta imputada. Sin embargo, esto es incorrecto, toda vez que la descripción de los casos expuestos se evidencia que las razones por las cuales se condena o se archiva tanto el delito de estafa como el delito de captación ilegal de recursos del público no necesariamente están vinculadas al mercado financiero ilegal en que incursionan los sujetos activos, sino que se privilegia un análisis de la relación entre el agraviado estafado y el sujeto activo que realiza la estafa, lo cual no es pertinente, toda vez que, la recopilación de los

elementos probatorios así como los fundamentos que sustentan la notitia criminis junto con el entendimiento del mercado financiero regulado y la normatividad vulnerada nos permite entender la conexión existente entre el sujeto pasivo engañado bajo la creencia de estar frente a una persona jurídica formal y autorizada a captar dinero del público, la disposición de su patrimonio o la entrega de dinero bajo la promesa de obtener el bien prometido o el auto prometido, y el hecho de que esta promesa no se cumpla, sucesión de acciones de la estafa que se producen al mismo momento en que se está vulnerando la normatividad sectorial del mercado financiero regulado, además de su puesta en riesgo, ello nos permite observar que estamos frente a una conducta más compleja que una simple estafa.

3.1.2. Problemas en cuanto a la determinación del sujeto activo

Si bien se indica que el sujeto activo puede ser cualquier persona; empero, autores como Lama Puccio, Bramont-Arias, Reyna Alfaro y Peña Cabrera Freyre sitúan al sujeto activo dentro del ámbito de la intermediación financiera indirecta o de la banca, en el caso de Lama Puccio indica que la autoridad competente es la SBS, por lo que, el sujeto activo es uno que recibe depósitos similares a una entidad bancaria (1993, p. 262). Sin embargo, es preciso anotar que tanto Lama Puccio, como Bramont-Arias, Reyna Alfaro y Peña Cabrera Freyre sitúan al sujeto activo dentro de la intermediación financiera indirecta; por lo que mostramos nuestra disconformidad con dichos puntos de vista toda vez que el sujeto activo podría estar en el ámbito de los supuestos de la regulación del sistema de fondos colectivos o del mercado de valores, conforme pretendemos demostrar en el presente trabajo.

Esta confusión de que el sujeto activo podría encontrarse dentro del ámbito de la intermediación financiera indirecta o del ámbito bancario que a la vez es supervisado por la SBS, obedece a que existe una tendencia en creer que el bien jurídico protegido es el sistema crediticio, así como en identificar que cualquier actividad financiera está relacionada con el ámbito de supervisión de la SBS, muestra de ello es que en la relación de casos que hemos detallado en el cuadro donde mostramos once (11) casos se aprecia en cuatro (04) de ellos que, a pesar de que el mercado afectado era el sistema de fondos colectivos, el operador judicial identificó como agencia reguladora a la SBS en vez de la SMV, asimismo en siete (07) de ellos identificó el bien jurídico con el sistema crediticio cuando el mercado vulnerado con los sujetos activos era el mercado del sistema de fondos colectivos.

3.1.3. Problemas en cuanto al sujeto pasivo

Si bien Lamas Puccio (2006, p. 454) y Reyna Alfaro (2002, p. 534) señala que el sujeto pasivo del delito es la colectividad, éste último lo señala en razón a que estamos ante un bien jurídico de orden macrosocial; sin embargo, creemos que esto sería incorrecto si se tiene en cuenta que en la primera parte del numeral 8. del ítem “Innovaciones propuestas en la parte especial” de la Exposición de Motivos de nuestro Código Penal se indica que el capítulo donde se encuentra el tipo penal contenido en el artículo 246° del código sustantivo materia del presente trabajo se indica que lo que se busca proteger son “las leyes, normas y regulaciones vinculadas al sistema financiero”, incluso se indica que el mandato constitucional es claro, al precisar que la actividad bancaria, financiera y de seguros cumple una función social de apoyo a la economía del país; por lo que siendo la intención del legislador proteger la regulación propuesta por ella misma en virtud a un mandato constitucional, lo lógico sería que siendo un compromiso el garantizar dichas actividades, sea el Estado el sujeto pasivo y no como propone los citados autores la colectividad. En el mismo sentido, tenemos que en Colombia Hernández Quintero el titular del bien jurídico protegido es el Estado (2009, p. 31), de igual forma Muñoz García y Montaña Velandia sostienen que es el Estado el titular del bien jurídico que se busca tutelar, refiriéndose al “orden económico social” (2013, p. 103).

Sumado a ello tenemos que, si bien coincidimos en que el sujeto pasivo es el Estado como el titular del bien jurídico protegido; empero, conforme a la descripción de los once (11) casos penales y que aparecen graficados en el cuadro antes citado, se aprecia que del total a pesar de que la SMV se identificó en dos de ellos como agraviados y en ocho (08) logró constituirse como Parte Civil o Actor Civil; a pesar de ello, el órgano jurisdiccional identificó en cuatro (04) de ellos a la SBS como la entidad reguladora supervisora del mercado financiero vulnerado como si fuese la agraviada, situación que evidencia un total desconocimiento por parte de los operadores fiscales y judiciales, más aún si en los mismos cuatro (04) casos se define el bien jurídico con el sistema crediticio y la estabilidad del sistema financiero respectivamente.

3.1.4. Problemas en la modalidad de captación de recursos de manera ilegal

Como se aprecia del artículo 246° del Código Penal los elementos típicos de la captación habitual de recursos del público, son “bajo la forma de depósito, mutuo o cualquier modalidad”; al respecto, si bien la figura jurídica del contrato de depósito se asemejaría a los contratos que las entidades bancarias realizan con los ahorristas, quienes en su calidad de agentes superavitarios se acercan al banco a celebrar un contrato de depósito a cambio de una tasa de interés pasiva, que sería la rentabilidad del ahorrista; en tanto en el contrato de mutuo vendría a ser el contrato celebrado por los agentes deficitarios que se acercan al banco a suscribir un préstamo a efectos de obtener recursos a cambio de un pago periódico de cuotas a lo que sumaría una tasa de interés activa a favor del banco, lo que vendría a ser la rentabilidad del banco.

De los casos jurisprudenciales que hemos citado, en el caso Roxana y en el de Dump Truck, se identificó la modalidad de la captación como el de un contrato de depósito, toda vez que en ambos se afirmó que la persona jurídica a cambio otorgaba un interés por el dinero entregado, es decir se hacía referencia a una tasa de interés pasiva; en tanto en los casos Asociación Automotriz y Servicios Múltiples Amados por Jehová y de la Empresa de Taxis La Huayrona se hacía mención a operaciones bancarias; lo que resulta sumamente discutible toda vez que el mercado vulnerado en los cuatro casos era el de los fondos colectivos más no el sistema crediticio.

Mención aparte merece el caso Asociación Fray Martín de Santa Anita donde se identificó que la operación por la que se captaba era el reunir un fondo común (fondo colectivo) no siendo una operación de la persona jurídica el de otorgar créditos como si fuese una entidad bancaria; sin embargo, identifica que el bien jurídico protegido con el artículo 246° del Código Penal es el sistema crediticio. Finalmente en el caso Alberto Helmuth Mazuelos Juárez sí identificó plenamente la operación con la que se captaba a pesar de que la empresa involucrada era una sociedad agente de bolsa autorizada en aquel entonces por la CONASEV (ahora SMV); sin embargo, dado que lo que se prometía a las personas que entregaba sus recursos era una renta fija periódica, se identificó que dicha operación era una similar a la operación bancaria o contrato de depósito bancario, por lo que el sistema o mercado vulnerado no era del mercado de valores sino el del sistema crediticio así como su respectiva normatividad sectorial.

Sin embargo, cuando el tipo penal señala “o cualquier modalidad”, abriría un espectro amplio como lo reconoce Percy García Caveró, pues se trata de un “elemento típico indeterminado de *cualquier modalidad*” (2016, p. 1690); es decir con esta cláusula

general se podrá comprender cualquier otra forma de captación de recursos del público (Bramont-Arias Torres / García Cantizano. 2006, p. 454), lo que es especialmente aplicable –señala Percy García Cavero- “al caso de la intermediación en el mercado de valores” (2016, p. 1690), olvidándose por completo de la existencia del mercado de fondos colectivos, evidencia de ello se aprecia en el caso Credisold de Arequipa, donde se condenó al sujeto activo por la captación de recursos bajo la modalidad del sistema de fondos colectivos, probándose que se utilizaron formatos de contrato similares a los de una empresa autorizada por la SMV, utilizándose para ello la cooperativa de ahorro y crédito que por cierto sí tenía autorización de la Fenacrep y de la SBS para operar en el sistema crediticio más no tenían autorización de la SMV para operar con el sistema de fondos colectivos.

A efectos de evitar posibles cuestionamientos en materia del principio de legalidad exigidos por el inciso d, del numeral 20 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, así como el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, García Cavero sostiene que “un sector importante de la doctrina considera que la función del Derecho Penal es fundamentalmente de motivación (prevención general) y, por esta razón, ve en el principio de legalidad un mecanismo operativo para llevar a cabo tal motivación en los ciudadanos” (2003, p. 139), lo que permitirá que los ciudadanos sepan qué conductas puede realizar y cuáles no, para ello como refiere García Pablos de la Molina, se recurre a las leyes penales en blanco, que no es más que una técnica legislativa (2000, p. 252), que “está condicionado por el cambio frecuente y profundo de las actividades económicas y las relaciones que se derivan” (Hurtado Pozo, 2015, p. 125).

Respecto al ilícito tipificado en el artículo 246° del Código Penal, estamos frente a una ley penal en blanco propia, toda vez que para entender la configuración del tipo penal no sólo debemos remitirnos a otras leyes de igual rango sino a disposiciones administrativas, en relación a las leyes a las que se deben acudir figuran el Decreto Ley N° 21907 de 1977 que encargo el control y supervisión de las empresas administradoras de fondos colectivos a la CONASEV (Ahora SMV), otorgándole facultades para regular, intervenir y sanciona a las empresas administradoras de fondos colectivos, así como regula su capital; la Ley N° 22014 de 1997, que estableció que aquellos que quisiera captar recursos del público bajo el sistema de fondos colectivos se constituirían como sociedades anónimas siendo su capital de S/. 750,000.00; la Ley N° 27659 del 2002 que en su Disposición final señaló que el monto del capital social mínimo de las empresas administradoras de fondos colectivos se actualiza anualmente en función al Índice de Precios al por mayor para Lima Metropolitana.

En relación a las disposiciones administrativas figuran el Reglamento de las Empresas Administradoras de Fondos Colectivo aprobada por Resolución Conasev N° 730-1997-EF/94.10 que regula los procedimientos de control y supervisión de dichas empresas, la supervisión de la operatividad de las mismas, el control del capital mínimo y patrimonio mínimo, la constitución de garantías a favor de asociados; la obligación de presentar información financiera la SMV, entre otros; debiéndose precisar como señala García Caveró que cabría hablar también de una ley penal en blanco cuando la remisión se realiza a un acto administrativo específico (2003, p. 161) en el presente caso sería la autorización administrativa por parte de la SMV cuando la captación de recursos del público se realizara bajo la modalidad del sistema de fondos colectivos de conformidad con el artículo 3, numeral 1 de la Ley Orgánica de la SMV concordado con los artículos 4 y 9 del Reglamento de Empresas Administradoras de Fondos Colectivos, cuando ello es así no habría ninguna violación al principio de legalidad.

Es necesario precisar que en una sociedad moderna como la actual, con una gran complejidad de relaciones sociales, resulta quimérico pretender explicar la producción de un daño con un solo factor de atribución y encima demostrar su causalidad con detalle; es por ello que como señala Roxin, se realiza una apertura de la dogmática penal a situaciones y explicaciones empíricas y político criminales a efectos de que se adapten a nuevas formas de aparición de las relaciones entre los sujetos y su complejidad (Citado por García Caveró, 2003, p. 117) tal como se aprecia con los casos expuestos en el presente trabajo; es en ese contexto que surgen las sociedades de riesgo y los delitos de peligro abstracto como una alternativa para combatir situaciones que no podrían realizarse con los delitos de lesión donde necesariamente se exige un resultado, siendo necesario, como señala García Caveró que, en la construcción de las estructuras de imputación, “la creación o incremento del riesgo penalmente prohibido” (2003, p. 118). Es ahí donde la construcción de los delitos financieros como el de captación ilegal de recursos del público, como un tipo penal blanco encuentra su legitimación penal, es decir teniendo en consideración la compleja red de relaciones e interacciones de los privados para tomar lugar en la perpetración de conductas perjudiciales para la sociedad, sobre todo en el ámbito de la economía, donde las necesidades de prevención toma especial relevancia; y, “el derecho penal debe adaptar su instrumental a esta nueva forma de criminalidad, pero sin renunciar a principios garantistas fundamentales” (2003, p. 119).

3.1.5. Bien jurídico protegido según la dogmática

La Exposición de Motivos del Código Penal de 1991 en el Segundo Párrafo del numeral 8. del ítem “Innovaciones propuestas en la parte especial”, expresamente se indica que “el sistema financiero constituye así la columna vertebral que sostiene la actividad económica del Estado”, razón por la cual éste último tiene el deber de colocar límites a las entidades financieras que trabajan con ahorros del público, a fin de asegurar su adecuada administración e intangibilidad, tal como está prevista para el Estado en el artículo 87° de la Constitución Política del Estado en el que se expresa que es el encargado de garantizar la protección de los ahorros del público (Rubio Correa, 1999, p. 477-478).

Lamas Puccio en concordancia con los autores colombianos Francisco Carrillo F. y José Pinzón señala que el bien jurídico tutelado es el orden económico social, el que resulta vulnerado cuando se sustrae sumas de dinero de los canales regulares del ordenamiento que podrían cumplir una función social así como suministrar un rendimiento o rentabilidad a sus dueños (1993, pp. 262-263); en igual sentido, Enrique Aftalión, en un clásico artículo denominado “Panorama del derecho penal financiero”, señaló que el orden público económico resulta ser el bien jurídico protegido; mientras que Martos Nuñez señala que es el interés estatal en la integridad y mantenimiento de la organización económica constitucional (Hernández Quintero, 2009, p. 42).

Bramont – Arias entiende que el bien jurídico protegido es el “sistema crediticio” (2006, p. 453); precisando dicho autor que el artículo 21 del LGIBFS acoge la figura de la intermediación financiera como la destinada a proteger. La posición de Bramont Arias ha sido recogida por la jurisprudencia penal nacional en el Exp. 8576-07-Lima, que estuvo a cargo de la Sala de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, donde mediante Resolución del 31-03-1998 se fundamentó que: “El bien jurídico protegido en este tipo de delitos es el sistema crediticio. En el caso específico de la intermediación financiera irregular, ésta consiste en dedicarse a realizar operaciones bancarias sin la correspondiente autorización. Que siendo así, la conducta imputada a los procesados no se ajusta a tal descripción típica, en principio porque su convocatoria no está dirigida al público en general, pues por naturaleza dichas juntas se basan principalmente en el principio de confianza y, en segundo lugar, porque no es su objeto el otorgar créditos sino el de reunir un fondo común” (citado por Felipe Villavicencio, 2001, p. 422; y, por Caro John, 2017, p. 514). Dicha identificación del bien jurídico con el sistema crediticio también la comparte Ugaz Sánchez - Moreno al señalar que la actividad comprende operaciones que sólo

necesitan autorización oficial de la SBS, de lo contrario estarían incurso en el delito de banca paralela (1998, p. 486) (2017, p. 60-61).

Sin embargo, para Salinas Siccha el bien jurídico protegido vendría a ser, “el orden financiero” (citado por Reyna Alfaro, 2002, p. 533); mientras que Reyna Alfaro tendría una posición similar al antes citado, toda vez que indica que, “fijando posición y manteniendo el punto de vista ya sostenido líneas arriba, estimamos que el bien jurídico penalmente tutelado en este delito es la “estabilidad del sistema financiero”” (2002, p. 533). En tanto Peña Cabrera Freyre sostiene que el bien jurídico tutelado tiene tres dimensiones de protección claramente identificables, (i) la protección del sistema crediticio, (ii) el correcto manejo de los fondos e inversiones de los usuarios del sistema; y, (iii) la legalidad del sistema financiero (2009, p. 235-240); es decir asume una posición ecléctica, empero siempre haciendo referencia al ámbito bancario, conforme así se podrá apreciar en la parte concerniente al bien jurídico tutelado respecto al capítulo de “delitos financieros” de su obra “Derecho Penal Económico (2009, p 233-242), donde no se hace mención al mercado de valores mucho menos al mercado de fondos colectivos, a pesar de que líneas atrás citando a un autor²¹ refiere que las principales reformas del sistema financiero desde finales de la década de 1990 hasta inicios del 2000 comprendió entre otros, la promulgación de una nueva Ley del Mercado de Valores.

En contraposición a los autores antes citados se tiene la afirmación de Percy García Caveró que señala:

El bien jurídico penalmente protegido será la expectativa normativa de conducta de que las personas o empresas que se dedican a captar dinero del público, cumplirán con las condiciones de idoneidad para entrar y mantenerse operativos en el negocio financiero, lo que supone contar previamente con un permiso administrativo y estar sometidas a una supervisión estatal permanente. (2016, p. 1688-1689).

Sin embargo, en su obra Derecho Penal – Parte Especial Volumen III, editado por el Instituto Pacífico en su segunda edición, al momento de establecer las características de los delitos financieros, los divide en delitos contra el mercado crediticio y en delitos contra el mercado de valores, en el primero agrupa los tipos penales descritos en los artículos 244, 245, 246, 248, 249 y 250 del Código Penal; y en el segundo grupo los tipos penales descritos en los artículos 243-B, 245-A, 251-A y 251-B del Código Penal y la pregunta que nos hacemos en el presente trabajo, respecto del mercado de fondos

²¹ Peña Cabrera Freyre hizo mención de lo propuesto por Felipe Morris en la obra, “La Reforma del Sistema Financiero” que estuvo a cargo del Instituto Peruano de Economía en el año 2003.

colectivos, qué tipo penal protegería la expectativa normativa que la regula, pues si bien al desarrollar el artículo 246° del Código Penal señala como un elemento negativo del tipo, el no contar con la autorización competente, asumiendo el tipo penal una relación de accesoriadad administrativa al no contarse con el permiso de la SBS o la SMV (2016, p. 1690) indicando que la prohibición penal apunta a impedir que los ahorristas depositen su dinero o inviertan su dinero en instituciones ilegales; sin embargo al referirse a los citados artículos del Código Penal, refiere que: “son tres los ámbitos específicos que cuenta, hasta ahora, con una regulación penal que refuerza la labor de control estatal: el mercado de créditos, el mercado de valores y la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas (2016, p. 1632) no mencionando al mercado de fondos colectivos ni a su respectiva regulación.



CAPÍTULO 4: LO QUE DEBERÍA ENTENDERSE COMO EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO O EL OBJETO DE PROTECCIÓN DEL ARTICULO 246° DEL CÓDIGO PENAL

4.1. El bien jurídico denominado “Estabilidad del Sistema Financiero”

Como hemos visto en los casos “Medallita Milagrosa”, Asociación de Taxistas Profesionales Progreso Seguro” y en el de “Los Informales de San Juan de Lurigancho”, se identificó respectivamente al bien jurídico protegido con el tipo penal descrito en el artículo 246° del Código Penal con el de la “Estabilidad del Sistema Financiero”; sin embargo, conforme se ha podido apreciar en el caso “Medallita Milagrosa” que, a pesar de que en su oportunidad contra la resolución que archivaba la denuncia en primera instancia fiscal, se interpuso el recurso de elevación respectivo, elevándose a la Fiscalía Superior Penal competente, ésta confirmó la resolución de primer grado aduciendo entre otros fundamentos que, la presunta imputación que se estaba captando recursos del público para efectos de adquirir vehículos motorizados no se encontraba frente una entidad del sistema financiero ilegal toda vez que su perfil operativo e institucional no buscaba generar una inestabilidad dentro del sistema financiero; es decir no había esa intención ni tampoco la conducta imputada generaba el peligro de generar una inestabilidad del sistema financiero.

De lo antes expuesto se tiene que es verdad que cualquier captación ilegal de recursos del público sin autorización estatal inmediatamente no generara una inestabilidad en todo el sistema financiero nacional, sobre todo si se trata de una circunscripción territorial limitada donde el número de personas sea limitada así como la cantidad dineraria aportada por estos, a diferencia si se tratara de miles de personas afectadas, las mismas que, hayan aportado cantidades significativas de dinero, tal vez ahí sí podría pensarse en la existencia de un riesgo determinado que incida en una inestabilidad en el sistema financiero de una determinada nación o de un riesgo sistémico en el sistema financiero, o de repente si nos encontráramos frente a un nueva modalidad de captación de dinero que no podría ser advertida por las agencias reguladoras financieras, posibilidad que consideramos remota pero no imposible; en todo caso, una vez puesto en funcionamiento el sistema de administración de justicia penal, el representante del Ministerio Público –si se tratara de una investigación preliminar- o el órgano jurisdiccional podrían decidir respectivamente archivar o sobreseer la causa toda vez que la conducta imputada no genera inestabilidad del sistema financiero o que el bien

jurídico protegido no se llega a poner en peligro, por lo tanto no cabe con la prosecución de la acción penal, ante un supuesto así ya no habría más elementos para perseguir al sujeto activo, y como consecuencia de ello dicho sujeto podría seguir captando dinero del público ya sea bajo la modalidad del sistema crediticio, del mercado de valores o del sistema de fondos colectivos, vulnerándose las normas que regulan y protegen dichas actividades; en todo caso, lo que debemos preguntarnos es si lo que busca tutelar el tipo penal es la estabilidad del sistema financiero o ello es una consecuencia de que exista un respeto de las normas financieras desde el mercado bancario o de crédito hasta el sistema de fondos colectivos, pasando por el sistema de seguros, el sistema bursátil y cuantos otros pudieran existir.

Es necesario reiterar que, para que el sistema financiero se vea en peligro o desestabilizado a tal punto que pueda traer abajo la economía de un país o la economía de una región o incluso de una ciudad es necesario que se vea involucrada una empresa financiera de tal envergadura que, los ciudadanos tengan relación con ella de forma permanente, diaria o que todas sus actividades económicas dependan de ella, y podríamos preguntarnos si el sistema de fondos colectivos podrían hacerlo o el sistema de seguros podría hacerlo, obviamente la respuesta es no o por lo menos no hay evidencia empírica, pues como hemos podido apreciar a lo largo del presente trabajo, las personas acuden al sistema de fondos colectivos cuando deseen adquirir un bien que con el capital que tiene o mediante las típicas fuentes de financiamiento como el crédito no pueden hacerlo, pero es pertinente señalar que sólo acuden a dicho sistema para adquirir un bien no lo hacen como parte de su vida diaria, lo mismo sucede con el sistema de seguros, las personas no acuden a ello para adquirir bienes tangibles o bienes que utilizan diariamente sino que acuden a él, para cubrir una eventual contingencia donde existe la probabilidad de que pueda ocurrir como que no pueda ocurrir, a cambio ellos deben aportar periódicamente determinadas sumas de dinero a cambio de nada, solo a cambio de una promesa de que en caso ocurra dicha contingencia se pone en marcha el mecanismo destinado a resarcir dicha pérdida.

Entonces nos volvemos a preguntar de donde podría originarse que el bien jurídico protegido en el artículo 246° del Código Penal es la estabilidad del sistema financiero, las situaciones donde ha sido evidente la inestabilidad del sistema financiero ha sido en las crisis financieras y en el supuesto o hipotético caso del pánico financiero, ejemplo último del primero es la crisis financiera del 2008 que puso en jaque toda la economía mundial con la desconfianza en el 2007 respecto al valor real de esos hedge funds distribuidos por todo el mundo, y en donde la burbuja inmobiliaria de los Estados Unidos estalló, arrastrando en su caída al sistema financiero de los países cuyos ministerios de

economía y finanzas y, banco centrales habían invertido en activos de baja calidad, al estar camuflados los famosos paquetes que estaban avalados con la máxima calificación crediticia por las agencias de calificación cuando no lo eran en realidad, lo que originó una serie de acciones judiciales contra las agencias calificadoras tanto en Estados Unidos como en Europa.

En España, como señala Nicolás García Rivas se interpuso una querrela contra las agencias calificadoras por parte del Observatorio para el cumplimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Económicos, Sociales y Culturales, Izquierda Unida y la Asociación por una Tasación sobre las transacciones financieras para ayuda al ciudadano por posible comisión de ilícitos financieros (2014, p. 37); si bien muchas de esas conductas tanto en España como en cualquier país donde se transaron dichos instrumentos financieros provocó un desequilibrio en la economía de dicho país, incluso los bancos centrales también adquirieron dichos instrumentos a pesar de que algunos ya sabían que eran productos contaminados, originándose así un desequilibrio en el sistema financiero, sólo en dichos casos podemos apreciar que verdaderamente una norma penal financiera podría tutelar ese concepto de “estabilidad financiera”, incluso en el delito de Pánico Financiero tipificado en el artículo 249° del Código Penal sí podríamos suponer la desestabilización del sistema financiero si es que a sabiendas se produce alarma en la población propalando noticias falsas atribuyendo a una empresa del sistema financiero –se podría entender que se refiere a los bancos-, a una empresa del sistema de seguros, a una sociedad administradora de fondos mutuos de inversión en valores o de fondos de inversión, a una administradora privada de fondos de pensiones u otras que opere con fondos del público, cualidades o situaciones de riesgo que generen el peligro de retiros masivos de depósitos o el traslado o redención de instrumentos financieros de ahorro o de inversión; sin embargo, el efecto de la desestabilización del sistema financiero dependerá de que tan grande es la empresa financiera respecto de las otras del mercado o que tan grande es el mercado que ocupa, como sí podríamos apreciarlo si se tratara de algunos de los cuatro bancos más grandes del país, más no si se tratara de una caja de ahorros municipal del interior del país, pues los efectos en la economía del país no se paralizaría como sí se vería afectada si es que se tratara del Banco de Crédito del Perú o del Scotiabank o el BBVA o el Interbank.

En consecuencia, no podríamos afirmar que el bien jurídico del delito de Captación Ilegal de Recursos del Público es la estabilidad del orden financiero, sino que esta podría darse igual si se quebrara el orden de la regulación y normatividad financiera, refiriéndonos a cualquiera de los sistemas o mercados financieros más importantes del país.

4.2. El bien jurídico denominado “Sistema Crediticio”

De los once casos que hemos presentado en el presente trabajo, en siete de ellos se identificó como el bien jurídico al sistema crediticio, empero sólo en un caso se identificó correctamente el bien jurídico protegido con el mercado financiero vulnerado, en el resto se indicó que era el bien jurídico protegido pero el mercado vulnerado o el sistema financiero vulnerado era el de los fondos colectivos y su respectiva normatividad, a pesar de que algunos de ellos son procesos que han finalizado, dichos pronunciamientos generan una inseguridad jurídica sobre las instituciones jurídicas pues generan precedentes jurisprudenciales erróneos que generan una percepción equivocada, lo que efectivamente se ha logrado pues en el caso que hemos comentado sobre la “Empresa de Taxis La Huayrona” el órgano jurisdiccional cito un pronunciamiento jurisprudencial mencionado en el código penal preparado por el autor nacional José Urquiza Olaechea que aparece en la página 829 de la segunda edición del Tomo I del Código Penal que preparara con jurisprudencia y concordancias normativas, de igual forma se aprecia en la cita jurisprudencial que hiciera el autor nacional José Antonio Caro John²² respecto del artículo 246 del Código Penal en su obra denominada “Summa Penal” (2da. Edición); y tal vez dicha concepción del bien jurídico así como su identificación obedezca a la identificación que realizara el profesor Luis Alberto Bramont – Arias Torres desde su primera edición de su Manual de Derecho Penal – Parte Especial que fuera editado por Editorial San Marcos en 1994, posición que a la fecha la sigue sosteniendo a pesar de que admite que también podría afectarse el mercado de valores, lo que resulta contradictorio.

Sin embargo, como ya lo hemos mencionado en párrafos anteriores, el sistema financiero no se circunscribe al sistema crediticio o al bancario que es supervisado por la SBS, sino que es uno más amplio, pues conforme lo hemos explicado y se acredita con los casos jurisprudenciales que hemos presentado, el sistema crediticio que vendría a ser el mercado que ofrecen los bancos y las entidades que realizan intermediación financiera indirecta, no es el único mercado, sino también existe el mercado de valores y el mercado de fondos colectivos, y nada obsta que en determinado momento aparezca una persona jurídica o sociedad de hecho que capte dinero del público a cambio de

²² En la página 514 de la obra denominada “Summa Penal” editada por Nomo & Thesis, 2da. Edición, del año 2017, se cita el pronunciamiento del Exp. 8576-97 del 31 de marzo de 1998, expedido por la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, jurisprudencia que también apareciera en texto completo en la obra denominada Jurisprudencia Penal del Proceso Sumario elaborada por Baca - Rojas – Neira, p. 433.

ofrecer seguros sin autorización de las SBS, por el momento no hay data que lo corrobore pero es una posibilidad que debe tenerse en cuenta.

Siendo así se necesita determinar o identificar cuál sería el bien jurídico protegido con el artículo 246° del Código Penal y tendría que ser uno que englobe a cada mercado financiero entendiéndose en el sentido en que los privados acude a cualquiera de ellos para financiarse o proveerse de recursos para determinado fin, desde un seguro, hasta un préstamo, participar en un fondo colectivo para adquirir un vehículo, o adquirir algún valor (acción o bono o algún instrumento financiero) para obtener una rentabilidad, o para adquirir en el futuro una pensión (AFPs), y el único nomen iuris que cumpliría con ello, es el “sistema financiero”, el único problema que podría existir es que, alguna interpretación exegética de la Ley N° 26702 sólo se identifica a instituciones financieras a las que se encuentran supervisadas por la SBS, lo cual crea un problema que podría ser solucionado con una adecuada interpretación de toda la normatividad financiera y con un entendimiento de las instituciones dentro de un lenguaje económico – financiero, situación que se agrava más si aún contamos con operadores judiciales y fiscales y algunos autores proclives a la interpretación exegética, lo que dificulta a un adecuado análisis jurídico de las instituciones dentro del ámbito económico.

4.3 El bien jurídico denominado “Intermediación Financiera”

En las líneas antes descritas hemos desarrollado que muchas de las personas que necesitan financiarse recurren al mercado financiero, por lo general a los mercados donde se realiza la intermediación financiera ya sea indirecta o directa, la primera a través de un intermediario que por lo general es un banco o financiera o aquella que recibe depósitos y realiza préstamos, es decir a donde el privado se acerca a efectos de obtener un préstamo, para lo cual la entidad utiliza los recursos que fueron depositados por los agentes superavitarios; en tanto otros agentes deseosos de financiamiento recurrirán a la intermediación financiera directa ya sea al mercado bursátil o el mercado de los bonos.

En ese sentido, la pregunta que podríamos hacernos es si el delito de captación ilegal de recursos del público protege o no la intermediación financiera, Rodríguez Castro en un trabajo de investigación²³ nos señala que dicho tipo

²³ Su tesis para obtener el grado académico de Magister en Derecho Penal titulado “La Introducción de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en la Informalidad Financiera”

penal “sanciona la producción de aquellas prácticas que, directa o indirectamente, se dedique a la captación de recursos del público, bajo cualquier modalidad comisiva, y sin contar con el permiso de la autoridad competente”; en razón de ello concluye que el bien jurídico protegido es la “intermediación financiera” y la respuesta a ello la da la Exposición de Motivos del Código Penal de 1991 y el artículo 87° de la Constitución Política del Perú (2016, p.24).

Sin embargo, nosotros estamos en desacuerdo con dicha postura toda vez que la Exposición de Motivos del Código Penal en ningún momento indica expresamente a la intermediación financiera, sino hace referencia al sistema financiero que sería un concepto económico más amplio, y la intermediación financiera como concepto proveniente de la economía y de las finanzas, se refieren al mercado crediticio y al mercado de valores, donde está presente las intermediación financiera indirecta y directa respectivamente; sin embargo, no es usual utilizar dicha nomenclatura para identificar al mercado de fondos colectivos, y si bien hemos desarrollado una explicación para extender la idea de intermediación financiera dentro del sistema de fondos colectivos, empero resulta aún muy temprana dicha opción toda vez que no existe un referente académico en ese sentido, el mismo que podría ser contraproducente al momento de enfrentarnos a un caso real en donde el representante del Ministerio Público tenga que sustentar el bien jurídico de la intermediación financiera en casos donde el mercado financiero vulnerado sea el sistema de fondos colectivos. En cuanto a la propuesta del artículo 87° de la Constitución Política del Estado dependerá de la interpretación constitucional se realice del ahorro público consagrado en el primer párrafo del dicho artículo constitucional, pues los demás párrafos excluirían tanto al mercado de valores como al mercado de fondos colectivos.

4.4 Alejándonos de la teoría del bien jurídico

Como hemos señalado identificar el bien jurídico con el “sistema crediticio” nos crea problemas con el objeto de protección del tipo penal descrito en el artículo 246° del Código Penal, de igual forma identificarlo con el “sistema financiero” que sería lo más apropiado también podría haber problemas en la aplicación por parte de los operadores

judiciales, entonces que cabría al respecto, nos preguntamos en esta etapa del presente trabajo, renunciar a la teoría de los bienes jurídicos; al respecto, Abanto Vásquez señala que renunciar a la teoría de bienes jurídicos ocasionaría una “grave pérdida de capacidad crítica del Derecho penal”, pues de admitirse que la única función del derecho penal es la protección de “expectativas sociales” originadas de normas vigentes o el incremento de eficiencia económica se perdería la posibilidad de descubrir el “porqué” de dichas normas, y por consiguiente el poder cuestionarlas, analizarlas y debatirlas sobre la base de una “concepción anclada en convicciones del deber-ser” (2014, p. 77). Dicha situación es peligrosa para el futuro de la sociedad, pues además de perderse la capacidad crítica, se abriría la puerta a un “Derecho penal del autor”.

Tal como indica Abanto Vásquez respecto a la teoría de bienes jurídicos con una base constitucional:

Proporciona al menos una base real, aprehensible y controlable, a partir de la cual pueden trabajar (y vincularse) el Derecho penal y la Política criminal sin perder de vista las características humanas de los destinatarios de las regulaciones penales, independientemente de que, por otro lado, también pueda servir para reflejar una supuesta lucha de clases acentuada en el marco de la globalización (2014, p. 78).

En mi opinión, los bienes jurídicos son los intereses más imprescindibles que posibilitan el desarrollo de las personas, estos intereses a efectos de lograr una relevancia penal y por consiguiente ser bienes jurídicos, deben ser objeto de una valoración, no en aspectos morales o exclusivamente subjetivos, sino de forma jurídica, y coherente con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política del Estado; siendo así los intereses más esenciales como la vida, la libertad o la integridad no serán los únicos capaces de proveer la garantía de que la persona pueda ejercer con efectividad su libre desarrollo, instituciones como el orden financiero resultan de vital importancia toda vez que posibilita que terceros puedan garantizar el libre ejercicio de su desarrollo, específicamente en el ámbito económico, garantizándose la posibilidad de realizar o entablar relaciones económicas financieras con la seguridad o la tutela del Estado en el sentido que podrá realizarlas o efectivizarlas con plena seguridad y sin desconfianza, conductas que a su vez posibilitan que en conjunto una sociedad mejore económicamente.

Siendo así el bien jurídico es un interés relevante e imprescindible para el libre desarrollo o desenvolvimiento de las personas al interior de la sociedad y bajo parámetros de un Estado Constitucional de Derecho, el interés no es de un grupo de individuos o de un

colectivo o del Estado, es de todos los integrantes de un ordenamiento; en ese sentido, el bien jurídico se convierte en un presupuesto esencial que hace posible no sólo los intereses de naturaleza individual sino los de naturaleza supraindividual o colectiva.

Sin embargo, como proponen los defensores de la teoría del bien jurídico, en el sentido que todo bien jurídico tiene una raigambre constitucional lo que hemos podido advertir en el presente trabajo con el concepto de ahorro desarrollado en el artículo 87° de la Constitución Política del Estado donde se reconoce expresamente en todo el artículo el ahorro de los privados en las entidades bancarias o financieras supervisadas por la SBS, así como en las actividades y operaciones que son realizadas por los supervisados por la SBS (seguros, AFPs y otros); incluso bajo esta teoría del bien jurídico si nos constreñimos sólo al primer párrafo del citado artículo el ahorro colectivo que es realizado dentro del sistema de fondos colectivos supervisado por la SMV también tendría una raigambre constitucional; sin embargo, no lo habría de manera expresa respecto del mercado de valores, lo que evidencia una dificultad para respaldar sin duda alguna la teoría del bien jurídico para la protección del sistema del mercado de valores a través del delito de captación ilegal de recursos del público sin autorización estatal, lo que podría a su vez ocasionar interpretaciones jurisprudenciales diversas.

4.5 Acercándonos a la teoría de la vigencia de la norma o bien jurídico denominado “Orden Financiero”

Como señala Muñoz García en Colombia, el legislador a través del derecho penal económico en sentido estricto, sanciona aquellas infracciones que atentan contra la actividad interventora y reguladora del Estado en la economía; agrega que, desde la perspectiva de Jakobs, de Frisch y sus principales discípulos, “las instituciones de la teoría de la imputación objetiva del riesgo permitido, la prohibición de regreso en conexas relación con la problemática de los conocimientos especiales y el principio de confianza, se encuentra el insumo necesario para relacionar estos conceptos dogmáticos con la parte especial” en lo concerniente con los delitos financieros (2016, p. 164).

Siendo así el bien jurídico protegido por el artículo 246° del Código Penal no podría circunscribirse al sistema crediticio o al sistema bancario o al del mercado de valores, sino que este tiene una connotación más amplia, tampoco podría ceñirse a la estabilidad financiera; sino que este se consagraría en el orden financiero, integrado por cada sistema antes aludido, al que deberíamos denominarlo subsistema a efectos de poder diferenciarlos entre uno u otros, incluidos aquellos que la regulación económica

financiera establezca, sólo así podría lograrse aquello que aspiramos a proteger desde nuestra postura personal, esto es como aquello que posibilita el desarrollo y normal desenvolvimiento de los ciudadanos dentro de la sociedad, así como su tránsito entre un subsistema a otro, o entre las relaciones que establezca entre uno, pues dichos subsistemas no estamentos cerrados sino que están relacionados entre sí dada la particularidad del sistema financiero que cada vez más se complejiza más, y en donde el ciudadano común necesita un ámbito de protección más efectivo a efectos de que no se les menoscabe económicamente sobre todo en países como los nuestros donde la participación de las entidades financieras sobre todo los holdings financieros dueños de los principales bancos es avasallante en relación al papel que desempeña los órganos reguladores de la economía.

Cabe señalar que en los últimos años se vivió la crisis financiera internacional la misma que tuvo repercusiones desastrosas en la economía mundial, muchos países cayeron en default, sosteniéndose que el derecho penal como explica Eduardo Demetrio Crespo, no es un instrumento adecuado para intervenir en crisis económicas de carácter global, dado que no existe instrumentos adecuados para dicho fin (2014, p.11); para ello, Demetrio citado a Lüderssen, “quienes sostienen este punto de vista valoran la crisis como un fracaso sistémico del mercado financiero, cuya complejidad impide la imputación individual de responsabilidades” (2014, p.11); sin embargo, no se pueden culpar a los mercados o al sistema financiero en general, sino que existen personas e instituciones responsables que sabían que ello iba a ocurrir y/o podían prever, y como señala Benería, L y Sarasúa C. –citado por Demetrio- deberían responder de la misma manera que los crímenes del nacionalsocialismo (2014, 12); siendo así sólo una concepción amplia del bien jurídico protegido en el tipo penal del delito de captación ilegal de recursos del público sin autorización estatal o delito de instituciones financieras ilegales nos podrá proteger si es que en algún momento estemos frente a una captación masiva de recursos como ahora se avizora con la aparición de nuevas plataformas digitales globales de captación de dinero.

En nuestra opinión, resultaría mejor que el bien jurídico protegido por el delito de Captación Ilegal de Recursos del Público sin autorización estatal sea el Orden Financiero, así como los otros ilícitos financieros que aparecen en dicha parte del Código penal toda vez que establece una idea común entre el delito materia de la presente investigación y los demás delitos financieros, al tener como característica común la vulneración de diferentes normas que regulan los diferentes sectores o mercados como el crediticio, el bancario, hasta el de seguros, el bursátil e incluso el no tan conocido sistema de fondos colectivos, pues abarcaría no sólo las normas con rango

legal, sino también las normas con rango infra legal, como los reglamentos y resoluciones de los citados entes reguladores como lo son la SBS y la SMV, las mismas que a efectos de supervisar, regular y promocionar los mercados que tienen a su cargo, expiden diferentes resoluciones administrativas a efectos de que exista un orden en el mercado, el mismo que no puede estar sujeto a los vaivenes de la liberalidad o del mercado neoliberal, sino que debe ser un mercado regulado a efectos de evitar una eventual crisis financiera así de ínfimo impactos.

Como señala Miguel Ángel Muñoz García (2016, p. 155), acercándose a la idea del bien jurídico Orden Financiero:

Si el derecho penal tiene como función la protección de bienes jurídicos, la consecuencia directa de esa función es la confirmación de la vigencia de la norma; pero no se puede colocar en un “segundo plano” el contenido de la norma, que es precisamente lo que se obtiene con el funcionalismo cuando asume que la función de la norma es la confirmación de la vigencia de la propia norma: el contenido de la norma es un bien jurídico merecedor de protección por el ordenamiento penal.

Como señala Martínez-Bujan Pérez, se puede admitir que el bien jurídico resida en el interés colectivo en el orden del mercado, pudiendo aceptarse tal conceptualización en la idea en que se asuma de que nos halláramos ante un bien jurídico espiritualizado o institucionalizado de índole colectiva, de la misma naturaleza dogmática que la seguridad del tráfico, la salud pública; dicho de esta forma, igual ocurriría con los bienes jurídicos, cuando los intereses de los consumidores en el orden del mercado no son tutelados como bienes jurídicos supraindividuales autónomos o propios, sino que se cuidan en tanto van indefectiblemente referidos, de modo más menos inmediato. (2014, p. 329).

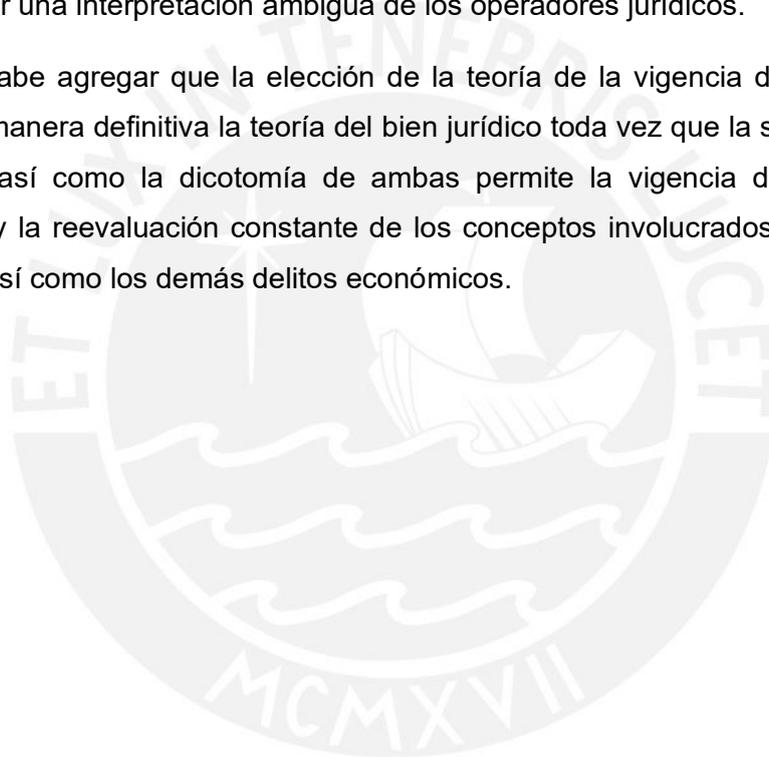
Estando a lo antes expuesto, regresamos a la exposición de motivos del Código Penal de 1991 donde se fundamenta que con los delitos financieros lo que se busca proteger son las leyes, normas y regulaciones vinculadas al sistema financiero frente a acciones u omisiones que la vulneren, es decir la protección penal vendría a ser accesoria; al respecto, Percy García Caverro señala que:

Los delitos financieros serían no más que un refuerzo sancionatorio a las normas regulatorias del sistema financiero. Al respecto debe señalarse que no hay duda de que varios delitos financieros están estructurados típicamente a partir de una relación de accesoriadad con la normativa bancaria o financiera, pero eso no implica necesariamente una homogeneidad regulativa. La protección penal tiene

una autonomía funcional innegable por lo que define su protección desde su propio estatuto regulatorio. (2016, p. 1658).

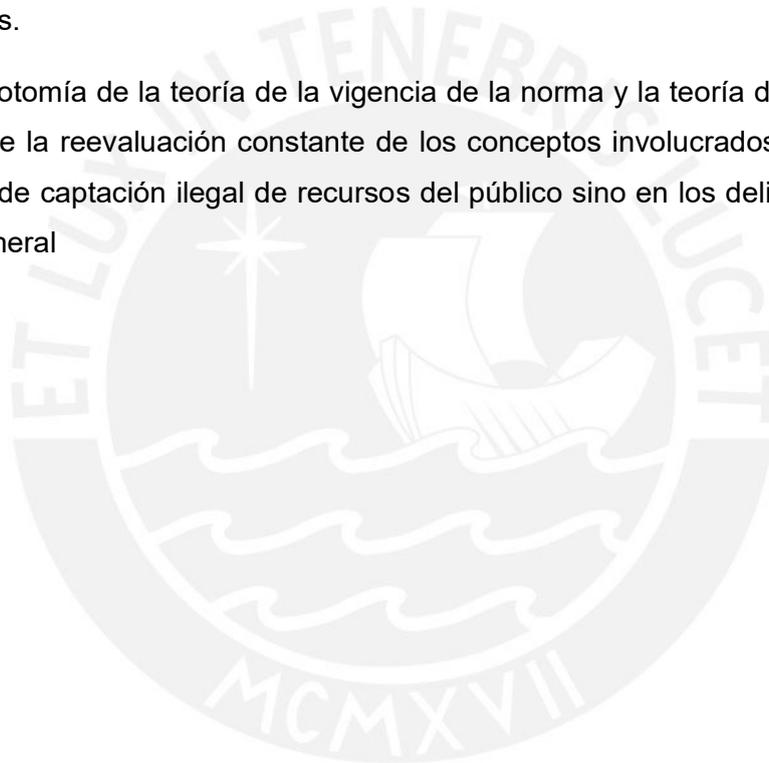
Siendo así nos inclinamos que la protección del tipo penal contemplado en el artículo 246° del Código Penal son las leyes que regulan el mercado financiero que se vulnera, sea el mercado de valores o el mercado de fondos colectivos o el mercado crediticio o cualquier otro, así como toda la normatividad infra legal que también regula dichos mercados, situación que permite la subsistencia de la legalidad no dejándose abierta la posibilidad de una interpretación en un lenguaje económico – financiero, sino estrictamente a lo que indica la normatividad respectiva, generándose seguridad jurídica, lográndose así la protección penal adecuada sin dejar subsistente ámbitos de impunidad por una interpretación ambigua de los operadores jurídicos.

Finalmente cabe agregar que la elección de la teoría de la vigencia de la norma no desecha de manera definitiva la teoría del bien jurídico toda vez que la subsistencia de esta última, así como la dicotomía de ambas permite la vigencia de la discusión permanente y la reevaluación constante de los conceptos involucrados en los delitos financieros, así como los demás delitos económicos.



CONCLUSIONES

1. El interés protegido en el delito de captación ilegal de recursos del público tipificado en el artículo 246° del Código Penal no se circunscribe al sistema crediticio o al mercado de valores sino se extiende al sistema de fondos colectivos.
2. La teoría del bien jurídico con una raigambre constitucional en el artículo 87° de la Constitución Política del Estado si bien permite proteger el sistema de fondos colectivos con una interpretación constitucional en el Principio de Igualdad Económica del primer párrafo; sin embargo, no lo hace respecto del mercado de valores.
3. La dicotomía de la teoría de la vigencia de la norma y la teoría del bien jurídico permite la reevaluación constante de los conceptos involucrados no sólo en el delito de captación ilegal de recursos del público sino en los delitos financieros en general



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abanto Vásquez, M. A. (2014). *Dogmática Penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*. Lima, Perú: Grijley.
- Aguilar, F. (1988) *Sistemas de ahorro previo por grupos cerrados. Bienes. Dinero. Inmuebles*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Alcácer Guirao, R. (2004) *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*. Lima, Perú: Grijley.
- Amelung, K. (2007). El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. En: Roland Hefendehl (Ed), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamentos de la legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* (pp. 227-264). Madrid, España: Marcial Pons.
- APJ - Asociación Peruana Japonesa. (s/fecha). *Actividades de los inmigrantes japoneses*. Recuperado de <http://www.apj.org.pe/inmigracion-japonesa/historia/colonia-preguerra>.
- Basílico, R. Á. (2019) *Intermediación Financiera no Autorizada*. En: Delitos contra el orden económico y financiero. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Bramont-Arias Torres, L. A. (2006). *Manual de Derecho Penal – Parte Especial*. Lima, Perú: Editorial San Marcos.
- Bustos Ramírez, J. (2004). *Obras completas. Tomo I. Derecho Penal Parte General*. Lima, Perú: ARA Editores.
- Blossiers Mazzini, J. J. (2010). *Cómo aprender derecho bancario*. Lima, Perú: APECC.
- Corcoy Bidasolo, M. (2014). Compatibilidad entre un derecho penal mínimo y la protección de bienes jurídicos penales colectivos. *Revista Crítica Penal* (3). Recuperado de <http://www.criticapenal.com.ar/wp-content/uploads/numero3/corcoy.pdf>.
- De la Cuesta Aguado, P. M. (1996) *Tipicidad e imputación objetiva*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Demetrio Crespo, E. (2014). El significado político del derecho penal económico. En: Eduardo Demetrio Crespo y Manuel Maroto Calatayud, (Ed.), *Crisis financiera y Derecho penal Económico* (pp. 3-19). Madrid, España: Edisofer e Editorial B de F.
- Feijoo Sánchez, B. (2015). "El actual debate alrededor de la teoría del bien jurídico". En: *Dogmática Penal de Derecho Penal Económico y Política Criminal: Homenaje a Klaus Tiedemann /José Urquizo Olaechea, Manuela Abanto Vásquez, Nelson Salazar Sánchez, coordinadores*. Volumen 2. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Feuerbach, Paul, Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Traducción de la 14ª edición alemana [Giesen, 1847] por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemer. (1989). Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- García Caveró, P. (2012). *Derecho Penal. Parte General*. Lima, Perú: Jurista Editores.

- García Cavero, P. (2016). *Derecho Penal Económico*. Parte Especial. Volumen III. 2ª ed. Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- García Díaz C. M., Cárdenas Sánchez G. A. y Molina Rodríguez, C. H. Análisis de la Intermediación Financiera en el escenario de las crisis de los siglos XX y XXI. *Revista Sophia*. 106-128. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/comocitar.oa?id=413740748010>
- García – Pablos de la Molina, A. (2000). *Derecho Penal. Introducción*. Madrid, España: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.
- García Rivas, N. (2014) Reflexiones sobre la Responsabilidad Penal en el Marco de la Crisis Financiera. En: Eduardo Demetrio Crespo y Manuel Maroto Calatayud. (Ed.), *Crisis financiera y Derecho penal Económico* (pp. 23-43). Madrid, España: Edisofer e Editorial B de F.
- Hernández Quintero, H. A. (2009). De las pirámides al delito del ejercicio ilegal de la actividad financiera. *Revista Derecho Penal y Criminología*, 30. 17-60. Recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/610>.
- Hernández Quintero, H. A. (2015). *Los delitos económicos en la actividad financiera*. Bogotá, Colombia: Editorial Ibáñez.
- Hefendehl, R. (2007). El bien jurídico como eje material de la norma penal. En: Roland Hefendehl. (Ed.), *La teoría el bien jurídico ¿Fundamentos de la legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* (pp. 179-196). Madrid, España: Marcial Pons.
- Hurtado Pozo, J. (2015) *Compendio de Derecho Penal Económico*. Parte General. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Jakobs G. (2001). *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Traducción de Cancio Melia. Mendoza, Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Jakobs, G. (2003). *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*. Traducción de Cancio Melia y Feijoo Sánchez. Madrid, España: Thomson Civitas.
- Jescheck, Has-Heinrich y Weigend, T. (2002) *Tratado de derecho penal parte general*. 5ª ed. Renovada y ampliada. Traducción de Miguel Olmedo Cardenotte. (2002). Granada, España: Comares.
- Kaufmann, A. (1977). *Teoría de las normas: Fundamentos de la dogmática penal moderna*. Traducción de Enrique Bacigalupo / Ernesto Garzón Valdez. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Kahlo, M. (2007). Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal. En Roland Hefendehl. (Ed.), *La teoría el bien jurídico ¿Fundamentos de la legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* (pp. 53-68). Madrid, España: Marcial Pons.

- Kindhaüser, U. (2017). En: Bien jurídico, seguridad y hecho punible desde una perspectiva comunicativa del Derecho Penal. Entrevistas y conferencias. Estudio introductorio, entrevista y edición por Esteban Mizrahi. Universidad Nacional de La Matanza.
- Lamas Puccio, L. (1993) *Derecho Penal Económico: Aplicado al Código Penal*. Lima, Perú: Didi de Arteta.
- Lopera Mesa, G. (2005). El principio de proporcionalidad en derecho penal. *Jueces para la democracia*, 53.
- Mankiw, N. G. (2007). *Principios de Economía*. Traducción de Esther Rabasco. 4ª ed. Madrid, España: Thomson.
- Marcuse, R. (s/f). *Diccionario de términos financieros y bancarios*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Marroquín Martensen, H. H. (2013). Regímenes de Excepción y Proceso de Liquidación de las Empresas del Sistema Financiero. *Derecho & Sociedad*, (41), 151-169.
- Martínez-Bujan Pérez, C. (2007) *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Parte General. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Martínez-Bujan Pérez, C. (2014) Bien Jurídico y Derecho Penal Económico. En Eduardo Demetrio Crespo y Manuel Maroto (Ed.), *Crisis financiera y Derecho penal Económico* (pp. 293-337). Madrid, España: Edisofer e Editorial B de F.
- Maurach, R., Heinz Gössel, K., y, Zipf, H. (1995) *Derecho penal. Parte General. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Mazuelos Coello, J. (1996). "El derecho de crédito como objeto de protección penal". En: *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Lima, Perú: Editorial San Marcos.
- Mir Puig, S. (1990). *Derecho penal: Parte general (Fundamentos y Teoría del delito)*. Barcelona, España: PPU
- Montoya Alberto, H. (2005) *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo 1. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Muñoz García, M. Á. y Montaña Velandia, J. D. (2013). *El delito de Captación Masiva y Habitual de Dineros*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Muñoz García, M. Á. (2016). *Las instituciones del riesgo permitido, el principio de confianza y la prohibición de regreso en el derecho penal financiero y el lavado de activos*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Paolantonio, M. E. (2012). *Derecho Penal y Mercado Financiero*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2009). *Derecho Penal Económico*. Lima, Perú: Jurista Editores.

- Pineda Galarza, J. (2011) *“Diferenciando la intermediación directa y la intermediación indirecta: Retos pendientes en el mercado de capitales”*. En: Boletín de la Revista Ethos – Asociación Jurídica.
https://works.bepress.com/john_pineda_galarza/4/download/
- Reyna Alfaro, L. (2002). *Manual de Derecho Penal Económico*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Rodríguez Azuero, S. (2009). *Contratos bancarios. Su significación en América Latina*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Rodríguez Castro, C. S. (2016). *La Introducción de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en la Informalidad Financiera* (Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú). Recuperada de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/>
- Roxin, C. (1976). *Problemas básicos del Derecho Penal*. Madrid, España: Editorial Reus.
- Roxin, C. (2007). Protección de bienes jurídicos y libertad individual en la encrucijada de la dogmática jurídico – penal. En: Eduardo Montealegre Lynett. (Coor.), *Derecho Penal y Sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de imputación*. Tomo I. (pp. 63-81). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia
- Rubio Correa, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rubio Correa, M. (2017). *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Schünemann, B. (1996) Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico penal alemana. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. (1).
- Silva Sánchez, J. M. (1999). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid, España: Civitas.
- Tazza, Alejandro O. (2017). Agiotaje financiero y otros delitos contra el orden económico y financiero. En: M. Riquert. (Dir.), *Insolvencias punibles y delitos contra el orden económico y financiero* (pp. 397-418). Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Ugaz Sánchez - Moreno, J. (1998). *“Derecho Penal Económico”*. En: Guía Legal de Negocios. Invirtiendo en el Perú. Editora Beatriz Boza. Lima: Promperú.
- Ugaz Sánchez – Moreno, J.; y, Ugaz Heudebert, F. (2017). *Delitos económicos, contra la administración pública y criminalidad organizada. Colección lo esencial del Derecho*. N° 18. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Urquiza Olaechea, J. (2010). *Código Penal Tomo I*. Lima, Perú: IDEMSA.
- Vidal Ramírez, F. (1985). El delito bancario. *Revista El Foro*, 72 (2), 55-61.
- Villavicencio Terreros, F. (2001). *Código Penal comentado*. Lima, Perú: Editorial

Villavicencio Terreros, F. (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Lima, Perú: Grijley.

Villegas Villegas, S. (1992). Los Sistemas de Fondos Colectivos ¿Qué y cuáles son?
Revista Valores, III. (9), 48-50.

Villegas Villegas, S. (1993). Sistema de Supervisión. *Revista Valores, IV* (13), 43-47.

