

ANÁLISIS DEL DELITO DE USO INDEBIDO DEL PATRIMONIO DE LA PERSONA JURÍDICA

RAUL ERNESTO MARTINEZ HUAMAN*

*“Las comunicaciones pueden reconocer comunicaciones y distinguirlas de otros estados de cosas que pertenecen al entorno, en el sentido de que es posible comunicarse acerca de ellos pero no con ellos”***

1. Introducción.

En la actualidad la persona jurídica ocupa un papel trascendental para el desarrollo de la sociedad, pues la imposibilidad de poder satisfacer de forma individual las necesidades de la vida moderna (fundamentalmente económicas), ha obligado a que cada vez más las personas naturales -y también las jurídicas- conformen personas jurídicas para que puedan lograr la consecución de sus fines¹, sea para la consecución de fines extra-patrimoniales (caso de la Asociación, Fundación, etc.) o patrimoniales (sociedad anónima, sociedad colectiva, etc.). Las personas jurídicas que se encuentran constituidas para el logro de fines extra-patrimoniales no necesariamente deben intervenir en el mercado para poder lograr sus objetivos, y ello lo observamos en las fundaciones o asociaciones, en las cuales sus miembros aportan de manera periódica una cantidad de bienes para la consecución de sus metas altruistas; este tipo de personas jurídicas las encontramos reguladas en el Código Civil (art. 80º y ss).

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actualmente cursando la Maestría en Ciencias Penales en la USMP. Integrante de la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal.

** Luhmann, N. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia* (ed. Y trad. A cargo de Josexto Beriam y José María García Blancos). Madrid, 1998.

¹ Véase a Peña Cabrera, Raúl. *Tratado de Derecho Penal: Parte especial*, T.II-B. p.357. Asimismo a Reyna Alfaro, Luis. *Manual de Derecho Penal Económico*. p.299. Hugo Vizcardo, Silfredo. *Delitos contra el patrimonio*. p.244.

En cambio, las personas jurídicas constituidas para la consecución de finalidades patrimoniales necesariamente participan en el mercado para la consecución de sus metas, ellas ofrecen bienes o servicios para recibir a cambio de una contraprestación por los mismos. El mercado le posibilita obtener beneficios económicos; claro que para dicho fin no podrá hacer uso de cualquier tipo mecánicos sino de los permitidos por ley (no olvidar que el régimen económico que impera en nuestro país es el de una Economía Social de Mercado²-basados en el art. 58º de nuestra Carta Magna-). La conformación y estructura de esta última persona jurídica se encuentra regulada en la Ley General de Sociedades (art. 50º y ss), y a las que propiamente se le denomina “sociedades”. Ambas personas jurídicas se encuentra protegidas jurídico-penalmente por el significado y la función que desempeñan en las sociedades modernas, así como el papel que dentro de ellas le corresponde desempeñar a sus órganos de administración y gestión³.

Lo antes dicho, demuestra el gran protagonismo que tiene la persona jurídica en la sociedad, ya que de ella depende, por un lado, la consecución de fines altruistas que de por sí colaboran al desarrollo y la buena convivencia social (personas jurídicas sin fines de lucro) y, por otro lado,

² En este sentido Morales Acosta, Alonso. *Régimen Económico en la Constitución de 1993*. p 50. García Cavero, Percy. *Derecho Penal Económico: Parte General*. p. 35: *Las bases fundamentales del sistema económico reproducidas por nuestra Constitución política vigente se desprende de la llamada economía social de mercado y pueden sintetizarse en dos aspectos: el libre mercado y la función protectora del Estado*. Reyna Alfaro, Luis. *Manual de Derecho Penal Económico*. p. 57 y ss. Manuel A. Abanto Vásquez. *El Derecho Penal en una economía de mercado, influencia de la integración económica y la globalización*. p. 1.

³ Véase Suárez Gonzáles, Carlos. *Aspectos políticos criminales e interpretación de los delitos socioeconómicos” en Dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal*. p. 176.

de las personas jurídicas (*las sociedades*) depende un gran sector de nuestro desarrollo económico⁴ y social⁵. Ante tal situación la sociedad exige, de forma cada vez intensa, la protección de las mismas; específicamente, ante daños que pudieran ocasionar sus administradores al abusar de las facultades que se les confiere, generando un perjuicio económico no sólo a la persona jurídica, sino también a personas vinculadas a la misma (sus accionistas, sus acreedores, entre otros).

Ahora bien, una vez conformada la persona jurídica, y con ella su patrimonio, ninguna de las personas que permitieron su conformación tiene derecho sobre los bienes de la misma, así señala el artículo 78º del Código Civil que *“ninguno de los miembros de la persona jurídica tiene derecho sobre su patrimonio”*, diferenciando claramente el patrimonio de sus integrantes del patrimonio social. Es ante tal situación que los miembros de la persona jurídica deciden nombrar a un administrador del patrimonio de la persona jurídica. Por ello, el administrador juega un rol importante dentro del desarrollo de la persona jurídica, pues será el encargado de realizar todas las relaciones comerciales de la persona jurídica (derecho sobre el patrimonio social): comprar, vender, alquilar, prestar, entre otros, en nombre de la persona jurídica. Por lo tanto, la persona jurídica deposita su confianza en el administrador, para que éste administre su patrimonio de manera leal, dándose así una disociación entre el patrimonio y

administración de la persona jurídica⁶. Naciendo el riesgo de que el administrador realice manejos fraudulentos del patrimonio de la persona jurídica para beneficio propio o de terceros. Es por ello que el Derecho penal interviene dentro de este ámbito social, pues la sociedad exige la seguridad de que los administradores no defraudaran las expectativas normativas de una correcta y leal administración del patrimonio ajeno. Así señala Laura Zuñiga Rodríguez: *“[...]Los delitos societarios, como conductas desaprobadas social y económicamente, nacen pues para sancionar las formas más graves de defraudación del capital social, por parte de los administradores y directivos de sociedades, quienes dado el extraordinario poder que ostentan en estos momentos sobre todo en las grandes empresas en las que prácticamente es imposible el control, con incontables fórmulas económicas podrían menoscabar el capital social enriqueciéndose ilícitamente”*⁷.

Problema aparte ocupa la criminalidad llevada a cabo por la empresa, con efectos perjudiciales para la sociedad, en este contexto encontramos lo que la doctrina denomina *“actitud criminal colectiva”* por medio del cual *“Lo decisivo para el delito no es ya la mala voluntad del individuo (lo que vendría hacer un administrador desleal), sino el espíritu de grupo, establecido en una colectividad de personas y, por tanto, también en una empresa económica”*⁸ (*Unternehmenkriminalität*); los cuales estarían dispuestos, en base a esa cohesión, a defraudar diversas expectativas

⁴ Así señala Hugo Vizcardo, Silfredo: el mundo comercial contemporáneo se desenvuelve principalmente a través de los llamados “entes societarios” p.244

⁵ En este sentido Zuñiga Rodríguez, Laura, [...] para todos es evidente el extraordinario protagonismo que están teniendo las sociedades (llámese también empresa) en el desarrollo económico de la sociedad moderna y en el mundo social en general. En *Los Delitos Societarios: entre las transformaciones del Derecho penal y del Derecho de sociedades*. p.11

⁶ Véase a Zuñiga Rodríguez, Laura. Op. Cit. *En este contexto económico de disociación cada vez mayor entre propiedad y control de la riqueza es que se inscribe la necesidad de intervenir con el Derecho Público dentro de un ente eminentemente privado como lo es la Sociedad*. p.9

⁷ Zuñiga Rodríguez, Laura. Op. Cit. p.32

⁸ Bernd Schünemann. *“La Punibilidad de las Personas Jurídicas Desde La Perspectiva Europea” en Derecho Penal Económico y de la Empresa*; Julio Mazuelos Coello (compilador). p.89. resaltado del recurrente.

normativas⁹ (no lesionar el medio ambiente, no lesionar el normal funcionamiento del sistema socioeconómico, etc.). Es por ello que,

⁹ Sobre la responsabilidad de la persona jurídica Vid, Espec., a Minaya Chávez, Marleny Margoth y Martínez Huamán, Raúl E. *Es necesario una responsabilidad penal para las personas jurídicas como mecanismo neutralizador ante la nueva criminalidad de la empresa* en el libro de ponencias del XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano, I Nacional de Derecho Penal y Criminología Guayaquil-Ecuador, 2005. p.1381 y ss. Donde señalan que “[...] La realidad criminológica de nuestros días es compleja, organizada, transnacional y económica, frente a la que se tienen que idear soluciones eficaces contra la nueva macrocriminalidad, pero que no desborden los presupuestos garantísticos de un Estado de Derecho. En ese sentido, se está produciendo el fenómeno de expansión del Derecho Penal, se presenta como un Derecho Penal Máximo, en el que se introducen nuevos tipos penales y se agravan los ya existentes. Asimismo, se utiliza al Derecho Penal como solución de “primera ratio” ante la aparición de nuevas conductas que lesionan bienes jurídicos o crean un peligro (concreto o abstracto) para ellas. Con lo cual ya no son categorías del ser las que determinan los presupuestos de imputación de responsabilidad penal (metodología ontológica), sino categorías de valor orientadas a satisfacer el fin social de protección de bienes jurídicos o mantenimiento de las expectativas normativas institucionalizadas (metodología normativa), pero para que el sistema penal puede solucionar los problemas de prevención que le plantea esta moderna macrocriminalidad: organizadora, empresarial y transnacional, es preciso comprender primero las características de esta delincuencia, lo más resaltante de las sociedades post industriales y las causas de expansión del Derecho Penal. En opinión de SILVA SÁNCHEZ, la asignación al Derecho Penal de papeles relevantes en las respuestas a los ilícitos propios de la globalización y de la integración supranacional implica una flexibilización de las categorías y relativización de los principios garantistas del Derecho Penal (principio de proporcionalidad, de lesividad, de culpabilidad, etc.). En conclusión la criminalidad moderna se encuentra interrelacionada con las características de las sociedades modernas, las cuales comparten sus caracteres de complejidad, comunicativa, de riesgo, globalizada y en continua transformación. La criminalidad hoy en día es masiva e indeterminada, similar a las catástrofes, donde es difícil identificar a los responsables directos. Así, la empresa es una importante fuente de riesgos para bienes jurídicos, los cuales se realizan en procesos complejos en los que es muy difícil determinar un solo autor.”

dentro del ámbito de la *sociedad* encontramos la generación de peligros tanto internos como externos, entendiendo por la primera a hechos que lesionan o ponen en peligro la vigencia misma de la persona jurídica, (plano interno); y, por el segundo, a hechos que lesionan o ponen en peligro el ámbito en el cual se relaciona la *persona jurídica* (plano externo).

El presente trabajo se encarga de estudiar la “criminalidad en la empresa” (*Betriebskriminalität*); entendiendo por ella, a la criminalidad de los órganos (administradores) contra la *persona jurídica*, que se configura cuando el órgano, en abuso de sus facultades, ocasiona un peligro para el patrimonio de la persona jurídica. Este tipo de conductas las encontramos reguladas en el artículo 198° de nuestro Código Penal, el cual lleva por título “Fraude en la administración de la persona jurídica”¹⁰ o también conocido, en el Derecho comparado¹¹, como “delitos societarios”; en ambos, la conducta se encuentra dirigida a defraudar la expectativa social de que el administrador no lesionará o pondrá en peligro los bienes patrimoniales de la propia *persona jurídica*, perjudicándola económicamente, así como también a los accionistas y terceros relacionados a ella. Para un sector de la doctrina se debe incluir, como perjudicado, al propio funcionamiento del sistema

¹⁰ Cfr. Meini Méndez, Iván quien considera incorrecta la denominación hecha por nuestro ordenamiento jurídico de “fraude en la administración de la persona jurídica”, pues no precisan engaño (fraude) para su comisión. En *Fraude en la administración de la persona jurídica* p. 4. en el mismo sentido Hundskopf Exebio, Oswaldo. *Derecho Comercial: Temas societarios*. De otra interpretación es E. Bacigalupo en cuenta refiere que el carácter fraudulento de la administración desleal consiste en la defraudación de la confianza depositada en la administración. *Derecho Penal Económico*. p.151.

¹¹ En este sentido Abanto Vásquez, Manuel. *Diez años de Derecho penal económico peruano: un balance...* equivalente a lo que en otras latitudes se conoce como “delitos societarios”. p.141.

socio-económico¹². Por tanto, la conducta delictiva del administrador no está dirigida a defraudar expectativas de que la persona jurídica no ocasionara un daño a su entorno social, tratando de evadir su responsabilidad penal a través del aprovechamiento de la compleja estructura de la persona jurídica (verticalidad, horizontalidad, división de trabajo, etc.), sino que, aprovechan las facilidades dadas por el propio sistema de funcionamiento de la persona jurídica, y la confianza que se le ha depositado, para actuar de forma desleal lesionando el patrimonio de la persona jurídica.

2. Insuficiencia de los tipos penales clásicos para encuadrar la conducta de administración desleal de patrimonio de la persona jurídica

La doctrina penal venía solicitando la creación de un tipo penal específico relacionado a la conducta desleal del administrador de patrimonio ajeno, específicamente del patrimonio de la persona jurídica¹³, ya que los tipos penales clásicos eran incapaces de englobar el desvalor de estas conductas¹⁴. Antes que

existiera una regulación penal específica de los delitos de *fraude en la administración de personas jurídicas* se trataba, de manera ineficaz, de encajarlas en el delito de *estafa*, la cual no cubría de forma adecuada los elementos constitutivos de una administración desleal. Como se sabe, para la realización de la conducta típica del delito de *estafa* se requiere que el sujeto activo haga caer en *error* al sujeto pasivo, utilizando como medio el *engaño*, haciendo que de forma pasiva le entregue de manera voluntariamente el bien de carácter económico, lo cual desenlaza en un perjuicio para la víctima y en el provecho ilícito del agente delictivo o un tercero. Conductas que no despliega el administrador desleal, el cual no induce en ningún momento a error, por medio del engaño, al sujeto pasivo para recibir su patrimonio; sino, todo lo contrario, el administrador dispone ya del patrimonio, el cual al hacer uso del mismo genera, de forma dolosa, un perjuicio para su administrado, pero no apropiándose¹⁵. Lo que propiamente existe en la administración desleal es un quebrantamiento de la relación de confianza entre el administrado y su administrador, elemento que no se encuentra en el delito de estafa¹⁶. Al respecto, la Sentencia del Tribunal español de fecha 8 de febrero de 2002 en la cual hace referencia ha que “*el tipo penal de la*

¹² Se considera a los delitos societarios como delitos económicos, no por el daño económico que pudiesen ocasionar al sistema socio-económicos, que también podría realizarse con un robo extremadamente cuantioso a un banco, sino básicamente a que esos ámbitos sociales que encuentran una regulación extrapenal, como en el caso de los delitos de competencia desleal, abuso de poder económico, entre otros.

¹³ Véase a Domingo García Rada, en “*Sociedad anónima y delito*”, quien señaló las deficiencias de los tradicionales tipos penales para abarcar todo el desvalor de las conductas de administración desleal del patrimonio de la persona jurídica. p.88

¹⁴ Así tenemos en Perú a Reyna Alfaro, Luis, Op. Cit. [...] surgieron ante el Derecho penal serios problemas para lograr una respuesta adecuada ante los abusos por parte de los administradores en el terreno de las sociedades mercantiles, toda vez que las figuras tradicionales de estafa, apropiación ilícita, maquinaciones para alterar el precio de las cosas o falsificación de documentos. p.299. Cfr. con Nuñez Castaño, Elena, en *La conducta típica del delito de administración desleal: delimitación con la apropiación indebida*, quien haciendo referencia al

Derecho Penal Español señala: “...no existía en nuestro ordenamiento jurídico ninguna figura delictiva que se enfrentase a los supuestos de administración desleal del patrimonio ajeno, ni con carácter general en el ámbito patrimonial, ni específicamente en el societario.” p.387.

¹⁵ En este sentido Reyna Alfaro, Luis. Cit. p.994, Cfr. Jaén Vallejo, Manuel. *La administración desleal y los llamados “delitos societarios”*. En Desafíos al Derecho penal en el siglo XXI. Libro Homenaje al profesor Dr. Günther Jakobs. “...se trata de hechos en los que no es el propio sujeto pasivo el que realiza la disposición patrimonial, sino que es el propio autor quien, sin conocimiento del administrado, dispone del patrimonio que le han confiado y de esa manera produce el perjuicio del mismo.” p.103.

¹⁶ Véase a Rodríguez Montañez, Teresa. en *Algunas reflexiones acerca de los delitos societarios y las conductas de administración desleal*. 1996. p.443.

*estafa requiere que el autor induzca al sujeto pasivo, mediante engaño, a realizar una disposición patrimonial perjudicial [...] administración desleal [...] en la que **no hay engaño sino defraudación de una relación de confianza respecto de un sujeto que no tiene que efectuar ninguna disposición patrimonial, pero que ha otorgado, en confianza, poderes a otro para que las realice***¹⁷. De lo que se aprecia que ambos delitos defraudan distintas expectativas normativas; así nos dice Iván Meini: “...Los delitos societarios, por el contrario, no precisan de tal engaño ni error, y por consiguiente, tampoco de disposición patrimonial alguna. En ellos, el sujeto activo, abusando de las funciones propias del cargo, causa un perjuicio evaluable. **Cada uno de estos injustos se construye pues sobre la base de diferentes desvalores de acción**”¹⁸.

Punto aparte merece el caso del delito de apropiación indebida, en el cual, al igual que la administración desleal del patrimonio de la persona jurídica, el sujeto pasivo del delito entrega un bien al agente delictivo (administrador) para que este lo administre de una manera determinada. La diferencia entre ambos delitos recae básicamente en acto de **apropiación** del bien entregado; como se verá en el siguiente capítulo, para la configuración del fraude en la persona jurídica, sólo se necesita que el agente distraiga el bien encargado, generando perjuicios patrimoniales para su administrado¹⁹; en cambio, en el delito de apropiación

indebida el agente se apropia del bien, expropiándolo definitivamente de la propiedad del administrado, habiendo actuado el agente, desde el inicio, con el “animó” de apropiárselo²⁰. Señala Sánchez-Vera Gómez-Trelles que la apropiación ilícita sólo se puede hacer sobre bienes muebles, en cambio en el delito de administración desleal cubre defraudaciones patrimoniales sobre bienes inmuebles²¹. Asimismo, se diferencia que el primero afecta el patrimonio, en tanto que en el segundo la propiedad²². Ahora bien, aquí surge un tema interesante, si bien para muchas de las conductas sancionadas por el Art. 198° del C.P. no se requiere de la apropiación del patrimonio de la persona jurídica, para el supuesto regulado en el inciso 8, se requiere un uso del patrimonio “en provecho propio o de tercero”, con el respectivo perjuicio patrimonial del administrado, siendo más difícil la delimitación con la apropiación indebida; quedando ello demostrado por la propia jurisprudencia penal peruana, en la cuales se puede observar como conductas propias del delito de apropiación indebida son encuadrados en el artículo antes referido.

3. Análisis dogmático de los elementos típicos del delito de fraude en la administración de persona jurídica.

Art. 198 CP.-

*“Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años el que **ejerciendo funciones de administración o representación de persona jurídica, realiza, en perjuicio de***

¹⁷ En Jaén Vallejo, Manuel. Op Cit. p.1005.

¹⁸ Meini Méndez, Iván. Cit. p. 5. Cfr Paredes Infanzón en “Delito contra el Patrimonio”, quien considera que al igual que el delito de estafa sí se requiere del medio engaño, porque para llegar al perjuicio de la empresa es necesario algún tipo de fraude; el cual cita a Peña Cabrera. Raúl. p 357. Cfr. con Paredes Infanzón, Jelio, quien señala que el delito de fraude en las personas jurídicas, al igual que el delito de estafa, requiere un engaño. Op. Cit. p. 249.

¹⁹ En este sentido Calderón Cerezo, A. y Choclán Mont, J. Op. Cit. p.319. Meini Méndez, Iván. Op. Cit. p.5. Reyna Alfaro, Luis. Op. Cit. p.994.

²⁰ Véase a Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier. en *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje Enrique Bacigalupo*, T. II. 2004 quien señala “[...] pues el delito de administración desleal no exige para el autor *animus rem sibi habendi*. De este modo, que él no se quedase con el diento es irrelevante a efectos de tipicidad”. pp.1216-1217.

²¹ Véase a Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier. Op. Cit. p.1219.

²² Al respecto Jaén Vallejos Cit. p.1005

ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes:

[...] 8. Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica²³.

El Art. 198° del C.P. tiene como campo de actuación a las conductas desleales que se desarrollan dentro de una persona jurídica de Derecho Privado²⁴; la cual no necesariamente tiene que intervenir en el mercado²⁵; descartando así, de su campo de aplicación, a las personas jurídicas de Derecho Público; básicamente, porque la conducta de administración desleal del patrimonio de persona jurídica del Estado se encuentra sancionada penalmente por lo tipos penales de los delitos contra la

²³ En la StGB alemán lo encontramos en su § 226° de la siguiente forma: *(Untreue) Infidelidad Patrimonial: 1) Quien abusa de la facultad atribuida por ley, mandato de la autoridad o negocio jurídico, de disponer sobre un patrimonio ajeno u obligar a otro, o infringe el deber que le compete en virtud de ley, mandato de la autoridad, negocio jurídico o relación de confianza, de proteger intereses patrimoniales ajenos y causa con ello perjuicio al titular de tales intereses patrimoniales, será penado con pena privativa de libertad de hasta cinco o con pena de multa. En tanto, que el Código penal español lo regula en su Art.295° **Administración desleal.**- Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económico evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa de tanto triplo del beneficio obtenido.*

²⁴ Se encuentran incluida en esta categoría a las empresas públicas que tengan naturaleza jurídico-mercantil.

²⁵ Incluyéndose a las entidades que no operan en el mercado. pues el bien jurídico a proteger es el patrimonio ajeno y no específicamente el patrimonio de una sociedad de derecho mercantil (el patrimonio social, accionista y terceros); por lo tanto cabe la posibilidad de que de entidades como: las comunidades de propietarios, asociaciones de vecinos, asociaciones deportivas o culturales, etc. sean sujetos pasivos del delito en análisis. Cfr. García Caverro Cit. p.21.

Administración Pública (peculado, malversación de fondos, colusión, etc.).

La redacción llevada a cabo en el Art. 198° del C.P., se encuentra basado en el modelo italiano, en el cual se detalla taxativamente cuales son los supuestos de administración fraudulenta, distinta a lo regulado en el Código penal Alemán y Español que lo redactan de forma genérica; haciendo hincapié, que la redacción de la StGB alemana sanciona la administración desleal de patrimonio de persona natural o jurídica²⁶.

A continuación desarrollaremos un breve análisis de los elementos del tipo penal, comenzando primero por desarrollar cual es el bien jurídico protegido; lo que nos permitirá un mejor desarrollo metodológico; pues el estudio de cualquier tipo de la parte especial del Código Penal, debe comenzar por saber cual es el bien jurídico penal a proteger, pues gracias al mismo sabremos que acciones son idóneas para poner en peligro el bien jurídico²⁷.

Antes de desarrollar cual es el bien jurídico penal protegido por la norma en estudio, tenemos necesariamente que aclarar que el delito de fraude en la administración de persona jurídica regulado en nuestro Código penal, no se limita a los “delitos societarios²⁸”.

²⁶ Así Salinas Siccha “El legislador peruano ha seguido al modelo italiano. Aquí se tipifica un conjunto de conductas especificadas que, desde la óptica del legislador, afectan la correcta administración de las sociedades. No obstante, el principal problema de esta forma de legislar es el peligro de dejar muchas otras conductas con igual desvalor jurídico-penal sin sanción punitiva” p.100, del mismo parecer García Caverro p.43 “el modelo seguido por el Código penal peruano es más parecido al seguido por la legislación italiana”.

²⁷ En este sentido García Caverro, Percy. Cit. p.29.

²⁸ Término utilizado por Enrique Bacigalupo. Responsabilidad Penal de los administradores concursales, en www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCA_L14.pdf. p.1267.

Los delitos societarios están pensados en la administración desleal del patrimonio de sociedades mercantiles²⁹; en personas jurídicas que intervienen en el mercado de manera permanente, sea para ofrecer productos o comprar bienes³⁰. Por ello no compartimos la opinión de cierto sector de la doctrina que denomina *delitos societarios* a la conducta delictiva regulada en el artículo 198º del C.P.; pues la misma tiene trascendentales implicancias a la hora de analizar el bien jurídico protegido por el tipo penal.

El bien jurídico penal protegido por el Art. 198º del C.P. es, por doctrina mayoritaria, el patrimonio social, entendiendo por el mismo no sólo al patrimonio de la persona jurídica, sino también al patrimonio de sus accionistas y de terceros vinculados con ella. El agente al actuar de forma desleal, abusando de sus poderes, perjudica el patrimonio de la persona jurídica; pero también al conjunto de accionista de la persona jurídica y a terceros que se encuentran vinculados con ella; caso los acreedores o personas que desean efectuar alguna relación jurídica con la persona jurídica. Así señala, siguiendo a la doctrina mayoritaria, Luis Miguel Reyna Alfaro que: **“El bien jurídico entonces, en el ámbito de los actos de administración**

societaria desleal, viene constituido por el “patrimonio social”, que supone una pluralidad de ofensa, pues implica la lesión inmediata del patrimonio social y la afectación mediata del patrimonio individual de la persona natural componente de la persona jurídica³¹”. Por lo tanto, el bien jurídico protegido es el patrimonio de la persona jurídica. El desvalor de la conducta se encuentra en administrar de manera desleal (abuso o infidelidad) un patrimonio ajeno, generando con ello un perjuicio para tercero³².

Otro sector, minoritario, de la doctrina considera como bien jurídico penal protegido al orden socioeconómico, ya que a su entender la conducta delictiva se enmarcan dentro de una *sociedad mercantil*, proyectada al mercado; demostrando de esta forma su relevancia

²⁹ Así señala, en el Derecho penal Español, Castro Moreno, Abraham que los delitos societarios estaban pensados fundamentalmente en las sociedades mercantiles y, especialmente en las anónimas. en *El concepto penal de sociedad en los delitos societarios: el artículo 297 del nuevo código penal*. p.47. Cfr. con Teresa Rodríguez Montañez, Op. Cit. [...] el concepto de sociedad, a los efectos de los delitos societarios, a “toda cooperativa, caja de ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza **que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado**”. p.457

³⁰ Véase la cita que Abraham Castro Moreno hace de Conde-Pumpido Ferreiro: *entiende que la referencia a las “entidades” no implica necesariamente que éstas hayan de tener personalidad jurídica, sino que alberga a cualquier tipo de colectividad con vocación de permanencia en el mercado ofertando bienes y servicios*. p.53

³¹ Reyna Alfaro, Luis Miguel. *“La situación espiritual del Derecho Penal Societario Peruano”* Sistema Penales Iberoamericanos en Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario. p.999. Así también Hundskopf Exebio, Oswaldo: *“los bienes jurídicos protegidos por la ley penal frente a la comisión de delitos societarios son los siguientes: 1. el patrimonio social compuesto por los bienes de la propia sociedad. 2. el patrimonio de los accionistas. 3. el patrimonio de terceros que contraten con la sociedad”*. Cit. p.173-174. Calderón Cerezo, A y Choclán Montalvo, J.A. p. 319. Ramiro Salinas Siccha. Cit. p.104. Bramont-Arias Torres, Luis Alberto y García Cantizano, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*, T. I. p. 361. Paredes Infanzón, Jelio. Cit. p.248. Alonso Serrano Gómez y Alonso Serrano Maillio. *Derecho Penal Parte Especial*. *“El Bien jurídico protegido es el patrimonio de la sociedades, sus socios y demás personas que tengan intereses económicos en la entidad*”. p. 542. Cfr. Hugo Vizcardo, Silfredo. Op. Cit. 249. Cfr. Con Bernd Schünemann, Administración desleal de presupuestos como problema dogmático, en Dogmática y ley penal. Libro Homenaje Enrique Bacigalupo T. II. 2004. p.1231.

³² Véase la cita que Teresa Rodríguez Montañez hace de Rodríguez Ramos [...] lo que aquí se estaría protegiendo no es el “patrimonio de las sociedades mercantiles, sino el patrimonio administrado por un tercero, siempre que pertenezcan a una colectividad”. Op. Cit. p.457 Cfr. a Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier. Op. Cit. p.1215.

para el sistema económico³³. Al respecto, no compartimos tal opinión, pues como lo señaláramos líneas arriba, el delito en estudio abarca a todas las personas jurídicas, y no sólo a las sociedades reguladas en la LGS, y ello porque el desvalor de la conducta de administración desleal se encuentra en el abuso sobre las facultades para administrar el **patrimonio ajeno**, no importando si el mismo es de una persona jurídica que intervenga o no en el mercado³⁴.

Ahora bien, partiendo de una metodología distinta, basados en el funcionalismo normativistas, el Derecho Penal no protege directamente bienes jurídicos, sino expectativas de conductas institucionalizadas, es decir normas jurídico-penales; las cuales son básicas para el desarrollo personal en sociedad. Pues *cada tipo penal recoge una expectativa normativa de conducta básica para el funcionamiento del sistema social, que al mismo tiempo, sólo puede ser defraudada mediante una conducta capaz de desautorizar la vigencia de la norma*³⁵.

³³ Así, Meini Méndez: “el bien jurídico protegido va más allá del patrimonio social: Como bien jurídico penalmente protegido se identifica al patrimonio, bien de la persona jurídica (patrimonio social), bien de terceros (fundamentalmente de los socios). No obstante en la medida que este **bien jurídico se proyecta sobre el orden socio-económico**, logrando trascender la dimensión puramente patrimonial individual, hay que reconocer que, sin perjuicio de que inmediatamente se protege el patrimonio en los términos descritos, mediatamente se protege el orden socioeconómico”. Cit. p.4. Cfr. Abanto Vásquez, Manuel. Cit. p.73. Cfr. con Silfredo Hugo Vizcardo, Op. Cit. quien menciona que un gran sector de la doctrina, no si razón, se pronuncia en el sentido de incluir la protección de los interés económicos colectivos [...] delitos económicos. p.249

³⁴ En este sentido véase a Teresa Rodríguez Montañez. Op. Cit. [...] Por lo demás, ha de constatarse que los citados tipos se limitan a la protección de intereses patrimoniales privados, **por lo que los intereses supraindividuales del orden socio-económico que pudieran estar en juego carecen en ellos de tutela penal**. p.455.

³⁵ En este sentido José Antonio Caro John. “Intervención delictiva y deber de solidaridad mínima

En el doctrina penal peruana, en referencia a nuestro tema, encontramos a Percy García Caverro, el cual considera que con el delito de fraude en la administración del patrimonio de persona jurídica no se protege propiamente el bien jurídico patrimonio social, pues cuando el delito tiene lugar el patrimonio social ya se encuentra afectado; con lo cual la función del Derecho Penal fracasaría. Lo que propiamente se protege es la vigencia de la expectativa que la sociedad tiene de que el administrador, a quien se le ha confiado el patrimonio, no abusará de sus funciones para perjudicar patrimonialmente a la persona jurídica (expectativa normativa); por lo tanto, lo que el Derecho penal protege son expectativas de conductas. Así nos dice el autor peruano: “[...] **Mediante el art. 198° del CP el Derecho penal no protege el patrimonio de la persona jurídica o terceros, sino la expectativa normativa de conducta de que los directivos o administradores de una persona jurídica no abusarán o incumplirán sus facultades de administración, perjudicando patrimonialmente a ésta o a terceros. El delito de administración fraudulenta de persona jurídica defrauda esta expectativa normativa de conducta, siendo la función de la pena devolver la vigencia a esta norma infringida**”³⁶ (resaltado del recurrente).

desde una perspectiva funcional del derecho penal”. p. 367

³⁶ García Caverro, Cit. p. 33-34. por todos Jakobs, Günther. “Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un derecho penal funcional” en Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal. p.19, *parte de la consideración por la cual el Derecho Penal está orientada a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad, es decir, tiene como función el mantenimiento de expectativas normativa institucionalizadas que configura la sociedad; siendo que con el injusto penal se logra un quebrantamiento gradual y continuo de las expectativas normativas, llevado a cabo por la comunidad organizativa, siendo la función de la pena restablecer la vigencia de las expectativas normativas quebradas por el delito*. En palabras de Heiko Lesch: “la función institutiva de la pena sólo puede describirse en relación con el concepto de delito, es decir, con la idea de que el

Esta posición encuentra su base en el entendimiento de que la sociedad moderna se encuentra configurada por normas jurídicas³⁷, las cuales a su vez determinan la identidad de la sociedad³⁸. Son estas normas las que permiten la interacción entre personas, ya que en base a los derechos y deberes que pesa sobre cada persona³⁹ uno puede realizarse en sociedad. Por lo tanto, el Derecho penal tiene como finalidad el mantener la configuración social, lo cual se logra con la pena. Las personas al interactuar en la sociedad saben, en base a las normas jurídicas, cuales son los deberes y derechos⁴⁰ que tiene cada cual dentro de una sociedad, siendo el deber más genérico el de no dañar la esfera de libertad de terceros. Así, si un tercero comunica a la sociedad, en base a su delito,

*delito debe ser superado, no como creación de un mal externo, sino como lesión del derecho en tanto que derecho". en Injusto y culpabilidad en el derecho penal. p.22, citando a Hegel: **la pena se define como una reacción frente a lo acontecido, como eliminación de la perturbación generada por el hecho entendido como confirmación simbólica del ordenamiento.** Cit. p.26.*

³⁷ La Norma es concebida como expectativa institucionalizada de conducta, que se dirige al ciudadano en tanto potencial víctima, y el injusto penal como quebrantamiento gradual y continuo de expectativas normativas, llevado a cabo por la comunidad organizativa. En Reaño Peschiera *Autoría y Participación Delictiva: El Sistema del Injusto único de Intervención* en Estudios de Derecho penal. p. 213.

³⁸ Jakobs parte de considerar que los seres humanos vivimos, en la medida que lo hagamos en sociedad, en un mundo socialmente configurado de una determinada manera, donde se existen expectativas normativas estables

³⁹ En este sentido Caro John: *Si las expectativas tuvieran que referirse a los individuos, sería imposible reducir la complejidad social, sobre todo en las sociedades de nuestro tiempo, caracterizadas por su elevado nivel de anonimización de los contactos sociales.* p.370.

⁴⁰ "Persona es, por lo tanto, el destinatario de expectativas normativas, la titular de deberes, y, en cuanto titular de derechos, dirige tales expectativas a otras personas". en Günther Jakobs "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-pena"; p.98.

que el padrón de conducta vigente no es el señalado en la norma jurídica, sino el mensaje de su conducta hace su intervención el Derecho penal para contradecir esa comunicación, y afirmar que lo vigente sigue siendo la norma jurídica, y que es en base a ella por la que se deben conducir⁴¹ los pertenecientes a la sociedad. Por tanto, es responsabilidad de cada uno, en cuanto persona, cumplir con lo establecido por la norma, pues gracias a la norma las personas pueden disfrutar verdaderamente de su libertad, situación que no ocurriría si entendiéramos a la sociedad de forma cognitiva, en la cual el padrón a moverse sería el de la satisfacción/insatisfacción, ya que esto llevaría a que todos tengamos que estar inmiscuyéndonos en las esferas de libertad de otras personas para saber si desean o no cometer un delito.

El Derecho penal, insistimos, protege la configuración de una sociedad determinada, configuración que tiene su base en la expectativa de conductas institucionalizadas, que no son otra cosa que normas jurídicas, las cuales a su vez se dirigen a la sociedad, más no al individuo⁴². El Derecho penal no puede proteger bienes jurídicos, porque su intervención no tendría razón de ser, ya que cuando aparece el Derecho penal los bienes ya están lesionados o puestos en peligro, no

⁴¹ "que la norma infringida continúa siendo, pese a su quebrantamiento, la regla de comportamiento en que se puede seguir confiando". en Peñaranda Ramos y otros "Un Nuevo Sistema del Derecho Penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación" p.21

⁴² La relevancia cada vez menor que Jakobs atribuye a la relación interna entre el autor (potencial) del hecho y la norma, cuestión central para el finalismo (y en especial para su orientación más radicalmente imperativista), y su preocupación, paralelamente creciente, por la significación social de la vigencia de las normas y de su quebrantamiento, ya que una concepción imperativista de la norma deja de lado por completo el sentido que da la sociedad, es decir su significado social, siendo el injusto simplemente un presupuesto de reproche moral. en Peñaranda Ramos y otros. Cit. p.17

pudiendo restituir al estado anterior al delito⁴³; por citar un ejemplo, el caso del asesinato de una persona, el Derecho penal aparece después de ocasionada la muerte; perdiendo sustento el carácter preventivo de la pena; además existen ocasiones en las que el bien jurídico se lesiona de forma natural. En el ejemplo anterior, pensemos que la muerte no haya sido ocasionada por asesino, sino que la persona murió de forma natural (por su avanzada edad), situación en la cual el Derecho penal no tiene porque hacer su aparición, ya que nadie ha utilizado de forma defectuosa su ámbito de libertad para ocasionar la muerte de otro, es decir nadie ha infringido el deber genérico de no dañar a los demás. Es así que, las normas jurídicas permiten la realización de los contactos sociales -interactuando en base a la vigencia de normas-. Cuando una persona defrauda esa expectativa normativa aparece el Derecho penal para reestabilizarla, es decir la pena no tiene ninguna incidencia sobre el individuo (persona) sino sobre la sociedad, le dice a la sociedad que las normas siguen vigentes, y son por estas normas por donde se deben conducir. Considerando Jakobs a la vigencia de la norma como el “bien jurídico-penal⁴⁴”. Por otra parte, los deberes que pesan sobre las personas son de dos formas; deberes generales (deberes negativos) y deberes especiales (deberes positivos), el primero hace referencia a lo antes mencionado, es decir, a que las personas tienen toda la libertad de utilizar como quieran su ámbito de libertad, pero procurando no dañar las esferas de libertad de otras personas. En tanto al segundo, en ellas no sólo las personas tienen el deber de no dañar a otros, sino además, en base al vínculo que nace con el

⁴³ La crítica de Jakobs a la doctrina del bien jurídico se centra en la idea de que incluso los bienes jurídicos que han de ser protegidos por el Derecho penal no gozan de una protección absoluta en una sociedad que permite en una medida muy considerable el sacrificio de bienes para posibilitar el contacto social. Cit. p.45

⁴⁴ Op. Cit, p. 45.

bien, fomentar el desarrollo del mismo, protegerlo de ataques de terceros, etc.

En base a lo antes dicho, partimos de una sociedad en la cual existen normas que regulan los deberes y derechos (expectativas normativas), las cuales son protegidas por el Derecho penal. Con lo cual lo que se protege con el tipo penal de fraude en la administración de la persona jurídica es una expectativa; la expectativa de conducta de que el administrador no abusará de las facultades que le fueron conferidas, en base a la confianza que se depositó sobre él, para perjudicar patrimonialmente a la empresa, sus accionistas o a terceros relacionadas con ella. El administrador tiene que procurar que dentro del cumplimiento de sus funciones, no se derive ningún *output* que dañe esferas de libertad de terceros (patrimonio de la persona jurídica y de terceros).

Continuando con el desarrollo de los elementos del tipo penal, el delito de fraude en la administración del patrimonio de la persona jurídica ha sido configurado como delitos especial propio, entendiéndose por ello a que sólo determinados sujetos pueden realizar la conducta delictuosa, ello debido a la cercanía que tienen con el objeto del delito, que para el presente estudio sería el patrimonio del administrado. Por tanto, en principio sólo los administradores⁴⁵ (*intraneus*) podrán ser autores del delito en estudio. Siendo que los terceros, que carecen de los elementos especiales del tipo (*extraneus*), a lo más serían partícipes⁴⁶. Por eso, sólo pueden ser administradores las personas

⁴⁵ Tal como ha establecido la reciente modificación del artículo 198º del C.P. sólo son sujetos activos del delito los administradores o representantes de la persona jurídica.

⁴⁶ En este sentido Jaén Vallejos, cuando se refiere que los extraños que participan, sin reunir las necesarias facultades jurídicas sólo podrán ser partícipes (inductores, cooperadores necesarios o cómplices), no autores (salvo el caso del administrador de hecho) p.1020

que posean ese status en la persona jurídica, pudiendo de esta forma disponer de los bienes que conforman el patrimonio social, se tratan de *sujetos con cierta capacidad para la toma de decisiones*, y que al realizar los comportamientos descritos incumplen deberes que tienen asignados como consecuencia de su status en la sociedad⁴⁷. Por ello, por más que un tercero posea el “domino del hecho”, pero carezca de los elementos exigidos por el tipo penal, tendrá que ser sancionado como partícipe (cómplice necesario o instigador), lo cual no quita que pueda ser sancionado con la misma pena que el autor, en base a los Art. 24° y 25° del C.P., teniendo que ser el mismo establecido en el análisis de la determinación judicial de la pena⁴⁸. Entonces, la defraudación no puede ser cometida por cualquier persona, sino sólo por el administrador o representante; siendo, en principio, ellos los únicos que pueden cometer el delito. Ahora bien, esto no quiere decir que este sea el fundamento de imputación; tenemos que aclarar, como lo explica José Antonio Caro John⁴⁹, que los delitos especiales están basados en condicionamientos formales establecidos por el legislador, y que los fundamentos de punibilidad son los delitos de dominio y/o delitos de infracción de un deber, esta

diferenciación es la pieza fundamental de nuestro tema⁵⁰.

Por otro lado, en lo referente al perjuicio patrimonial que se deriva de la administración desleal del patrimonio, el tipo penal no exige que la conducta del autor cause de forma material un perjuicio al patrimonio social, para que de esta forma se configure el delito⁵¹; adoptando de esta forma, como bien señala Reyna Alfaro, el modelo alemán de *Untrue* o infidelidad⁵². Ello quiere decir, que bastará con poner en peligro el patrimonio, ya que el tipo penal sólo exige que se actúe en

⁴⁷ Véase a Jaén Vallejos Cit. p. 1021.

⁴⁸ Al respecto Muñoz Conde, en *Administración desleal e insolvencia punible: problema de imputación personal*. En dicho artículo el autor hace un desarrollo pormenorizado de la problemática que genera la sanción que ha de ponerse a los cooperadores necesarios en los delitos de administración desleal de sociedades, los cuales por más que participen en la ejecución del hecho delictuoso, nunca podrán ser tenidos como autores. También hace una consideración a la sanción de los cooperadores con pena inferior que a la impuesta a los autores, pues a los extraneus no se le imponen los mismos deberes que a los intraneus.

⁴⁹ Caro John, José Antonio. *Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber*. Anuario de Derecho penal. p. 64. en el mismo sentido García Caveró. *El actuar en lugar de otro en el Derecho penal peruano*.

⁵⁰ La persona vive en un mundo que se encuentra socialmente configurado de una determinada manera, en el cual se le concede un ámbito de libertad, ahora bien el sinalagma de esta libertad es la responsabilidad de su mala administración de libertad, es aquí donde encontramos los delitos de dominio, los cuales se caracterizan por ser aquellos en los cuales la persona tiene el deber de no dañar a los demás, es decir de organizar su ámbito de libertad de tal forma de que de ella no salga algún daño para los bienes de los demás. Mientras los delitos de infracción del deber se fundamentan en que, aparte de no dañar a los demás, también, por tener una posición en especial en la sociedad, un status especial, que te convierte en obligado especial que te pone en una relación especial con un determinado bien, debes velar por la integridad del bien frente a cualquier amenaza de peligro o lesión. En este sentido Caro John. Cit. p.60 Así también Günther Jakobs: *Junto a los deberes en virtud de organización, se encuentran los deberes en virtud de competencia institucional, esto es, deberes que no resultan del status general de todo ciudadano, sino que afectan tan sólo a personas con un status especial o, con mayor precisión, forman parte de un status especial, como el de los padres, el cónyuge, el receptor de una confianza especial o algunos cargos públicos.* (sin cursiva ni negrillas en el original) *en competencia por organización en el delito omisivo*, pág. 42

⁵¹ No olvidar, como señala el profesor español Enrique Bacigalupo “[...] el perjuicio económico es un elemento constitutivo del delito”. En Responsabilidad penal de los administradores concursales Op. Cit. p.1270

⁵² Reyna Alfaro, Luis. Cit. p. 996; en el mismo sentido Salinas Siccha. Cit. p.106. Véase a García Caveró. Cit. p. 40. Asimismo, Enrique Bacigalupo en *Responsabilidad penal de los administradores concursales*. “[...] La jurisprudencia alemana considera que la puesta en peligro del patrimonio es ya suficiente para la realización del tipo”. p.1271

perjuicio de la persona jurídica o terceros; pero el peligro no debe entenderse como uno de peligro abstracto; sino, en base a un derecho penal de ultima ratio, que con la acción delictiva tendría que existir una posibilidad real de lesión del patrimonio del administrado. Es decir, que el administrador tendrá que ocasionar un peligro concreto al patrimonio. No basta con que el agente delictivo realice la acción delictiva (basta con el mismo para la configuración del delito de peligro abstracto), sino que tiene que existir un peligro real para el patrimonio administrado. Si no se interpreta de esta manera se estaría utilizando de forma irracional el Derecho penal, pues no hay que olvidar que ya la LGS castiga estos actos de deslealtad, con sanciones como la remoción de su cargo, la indemnización a la sociedad, entre otros; no requiriendo para ello el peligro concreto de lesión o la lesión material del patrimonio⁵³; siendo estas sanciones un mecanismo adecuado para prevenir las conductas desleales al nivel societario. Por lo tanto, para la configuración del tipo penal, el administrador tendrá que poner en peligro concreto o lesionar el patrimonio de la persona jurídica o de terceros vinculado a

⁵³ En este sentido Paredes Infanzón, Jelio: "La regulación del fraude en la administración de las personas jurídicas no establece la protección de un interés colectivo, sino de intereses patrimoniales concretos. Por esta razón, y en virtud del principio de lesividad (art. IV del Título Preliminar del Código Penal) no podrá sancionar conductas que no pongan en peligro cuando menos intereses patrimoniales de la persona jurídica, socios o terceras personas vinculadas patrimonialmente a ésta". p.248 Cfr. Silfredo Hugo Vizcardo "[...] al tipo de peligro, en el que no es necesario que se cause daño o perjuicio material u ostensible a la entidad societaria o a terceros, ni tampoco que haya necesariamente un aprovechamiento económico por parte del agente. Basta con que el bien jurídico corra peligro sin necesidad de su lesión efectiva." p.254. Cfr. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles "*...el delito de administración desleal se consuma cuando se produce el daño patrimonial, si bien es cierto -debe subrayarse- que por daño ha de ser entendido también la propia puesta en peligro de patrimonio*" p.1223

ella. Ahora bien, este perjuicio debe ser entendido no sólo como la disminución del patrimonio social, sino también con la posibilidad de haber tenido un aumento del patrimonio, es decir cuando el administrador haya dejado de obtener beneficios para la persona jurídica estando, en base a sus obligaciones, en la posibilidad de hacerlo.

Ahora bien, la acción delictiva debe caer sobre bienes de relevancia para la persona jurídica, bienes que tengan la capacidad de poner en peligro el normal desarrollo interno de la persona jurídica, un bien que forme parte importante del patrimonio de la persona jurídica. No compartimos la opinión de determinado sector de la doctrina que considera que el delito puede configurarse con el simple uso "irregular" de determinados bienes de la persona jurídica, como el ejemplo que de que administrador utilice la computadora del trabajo para realizar trabajos personales⁵⁴, o imprimir hojas para un trabajo personal. El Derecho penal no puede ser utilizado de esta manera, a tal extremo no llega el sentido de la norma penal, la cual busca que sociedad tenga confianza en que se sancionara a un administrador cuando abuse de sus funciones generando un peligro concreto al patrimonio (relevante) de la persona jurídica.

Por otro lado, para la configuración del tipo penal se requiere que el sujeto activo haya hecho uso del patrimonio de la persona jurídica, abusando de sus facultades. El desarrollo sobre este tema lo analizaremos en el capítulo 4.

La parte subjetiva del tipo requiere del dolo del agente, es decir el conocimiento de que con su conducta estará perjudicando el patrimonio de la persona jurídica o de terceros⁵⁵, no requiriéndose

⁵⁴ Véase en este sentido a Paredes Infanzón, Jelio. Cit. p.258.

⁵⁵ Bramont-Arias Torres, Luis Alberto y García Cantizano, María del Carmen .No se exige ningún

del algún ánimo de lucro; es por ello que no compartimos la opinión de la Corte Superior de Justicia en el Exp. 6316-1997, la cual señala: “Para que se configure el tipo penal señalado por el artículo 198° inciso 8, además de tener que acreditarse el perjuicio económico contra la empresa agraviada, **se debe acreditarse el ánimo de lucro y el dolo del procesado**⁵⁶”. Básicamente porque para la realización de los delitos de fraude en la administración de persona jurídica bastará con que el agente tenga conocimiento de que su conducta perjudicará el patrimonio de la persona jurídica, aunque el no posea ningún ánimo de beneficio para sí o para terceros. Por señalar un ejemplo, la omisión del administrador de exigir al personal subordinado el cumplimiento de sus obligaciones, permitiendo que los mismos produzcan daños patrimoniales a la sociedad⁵⁷, lo cual configurará el delito de fraude en la administración de persona jurídica; sin que resulte necesario para la configuración del tipo, que el agente actúa con *animus lucrandi*. Lo relevante es que el administrador tenga conocimiento de que con su conducta se está perjudicando el patrimonio de la persona jurídica. Por ello, la norma penal se encuentra dirigida a garantizar la expectativa de que el administrador no dañará el patrimonio de

ánimo de lucro del sujeto activo. Cit. p.362. María Luisa Silva Castaño. *El delito de apropiación indebida y la distracción de dinero* (arts. 252 a 254 del C.P.) Buenos Aires: Hammurabi. 2000. p.189. Meini Méndez, Iván Cit. p.8. En el mismo sentido García Cavero: *El tipo penal no requiere de un elemento especial adicional al elemento subjetivo general del dolo. En consecuencia, el dolo puede asumir cualquiera de sus formas, es decir, puede presentarse como dolo directo de primer o segundo grado e incluso como dolo eventual*. Cit. p.77.

⁵⁶ Exp. N° 6316-97. La Rosa Gómez de la torre, Miguel. *Jurisprudencia del proceso Penal sumario*. Grijley. Lima. p.297. *Jurisprudencia de igual sentido lo encontramos en la citada por Paredes Infanzón: “[...]para que se configure el tipo penal señalado por el art. 198°, inciso 8, además de tener que acreditarse el perjuicio económico contra la empresa agraviada, se debe acreditar el ánimo de lucro y el dolo del procesado.”* Op. Cit. p.260

⁵⁷ Jaén Vallejo. Cit. p.1035

la persona jurídica, sin que sea necesario que el mismo busque algún beneficio⁵⁸. En este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1998 (Caso Argentina Trust) que a la letra dice: “...**se consume con el daño patrimonial, sin necesidad de que se produzca el enriquecimiento del autor; lo que se requiere es el perjuicio patrimonial del titular del patrimonio administrado, no que el dinero distraído haya sido incorporado al patrimonio del autor.**”⁵⁹

Por otro lado, el sujeto pasivo del delito es la persona de la cual se administra el patrimonio, es decir la persona jurídica y, de manera indirecta, el socio o un tercero que se vinculan con la persona jurídica⁶⁰.

Por último, haciendo una referencia procesal, el ejercicio de la acción penal en estos delitos es público⁶¹, con lo cual se posibilita que cualquier persona, por medio de una acción popular, pueda denunciar de manera directa el delito de fraude en la administración de persona jurídica. Asimismo, una vez iniciado el proceso penal, cabe la posibilidad de hacer uso del mecanismo de simplificación procesal del principio de oportunidad o del acuerdo reparatorio, los cuales permiten que el imputado y el agraviado lleguen a un acuerdo en cuanto a la reparación por el delito.

⁵⁸ Cfr. con Teresa Rodríguez Montañez, quien señala que la exigencia del *animus de lucro* resulta innecesario y perturbador, pues crearía problemas de prueba. Op. Cit.p.469.

⁵⁹ Citado por Jaén Vallejos. Cit. p.1008

⁶⁰ Véase a Paredes Infanzón. Op. Cit. p.253, Cfr. con Silfredo Hugo Vizcardo. Op. Cit. “[...] *Sujetos pasivos...la persona jurídica...también resultan sujetos pasivos, los accionistas, socios, asociados o terceros interesados. Incluso lo pueden ser los futuros socios, los posibles acreedores y más directamente los acreedores.*” p.253

⁶¹ A diferencia del Código penal español que asume un ejercicio semi-público de la acción penal.

4. Análisis de la acción delictiva del uso indebido del patrimonio de la persona jurídica, Art. 198. inciso 8 del C.P.⁶²

4.1. Sobre el criterio material de imputación penal.-

Como lo señaláramos líneas arriba, en el Derecho penal existen dos criterios de imputación, por un lado se encuentran los delitos de dominio, infracción del deber general de no lesionar las esferas de libertad de terceros, resumido en el ya famoso mandato hegeliano: “sé una persona y respeta a los demás como persona⁶³”; y los delitos de infracción del deber, deber institucional de no lesionar o dejar que lesionen el bien puesto en custodia y, sobre todo, el deber de fomentar la relación con el bien⁶⁴, aquí encontramos los deberes de los padres, funcionarios, etc⁶⁵., quienes por la posición que asumen⁶⁶ tienen deberes especiales. Desprendiéndose, que la diferencia entre los delitos de dominio y los delitos de infracción de un deber especial se derivan de la base o estructura social asumida por la configuración penal correspondiente⁶⁷.

Al respecto existe en la doctrina nacional como extranjera, la discusión sobre cual es el criterio de imputación utilizado para los delitos de administración desleal de patrimonio ajeno, el dominio del hecho o la infracción de deberes especiales. A continuación señalaremos brevemente

cuales son los fundamentos de estas dos posiciones:

El primer sector de la doctrina considera que el criterio de imputación es el del delito de dominio (como criterio normativo), siguiendo en este aspecto básicamente a Gracia Martín con su teoría del *dominio social típico*. Esta posición señala que sólo se podrá imputar al administrador el delito, cuando tenga un dominio sobre la afectación al bien jurídico-patrimonio. Con dominio social típico se quiere decir que sólo podrá ser autor aquel administrador, sea de hecho o derecho, que se encuentre en la capacidad de poder afectar el bien jurídico (patrimonio) y que además cuente con la aprobación de la persona jurídica para ejercer el cargo de administrador. A la asunción del dominio social típico se correlaciona la asunción de la posición de garante sobre el bien⁶⁸. Quiere decir que, para que sea imputable el hecho delictivo al administrador no basta con el dominio social⁶⁹, posibilidad de afectar el bien y aceptación de los miembros de que asuma el cargo de administrador; sino que además se necesita la asunción de la posición de garante sobre el patrimonio. En palabras de Gracia Martín el *acceso al dominio social típico y la asunción de la posición de garante en él fundamento* constituyen el criterio material de imputación⁷⁰.

Para esta posición lo importante, a la hora de imputar el delito, es saber quien se encontraba en una relación material con la posibilidad de afectar el bien, sin que

⁶² El Art. 198° inciso 8 a diferencia del Art. 295° del C.P. Español, hace referencia a la administración desleal en el ámbito cualquier persona jurídica.

⁶³ Jakobs, Günther. Cit, p. 32.

⁶⁴ Caro John. José. *Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de un deber*, p. 60. así también Sánchez Vera Gómez Trelles. cit p.38.

⁶⁵ Jakobs “...*forman parte de un status especial, como el de los padres, el cónyuge, el receptor de una confianza especial o algunos cargos públicos...*” p. 42.

García Caverro. Cit. p.44

⁶⁶ No se nace con el status, sino que estos son en inicio, mediante la libertad, asumidos por las personas.

⁶⁷ García Caverro. Cit. p. 65.

⁶⁸ Ferré Olivé, Juan Carlos. “*sujetos responsables en los delitos societarios*” citando a Bajo Fernández [...] será administrador “aquel miembro de la entidad que tiene dominio social y, por tanto, se convierte en garantía del bien jurídico protegido por la norma”. p.24

⁶⁹ Véase a Gracia Martín, Luís. no cualquier sujeto que entre en contacto con la esfera de dominio del titular de la función y actúe materialmente en ella podrá ser ya equiparado, por eso sólo, al autor idóneo del delito especial. p.867

⁷⁰ Véase a Gracia Martín, Luís. Estudios de Derecho Penal. Idemsa, 2004. p. 867

importe cuál sea la inclusión en el círculo de la autoría de sujetos que han entrado en la misma e idéntica relación material con el bien jurídico que la que se predica del sujeto formalmente descrito en el tipo⁷¹. Lo que el autor español quiere, con este criterio de imputación, es resaltar que los delitos especiales no son criterios materiales de imputación⁷², sino una forma de establecer los sujetos idóneos para la realización del delito. Sólo las personas que se encuentren en una relación directa (material) con el patrimonio de la persona jurídica podrán cometer el delito y ser considerados autores, y que mayormente son los administradores formales. De tal modo que cualquier persona que entre en la relación material con el bien jurídico que presupone el tipo será- y no precisamente por analogía- autor idóneo del delito⁷³. Así señala Gracia Martín que *el fundamento material de los elementos de la autoría de los delitos especiales radica en el ejercicio de una función específica determinante de la constitución de una estrecha y peculiar relación entre el sujeto competente para su ejercicio y el o los bienes jurídicos involucrados de un modo esencial en el ejercicio de aquella función*⁷⁴. Por lo tanto, se desprende que lo relevante a la hora de imputar al administrador de hecho o formal, es su relación material con el bien.

⁷¹ Véase a Gracia Martín, Luís. Op. Cit. p.867

⁷² Así señala Gracia Martín que lo decisivo para el delito especial no es el status formal con el que el legislador describe al autor del hecho sino la relación material de dominio social típico en virtud de la competencia para el ejercicio de una función. Op. Cit. p.866 En este sentido Rodríguez Montañez. T. "...Lo relevante a efectos penales no puede ser la perfección formal de la relación interna entre el administrador y la sociedad, sino la relación material entre el sujeto y los intereses patrimoniales tutelados, su capacidad real para gestionar fraudulentamente el patrimonio social." Op. Cit. p.460.

⁷³ Véase a Gracia Martín, Luís. Op. Cit. p.858; el autor quiere señalar que lo relevante a la hora de imputar el delito al administrador de hecho o formal es *en idéntica relación material con el bien jurídico*

⁷⁴ Véase a Gracia Martín, Luís. Op. Cit. p.864

Este tipo de interpretación favorece a la persecución penal que versa en estos delitos, pues se puede imputar el hecho delictivo a los administradores que, con conocimiento, no han querido regularizar su estado jurídico con la persona jurídica, y de esta forma no aparecer propiamente como administrador formal, tratando de evadir así la acción de la justicia. En palabras de Teresa Rodríguez Montañez:

"[no] se favorecería a quienes por desidia no se hubiesen preocupado de regularizar la sociedad o la designación de administradores y -lo que es peor todavía- a quienes dolosamente hubiesen creado la situación irregular para sustraerse del ámbito de los delitos societarios."⁷⁵.

De igual forma, es irrelevante la forma con la que el sujeto activo haya obtenido el dominio sobre la vulnerabilidad del patrimonio de la persona jurídica. Por lo tanto, lo relevante es que el agente, administrador, tenga un dominio del hecho. Así señala Gracia Martín que debe ser irrelevante el motivo o la vía por la que se accede a él [dominio social], de modo que la relación de representación debe ser irrelevante⁷⁶.

Esta interpretación posibilita que se pueda imputar la afectación del patrimonio de la persona jurídica a la persona que materialmente administra el patrimonio. Por señalar un ejemplo común en nuestra jurisprudencia, el caso de las personas que consiguen la administración de una persona jurídica a través de una medida cautelar obtenida de forma fraudulenta. Si bien estas personas han llegado a tener el

⁷⁵ Véase a Rodríguez Montañez. T. Op. Cit. p.458. Cfr. Ferré Olivé, Juan Carlos. *"sujetos responsables en los delitos societarios"* [...] Sin embargo, no puede desconocerse que los abusos en el ámbito societario pueden cometerse por sujetos distintos a los administradores de derecho, esto es, por aquellos que poseen fácticamente el *poder societario* o el *dominio social* sin haber dado cumplimiento a los requisitos formales indispensables para poder ser administrador. p.22

⁷⁶ Véase a Gracia Martín, Luís. Op. Cit. p.867

dominio sobre la vulneración del bien jurídico a través de una medida cautelar ilícitamente obtenida, ello no les exime de responsabilidad penal por la utilización desleal del patrimonio de la persona jurídica. Ellos tienen un dominio social (posibilidad de afectar el bien jurídico y aceptación como administrador) y a su vez han asumido una posición de garante sobre la afectación del patrimonio. Por lo tanto, una persona que señale que no se le puede imputar el delito de fraude en la administración de persona jurídica, porque su calidad de administrador lo obtuvo ilícitamente, y que lo ilícito no puede fundamentar una posición lícita como la del administrador, cae en un grave error, lo relevante es que tuvo un dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico.

La nueva regulación del artículo 198° señala que serán sujetos activos de delito aquellos que **“ejerciendo funciones de administración o representación de persona jurídica”** hagan un uso indebido del patrimonio de la persona jurídica. Tal regulación da cabida a que no sólo el administrador formal, como lo señalara la regulación precedente, sino también las personas que ejerza funciones de administrador (administrador de hecho) puedan ser sujetos activos del delito. Con lo cual se establece que lo relevante a la hora de imputar el delito es el dominio que se tenga sobre la vulnerabilidad del patrimonio. En este aspecto consideramos positivo la reciente modificación del artículo 198°, pues no se dejaría en impunidad aquellas personas que no son formalmente administrador, pero que sin embargo tienen el dominio social; o el caso de los administradores de hecho que utilizan administradores formales para facilitar su impunidad, testaferreros⁷⁷.

⁷⁷ Véase a Ferré Olivé, Juan Carlos “[...] En cuanto a los administradores de hecho, conviene recordar que su incorporación a los distintos preceptos penales persigue evitar el fraude de ley en esta materia.” Op. Cit. p.26

Ahora bien, el otro criterio de imputación lo encontramos en la comisión del delito en base a la infracción de un deber especial. Quiere decir que será imputable al administrador, no sólo el lesionar el patrimonio de la persona jurídica, sino que debido a la relación especial con el bien, el no fomentar su desarrollo. Esta posición es desarrollada por el profesor Percy García Caveró, quien señala que el caso de la administración desleal del patrimonio de la persona jurídica, supuesto de *uso desleal del patrimonio*, tendría como fundamento de imputación la infracción de un deber especial, pues señala que en *la estructura típica del uso indebido del patrimonio de la persona jurídica, estamos ante un delito de infracción de un deber. Al administrador se le ha otorgado una facultad de uso y disposición sobre los bienes de la persona jurídica bajo la confianza especial de su uso para la consecución de los fines sociales y no para los personales*⁷⁸”.

El administrador se encuentra en dos posiciones distintas a la hora de administrar el patrimonio de la persona jurídica. El primer es el caso de la relación del administrador con terceras personas distintas a la persona jurídica; en este caso el administrador abusa de las facultades conferidas por la sociedad para perjudicar a personas relacionadas con la persona jurídica, siendo el criterio de imputación la infracción del deber negativos, delito de dominio⁷⁹. En tanto que en el segundo caso, la conducta del administrador se basa en la infracción de un deber de fidelidad patrimonial, aquí no encontramos ante un delito de infracción de un deber especial.

⁷⁸ García Caveró. Cit. p.74. en el mismo sentido E. Bacigalupo. *Derecho Penal*. Entre los delitos de infracción de un deber se encuentran los delitos especiales, algunos delitos societarios (administración desleal, Art. 295 del CP) y los delitos de omisión. p. 479-480.

⁷⁹ Donna, *Derecho Penal* .II-B, p.409. “sostiene que la administración desleal o fraudulenta se sustenta siempre en un dominio sobre el patrimonio ajeno, de manera tal que sólo cabe hablar de un delito de dominio”.

Para el profesor García Caveró, los deberes institucionales nacen de la confianza depositada en el administrador, específicamente de la confianza especial⁸⁰. Con lo cual, si el administrador hace uso indebido del patrimonio de la persona jurídica para perjudicar a un tercero, no podrá ser sancionado por el tipo penal en análisis, pues el desvalor de la conducta esta relacionado a la afectación directa del patrimonio de la persona jurídica. Los delitos de infracción de deber se caracterizan porque para poder asumir los deberes institucionales se tiene que hacer determinados actos formales regulados en normas extrapenales; por ello, el contenido de los deberes institucionales (administrador) son establecidos a su vez por la misma norma extrapenal⁸¹.

Cabe la crítica que una relación de confianza no siempre es necesaria para que el administrador cometa este tipo de delito, no olvidar que la relación administrador-administrado, más que una relación de confianza, es una relación jurídica, la cual queda determinada por las obligaciones que se le imponen al administrador. El administrador al hacer un uso indebido del bien, el cual perjudica patrimonialmente al administrado, no estaría infringiendo ningún deber especial, sino su deber general de persona, por el cual estaría organizando de forma defectuosa su ámbito de libertad, lesionando ámbitos de esferas de libertad, no sólo del administrado sino de personas que se relacionan con él. Excepcionalmente estos delitos pueden tener como fundamento de imputación la

infracción de deberes especiales, pues en palabras de caro John: *“se convierten siempre en delitos de infracción de un deber cuando el interviniente es un obligado especial, en otras palabras, un garante en virtud de una institución”*⁸². Esto quiere decir que si un padre administra de forma desleal el patrimonio de su hijo (en el supuesto de que se existiera una regulación genérica de la administración desleal de patrimonio ajeno), no sólo no tendría que lesionar el patrimonio, sino que tendría que protegerla de ataques de terceros, así como fomentar la relación padre-hijo. Nosotros, consideramos que no existe ningún deber especial entre administrador y administrado, admitiendo que existe una relación de confianza, pero el decepcionar la confianza no puede ser criterio de fundamentación de deberes institucionales; no hay que olvidar que esta confianza, no es elemento fundamental para que exista relaciones de administración de patrimonios, sino la relación derivada de obligaciones jurídicas⁸³. Una relación de confianza no siempre es necesaria para que el administrador cometa este tipo de delito, no olvidar que la relación administrador-

⁸² Caro John. Cit p. 44.

⁸³ Llevando a nuestro caso lo señalado por el profesor José Caro John considera que el fundamento de imputación es la infracción de deberes generales (delito de dominio), lo cual se puede desprender, cuando refiere que: *“los delitos especiales lo constituye la apropiación indebida (art. 190 CP) que sólo lo puede cometer el depositario, comisionista o administrador. Si bien en este caso tanto el depositario como el comisionista y el administrador tiene la obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado de un bien mueble, no por eso son “obligados especiales” en el sentido de los delitos de infracción de deber, porque la obligación a que se refiere el tipo no se basa en ninguna institución, ni se deriva de ningún deber positivo, es decir, el autor no se encuentra en una relación institucional, ni se deriva ningún deber positivo, es decir el autor no se encuentra en una relación institucional con el bien mueble puesto bajo la su esfera jurídica, sino solamente en una relación jurídica de organización que surge del acuerdo previo entre el titular del bien y la persona que asume voluntariamente la calidad especial de depositario, comisionista o administrador”*.

⁸⁰ García Caveró Cit. p. 41.

⁸¹ De esta posición es García Caveró. Cit. pp.47-48. Cfr. Percy García *“Lo cual quiere decir que no toda asunción fáctica de funciones de administración resulta socialmente atendible y, por tanto, penalmente relevante. Si el Derecho penal no quiere saltar por encima de su sociedad, no puede desconocer estos datos de la configuración social.” en Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular.*” p.8

administrado, más que una relación de confianza, es una relación jurídica, la cual queda determinada por las obligaciones que se le imponen al administrador.

4.2. Sobre las formas administración desleal (uso indebido) del patrimonio.-

Resulta acertado la modificación realizada al artículo 198° respecto al círculo de posibles sujetos activos del delito, *administrador* o *representante*, pues propiamente comete este delito el administrador y no, como en la anterior redacción, el socio; pues, en puridad, el socio tiene como función tomar acuerdos directivos, mientras que el administrador dispone de los bienes en ejecución de los acuerdos, es decir que son los acuerdos quien delimitan las obligaciones del administrador⁸⁴.

Los delitos de administración desleal de patrimonio de la persona jurídica, han sido dividido en dos tipos: **el tipo de abuso**⁸⁵, que, como señala Bacigalupo, protege el patrimonio del administrado (en su caso “social”) en las “relaciones externas”, es decir, “en las relaciones jurídicas obligacionales contraídas por el administrador con terceros a cargo del patrimonio del administrado”; y **el tipo de la infidelidad**, que protege las “relaciones internas”, es decir, “entre el administrador y la sociedad, frente a los perjuicios que pueda causar el administrador por infracción de sus deberes”⁸⁶. En esta última

no es necesario que exista de por medio algún negocio jurídico con terceros, sino básicamente una relación administrador-administrador. Esto dos tipos de conductas se adecuan al verbo *usar* regulado en el Art. 198° inciso 8 del C.P. básicamente, porque el administrador puede, incumpliendo sus funciones, hacer un uso indebido del patrimonio de la empresa o dejar que otros usen de forma perjudicial, también abusando de sus funciones generando un perjuicio para su administrada.

El eje central de nuestro tema lo encontramos en la interpretación del verbo rector “**usar**”; así el agente cometerá el delito cuando use el patrimonio de la persona jurídica en contra de sus obligaciones, generando un perjuicio patrimonial; pero que pasaría, si el agente en vez de usar el patrimonio, decidiera apropiarse del mismo, ¿estaríamos aquí en presencia del delito de apropiación ilícita⁸⁷? ¿Aplicaríamos el Art. 198° inciso 8 en razón de que si ya es reprochable el usar el patrimonio de la persona jurídica, más aun, es más reprochable el apropiarse de ella?

Sobre el particular encontramos opiniones heterogéneas en la doctrina y

el patrimonio ajeno frente a abusos de las facultades de disposición o de obligar a otro en la esfera externa, eficaces frente a terceros y jurídicamente válidos, pero que violan deberes existentes en la esfera interna. La otra modalidad típica es mucho más amplia, pues consiste en la violación del deber custodiar o velar por los intereses patrimoniales ajenos que se tienen confiados y afecta, por tanto, sólo a la esfera interna. p.446. En el mismo sentido Bernd Schünemann. Administración desleal de presupuestos como problema dogmático. Op. Cit. p.1231

⁸⁷ Art. 190 CP.- apropiación ilícita.-El que, **en su provecho o de un tercero**, se **apropia indebidamente** de un bien **mueble, una suma de dinero** o un valor que ha recibido en depósito, comisión, **administración** u otro título semejante **que produzca obligación de entregar**, devolver, o **hacer un uso determinado**, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

⁸⁴ Jaén Vallejo. Cit. p.1034

⁸⁵ Rodríguez Montañez, Teresa. “[...] la actuación del administrador no se sale de su ámbito de competencias, sino que se abusa de ella o se ejercen deslealmente.” Op. Cit. p.448

⁸⁶ Véase a Jaén Vallejo Cit. p. 1035. Cfr. Enrique Bacigalupo. *Responsabilidad penal de los administradores concursales*. “[...] cabe pensar en dos tipos de infracciones de los deberes en el ejercicio del cargo: deber de *lealtad* y deber de *no perjudicar* el patrimonio administrado.” p.1267. Cfr. señala Teresa Rodríguez Montañez que *el S 2662 StGB contempla dos modalidades típicas: el delito de abuso (MiBbrauchtatbestand) y el tipo de deslealtad (Treubrauchtatbestand)*. *El primero de ellos protege*

jurisprudencia nacional, ya que por una parte existen autores, como Salinas Siccha, que plantean, basado en el principio de especialidad y del apotegma jurídico a fortiori, que si el administrador se apropia del patrimonio de la persona jurídica también podría ser sancionado por el Art. 198° inciso 8 de nuestro CP⁸⁸. Por otro lado, encontramos autores como García Cavero, que consideran que para la configuración del delito no se requiere una apropiación del patrimonio del administrado, sino que sólo se tiene que administrar de forma desleal el patrimonio⁸⁹.

También se puede apreciar la dificultad que la jurisprudencia ha tenido a la hora de delimitar la figura de apropiación indebida y administración desleal societaria, así encontramos en la Sentencia emitida por el Juzgado Anticorrupción en el Caso hermanos Winter Zuzunaga:

“12:6 [...] debía recibir la suma de quinientos mil dólares mensuales, suma que no les correspondía a los hermanos Winter, sino al canal y no tenemos registro del ingreso de dichos dineros al canal, entonces acaso no resulta válido establecer que ese patrimonio de la empresa fue usado en provecho propio...12.12: El delito de Administración Desleal en la modalidad que estamos

⁸⁸ Salina Siccha. Cit. en el cual considera que, conforme al **principio de especialidad** de la aplicación de la ley penal y teniendo en cuenta el **apotegma jurídico a fortiori**, en el sentido que si se sanciona lo menos con mayor razón se debe sancionar lo más reprochable por el Derecho, nada se opone a sostener que la **apropiación de bienes de la persona jurídica también se subsume en la conducta en comentario**, pues si se sanciona el ejercicio de un atributo del derecho de propiedad como es el usar, con mayor razón se debe sancionar la apropiación de los bienes de la persona jurídica, por constituir una conducta que merece mayor reprochabilidad que aquella. p.104

⁸⁹ García Cavero, Percy. cit. *“La configuración del tipo penal de esta modalidad de administración fraudulenta no requiere una apropiación del patrimonio de la persona jurídica, bastando simplemente con que se use, en provecho propio o de un tercero, este patrimonio con fines distintos a los previstos en los fines sociales”*. p.72.

evaluando esta referido a la utilización en provecho propio del patrimonio de la empresa y conforme ya deslindamos anteriormente las mensualidades de quinientos mil dólares no fueron ingresadas al patrimonio de la empresa y los procesados utilizaron [apropiaron] dicha suma en provecho propio, ...han incurrido en el delito de Administración Fraudulenta, habiendo perjudicado a la empresa y a los socios de la empresa y en todo caso será al momento de fijar la reparación civil donde se descontará la suma que ya se comprometieron a devolver al Estado, lo que no los exime de responsabilidad penal en agravio de la persona jurídica....en este caso resulta evidente que ha habido desmedro en el patrimonio de la empresa, ya que según el contrato ascendía a quinientos mil mensuales, pero no fue así habiéndose beneficiado con este patrimonio de la empresa procesada ...es beneficiarse personalmente de esos dineros que le corresponden a la persona jurídica⁹⁰.”

Al respecto, se aprecia que la confusión surge de ampliar el ámbito de aplicación del delito de administración desleal, uso del patrimonio, a supuestos de apropiación. El hecho que la jurisprudencia engloba a los delitos de apropiación indebida como si fueran delitos administración desleal, especial referencia al uso del patrimonio, perjudicando patrimonialmente al administrado, se puede apreciar con que el administrador obtiene un beneficio, siendo éste el punto en el que muchas veces da pie a la confusión de los delitos.

Somos de la opinión que para la configuración del ilícito penal de fraude en la administración de persona jurídica, uso indebido del patrimonio, basta con el abuso de funciones del administrador y el consecuente perjuicio para la persona jurídica. Considerar que si el administrador se apropia del bien configura también el delito regulado en el artículo 198° del Código penal llevaría a incongruencia dogmáticas, pues tal como lo señala

⁹⁰ Roberto Barandiarán Dempwolf y José Antonio Nolasco Valenzuela en *Jurisprudencia Penal Generada en el Subsistema Anticorrupción*.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles, al poner el caso del banquero que decide enviar determinada cantidad de dinero del Banco a un tercero: *“por lo que respecta a los terceros que hayan recibido el dinero –o el objeto mueble-, existe una gran diferencia entre si el hecho es calificado como de apropiación indebida o si lo es como de administración desleal. En el primero de los casos, como ya dijimos, tales sujetos tan sólo pueden responder como receptadores o encubridores pero no como partícipes accesorios del delito..., pues el hecho principal ya se halla consumado cuando ellos intervienen. En cambio, en el segundo de los supuestos, es decir, si el hecho principal es calificado como de administración desleal, los terceros intervinientes podrían responder, en principio, como partícipes en dicho delito de administración desleal⁹¹”*. Asimismo, no olvidemos lo señalado al inicio del presente trabajo, la administración desleal tiene como objeto al patrimonio [genérico], en tanto que la apropiación ilícita tiene como objeto a la propiedad [específico]. Como se puede apreciar, la relevancia de la delimitación del delito de administración desleal del delito de apropiación ilícita, no sólo permite resolver cuestiones dogmáticas, sino problemas prácticos.

5. Necesaria creación del tipo penal de administración desleal de patrimonio ajeno (persona jurídica y persona natural)

La conducta delictiva del administrador, no tiene porque limitarse sólo a personas jurídicas, sino todo lo contrario el centro de imputación, administración desleal, también puede realizarse sobre el patrimonio de un particular; situación que no se encuentra regulada en nuestro Código penal, y que también a sido criticado por la doctrina comparada. Quiere decir que la administración desleal

del patrimonio no es propiedad exclusiva de las personas jurídicas, aunque aquí es donde tiene un mayor desarrollo, sino que también del patrimonio de particulares, así refiere Jaén Vallejo citando a Bacigalupo: *debería proteger “relaciones jurídicas que no sólo se dan en el marco de la administración de sociedades” [...] nadie sostuvo-añade Bacigalupo- que el delito de administración desleal se debía configurar como un delito societario⁹²*. No existe ninguna razón para que la administración desleal no se haga sobre el patrimonio de un una persona natural. La defraudación de expectativa pesa sobre la administración desleal del patrimonio, sea social o personal. Esta limitación lleva al inconveniente de que si el administrador al hacer un uso indebido del patrimonio de un particular, generándole perjuicios patrimoniales, no podrá ser sancionado penalmente, porque su conducta no podría ser tipificada, primero, en el delito de apropiación indebida, porque no existe apropiación, y segundo, tampoco podría ser sancionado por el delito de fraude en la administración de persona jurídica, porque el sujeto pasivo tiene que ser, como el propio título del artículo señala, una persona jurídica; dejando así un vacío de punibilidad. Una solución al problema sería, la propuesta de *lege ferenda* de establecer un tipo penal general de administración desleal del patrimonio ajeno, tal como se aprecia en el Código penal alemán⁹³.

BIBLIOGRAFÍA

⁹² Jaén Vallejo, Cit. p.1010. En el mismo sentido y refiriendo a la propuesta de Enrique Bacigalupo, Bernd Schünemann. En “Administración desleal de presupuestos como problema dogmático” [...] *ciertamente que llaman la atención ciertas limitaciones de punibilidad existentes en el art. 295, muy dudosas desde un punto de vista político-criminal –ya criticadas por Enrique Bacigalupo-, comenzando por la limitación del tipo a las sociedades –no abarcando, pues, administradores desleales de particulares”*. p.1230

⁹³ Parágrafo 266 StGB alemán, también se puede ver este tipo de modelos en el Art. 159° Código penal suizo y Art. 319° Código penal portugués.

⁹¹ Para mayor desarrollo de este problema, véase a Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Op. Cit. p.1214

- ✓ **Abanto Vásquez, Manuel A.**
 - *El Derecho Penal en una economía de mercado, influencia de la integración económica y la globalización.* www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/ley.htm
 - *Derecho Penal Económico.* Lima: Idemsa, (1997).
- ✓ **Alonso Serrano Gómez y Alonso Serrano Maillo.** *Derecho Penal Parte Especial.* Dykinson, 2005. 10 ed
- ✓ **Bacigalupo, Enrique**
 - *Derecho Penal Económico. Administración desleal y apropiación indebida.* Buenos Aires: Hammurabi. 2000
 - *Derecho Penal: Parte general.* Lima: ARA . 2004.
 - *Responsabilidad Penal de los administradores concursales,* www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL.14.pdf
- ✓ **Bramont-Arias Torres, Luis Alberto y García Cantizano, María del Carmen.** *Manual De Derecho Penal: Parte Especial, TOMO I, 4ta. Edición, Aumentada y Actualizada.* Lima: Ed. San Marcos, 1997.
- ✓ **Bustos Ramírez, Juan.** *Obras completas.* Tomo II. "Responsabilidad de la Persona Jurídica. Lima. Ara Editores. 2004.
- ✓ **Calderón Cerezo, A y Choclán Mont, J.A** *Derecho Penal. Parte Especial, "delitos societarios: fraude en la administración de la persona jurídica"* Tomo II. Madrid: Bosch, 2001.
- ✓ **Caro Coria, Dino Carlos**
 - *La irresponsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma penal de 1991.* Themis N° 24. 2da época. 1992. p.69.
 - *La Responsabilidad de la propia persona jurídica en el Derecho penal peruano e iberoamericano.* Revista Peruana de Ciencias Penales Año: 2002, VII - VIII N°: 11. Setiembre
- ✓ **Caro John, José Antonio.**
 - *Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber.* Anuario de Derecho penal. 2004.
 - *Intervención delictiva y deber de solidaridad mínima desde una perspectiva funcional del derecho penal.* XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano, I Nacional de Derecho Penal y Criminología. ARA editores. 2005.
 - *Imputación subjetiva.* www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_52.pdf
- ✓ **Castro Moreno, Abraham.** *El concepto penal de sociedad en los delitos societarios: el artículo 297 del nuevo código penal.*
- ✓ **Donna, Alberto.** *Derecho Penal .II-B.*
- ✓ **Ferré Olivé, Juan Carlos.**
 - *Administración social fraudulenta (Art. 295 del código penal) Cathedra.-espíritu del derecho.* Lima: palestra editores, julio 2000. año IV-N°6.
 - *Sujetos responsables en los delitos societarios.*
- ✓ **García Cavero, Percy**
 - *El actuar en lugar de otro en el Derecho penal peruano.* Ara, 2003.
 - *Fraude en la Administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios* Palestra, 2005
 - *La responsabilidad penal del administrador de hechos de la empresa: criterios de imputación.* Barcelona: Bosch. 1999.
 - *Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular.* www.indret.com
 - *El Actuar en lugar de otro en el Derecho Penal Peruano.* Lima: Ara Editores, 2003.
 - *Derecho Penal Económico: Parte General.* Lima: Ara Editores, 2003.
 - *Estudios de Derecho Penal.* P y AAVV. Lima: Ara Editores, (2005).

- ✓ **García Rada, Domingo.** *Sociedad anónima y delito.* Lima: Librería Studium. 2da. Edición. 1985.
- ✓ **Gómez-Jara Díez, Carlos.**
 - *¿Responsabilidad Penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas.* Cuadernos de Política criminal., N° 88. Madrid 2006.
 - *La problemática de la administración desleal de los órganos societarios en el derecho penal español: ¿un tipo de administración desleal en el artículo 252 del código penal?* Gómez – Jara Díez (ed.) “*la administración desleal de los órganos societarios*”. Barcelona: Atelier, 2008. pp. 151.
 - CRISIS FINANCIERA Y RETRIBUCIÓN DE DIRECTIVOS ¿Terreno abonado para su cuestionamiento penal por vía de la administración desleal? Mayo, 2009. www.indret.com
- ✓ **Gracia Martín, Luís.** *Estudios de Derecho Penal.* Idemsa, 2004.
- ✓ **Hugo Vizcardo, Silfredo.** *Delitos contra el Patrimonio Pro Derecho-Instituto de Investigaciones Jurídicas,* 2005.
- ✓ **Hundskopf Exebio, Oswaldo.** *Derecho Comercial: Temas societarios.* T IV, Fondo de desarrollo Editorial Universidad de Lima, 2004.
- ✓ **Hurtado Pozo, José.**
 - *Anuario de Derecho Penal 96.* Lima: Grijley, 1996.
 - *Anuario de Derecho Penal.* Lima: PUCP. 2003.
 - *Manual de Derecho Penal: Parte General. 3era. Edición.* Lima: Grijley, 2005.
- ✓ **Jaén Vallejo, Manuel.** *La administración desleal y los llamados “delitos societarios”.* En *Desafíos al Derecho penal en el siglo XXI.* LH al profesor Dr. Günther Jakobs. Lima: Ara ed., 2005.
- ✓ **Jakobs, Günther.**
 - *Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal.* Lima: Palestra, 2000.
 - *En competencia por organización en el delito omisivo,* Cuadernos de conferencias y artículos de la Universidad del Externado de Colombia, 1994.
 - *Derecho Penal Parte General: fundamentos y teoría de la imputación.* Madrid: Marcial Pons, 1997. 2da ed.
 - *El Sistema Funcionalista del Derecho Penal.* Lima: Grijley, (2000).
 - *Responsabilidad de Penal de las personas jurídicas órganos y Representantes.* Lima: Ara Editores, 2002.
- ✓ **Klaus Tiedemann.** *Temas de Derecho Penal Económico y Ambiental.* Lima: Idemsa, 1998,
- ✓ **La Rosa Gómez de la Torre, Miguel.** *Jurisprudencia del proceso Penal sumario.* Lima: Grijley.
- ✓ **Lampe Ernest, Joachin.** *La dogmática jurídico-penal entre a ontología social y el funcionalismo.* Lima: ed. Grijley, 2003.
- ✓ **Lesch, Heiko.** *injusto y culpabilidad en derecho penal.* Bogota: Universidad Externado. Cuaderno de conferencias y artículos N° 27. 2001.
- ✓ **Martinez Huamán, Raúl Ernesto.** *Los ámbitos de competencia como respuesta a la institución del actuar en lugar de otro.* Dialogo con la Jurisprudencia. N° 103. abril 2007.
- ✓ **Meini Méndez, Iván.** *Fraude en la administración de la persona jurídica* ABOGADOS LEGAL REPORT Año 1/ N° 8 agosto 2003
- ✓ **Minaya Chávez, Marleny M. y Martinez Huamán, Raúl E.** *“Es necesario una Responsabilidad Penal para las Personas Jurídicas como mecanismo neutralizador ante la nueva Criminalidad de la Empresa”.* En la Revista del XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano, I Nacional de Derecho Penal y Criminología, 2005.
- ✓ **Morales Acosta, Alonso.** *Régimen Económico en la Constitución de 1993.*
- ✓ **Muñoz Conde, Francisco.**
 - *Administración desleal e insolvencia punible: problemas de imputación*

- personal.
<http://www.cienciaspenales.net>
- Derecho Penal Parte Especial. 13ra ed. Valencia: Tirant lo blanch., 2001.
 - ✓ **Nieto Martín, Adán.** Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. Polít. crim., Nº 5, 2008, A3-5, pp.1-18. [\[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_3_5.pdf\]](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_3_5.pdf)
 - ✓ **Núñez Castaño, Elena.** La conducta típica del delito de administración desleal: delimitación con la apropiación indebida. Trujillo: Normas Legales, 2004.
 - ✓ **Paredes Infanzón, Jelio.** Delito contra el Patrimonio. Lima: Gaceta jurídica, 2000.
 - ✓ **Pariona Arana, Raúl B.** Aproximaciones al derecho penal económico: del nacimiento de un “nuevo derecho” penal a una aproximación crítica. Lima: Revista Cátedra.
 - ✓ **Pastor Muñoz, Nuria.**
 - La respuesta adecuada la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial? En www.indret.com.
 - La relevancia penal de los acuerdos de las mayorías de las sociedades (artículo 291 CP) A la vez, una reflexión sobre la relación entre el delito de acuerdos abusivos y el delito de administración desleal, a propósito de la STS de 17 de julio de 2006, ponente Excmo. Sr. Sánchez Melgar (caso BSCH). <http://www.indret.com/pdf/500.pdf>
 - ✓ **Reaño Peschiera, José.** *Limites a la atribución de responsabilidad por tributos cometidos en el ámbito empresarial.* Lima, lus et veritas. Año XIII, n.26, 2003.
 - ✓ **Rodríguez Montañez, Teresa.** Algunas reflexiones acerca de los delitos societarios y las conductas de administración desleal. ADPCP, VOL. XLIX, FASC. II, 1996.
 - ✓ **Reyna Alfaro, Luis Miguel.**
 - *La situación espiritual del Derecho Penal Societario Peruano*” Sistema Penales Iberoamericanos. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario. Lima: Ara Editores, 2003.
 - Manual de Derecho Penal Económico. Grijley. 2002
 - ✓ **Salinas Siccha, Ramiro.** *El delito de administración fraudulenta de las personas jurídicas* en Actualidad Jurídica Lima: Gaceta Jurídica, 2006. Tomo 155 Octubre.
 - ✓ **Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier.** *Administración desleal y apropiación indebida consecuencia de la distinción jurisprudencia.* En Dogmática y ley penal Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo. Tomo II. Madrid: Marcial Pons, 2004.
 - ✓ **Schünemann, Bernd.**
 - *Cuestiones básicas del Derecho Penal en los umbrales del tercer milenio.* Lima: Idemsa, 2006.
 - “*Administración desleal de presupuestos como problema dogmático*” en Dogmática y ley penal Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo. Tomo II. Madrid: Marcial Pons, 2004.
 - “*La Punibilidad de las Personas Jurídicas Desde La Perspectiva Europea*” en *Derecho Penal Económico y de la Empresa.* Julio Mazuelos Coello (compilador). Lima: Editorial San Marcos, 1996.
 - ✓ **Sessano Goenaga, Javier.** *Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional.* En <http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-03.pdf>
 - ✓ **Silva Castaño, María Luisa.** *El delito de apropiación indebida y la distracción de dinero (arts. 252 a 254 del C.P.)* Buenos Aires: Hammurabi. 2000.
 - ✓ **Silva Sánchez, Jesús María.** *Estudio de Derecho Penal.* Lima: Grijley, 2000.
 - ✓ **Silvina Bacigalupo.** *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. “La Responsabilidad penal de las personas*

jurídicas: un problema del sujeto de derecho penal. Lima: Ara Editores. 2002

- ✓ **Suárez Gonzáles, Carlos y Silva Sánchez Jesús María.** *Dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal.* Lima: Grijley, 2001.
- ✓ **Klaus Tiedemann.** *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad,* lima : ideosa.1998
- ✓ **Zúñiga Rodríguez, Laura.**
 - *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las personas jurídicas.* Navarra: Aranzadi. (2000)
 - Los delitos societarios: entre las transformaciones del Derecho Penal y del Derecho de Sociedades. <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/html/artzuniga1.html>