

39

INCLUYE ACCESO  
A LA VISUALIZACIÓN  
ONLINE DEL FONDO  
COMPLETO DE  
LA REVISTA

S PROVIDE ET PRO

# Revista

Enero 2017

39

Revista Penal

# Penal

Enero 2017



# Revista Penal

Número 39

## Sumario

---

### Doctrina:

- Caso *Rwabukombe*: interpretación del Tribunal Supremo Federal alemán de la (co)autoría y la intención de destruir en el genocidio, por *Kai Ambos* ..... 5
- Política criminal y terrorismo en el Reino de España: ¿tiempos nuevos o *déjà vu*?, por *David Castro Liñares* 16
- Sobre la delimitación entre el delito de blanqueo de capitales del art. 301.1 CP y la participación por título lucrativo del art. 122 CP: una primera aproximación, por *Juana del Carpio Delgado* ..... 31
- Revisión crítica de los presupuestos, carácter y alcance de la pena de inhabilitación profesional en el CP español: referencia especial a la inhabilitación profesional médica, por *Javier de Vicente Remesal* ..... 50
- A vueltas con el bien jurídico protegido en el art. 290 CP, por *Paz Francés Lecumberri* ..... 66
- Artículo 76.2 CP: una evolución jurisprudencial aún inacabada, por *Manuel Gallego Díaz* ..... 78
- Responsabilidad penal y responsabilidad política: elementos para la diferenciación y la confluencia, por *Mercedes García Arán* ..... 95
- ¿Es posible la comisión imprudente del delito de falsificación de documentos públicos cometido por funcionario? Hacia una clarificación del tipo subjetivo del artículo 250 CP cubano, por *Dayan G. López Rojas* ..... 113
- La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos, por *Elena Núñez Castaño* ..... 125
- El derecho de la víctima a ser informada en el sistema penal español, por *Natalia Pérez Rivas* ..... 154
- Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 2015: artículos 197, 197 bis, 197 ter, 197 quáter, 197 quinquies y 198, por *María del Valle Sierra López* ..... 174
- Los círculos restaurativos como complemento de la justicia, por *Rocío Zafra Espinosa de los Monteros* ..... 200

**Sistemas penales comparados:** La administración desleal de patrimonio ajeno (Embezzlement) ..... 216

**Jurisprudencia:** Un nuevo despropósito jurídico en el caso *Prestige*: ahora el Tribunal Supremo (comentario a la STS nº 865/2015, Sala Segunda, de lo penal, de 14 de enero de 2016), por *Carlos Martínez-Buján Pérez* ..... 256

**Noticias:** VIII Foro Internacional sobre Delincuencia y Derecho Penal en la Era Global (Beijing- octubre 2016 ), por *Miguel Abel Souto* ..... 284



Universidad de Huelva



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jcferreolive@gmail.com

### **Secretarios de redacción**

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide  
Miguel Bustos Rubio. Universidad de Salamanca

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
José Luis González Cussac. Univ. Valencia	Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

### **Sistemas penales comparados**

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Jia Jia Yu (China)	Frederico Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Luigi Foffani (Italia)	Pamela Cruz (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email:tlb@tirant.com  
http://www.tirant.com  
Librería virtual: http://www.tirant.es  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.



## La administración desleal de patrimonio ajeno (Embezzlement)

### Alemania

Prof. Dr. Martin Paul Wassmer,

Universidad de Colonia

Traducción de Demelsa Benito Sánchez.

En el Derecho penal alemán no existe hasta el momento ningún precepto especial de «administración desleal». Tales conductas tendrían que ser comprendidas dentro de los tipos penales generales del Derecho penal de la propiedad y el patrimonio, especialmente, la infidelidad patrimonial (§ 266 StGB) o la apropiación indebida (§ 246 StGB), aunque también la estafa (§ 263 StGB). El «despilfarro» de dinero público también es un problema en Alemania, en donde está en el foco de la opinión pública. Cada año, la Federación Alemana de Contribuyentes critica la extralimitación de los gastos en la construcción, los viajes innecesarios y las subvenciones sin sentido en el llamado «Libro negro»<sup>1</sup>. En muchos casos, estos hechos son descubiertos por las fiscalías, aunque en la mayoría de las ocasiones no se llega a ninguna condena ya que los tipos penales contienen condiciones muy rigurosas.

### I. LA INFIDELIDAD PATRIMONIAL EN EL SERVICIO PÚBLICO

En el centro de la penalidad de los funcionarios públicos se halla, normalmente, la **infidelidad patrimonial** (§ 266 StGB) y con ella, la recriminación de la llamada «infidelidad presupuestaria», es decir, la malversación de los recursos presupuestarios públicos. La infidelidad patrimonial es un delito menos grave y protege, en general, los daños en el patrimonio ajeno a través del quebranto de una especial situación de confianza. Si el funcionario público ha cometido la infidelidad patrimonial abusando de su competencia o de su posición, estamos entonces ante un caso especialmente grave que conlleva una pena privativa de libertad de 6 meses a 10 años (§ 266 Abs. 2 i.V.m. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 StGB).

Se incluyen tanto los funcionarios públicos alemanes, como los «europeos», es decir, de la Unión Europea o de un organismo creado de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea. Si el autor actuara profesionalmente, es decir, si a través de la reiteración de estos comportamientos quiere proporcionarse una fuente de ingresos de una magnitud y duración, y si es a la vez miembro de una banda, comete entonces un delito grave para el que está prevista una pena de 1 a 10 años (§ 266 Abs. 2 i.V.m. § 263 Abs. 5 StGB).

1. La **amplia redacción** típica del § 266 StGB fue introducida en el año 1933 y se remonta a la época del nacionalsocialismo<sup>2</sup>. Entonces, debía alcanzarse una protección del patrimonio, en la medida de lo posible completa, a través de una combinación de los tipos penales de «abuso» y de «quiebre de la confianza». La doctrina dominante<sup>3</sup> refleja la **restricción** constitucionalmente requerida, la cual exige, por un lado, que el autor tenga un deber de cuidado patrimonial, y por otro, que conlleve un daño patrimonial cuantificable. Además, ha señalado el BVerfG<sup>4</sup> que los elementos típicos «infracción de un deber» y «perjuicio» no pueden ser suavizados, esto es, de un daño no se puede concluir forzosamente una infracción de un deber.

2. Sólo puede ser autor de un delito de infidelidad patrimonial el que tiene un **deber de cuidado patrimonial**. El círculo de autores está fuertemente limitado ya que la jurisprudencia exige, desde la decisión principal del *Reichsgericht* de 14 de diciembre de 1934<sup>5</sup> una «relación de confianza» de tipo elevado con deberes de cierto peso. Para el cumplimiento de sus deberes, los obligados deben tener un cierto margen de maniobra, una cierta autonomía y libertad de movimiento. Además, debe tratarse de un asunto de importancia económica<sup>6</sup>. La jurisprudencia propone aquí una valoración global del caso. Esta «flexible» aplicación de la ley se critica en la ciencia del Derecho penal por su imponderabilidad<sup>7</sup>. Autores del delito de infidelidad patrimonial

pueden serlo, en todo caso, **funcionarios públicos en posiciones de mando**. Pueden nombrarse, por ejemplo, ministros<sup>8</sup>, alcaldes<sup>9</sup>, gobernadores<sup>10</sup>, directores de escuela<sup>11</sup>, directores de teatro<sup>12</sup>, jefes médicos<sup>13</sup>, directores de obras<sup>14</sup>, tesoreros municipales<sup>15</sup> y catedráticos<sup>16</sup>. También ha incluido la jurisprudencia a los **funcionarios públicos con facultades de decisión** para resolver sobre la adjudicación de subvenciones<sup>17</sup>. Además, afirma la jurisprudencia que también hay deber de cuidado patrimonial cuando se encomiendan fondos al autor y existe un procedimiento ordenado de liquidación de cuentas. En este sentido, podría ser condenado por delito de infidelidad patrimonial un bañero que gestiona la caja de un centro de spa<sup>18</sup>. Por el contrario, no podrían ser considerados autores aquellos funcionarios públicos respecto de los que no se puede fundamentar un deber de cuidado patrimonial porque solo tienen un deber general de fidelidad con el empleador<sup>19</sup>.

3. Debe estar presente, además, una **infracción de un deber**. Un funcionario público puede llevar a cabo, a través del quebrantamiento de la legislación financiera, tanto el tipo penal de abuso como el tipo penal de quiebre de la confianza<sup>20</sup>. En parte, a los funcionarios públicos se les ponen límites expresamente. Así por ejemplo, existe en el régimen presupuestario una prohibición de especulación que prohíbe a los tesoreros municipales realizar puros negocios especulativos<sup>21</sup>. También la creación de «cajas negras» atenta contra los principios presupuestarios de unidad e integridad<sup>22</sup>. Una infracción de un deber constituye, ante todo, un atentado contra los principios presupuestarios de austeridad y rentabilidad. Debe destacarse, sin embargo, que el funcionario público debe tener un margen de apreciación y discrecionalidad<sup>23</sup>. Deberían, por ejemplo, tenerse en consideración, en la dimensión de retribución del trabajador, puntos de vista como la satisfacción, la motivación, la disposición a la formación y la armonía interna. El quebranto del deber se presenta cuando se adopta una decisión no justificada<sup>24</sup>.

4. Se debe ocasionar, además, un **perjuicio** en el presupuesto público. De acuerdo con la doctrina dominante<sup>25</sup>, este concepto equivale al concepto de daño en la estafa. El concepto de perjuicio abarca así toda ampliación que sea desarrollada en la dogmática de la estafa. De especial importancia para la infidelidad presupuestaria es la llamada «doctrina de la frustración del fin», ya que los recursos presupuestarios públicos están sujetos a asignaciones objetivas y oportunas. La utilización de los recursos públicos contraria a los fines constituye, así, esencialmente, un perjuicio<sup>26</sup>. Faltaría, sin embargo, el perjuicio cuando se consiguen otros fi-

nes lícitos que se corresponden igualmente con el bien común. En estos casos tiene lugar una compensación<sup>27</sup>.

Existe **perjuicio** en los casos de patronazgo político, cuando son empleadas personas inadecuadas<sup>28</sup>, en los gastos que caen fuera del ámbito del gasto público (ej. asunción de los gastos del bufé de unas bodas de plata)<sup>29</sup>, en los casos de enriquecimiento personal<sup>30</sup>, en el pago de penas de multa con recursos públicos<sup>31</sup>, en el despilfarro de recursos (ej. compra de obras de arte muy caras y bebidas espirituosas con fines de representación)<sup>32</sup>, y en los pagos sobre los que no hay ningún derecho<sup>33</sup> ya que el Estado «no tiene que regalar nada». Por el contrario, no hay perjuicio en una mera desviación de recursos a otra autoridad contraria al presupuesto<sup>34</sup>, ya que el patrimonio del Estado, considerado en conjunto, no ha sido mermado; tampoco en un mero rebasamiento del presupuesto toda vez que la utilización de recursos obedezca a fines lícitos<sup>35</sup>, y en gastos con expectativas seguras de crédito suplementario<sup>36</sup>.

5. Finalmente, el funcionario público debe actuar con **dolo**, ya que los comportamientos imprudentes no están penados.

a. Debido a la amplitud de los aspectos externos del tipo del delito de infidelidad patrimonial, la jurisprudencia señala rigurosas exigencias sobre la prueba de los aspectos internos del tipo, especialmente en los casos de dolo eventual. Deben tenerse en cuenta los intereses y los motivos del autor<sup>37</sup>. En la ciencia del Derecho penal se celebra esta restricción, un examen cuidadoso que incluya todos los puntos de vista discutidos a favor y en contra del dolo, pero que no sea visto como una característica de la infidelidad patrimonial sino como algo evidente, lo cual no puede sustituir la aplicación restrictiva exigida respecto de los aspectos externos del tipo<sup>38</sup>. Por lo demás, el tipo de la infidelidad patrimonial no requiere un ánimo de enriquecimiento, como sí lo requiere el de la estafa (§ 263 StGB). El «buen» propósito de querer servir los intereses del que otorga la confianza no puede eliminar el dolo<sup>39</sup>, pero tiene importancia para la fijación de la pena

b. Se discute qué requisitos deben exigirse en el **dolo de la infracción de un deber**<sup>40</sup>. Aquí es importante la pregunta de si el error a este respecto debe ser tratado como un error de tipo o como un error de prohibición. Según una opinión extensa, es suficiente el conocimiento de los hechos<sup>41</sup>, sobre los cuales se demuestra la infracción del deber, así que el error sobre la calificación legal es un error de prohibición. Por el contrario, según la opinión diferente de la Sala 3ª del BGH<sup>42</sup> se necesitan «criterios de valoración y consideraciones de diferenciación» que en casos aislados pueden dar lu-

gar a error de tipo pero también a error de prohibición. En la ciencia del Derecho penal predomina la **opinión restrictiva**<sup>43</sup>. Así, el autor debe haber comprendido el significado jurídico-social esencial de su comportamiento por medio de una «valoración paralela en la esfera del profano» sobre su nivel de entendimiento. Esta opinión es preferible ya que la infracción del deber es un elemento normativo del tipo<sup>44</sup>. Cuando la valoración jurídica es sencilla, habrá un simple error de prohibición, mientras que si es difícil y al autor se le exige demasiado, según muestra la experiencia, se afirmará un error de tipo<sup>45</sup>.

6. A la vista de las considerables dificultades para probar el delito de infidelidad patrimonial, se exige continuamente<sup>46</sup> la creación de un **tipo penal especial de «infidelidad presupuestaria»** que castigue la disposición de recursos presupuestarios contraria a un deber. A esto se objeta, por unos, que primero deberían ser exploradas las posibilidades de prevención a través de una configuración clara y unívoca del Derecho financiero y de la incorporación de tribunales de cuentas estatales que ejercieran una función de control<sup>47</sup>. Y para otros es dudoso que en casos en los que falta el perjuicio, exista realmente un injusto criminal merecido y necesitado de pena. Una infidelidad presupuestaria representa solo una contravención que, a lo sumo, como contravención al orden, deber ser sancionada con multa. De hecho, en la mayoría de los casos, y a la vista del principio de *ultima ratio*, sería suficiente con imponer una sanción disciplinaria.

## II. APROPIACIÓN INDEBIDA EN EL SERVICIO PÚBLICO

Después de que en abril de 1974 fueran abolidos los tipos penales especiales anteriores relacionados con la «apropiación indebida en la Administración» (§§ 350, 351 StGB)<sup>48</sup>, hoy en día, la apropiación indebida realizada por un funcionario público sólo se puede abordar a través del tipo penal general de la **apropiación indebida** del § 246 StGB. En tanto a un funcionario público se le haya confiado una cosa, para lo cual es suficiente con que se le haya otorgado la posesión con la facultad de disponer en el sentido que desee el otorgante de la confianza<sup>49</sup>, aparece la así llamada **apropiación indebida «por malversación»**, que puede ser castigada según el § 246 Abs. 2 StGB con un apena de hasta 5 años o multa. Ello es así como consecuencia de la cláusula de subsidiariedad contenida en el § 246 Abs. 1 StGB, según la doctrina dominante<sup>50</sup>, pero sólo en tanto que el hecho no esté amenazado con pena más grave en otro

precepto. Una amenaza de mayor pena se encuentra, por ejemplo, cuando al funcionario público le incumbe un deber de cuidado patrimonial y el hecho representa, a la vez, una infidelidad patrimonial de un funcionario público (§ 266 Abs. 2 i.V.m. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 StGB).

Una apropiación indebida supone que el funcionario público se apropia para sí o para un tercero, intencionadamente, de una **cosa mueble ajena**, es decir, principalmente, de bienes o fondos del empleador. La apropiación supone, según la doctrina dominante, una «**manifestación**» de la voluntad de apropiación, es decir, un comportamiento externo perceptible. Las disposiciones correspondientes son tomar algo de la caja del empleador pero también la creación de una «caja negra» cuando los fondos son utilizados para intereses privados<sup>51</sup>. No es fácil afirmar la apropiación en los casos de mezcla de fondos públicos y privados<sup>52</sup>, o cuando los fondos que el funcionario público ha tomado se utilizan para, reglamentariamente, cubrir el déficit<sup>53</sup>. Aquí solo existe apropiación cuando la voluntad de apropiación se manifiesta hacia el exterior, especialmente a través de la llevanza de contabilidad falsa<sup>54</sup>.

## III. ESTAFA EN EL SERVICIO PÚBLICO

Finalmente, debe tenerse en cuenta la realización del tipo penal general de la estafa (§ 263 StGB), que protege de **engaños que causen daños patrimoniales**. Si un funcionario público, a través de la comisión de un hecho, abusa de su competencia o posición, estaríamos también aquí ante un caso especialmente grave en el que la pena privativa de libertad sería de 6 meses a 10 años (§ 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 StGB). Si actuó profesionalmente o como miembro de una banda, entonces la pena sería de 1 a 10 años (§ 263 Abs. 5 StGB).

La estafa supone objetivamente un engaño sobre cosas que conduce a un error sobre un acto de disposición patrimonial y que tiene como consecuencia un daño patrimonial. El funcionario público puede así engañar y dañar a su empleador o a un tercero. Así, por ejemplo, el funcionario público, en el marco de una solicitud para un puesto de trabajo, puede haber engañado sobre una actividad anterior para el Ministerio de Seguridad del Estado de la DDR y con ello haber cometido estafa contractual<sup>55</sup>. También puede haber conseguido una adjudicación a través de manipulación en un procedimiento de concurso público y haber originado daños patrimoniales<sup>56</sup>. En el plano subjetivo, junto al **dolo** debe haber intención de conseguir para sí o para un tercero una ventaja patrimonial indebida (**ánimo de en-**

**riquecimiento**). No es necesario, sin embargo, que el pretendido enriquecimiento se consiga.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA GENERAL

*Coenen*, Die Strafbarkeit von Verstößen gegen das Haushaltsrecht bei der Bewirtschaftung öffentlicher Mittel, 2000; *Dinter*, Der Pflichtwiderigkeitsvorsatz der Untreue, 2012; *Fabricius*, Strafbarkeit der Untreue im öffentlichen Dienst, NStZ 1993, 414; *Fieber/Junker*, Korruption und Untreue im öffentlichen Dienst, 2. ed. 2004; *Lammers*, Pflichtverletzungen bei kommunalen Zins-Swaps, NVwZ 2012, 12; v. *Lewinski/Immermann*, Haushaltsuntreue und Rechnungshofkontrolle, VerwArch 2014, 441; *Lindenschmidt*, Zur Strafbarkeit der parteipolitischen Ämterpatronage in der staatlichen Verwaltung, 2004; *Mansdörfer*, Amtsuntreue bei kommunaler Verwaltungs— und Wirtschaftstätigkeit, DVBl. 2010, 479; *Munz*, Haushaltsuntreue, 2001; *Neye*, Untreue im öffentlichen Dienst, 1981; *Neye*, Die «Verschwendung» öffentlicher Mittel als strafbare Untreue, NStZ 1981, 369; *Rojas*, Grundprobleme der Haushaltsuntreue, 2011; *Schmidt/Hieber*, Die Strafbarkeit der Ämterpatronage, NJW 1989, 558; *Schünemann*, Haushaltsuntreue als dogmatisches und kriminalpolitisches Problem, StV 2003, 463; *Schünemann*, Unverzichtbare Gesetzgebungsmaßnahmen zur Bekämpfung der Haushaltsuntreue und der Verschwendung öffentlicher Mittel, 2012; *Stoffers*, Untreue durch Zusage der Übernahme von Geldsanktionen und Verteidigungskosten, JR 2010, 239; *Volk*, Bewirtschaftung öffentlicher Mittel und Strafrecht, 1979; *Wassmer*, Untreue bei Risikogeschäften, 1996, *Wolf*, Die Strafbarkeit der rechtswidrigen Verwendung öffentlicher Mittel, 1997.

#### Notas

1 *Bund der Steuerzahler*, Schwarzbuch «Die öffentliche Verschwendung 2016/17», 2016; cfr. también *Däke*, Die Milliarden-Verschwender, 2012.

2 Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26.5.1933, RGBl. I p. 295.

3 Cfr. *Wassmer*, en: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. ed. 2017, marg. 7 con referencias.

4 BVerfGE 126, 170 marg. 79, 113 = BVerfG NJW 2010, 3209, 3211, 3215.

5 RGSt 69, 58, 61 f.

6 BGHSt 1, 186, 188 f.; 3, 289, 293; confirmada por BVerfG 126, 170 marg. 109 s. = BVerfG NJW 2010, 3209, 3214 s.

7 Cfr. *Wassmer*, en: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. ed. 2017, marg. 7.

8 BGHSt 44, 376, 379.

9 BGH NSTZ-RR 2005, 83, 84.

10 BGH NSTZ-RR 2006, 307.

11 BGH NSTZ 1986, 4.

12 BGHSt 43, 293.

13 BGHSt 47, 295, 297.

14 BGH NSTZ 1994, 191.

15 BGH NSTZ 2011, 520.

16 BGH NJW 1982, 2881.

17 BGH NJW 2003, 2179.

18 BGHSt 18, 312, 313.

19 BGH StV 1995, 73.

20 Detalladamente *Rojas*, Grundprobleme der Haushaltuntreue, 2011, p. 125 ss., 148 ss.

21 *Lammers*, NVwZ 2012, 12, 14.

22 *Mansdörfer*, DVBl 2010, 479, 483.

23 *Wassmer*, en: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. ed. 2017, marg. 134.

24 BGH NSTZ 2008, 87, 89; BGH NZWiSt 2014, 135, 138.

25 RGSt 71, 333; BGHSt 15, 342, 343 f.; 43, 293, 297; *Fischer*, StGB, 63. ed. 2016, § 266 marg. 115; *Wassmer*, en: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. ed. 2017, marg. 161.

26 BGHSt 19, 37, 44 f.; 40, 287, 295 ff.; 43, 293, 297 f.; BGH NJW 2001, 2411, 2414; 2003, 2179, 2181; *Neye* NSTZ 1981, 369 ss.; *Rojas* S. 220 ss.

27 BGH NSTZ 2011, 520, 521.

28 BGH NSTZ-RR 2006, 307.

29 BGH NZWiSt 2014, 135.

30 BGH NJW 1982, 2881, 2882.

31 BGHSt 37, 266 = BGH NJW 1991, 990, 991.

32 OLG Hamm NSTZ 1986, 119, 120.

33 BGH NSTZ-RR 2002, 237, 238; BGH NSTZ-RR 2005, 83.

34 BGHSt 40, 287, 295.

35 BGHSt 43, 293, 298.

36 BGH NSTZ 1984, 549, 550.

37 BGHSt 3, 23, 25; 47, 295, 302; 48, 331, 348.

38 Cfr. solo *Fischer*, StGB, 63. ed. 2016, § 266 marg. Rn. 176; *Wassmer*, Untreue bei Risikogeschäften, 1996, p. 156 ff.

39 BGH NSTZ 2011, 520, 521.

40 *Dinter*, Der Pflichtwiderigkeitsvorsatz der Untreue, p. 18 ss.

41 *Kindhäuser*, en: NomosKommentar StGB, 4. ed. 2013, § 266 marg. 122; en este sentido también BGH 5. Strafsenat NJW 2010, 92, 95.

42 BGH 3. Strafsenat NJW 2006, 522, 531.

43 BVerfG NJW 2010, 3209, 3213.

44 *Wassmer*, en: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. ed. 2017, marg. 223d mit Nachweisen.

45 *Wassmer*, en: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. ed. 2017, marg. 223d.

46 *Coenen*, Die Strafbarkeit von Verstößen gegen das Haushaltsrecht bei der Bewirtschaftung öffentlicher Mittel, 2000, p. 95 ff.; *Schünemann*, Unverzichtbare Gesetzgebungsmaßnahmen zur Bekämpfung der Haushaltsuntreue und der Verschwendung öffentlicher Mittel, 2012, p. 38 ss.; kritisch *Rojas*, Grundprobleme der Haushaltsuntreue, 2011, p. 57 ss.

47 Aquí. v. *Lewinski/Immermann*, VerwArch 2014, 441, 447 ss.

48 Art. 19 Nr. 193 y Art. 326 Abs. 3 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch vom 2.3.1974, BGBl. I p. 469.

49 Cfr. *Kindhäuser*, en: NomosKommentar StGB, 4. ed. 2013, § 246 marg. 40.

- 50 BGH NSTz 2012, 628; *Fischer*, StGB § 246 marg. 23.  
51 BayObLG GA 1958, 370.  
52 Así RGSt 26, 437, 439.  
53 Para esto RG LZ 1928, 910; BGHSt 24, 115, 122 ss.  
54 Cfr. *Eser/Bosch*, en: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 29. ed. 2014, § 246 marg. 12 con referencias.  
55 BGH NSTz 1999, 302.  
56 BGH NSTz 1997, 542.

## Argentina

Luis F. Niño

*Catedrático de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal - UBA*

I. El Código Penal argentino, vigente a partir de 1922, aunque con las innumerables reformas consignadas en reiterados informes publicados oportunamente en esta Sección, dedica el Título VI de su Libro II a los delitos contra la propiedad, descritos en los artículos 162 a 185.

El epígrafe IV de dicho título reza: «Estafas y otras defraudaciones». La relación de especie a género que esa frase implica se refuerza en el artículo 172, mediante el empleo del verbo típico defraudar al ensayar una clara definición de estafa, patentizada en la cláusula residual «o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño» que sucede a las diversas modalidades expresadas<sup>1</sup>; y se consolida a partir del texto del primer párrafo del artículo siguiente, que atribuye a aquella definición el carácter de disposición general y se dispone a describir las subsiguientes figuras como casos especiales de defraudación<sup>2</sup>.

A través de una labor doctrinal casi secular se logró perfilar convenientemente en nuestro medio las modalidades de estafa y de abuso de confianza<sup>3</sup>, volcadas sin un orden en el vasto y creciente elenco de especies delictivas incluidas en el mencionado artículo 173, a partir de cinco pautas definitorias de la primera: fraude inicial del autor, cuyo dolo precede a la prestación patrimonial, inexistencia de una previa relación de confianza, vicio del consentimiento de la víctima, y —genéricamente— entrega de la cosa a título traslativo de dominio, con el consiguiente perjuicio patrimonial<sup>4</sup>.

II. La llamada «administración fraudulenta», prevista en el inciso 7º del artículo precedentemente transcrito (v. nota 2), configura el *abuso de confianza* por antonomasia. Lo precede necesariamente una norma, un mandato de autoridad o un negocio jurídico que coloca en manos de determinado sujeto el manejo, la adminis-

tración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos; esa génesis desplaza la posibilidad de preexistencia de dolo o fraude por parte de aquel, a la vez que demanda una relación previa de fiducia del titular de los bienes, quien mantiene la titularidad sobre estos y sólo confía su recta gestión o tutela.

La conducta prohibida se compone de la violación de los deberes asumidos por el administrador, la procura de un lucro indebido, con independencia de quién sea el beneficiario, y el consiguiente perjuicio patrimonial del administrado.

Toda vez que, además de descartarse el dolo inicial en la especie, la redacción actual del precepto<sup>5</sup> abarca situaciones más genéricas que las del texto original, al tiempo que se prevén alternativas para la ulterior configuración de la violación de deberes —perjudicar los intereses confiados u obligar abusivamente a su titular— parte de la doctrina ha sugerido variar la denominación tradicional de «administración fraudulenta» por la de «administración infiel»<sup>6</sup>. Otros autores prefieren referirse a «defraudación por deslealtad en el manejo de bienes ajenos»<sup>7</sup>

III. Con respecto al bien jurídico esencialmente protegido, la propiedad<sup>8</sup>, vale aclarar aquí que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (aprobado por ley 26994, publicada en B.O. del 8/10/2014), en vigor desde el 1º de Agosto de 2015, ha producido una importante variación en el concepto tradicional, con el propósito de compaginar «la regulación infra-constitucional del derecho de propiedad establecido en los arts. 14 y 17 CN, el art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos...y disposiciones concordantes del bloque de constitucionalidad federal»<sup>9</sup>.

De tal suerte, el nuevo código regula, junto a los derechos individuales de las personas sobre bienes que integran su patrimonio, los derechos individuales de las personas sobre el cuerpo humano o sus partes<sup>10</sup>, los derechos de posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas argentinos<sup>11</sup> y los derechos de incidencia colectiva<sup>12</sup>. Sólo los primeros responden a la clásica relación entre persona —física o jurídica— y bienes; tal como se señala en el artículo 15 del código precedentemente citado, «(e)l conjunto de bienes con relación a los que es titular de derechos una persona, constituye su patrimonio», existiendo «un derecho individual de ella con relación a ese bien»<sup>13</sup>; y, a renglón seguido, se especifica que se trata de todos los bienes susceptibles de valor económico, extendiendo la aplicabilidad de las disposiciones referentes a los

bienes materiales —o cosas— a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre (art. 16).

Frente a la llamada «propiedad común», la protección por el Derecho Penal de la «propiedad especial» referida a los derechos intelectuales<sup>14</sup>, continúa desperdigada en diversos instrumentos legales<sup>15</sup>, debido a la actual paralización del trámite del Proyecto de Reforma Integral del Código Penal argentino, que los incluía coherentemente en tal cuerpo normativo<sup>16</sup>.

Respecto a los derechos de incidencia colectiva, cuadra destacar que se partió de la original redacción original del Anteproyecto, que aludía a una clasificación tripartita, ulteriormente simplificada en el Proyecto presentado por el Poder Ejecutivo, conforme a la cual, *los derechos sobre bienes jurídicos individuales deben ser ejercidos por su titular, aun cuando sean diversas las personas involucradas; los derechos de incidencia colectiva tienen por objeto bienes colectivos y pueden ser ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación y las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado; y los derechos de incidencia colectiva, referentes a intereses individuales homogéneos, afectan derechos individuales enteramente divisibles, pero ligados por un hecho, único o continuado, que provoca una pluralidad de lesiones, pudiendo identificarse una causa fáctica homogénea*<sup>17</sup>. La ampliación del concepto de propiedad tiene, pues, innegable trascendencia de cara a los eventuales sujetos pasivos de cualquier ilícito que afecte primordialmente a dicho bien jurídico.

IV. De regreso al tema central del informe, tal como está prevista y penada, la administración fraudulenta o infiel es un delito doloso<sup>18</sup>, de resultado<sup>19</sup> y de consumación instantánea<sup>20</sup>.

En rigor, de las dos modalidades descritas en el precepto, la primera —infidelidad— abarca como una de sus especies al abuso defraudatorio, puesto que quien conscientemente compromete los intereses a él confiados más allá de las posibilidades económicas o financieras del titular, revela, en definitiva, la infidelidad al cargo asumido<sup>21</sup>.

Huelga indicar, de cara al *sujeto activo*, que se trata de un delito especial propio, pues sólo quien se encuentre en una situación jurídica de manejo, administración o cuidado de bienes total o parcialmente ajenos, en virtud de alguna de las fuentes citadas en el texto legal, será pasible de reproche por el injusto cometido a título de autor. Por lo demás, tanto doctrinal como jurisprudencialmente se estiman reconducidas tales posibles

vinculaciones a la idea más omnicompreensiva que encierra el segundo de tales términos<sup>22</sup>.

Precisamente, debido a la amplitud conceptual con que se ha descrito al sujeto activo en la fórmula legal existente desde 1968, luce plausible la existencia, junto al dolo propio de la figura, que debe abarcar todos los elementos del tipo objetivo, incluyendo el perjuicio patrimonial, y que está insito en el peculiar elemento normativo modal de la violación de los deberes a su cargo, de un elemento subjetivo distinto del dolo, consistente en la tendencia interna trascendente cifrada en procurar, para sí o para un tercero, un beneficio económico indebido, o bien, de provocar un daño a los intereses confiados.

*Sujeto pasivo* del delito es el titular de tales intereses, sea persona de existencia visible o ideal. En este último supuesto, si se tratare de una entidad pública, el comportamiento encontrará su marco en la figura agravada prevista en el artículo 174, inciso 5º, del Código Penal, que pena a quien cometiere fraude en perjuicio de alguna administración pública con dos a seis años de prisión<sup>23</sup>.

V. Una nutrida corriente jurisprudencial, que reconoce como hito fundante el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso «Pompas» (Fallos CSJN 325:3255), interpreta que el delito de defraudación por administración fraudulenta tiene en mira la totalidad de la gestión involucrada en el manejo del patrimonio, por lo que los diversos episodios infieles no implican reiteración ni multiplican el delito, que sigue siendo único e inescindible. Como contrapartida, tal hermenéutica se ha erigido, en incontables oportunidades, como óbice para la petición de prescripción de la acción penal respecto de tramos fácticos pretéritos. Se ha estimado que la calificación como hecho único y global impide desglosarlos, en virtud de que cada uno de los elementos que integran la administración está inseparablemente unido por la voluntad de la previsión típica<sup>24</sup>.

## Notas

1 ARTÍCULO 172. Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño.

2 ARTÍCULO 173. Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece:

1. El que defraudare a otro en la substancia, calidad o cantidad de las cosas que le entregue en virtud de contrato o de un título obligatorio;

2. El que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver;

3. El que defraudare, haciendo suscribir con engaño algún documento;

4. El que cometiere alguna defraudación abusando de firma en blanco, extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo que la dio o de tercero;

5. El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de tercero;

6. El que otorgare en perjuicio de otro, un contrato simulado o falsos recibidos;

7. El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos;

8. El que cometiere defraudación, substituyendo, ocultando o mutilando algún proceso, expediente, documento u otro papel importante;

9. El que vendiere o gravare como bienes libres, los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados; y el que vendiere, gravare o arrendare como propios, bienes ajenos;

10. El que defraudare, con pretexto de supuesta remuneración a los jueces u otros empleados públicos;

11. El que tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento, en las condiciones pactadas, de una obligación referente al mismo, sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, sea removiéndolo, reteniéndolo, ocultándolo o dañándolo, siempre que el derecho o la obligación hubieran sido acordados a otro por un precio o como garantía;

12. El titular fiduciario, el administrador de fondos comunes de inversión o el dador de un contrato de leasing, que en beneficio propio o de un tercero dispusiere, gravare o perjudicare los bienes y de esta manera defraudare los derechos de los cocontratantes; (Inciso incorporado por art. 82 de la Ley N° 24.441 B.O. 16/1/1995)

13. El que encontrándose autorizado para ejecutar extrajudicialmente un inmueble lo ejecutara en perjuicio del deudor, a sabiendas de que el mismo no se encuentra en mora, o maliciosamente omitiera cumplimentar los recaudos establecidos para la subasta mediante dicho procedimiento especial; (Inciso incorporado por art. 82 de la Ley N° 24.441 B.O. 16/1/1995)

14. El tenedor de letras hipotecarias que en perjuicio del deudor o de terceros omitiera consignar en el título los pagos recibidos. (Inciso incorporado por art. 82 de la Ley N° 24.441 B.O. 16/1/1995)

15. El que defraudare mediante el uso de una tarjeta de compra, crédito o débito, cuando la misma hubiere sido falsificada, adulterada, hurtada, robada, perdida u obtenida del legítimo emisor mediante ardid o engaño, o mediante el uso no autorizado de sus datos, aunque lo hiciera por medio de una operación automática. (Inciso incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.930 B.O. 21/9/2004)

16. El que defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de

un sistema informático o la transmisión de datos. (Inciso incorporado por art. 9° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

3 Curiosamente, el Diccionario de la Real Academia Española brinda, en las respectivas acepciones propias del lenguaje natural, certeras notas definitorias de una y otra modalidad ilícita: entiendo por «estafar», «(p)edir o sacar dinero o cosas de valor **con artificios y engaños**, y con ánimo de no pagar»; y por «defraudar», «(p)rivar a alguien, **con abuso de su confianza o con infidelidad a las obligaciones propias**, de lo que le toca de derecho». Sin embargo y paradójicamente, cuando ensaya una noción propiamente jurídica, desdibuja tan clara distinción, añadiendo como sinónimo de la primera de tales acciones: «*Der. Cometer alguno de los delitos que se caracterizan por el lucro como fin y el engaño o abuso de confianza como medio*» (sin negrita en los textos originales).

4 BUOMPADRE, Jorge E., «Estafas y otras defraudaciones», en BAIGÚN, David - ZAFFARONI, Eugenio Raúl (dir.): «Código Penal y normas complementarias - Análisis doctrinal y jurisprudencial», Hammurabi, Buenos Aires, 2009, volumen 7, p. 71/2. El Anteproyecto de Código Penal redactado por la Comisión creada por Dto. 678/2012 y presidida por el Profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, mantiene en su artículo 143 la definición de estafa del aún vigente artículo 172, en tanto que en el artículo 144 despliega el mismo elenco de variedades ilícitas del actual artículo 173, correspondiendo a la llamada administración fraudulenta, con idéntica redacción, el inciso g. Tan sólo se proyecta la supresión de la figura que subsiste como inciso 10° del artículo mencionado en último término, «(e)l que defraudare, con pretexto de supuesta remuneración a los jueces u otros empleados públicos», por considerarse «que es claramente un caso de estafa y, además, la víctima ofrece vulnerabilidad al engaño en razón de su propio propósito antijurídico. Se trata de género de estafas que han generado discusiones en la doctrina clásica, dado que la víctima cree estar realizando un acto preparatorio de un delito».

5 Fórmula introducida al Código Penal por «ley de facto» n° 17567 (B.O. 12/1/68), que logró regularidad constitucional, junto a otras disposiciones emitidas por la dictadura militar de 1966-1973, a través del artículo 4°, inciso 1, de la ley 20509 (B.O. 28/5/73).

6 CREUS lo explica así: «(e)l texto original punía “al comisionista, capitán de buque o cualquier otro mandatario que cometiere defraudación, alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo gastos o exagerando los que hubiese hecho”. El tipo actual, como se ve, es mucho más amplio, abarcando situaciones más genéricas y, además, antes que una defraudación por fraude es, principalmente, una defraudación por abuso de confianza, ya que no necesita el engaño para que se produzca el perjuicio, sino el abuso de los poderes que el autor ejerce en virtud de un acto anterior preexistente, de ahí que no sea adecuada la denominación de “administración fraudulenta” que algunos siguen utilizando» (CREUS, Carlos: «Derecho Penal - Parte especial», Tomo I, 6ª. ed., 1998, Astrea, Buenos Aires, p. 490, La propuesta se repite en la actualización de dicha obra: CREUS, C. - BUOMPADRE, J. E., «Derecho penal - Parte especial», 7ª ed. actualizada y ampliada, T. 1, 7ª. ed., Astrea, Bs. As., 2007, p. 537.

7 Así, DONNA, Edgardo Alberto: «Derecho Penal - Parte Especial», T. II-B, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 401 y ss., quien entiende que «la verdadera esencia y, por qué no, nombre es el de deslealtad en el manejo de bienes ajenos. La esencia de este delito es el doloso perjuicio de un patrimonio ajeno, causado

desde adentro de éste, ya que es llevado a cabo desde una posición legal de poder, mediante la utilización, de una manera infiel, de la protección que se tenía de esos bienes, que lleva a causar perjuicio a su titular» (op. cit., p. 407).

8 Aun los autores que han preferido incluir en la denominación de la figura una alusión a la deslealtad mantienen adhesión a la ubicación tradicional de la figura, dentro de la Parte Especial del Código Penal. Al respecto, Donna señala que «(l)a teoría de la violación de la fe jurada o de la deslealtad, ligada especialmente a la teoría civil, tiene su centro en la deslealtad en la lesión al patrimonio, en el deber de asistencia, de solicitud del patrimonio ajeno» (op. cit., p. 408). Para concluir en que «(s)e trata de un delito contra la propiedad a través del mal uso o abuso de una persona, del lugar que tenía como custodio del patrimonio ajeno, y en el cual debía la fidelidad al titular de los bienes» (idem, p. 410).

9 HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián (dir.): «Código Civil y Comercial de la Nación comentado», Infojus, Bs.As., 2015, p. 46. La alusión al «bloque de constitucionalidad» refiere a aquel conformado por las Convenciones y Tratados del llamado Derecho Internacional de los Derechos Humanos dotados de jerarquía constitucional en virtud de lo estatuido en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional reformada en 1994.

10 El artículo 17 de ese nuevo cuerpo de leyes establece que tales entes no tienen valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y que sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.

11 Su reconocimiento, plasmado en el artículo 18 del nuevo Código, se vincula con lo establecido en el artículo 75, inciso 17º, de la Constitución Nacional de 1853, reformada por última vez en 1994, que consagra como atribución del Congreso Nacional la de «(r)econocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos...; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos...». La referida ley 26994 de aprobación del nuevo Código incluyó en su artículo 9º, como norma transitoria de aplicación de aquél, la siguiente: «Los derechos de los pueblos indígenas, en particular la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, serán objeto de una ley especial». Esa decisión legislativa implicó un freno al avance de una regulación integral y consistente de la propiedad comunitaria, esbozado en el Anteproyecto. Hasta el momento, pues, se cuenta en ese tópico, básicamente, con una ley-marco sobre política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes, anterior a la Constitución Nacional (L. 23302, promulgada el 30/9/1985), modificada por ley 25799 (B.O. 1º/12/2003).

12 Los comentaristas explican el artículo 14 del texto legal al que se alude del siguiente modo: «De acuerdo a lo establecido en esta norma, el CCyC regula dos tipos de derechos: a. los derechos individuales: en este caso el interés es individual, lo que se proyecta en la legitimación, pues los derechos sobre bienes jurídicos individuales deben ser ejercidos por su titular, aun cuando sean varias las personas afectadas. b. los derechos de incidencia colectiva: estos pueden ser invocados por sujetos que presentan

un interés difuso, colectivo o público. En tal supuesto, el interés jurídico protegido es colectivo, por lo que existe una legitimación activa difusa. Se trata de una particularidad de la regulación del CCyC, porque los sistemas normativos de derecho privado comparado solo regulan los derechos individuales» (HERRERA, M. et al.: op. cit., p. 44).

13 El artículo 15 del Código vigente reza: «Titularidad de derechos. Las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio conforme con lo que se establece en este Código».

14 CREUS, C. - BUOMPADRE, J. E., op. cit., p. 422.

15 Ley 11723, de Propiedad Intelectual (B.O. 30/9/33), ley n° 22.362, de Marcas y Designaciones (B.O. 2/1/81) y ley n° 24.481, de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad (B.O. 22/3/96).

16 El plausible Proyecto de Reforma Integral abarca los delitos contra la propiedad de marcas y designaciones (art. 151), delitos contra derechos conferidos por modelos y diseños industriales (art. 152) y delitos contra derechos conferidos por patentes y modelos de utilidad (arts. 153 y 154).

17 HERRERA, M. et al.: op. cit., p. 45.

18 Aun para quienes sustentan la categoría del dolo eventual, la exigencia que deriva de la propia estructura del tipo legal, de que el agente obre con el conocimiento acerca de su posición de poder de administración de los bienes ajenos, y que desde tal posición viole las reglas, mediante abuso o infidelidad, a sabiendas de que causará un perjuicio o menoscabo al titular de tales bienes, no deja margen para dudas en torno al carácter del elemento subjetivo perfeñado por el codificador.

19 Integra el aspecto objetivo del tipo el perjuicio, que debe recaer necesariamente en el patrimonio, y puede consistir en un detrimento de lo habido o en la pérdida de una oportunidad real de su incremento debido a la conducta infiel del sujeto activo.

20 Se consuma con el perjuicio causado, máxime si se trata de un menoscabo efectivo del haber (en idéntico sentido, DONNA, E. A., op. cit., p. 424).

21 Del mismo modo lo concibe Gustavo A. AROCENA («Administración fraudulenta», publicación del CIIDPE, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, s/f), con cita de CARRERA, Daniel Pablo: «Administración fraudulenta - Deslealtad de guardadores de patrimonio ajeno», Astrea, Bs. As., 2002, p. 100. Lo que se toma en cuenta, en definitiva, es la infidelidad cometida en la relación administrativa global, a diferencia del caso de retención indebida, en que se aprecia la individualidad de un objeto determinado (SOLER, Sebastián: «Derecho Penal Argentino», T. IV, TEA, Bs.As., p. 441).

22 BAIGÚN, David - BERGEL, Salvador Darío: «El fraude en la administración societaria», Depalma, Bs. As., 1999, p. 125; DONNA, E. A.: op. cit., p. 414. Abundantes fallos abonan la idea de que no es autor de este delito quien no contaba con un ámbito efectivo de actuación independiente sobre intereses patrimoniales ajenos. Casos como el del cajero de un supermercado que digita precios más bajos en combinación con el supuesto comprador o el del cadete de una empresa encargado de reparto de mercadería y su cobranza, que se apodera de lo recibido, son paradigmáticos en tal sentido, estimándose, genéricamente, que se trata de hurtos.

23 Vale destacar que la diferencia en el monto punitivo sólo se registra respecto del mínimo de la escala, igualándose en el máximo con la figura básica del artículo 173, inciso 7º (v. nota 2).

24 A título de mero ejemplo, vale citar el fallo de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional del 17/4/2015, en autos «Q., R. M. s/prescripción» (causa n° 46.464/2011), en la que los magistrados, precisaron, con cita doctrinaria y jurisprudencial, que las distintas acciones de infidelidad o abuso realizadas bajo un mismo mandato constituyen un único hecho global de administración fraudulenta, pues la administración es un concepto jurídico indivisible (sin perjuicio de su divisibilidad material, espacial o temporal), que presenta un único designio y una sola rendición de cuentas final. Que por ello, cada acto infiel no implica reiteración, no convierte el delito en plural, sino que conforma una única conducta ilícita, cuyo desdoblamiento implicaría una violación al principio «non bis in idem». Para concluir, destacan que la prescripción de la acción penal, tal como lo prevé el artículo 63 del Código Penal, comenzará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o si éste fuere continuo, en que cesó de cometerse, de donde se infiere que el cómputo debe hacerse desde la fecha del perjuicio patrimonial, mas éste no necesariamente debe coincidir con la conducta infiel, ya que según las circunstancias particulares del caso, en alguna hipótesis puede considerarse que el momento de la rendición de cuentas es el que debe tomarse como punto de partida; y si una sola es la gestión, cobra importancia la fecha en la cual el sujeto activo cesó en su función de administrador y por lo tanto dejó de tener a su cuidado el manejo del patrimonio de su mandante, tal como sucede en el caso traído a juzgamiento, pues aún cuando se haga alusión a episodios ocurridos con anterioridad a enero de 2008, no puede soslayarse que a partir del año 2007 el imputado no habría efectuado las rendiciones de cuentas respectivas, ni practicó una rendición final al término de su mandato, ocurrido el 1° de junio de 2009. Así, dado que su llamado a indagatoria (acto que interrumpe el curso de la prescripción) se produjo el 16 de septiembre de 2014, dable es concluir que la acción penal no se encuentra prescripta.

## Brasil

**Prof. Dr. Alexis Couto de Brito**

*Universidade Mackenzie - Sao Paulo*

En Brasil, las conductas están siendo tratadas de manera similar a la vieja redacción española. Así la administración desleal del patrimonio de una persona determinada que conduzca a la quiebra será tipificada como apropiación, habiendo sido utilizado el patrimonio en los intereses del administrador y no del administrado. El tipo de apropiación lo tiene el CPB con la siguiente redacción: Art. 168 - Se apropiar de cosa móvil de que tiene la pose o la detención: prisión de uno a cuatro años y multa.

Por falta de tipicidad, no se une a activos específicos, e incluso el dinero puede ser objeto de la apropiación, y por lo tanto se presta para tipificar la administración desleal. Para ese delito la pena prevista es de prisión de uno a cinco años. De hecho, la aplicación del tipo de apropiación indebida a los casos de administración

desleal crea muchos problemas debido a que la mala gestión de activos no siempre revierte en beneficio para el administrador, es decir, que él no se apropia de los valores y los añade a su propio patrimonio.

En Brasil, sólo si la administración se refiere a los activos recogidos por el sistema financiero es que constituye un delito similar a lo especificado en el artículo 252 del CPE, conocida como el manejo o la gestión temeraria en Brasil.

En 1986 se aprobó un proyecto de ley que ha sido procesado durante el período de la dictadura militar, encargado por el gobierno a las personas vinculadas al mercado financiero y sin la participación directa de los criminalistas. Al final del período militar, la economía y el sistema financiero brasileño estaban destrozados y hacia un Derecho penal simbólico, el primer paso fue la publicación de una ley penal. A continuación, se publicó la ley 7.492 que en materia penal tiene unos de los peores tipos penales de todo el país.

El artículo que nos interesa es el 4, que tipifica la gestión (administración) temeraria como una subespecie de la gestión fraudulenta. Las sanciones son draconianas, y además, como se ha señalado, no había preocupación con la taxatividad y el artículo de la ley está muy cerca de la inconstitucional por qué viola la legalidad prevista en la Constitución brasileña:

*Art. 4º. Gestionar de manera fraudulenta institución financiera:*

*Prisión, de 3 hasta 12 años y multa*

*Párrafo único. Si la administración es temeraria:*

*Prisión, de 2 hasta 8 años y multa*

A título de curiosidad, aclaro que la actividad financiera se manifiesta de dos maneras. La primera es el mercado monetario, que incluye los bancos, en el que el objeto principal de la negociación es el dinero, capturado de terceros y prestado a las partes interesadas, por lo general en un corto plazo. El segundo es el mercado de capitales o valores en los que el objeto de la negociación son valores que representan las inversiones en actividades productivas, tales como acciones o bonos, y por lo general a largo plazo.

El delito del artículo 4 se dedica a la actividad financiera. Su bien jurídico sería supraindividual, considerado como la estructura financiera del Estado, de jurisdicción federal, constituido por 1) la organización del mercado, 2) la regularidad de sus instrumentos, y 3) la confianza que requiere. El sistema financiero es federal y por eso el delito también es federal. En Brasil todos los delitos son creados por el legislador federal, pero el proceso y el juicio pueden ser hechos por los tribunales estatales o federales. Este es un delito federal.

Por lo tanto, son parte de la actividad financiera y, por tanto, pueden cometer el delito los directores o gerentes de las siguientes instituciones:

*I. bancos de cualquier tipo; II. Los agentes de valores; III. corredores de cambio y valores; IV. sociedades de crédito, la financiación y la inversión; V. empresas de crédito de bienes raíces; VI. gestores de tarjetas de crédito; VII. empresas de arrendamiento financiero; VIII. Gerentes de mercado OTC; IX. Cooperativas de crédito; X. Entidades de ahorro y préstamo; XI. Bolsa de valores y materias primas y futuros; XII. Entidades de pago y compensación; XIII. otras empresas, debido a la naturaleza de sus operaciones, serán consideradas por el Consejo Monetario Nacional; XIV. las empresas de promoción o de factoraje comerciales.*

Hay cuatro breves reflexiones generadas por el delito de Brasil desde 1986:

1. El primero respecto a la estructura típica y al bien jurídico del delito. En Brasil, los juzgados en su mayoría retratan a una confusión entre los tipos de acción y resultado, el tipo doloso y el imprudente, y delitos de daño y peligro. Es común asociar el delito de gestión imprudente a una de estas seis estructuras dependiendo de la región del país donde se ha juzgado el caso concreto (norte o sur) o incluso de acuerdo con las repercusiones del caso o la intención de castigar o no el autor. Incluso después de 30 años de la emisión de la ley no hay uniformidad en las Cortes regionales y muy poco acuerdo entre los ministros de la Corte Suprema.

Quizás debido a esta falta de técnica, existe una gran dificultad en la definición de la relevancia de los prejuicios, ya sea individual o supraindividual. Al ser un delito supraindividual, algunos argumentan que no sería posible ni correcto en teoría requerir el perjuicio individual para la configuración del delito. Simplemente sería un delito de acción. Otros creen que el daño es necesario para determinar el impacto real del mercado y, finalmente, alejar la imputación por un riesgo permitido por su insignificancia. Entre éstos, tampoco hay consenso sobre si debe producirse daño o si el peligro es suficiente. Por último, se la ley en el *caput* del artículo 4 ha definido la gestión fraudulenta que es necesariamente un delito doloso y precedido de un fraude, hay decisiones que enlazan la conducta del párrafo único de la gestión temeraria como un delito imprudente.

2. La segunda consideración se refiere al sujeto activo del delito y su forma de comisión. Se asemeja al delito español con la necesidad de exigir el poder de decisión concreta en la realización de caminos a seguir por la institución, un hecho que excluiría el gerente me-

nor incapaz de hacerlo, como es el caso del gerente de la sucursal bancaria.

Pero el mayor problema de interpretación es una creación dogmática de lo que se llamó la delincuencia habitual impropia. El Tribunal Supremo, en la sentencia de hábeas corpus n.º 89364 firmó un entendimiento de que el delito en discusión sería en realidad «delito habitual impropio» o «accidentalmente habitual», por el cual la consumación se llevaría a cabo con la práctica de un solo acto fraudulento y la repetición de estos actos, en este caso, no serviría para establecer la práctica de diversos delitos en concurso material o delito continuado.

No es la solución más correcta pues el verbo «gestionar» es sinónimo de administrar, gerenciar, lo que significa que se adopten todas las medidas apropiadas para lograr uno o más resultados. Esto no es un verbo que se puede realizar a través de una sola conducta, teniendo en cuenta que sólo después de una cierta acumulación de comportamientos es que se puede evaluar si hubo una sola fraude, o de hecho una gestión. Por otra parte, esta comprensión socava la existencia de otros delitos previstos en la propia ley en los cuales sólo se actúa de forma aislada, lo que sería una tarea imposible, ya que, de alguna manera, podría considerarse como etapas iniciales del delito de gestión. Por ejemplo, si un director ocultar información al mercado una vez, se podría tipificar como el delito de gestión fraudulenta o temeraria, pero hay uno tipo en el artículo 6 que describe exactamente este comportamiento aislado. Del mismo modo, el director, que desvía en beneficio de la institución valor en su propio provecho y que tiene en su poder no comete el delito del artículo 5, pero la gestión fraudulenta o imprudente. El concepto de gestión requiere, sin duda, la repetición de actos.

3. La única unanimidad es la correcta crítica de la violación del principio de legalidad. La amplitud de la palabra «temeraria» sin indicación de otros elementos de la conducta o del resultado o la vinculación con la provocación de una macro lesión traen incertidumbre en el aplicación del tipo. Hay incluso la posición de que aún que la gestión fuera un éxito habría un delito, justamente por el tipo no exigir lesión.

En un intento de cerrar el tipo, la doctrina no ha sido muy exitosa en la definición de «gestión temeraria», llegando a un consenso débil en el ímpetu con el que se desarrolla la actividad empresarial, lo que aumentaría el riesgo de que las actividades empresariales terminen por causar daño a sistema financiero. Como se ve, un concepto muy débil.

4. Como consideración final, no podemos olvidar que la actividad en el mercado financiero, por naturaleza, es arriesgada, sujeta a altibajos, grandes ganancias y pérdidas masivas. Para la caracterización del tipo en cuestión la conducta debe ser superior a los límites establecidos en las leyes y actos administrativos o subvención emitidos por terceros para la gestión de valores. Lo que se ve en el tipo español como su elemento esencial. Así que el tipo debe ser entendido como doloso, y no es suficiente la mala suerte o la incompetencia del administrador.

## China

Jia Jia Yu

*Profesora de la Universidad Jiao Tong de Shanghai (República Popular de China)*

A person, who has legal access to another's property but causes damages to it or endangers it, may be punished under Chinese criminal law. In these cases, the elements of the crime are established according to specific circumstances. Those standards can be divided into three groups: conversion of another's property, misappropriation of another's property; or, betrayal of another's trust or confidence.

### I. CONVERSION OF ANOTHER'S PROPERTY

According to whether or not the defendant has a special status, position or authority, this group of crimes can be divided into two categories: status offenses and non-status offenses.

#### 1. Status Offenses

Status offenses can be further divided into, «conversion by a State functionary» prescribed in Criminal Code, Art. 382, I, which falls into the category of public corruption; and, «conversion by a company employee» prescribed in Art. 271, I, which falls into the category of white collar crime.

In the former case, a State functionary<sup>1</sup> takes advantage of his/her official position and converts «public property»<sup>2</sup> into his/her own person by expropriating, stealing, swindling or by other illegal means. In the latter case, an employee of a company, enterprise or any other non-State-owned unit takes advantage of his/her position in the unit and unlawfully converts the property of the unit in his/her own person. «The property of the unit» includes public property and private property.

It is obvious that the same conduct gives rise to the two offenses. «Taking advantage of his/her position», which refers to «taking use of the convenient conditions created by authorities in his/her position to supervise, manage, handle property», is the essential element for distinguishing conversion from theft. If making use of his/her job opportunities just to investigate the environment, to easily invade the crime scene, or to access to property that is not in his/her charge, the defendant should be charged with theft.

In the two offenses, the subject and the nature of property infringed make the following differences. First, the circumstances required to start a criminal prosecution are different. In the former case, it is enough to meet either of the following two conditions: converting not less than 30,000 CNY ( $\approx 4,062.45$ EUR: EUR 1 = CNY 7.38 on Nov.16, 2016) or other existing serious circumstances<sup>3</sup>. In the latter case, the amount of property shall be not less than 5,000CNY ( $\approx 677.08$ EUR), no matter whether or not there exist other serious circumstances<sup>4</sup>. Second, the maximum punishment is also different. In the former case, it is the death penalty. According to the Ninth Amendment to the Criminal Law, which took effect on Nov. 1, 2015, the life-without-parole sentence is now available for the most serious offenders. Specifically speaking, offenders sentenced to death with a two-year suspended sentence, would usually have their sentence commuted to a life sentence at the completion of a two-year period, in which no additional offenses were committed and further reduction to terms of years is possible. Under the new amendment, a court giving a suspended death sentence in those cases, may concurrently hold that following commutation to a life sentence, the offender is not eligible for parole or further commutation. The goal of creating the life-without-parole sentence is to reduce the number of crimes subject to the death penalty. The penalty serves as a substitution for the death penalty. In the latter case, the maximum term of punishment is fifteen years imprisonment.

#### 2. Non-status Offenses

A non-status offense is an action that is prohibited for anyone not having special position or does not belong to a certain class of people. According to Art. 270, in one of the following situations, the defendant, who has another's property in his/her own person by a due or legal means, or in good faith, but refuses to return it back, or to hand it over, if the amount is relatively large, shall be charged with conversion.

The essential element for distinguishing this crime from other crimes, like larceny, fraud or extortion, is that before illegal conversion the defendant must have possessed another's property by a due or legal means, or in good faith. First, the possession can be based on property custody on the grounds of accepting the owner's private commission to keep the property, save it or keep an eye on it; or, of *negotiorum gestio*; or, of the authority in the position of a legal guardian to care for the property of a minor or a mental patient; or, of a property contract. Second, the defendant picks up the property, which the owner temporarily forgets about, and then has due possession of it. In this situation, it is possible for the owner to remember where he/she left it, and to get it back. In this sense, the owner has not yet lost the control of it. Third, the defendant digs out by chance property hidden underground for long period of time, whose owner can not be recognized, and then has due possession of it. In this case, the property belongs to the nation according to law<sup>5</sup>.

In order to start a criminal prosecution, the amount of property converted shall be relatively large. There is no national standard to define a «relatively large amount», while local standards are often taken into consideration according to local economic development and living wages. For example, in Shanghai, one of the most developed cities and also the financial center of China, «the relatively large amount» means not less than 20,000 CNY (≈2,708.85 EUR)<sup>6</sup>.

The maximum punishment for the non-status offense is five years imprisonment, which is obvious lower than that for status offenses. Besides, non-status offenses shall be handled only upon complaint, which is the feature of minor offenses.

## II. MISAPPROPRIATION OF ANOTHER'S PROPERTY

The action of misappropriating another's property refers to illegal use of the property or funds of another person for his own use or other unauthorized purpose, intent on returning it from the beginning. Different from conversion which infringes «ownership rights», misappropriation infringes «usufructuary rights»<sup>7</sup>. When having a special position, status or authority, the defendant can be charged with misappropriation, which can also be divided into «misappropriation by a State functionary»<sup>8</sup> prescribed in Art. 384, which falls into the category of public corruption, and, «misappropriation by an employee of a company, enterprise or any

other unit»<sup>9</sup> prescribed in Art. 272, I, which falls into the category of white collar crime.

In both offenses, forbidden conduct is similar. The defendant, by taking advantage of his/her position, misappropriates another's property for his/her own use or for loaning it to another person, if one of the following three conditions is met, shall be punished: (1) misappropriating a relatively large amount of property and failing to return it after the lapse of three months; (2) misappropriating a relatively large amount of property for profit-making activities (including activities like depositing the money in the bank, offering it for fund-raising activities, or buying shares or government bonds); (3) conducting illegal activities with the property misappropriated. Under condition (1) and (2), a relatively large amount misappropriated, which should be not less than 10,000 CNY (≈1,355.42 EUR), is an essential element<sup>10</sup>. Under condition (3), the amount is not required by legislators while in judicial practice in order to initiate a criminal prosecution, at least 5,000 CNY (≈677.39EUR) should be found misappropriated<sup>11</sup>.

The maximum punishment for the former case is life imprisonment while that for the latter is fifteen years imprisonment.

There are no non-status offenses involving misappropriation under Chinese Criminal law. In other words, where a person, who is neither a State functionary, nor a company employee, steals another's property only for his/her own use with no intention of conversing it, there is no crime.

## III. BETRAYAL OF ANOTHER'S TRUST OR CONFIDENCE

In China's first Criminal Code enacted in 1979, there was no provision for the act of betraying another's trust or confidence. This act as a criminal offense came to be acknowledged among Chinese scholars as the Japanese criminal law, in which it is prescribed in Art. 247, and the German criminal law, in which it is prescribed in Art. 266, were introduced into China. As to the structure of this offense, a person, who handles the affairs entrusted, performs conduct against the trust or confidence, resulting in damages to another's property.

In the process of revising the criminal code, a proposal for criminalizing the act of betraying trust or confidence was put forward. But no specific provision for it was written into the revised Criminal Code of 1997, where, nevertheless, we can still find many new provisions relating to offenses involving abuse of office or

authorities. Those provisions can be used for the purpose of punishing a person who having a special status, position or authority, breaches the duty of loyalty towards the government or company. In a broad sense, all those offenses in fact involve betrayal of trust or confidence, although no term like «betraying trust or confidence» can be found in them. And, they are all status offenses, scattered amongst different chapters in the specific parts of the Criminal Code, like Chapter III, Section 3, titled «crimes of disrupting the order of administration of companies and enterprises»<sup>12</sup>; Section 4 «crimes of disrupting the order of financial administration»<sup>13</sup>; Chapter VII «crimes of obstructing the administration of public order»<sup>14</sup>; Chapter VIII «crimes of public corruption»<sup>15</sup>; and, Chapter IX «crimes of dereliction of public duty»<sup>16</sup>. The consequences of those offenses are either «emerging damages (Daño emergente)» or «loss of profits (lucro cesante)»<sup>17</sup>. But the interests invaded by those offenses, beyond the interests of property, include the order of financial administration, the legitimacy of performing official duties or the honesty and integrity of civil servants<sup>18</sup>.

However, in most of those offenses the defendant should be a State functionary, whose acts cause damages only to public property. As a result, the interests of non-State-owned companies, enterprises or institutions are not given equal protection under the criminal law.

In order to enhance the supervision and regulation of the listed companies, to promote the normative operation of the listed companies, and of protecting the rights and interests of individual investors, the sixth amendment to the criminal law, which took effect on Dec. 25, 1999 added two new offenses: «the crime of breaching the duty of loyalty towards the listed company» (Art. 169a in Chapter III, Section 3) and «the crime of unlawfully utilizing entrusted property» (Art. 185a in Chapter III, Section 4). This is the first time the Chinese government carried out special legislation for punishing the trustee who violates the duty of trust or confidence in financial markets.

According to Art. 169a, where a director, supervisor or senior manager of a listed company breaches his/her duty of loyalty towards the listed company, and takes advantage of his/her position, or manipulates the company to commit one of the following acts, thus causing heavy losses to the interests of the listed company, he/she shall be punished: providing another unit or individual with funds, commodities, services or other assets gratis, or under obviously unfair terms, or, with the knowledge that the unit or individual has no ability to make repayment; or, providing guarantee to a unit

or individual without justifiable reasons, or, with the knowledge that the unit or individual obviously has no ability to make repayment; or, waiving credit or undertaking debts without justifiable reasons; or, harming the interests of the listed company by other means. The controlling shareholder or a person in practical control of a listed company, who instructs a director, supervisor or senior manager of the company to commit the acts mentioned above, shall also be punished.

According to Art. 185a, where a commercial bank, stock exchange, futures exchange, securities company, futures brokering company, insurance company, or any other financial institution violates its fiduciary duty, or, unlawfully utilizes entrusted property of its clients, if the circumstances are serious, the persons-in-charge who are held to be directly responsible as well as other directly liable persons shall be punished.

According to either the traditional provisions provided or the specific provisions created for the purpose of punishing a person betraying trust or confidence, the person should have a special status or position in his/her unit or company, which is an essential element for distinguishing a criminal case from a civil case. In other words, all offenses involving betrayal of trust or confidence in China are status offenses. For example, A sells the property entrusted by B to A's friend at an obviously low price, will not be prosecuted under Chinese criminal law.

## IV. CONCLUSION

Under Chinese criminal law, a State functionary can be found guilty where he/she takes advantage of his/her official position to convert or misappropriate public property or breaches his/her duty of loyalty towards the government.

As the counterpart of conversion and misappropriation by a State functionary, a company employee can also be found guilty where he/she commits the same act. But on the latter condition, the comparatively light punishment shall be imposed if the circumstances are similar. In order to protect the order of financial administration and to give equal protection to non-State-owned property, recent legislation criminalized a company employee's act of betraying trust or confidence and misusing entrusted property; and, it has become a new phenomenon.

All offenses mentioned above are status offenses involving forbidden conduct performed by State functionaries or company employees. In the case of a non-status offense, only the act of converting another's property can be a crime.

## Notes

1 The crime can also be applied to same actions done by «the person, who is authorized by State organs, State-owned companies, enterprises, institutions or people's organizations to administer and manage State-owned property»(Criminal Code, Art. 382, II), or «the employee, who is engaged in public service in a State-owned company, enterprise or any other State-owned unit, or the person, who is assigned by a State-owned company, enterprise or any other State-owned unit to a non-State-owned company, enterprise or any other unit to engage in public service»(Art. 271, II).

2 Public property refers to property owned by the State or collectively by the laboring masses or public donations or special funds used for aiding the poor and other public services. Private property, which is being managed, used or transported by State organs, State-owned companies and enterprises, or enterprises owned by collectives, or people's organizations, shall be treated as public property. See Criminal Code, Art. 91.

3 Interpretation of the Supreme People's Court and the Supreme People's Procuratorate on Several Issues concerning the Application of Law in the Handling of Criminal Cases of Embezzlement and Bribery, Art.1, which was issued on April 18, 2016.

4 Interpretation of the Supreme People's Court on Several Issues concerning the Application of Law in the Handling of Criminal Cases of Bribery, Embezzlement, Misappropriation of a Company's Property, Art.2, which was issued on Dec. 25, 1995.

5 General Principles Of the Civil Law, Art. 79.

6 Opinions of Shanghai High People's Court, People's Procuratorate Public Security Bureau and Bureau of Justice on the Standards used in the Handling of Part of Criminal Cases in Shanghai, which was issued on Oct. 25, 2000.

7 That is the right to use the property, to enjoy the fruits and income of the property, to rent or loan it.

8 The crime can also be applied to misappropriation of the public property by «the employee, who is engaged in public service in a State-owned company, enterprise or any other State-owned unit», «the person, who is assigned by a State-owned company, enterprise or any other State-owned unit to a non-State-owned company, enterprise or any other unit to engage in public service»(Criminal Code, Art. 272, II); or by «the employee of a State-owned banking institution to a non-State-owned institution to engage in public service»(Art. 185, II).

9 «An employee of a banking institution» is also included(Criminal Code, Art. 185, I).

10 Interpretation of the Supreme People's Court on Several Issues concerning the Application of Law in the Handling of Criminal Cases of Misappropriating Public Property, Art. 3, which was issued on April 29, 1998; Notice of the Supreme People's Procuratorate and the Ministry of Public Security on Issuing the Provisions (II) of the Supreme People's Procuratorate and the Ministry of Public Security on the Standards for Filing Criminal Cases under the Jurisdiction of the Public Security Organs for Investigation and Prosecution, Art. 85, which was issued on May 7, 2010.

11 Id.

12 The following acts shall be punished. A director or manager of a State-owned company, enterprise or unit, by taking

advantages of his/her position, operates the same business as that of the company or enterprise in which he/she holds the office (Criminal Code, Art. 165); or turns management of the profitable business of his/her unit over to his/her relatives or friends; or purchases from the unit managed by his/her relatives or friends commodities at a price obviously higher than the market price or commodities that are not up to standards; or sells commodities to such a unit at a price obviously lower than the market price (Art. 166). The employee of a State-owned company or enterprise, who is directly in charge of State-owned assets, pursues selfish ends by converting those assets to shares at a low price or selling them at a low price (Art. 169).

13 The following acts shall be punished. A person who possesses inside information about stock exchange transactions or futures trading, or the person who illegally obtains such information, prior to the publication of the information that concerns stock issuing, stock exchange or futures trading, or of the information that has a vital bearing on the stock price or futures trading, buys or sells the very stock, trades the very futures or divulges the very information (Criminal Code, Art. 180). An employee of a bank or of any other banking institution grants fiduciary loans or guaranteed loans to related people or unrelated people on unfairly preferential conditions (Art. 186); or illegally uses the funds he/she absorbed from the clients for calling loans instead of entering them into the account book(Art. 187); or unlawfully issues letters of credit or other letters of guaranty, negotiable instruments, deposit certificates or certificates of financial standing (Art. 188); or accepts, pays or guarantees a negotiable instrument which is at variance with the provisions in the Law on Negotiable Instruments (Art. 189).

14 The following act shall be punished. A person, who is directly in charge of the collections in a State-owned museum or library, sells or presents as gifts without permission to any non-State-owned institution or individual(Criminal Code, Art. 327).

15 The following acts shall be punished. An employee of a State-owned company, enterprise or other unit, who is directly in charge of State-owned assets, shares up those assets illicitly in private (Criminal Code, Art. 396, I). A person of a judicial organ or a law enforcement agency, who is directly in charge of fines or confiscated money and property that should be turned over to the State, shares up them illicitly in private(Art. 396, II).

16 The following acts shall be punished. A tax official omits to collect or under collects the tax payable (Criminal Code, Art. 404). A State functionary abuses his/her authorities to illegally approve the requisition or occupation of land or to illegally transfer at low prices the right to use State-owned land (Art. 410).

17 Eg. the offenses prescribed in Criminal Code, Art. 187, Art. 396, II and Art. 404.

18 Chinese legislators categorize specific crimes into different groups according to the differences of interests protected and make every group one chapter in the specific part of Criminal Code.

## Costa Rica

Roberto Madrigal Zamora

### 1. Aspectos jurídicos

El Código Penal de Costa Rica en su Sección V denominada «Administración Fraudulenta y Apropiación»

ciones Indebidas» contiene el numeral 222 que a la letra dice:

«Administración fraudulenta. Artículo 222.-Se impondrá la pena establecida en el artículo 216\*, según el monto de la defraudación, al que por cualquier razón, teniendo a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes ajenos, perjudicare a su titular alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo operaciones o gastos exagerando los que hubiere hecho, ocultando o reteniendo valores o empleándolos abusiva o indebidamente. (Así reformado por el artículo 1º de la ley No. 6726 de 10 de marzo de 1982).»

*\*Con prisión de 2 meses a 3 años si el monto de lo defraudado no excediere de 10 veces el salario base y prisión de 6 meses a 10 años si lo excediere.*

Tomando en cuenta los lineamientos que se nos hicieron llegar para delimitar nuestra colaboración sobre este tema para la sección de legislación comparada de la Revista Penal, nos parece oportuno señalar las discusiones que la jurisprudencia nacional ha sostenido en relación con la diferencia entre este tipo penal y otras figuras relativas a otros tipos de defraudaciones:

**CONCURSO ENTRE DELITOS DE ESTAFA Y ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO.** «...Sin perjuicio de las precisiones que hará la Sala en los apartes siguientes referidos a cada uno de los delitos que el tribunal menciona, debe señalarse que la sentencia deslinda con claridad dos grandes áreas de conductas a las cuales aplican los jueces uno u otro calificativo. La primera concierne a las operaciones propias del BANCO XXXX en el que se ejecutaron diversos actos ilícitos descritos infinidad de veces en este pronunciamiento (alteración de estados contables, giros de cheques sin fondos, desvío o desaparición de recursos, suposición de operaciones falsas, entre otros). En ellos intervienen los tres acusados...este último prestando su concurso desde el XXX, como receptor o generador de movimientos a través de las cuentas corrientes que el XXX mantenía en la última entidad, coadyuvando así en las acciones que propiamente, por decirlo de algún modo, se originaron en el XXXX, aun cuando, como se dijo, también intervino el XXX. Estos son los hechos que el tribunal califica como administración fraudulenta. La segunda gran área concierne a las actividades realizadas a través del XXX, captando recursos del público a pesar de que desde junio de 1990 le había sido revocada su licencia y se hallaba en un estado de falta de liquidez tal que no podría hacer frente a las obligaciones —debido en buena medida a los ilícitos manejos a que se le sometió para darle al Banco XXX una apariencia de solidez que en realidad no tenía—. Los recursos captados de esa manera tuvieron distintos destinos, entre ellos los de ser transferidos al XXX e insertos en el círculo de maniobras fraudulentas que allí se realizaban. Estas acciones, que también se endilgan a los tres sentenciados porque los tres intervinieron activamente en ellas, son las que ameritaron el calificativo de estafa (cfr.: folios 9600 y 9601). A partir de este marco histórico, intangible para los efectos del recurso por inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, la Sala estima que ambos delitos (estafa y administración fraudulenta) se configuraron plenamente y que una no absorbió a la otra (por medio de un concurso aparente) como lo propo-

nen quienes recurren. En efecto, obsérvese que las conductas afectaron o lesionaron patrimonialmente a dos distintos grupos de personas: en un caso: a los clientes del XXXX y, en el otro, a los del XXX, que confiaron sus recursos a esta última entidad en la errónea creencia, fabricada por los justiciables con acciones y omisiones, de que poseía solidez económica y autorización para operar como banco, con el respaldo que además esto implica. La naturaleza de los actos y los medios empleados son igualmente diversos: los clientes que acudieron al XXX fueron sometidos a engaño para invertir o depositar allí sus recursos o renovar certificados; en tanto que aquellos que lo hicieron en el XXX no dispusieron de su patrimonio por error, sino que sufrieron un perjuicio originado en los fraudulentos manejos que de sus recursos hicieron los tres justiciables. Los fondos y los valores que los clientes del XXX depositaron en él fueron, antes que administrados deslealmente, objeto de una estafa que se consumó desde la recepción misma de los recursos. En este supuesto, la desviación que se hizo de ellos constituyó más bien un acto dispositivo de los bienes ilícitamente obtenidos a través del error en que se colocó a las víctimas. No sucede igual con los fondos que percibió el XXX pues, como se dijo, su captación fue lícita y la conducta antijurídica en cuanto a ellos ocurre en el instante en que los justiciables sobre los que recayó la condena deciden desviarlos o desaparecerlos. La pluralidad de lesiones que no se excluyen entre sí y que, ni siquiera desde la perspectiva histórica pueden confundirse, demuestra que no nos hallamos ante el concurso aparente; esas lesiones no se relacionan como diversos grados de ataque a un mismo bien jurídico, sino como ataques distintos e independientes a los patrimonios de dos grupos separados de personas que, sin embargo, el tribunal califica como una acción unitaria desde la perspectiva jurídica y de allí que concluya en la existencia de un concurso ideal entre ambas figuras (administración fraudulenta y delito continuado de estafa, ya que este último se repitió en varias oportunidades y afectó a un sinnúmero de personas, lesionando su patrimonio). Se reitera, entonces, que la concurrencia de lesiones disímiles, no excluyentes, recaídas en distintos sujetos pasivos y ejecutadas a través de diversos medios conductuales, es suficiente para constatar que los hechos no pueden calificarse como un concurso aparente de normas. Por otra parte, las argumentaciones del defensor público XXX se basan en la propuesta de una singular interpretación del tipo penal que sanciona la estafa y en el planteamiento de alegatos que no se relacionan con las motivaciones del fallo. Este no establece que los tres justiciables se «confabularon» para crear distintos bancos y empresas con fines ilícitos y esperaron varios años para «dar el golpe», sino tan solo que se aprovecharon de las estructuras preexistentes (lícitas) e incurrieron en las conductas que se les reprochan. El dolo surge cuando —variada la situación inicial de «normalidad»— deciden engañar a las personas para captar sus recursos, haciéndoles creer que el XXX operaba a derecho, con su licencia bancaria y en completa «normalidad»; así como cuando optan por manejar en forma fraudulenta los bienes que los clientes les confiaron a través del XXX. La causa de agravación que contempla el artículo 216 del Código Penal («Las penas precedentes se elevarán en un tercio cuando los hechos señalados los realice quien sea apoderado o administrador de una empresa que obtenga, total o parcialmente, sus recursos del ahorro del público, o por quien, personalmente o por medio de una entidad inscrita o no inscri-

ta, de cualquier naturaleza, haya obtenido sus recursos, total o parcialmente del ahorro del público») es aplicable en la especie, pues se introdujo por una reforma legal ocurrida en el año 1988 (Ley de modernización del sistema financiero de la República, N° 7107 de 4 de noviembre). Dicha norma no exige que las entidades hayan sido creadas con el propósito de estafar —como lo entiende el licenciado XXX—, sino que basta que se utilice ese tipo de organismos, aunque sean lícitos, para los fines de incurrir en las previsiones de la conducta genérica definida en el párrafo primero del artículo 216 de cita. La agravante vino a erigir un delito especial impropio en el cual se sanciona con mayor rigor a quien cometa una estafa prevaliéndose de su carácter de apoderado o administrador de las empresas que se mencionan; y un delito común agravado (que no requiere ninguna cualidad especial del autor) para quien en forma personal o a través de una entidad, haya obtenido recursos del ahorro del público acudiendo a los medios típicos de comisión de la estafa (inducir a error o manteniendo al sujeto pasivo en él por simular hechos falsos o deformando u ocultando los verdaderos). Conviene añadir que la estafa no requiere que el beneficio indebido lo obtenga el agente, sino que puede serlo un tercero. El fallo establece que los recursos depositados por los clientes del XXX fueron trasladados al XXX o a distintas cuentas y ello revela que, en efecto, fue parte del plan de autor procurar un beneficio indebido que obtuvieron los destinatarios de los fondos (el propio XXX que no tenía por qué recibirlos o administrarlos, u otras de las personas o entidades que se han venido mencionando). No quiere decirse con esto que la desviación de los dineros consumara el perjuicio, sino que su percepción misma estaba preordenada a esos fines (seguir captándolos para incluirlos en los movimientos fraudulentos que se mantenían, destinarlos a otras cuentas, desaparecerlos o utilizarlos para pagar a personas seleccionadas). Se infiere de todo lo dicho que el concurso aparente que invocan quienes recurren no es atendible y se impone desestimar las quejas... (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución 231-2013). (Los datos de identificación de personas jurídicas y físicas y otros relacionados con figuras jurídicas que permitieran identificar a los involucrados en el correspondiente proceso penal han sido eliminados en aplicación de la legislación costarricense sobre Protección de Datos Personales).

*CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA.* «...configuración típica del ilícito en discusión, no requiere la ostentación de un cargo o puesto, bajo determinada denominación, sino que hace referencia a las funciones que el sujeto realice y para las cuales ha sido designado. De esta manera, el texto del numeral 222 estipula: «...al que por cualquier razón, teniendo a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes ajenos...». Al tenor de dicho contenido, resulta evidente que aunque se trata de un delito especial propio, que requiere una cualidad especial del sujeto activo, ello no implica necesariamente que deba ostentar un determinado puesto o cargo, sino ejercer una específica función. En este sentido se ha pronunciado ya esta Sede en fallos anteriores, y se ha dado definición a la figura típica de la administración fraudulenta en el siguiente sentido: «El artículo 222 del Código Penal, que sanciona la administración fraudulenta, establece un delito especial propio, ya que delimita el círculo posible de autores a aquella persona que «por cualquier razón, teniendo a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de

bienes ajenos, perjudicare a su titular alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo operaciones o gastos o exagerando los que hubiere hecho, ocultando o reteniendo valores o empleándolos abusiva o indebidamente». Es un delito especial propio porque no puede cometerlo —como autor— cualquier individuo, sino solo aquel que maneje, administre o cuide bienes ajenos y realice alguna de las conductas tipificadas. El fundamento de esta particular punición obedece a que el sujeto activo asume tareas o funciones sobre un patrimonio que le es parcial o totalmente ajeno y, por tanto, pesan sobre él una serie de deberes jurídicos que infringe con su actuar. También toma en cuenta el legislador la existencia de un vínculo que apareja la confianza depositada en el agente por el sujeto pasivo, que espera lealtad y corrección en el manejo de sus bienes, derechos y expectativas patrimoniales. (...) Por otra parte, el artículo 222 del Código Penal no caracteriza a la autoría solo por el desempeño de funciones de mandatario (de modo que el agente pueda actuar a nombre del titular del patrimonio y comprometerlo con sus acciones), sino que contempla otras formas de conducta que no requieren ese vínculo de representación, a saber: el cuidado y el manejo de bienes ajenos. La custodia o «cuido» lo posee quien tiene a su cargo la vigilancia, la conservación y la aplicación de los bienes confiados; y el manejo lo entiende algún sector de la doctrina como el uso de tales bienes «para uno o ciertos negocios puntuales» (así: CÚNEO LIBARONA, Mariano y otro, «La intervención del derecho penal en la actividad bancaria en Argentina», en Crisis. Liquidación y quiebra de bancos. Responsabilidad; Op. cit., p. 304). En estos supuestos, pesa sobre el agente el deber de actuar en interés del tercero (titular del patrimonio), aunque carezca de facultades para obrar a su nombre, representándolo. Por último, el tipo penal no establece figuras jurídicas particulares que sirvan de fundamento u origen a las obligaciones que el agente incumple con su actuar típico, sino que señala que bastará «cualquier razón», de tal modo que las funciones de administrar, manejar o cuidar los bienes pueden surgir por mandato legal, contractual o incluso de hecho. En todos los casos existe, además, un deber de garante que permite la comisión por omisión impropia». (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución número 2003-00231 de las 08:45 horas del 09 de abril de 2003.)» Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución 1670-2014)

*CONCURSO ENTRE ESTAFA Y ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA.* «...Sobre este tema, es prudente hacer algunas reflexiones. La actividad bancaria, tanto en Costa Rica como en las demás naciones, se halla estrictamente regulada a fin de asegurar el sano desarrollo económico del país y, entre otros motivos que no interesa aquí profundizar, porque se desarrolla en esencia a partir del capital ajeno y no de aquel que corresponde a los dueños o accionistas del banco: «La referida actividad se realiza con capital ajeno o predominantemente ajeno. El origen de éste proviene básicamente del público (depositantes o ahorristas) con el que se gestiona una intermediación financiera. Así se captan fondos pagando una tasa de interés para prestarla a otra mayor y lucrar con las diferencias entre ambas. Su característica determinante resulta de la ajenidad de los fondos prestables y objeto de la intermediación financiera. Esa intermediación no utiliza ni arriesga un capital “propio” (como sucede en otras actividades) sino uno de origen colectivo, definitivamente finito, cuantificable, único en el país y

no sustituible». (PORCELLI, Luis A., «Entidades financieras privadas. Funcionalidad e historia de su regulación», en *Crisis. Liquidación y quiebra de bancos. Responsabilidad*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Buenos Aires, 2001, p. 347-348). Estas distinciones no deben perderse de vista, pues de lo contrario es fácil incurrir en error al apreciar la naturaleza de las funciones que cumplen las entidades bancarias. Ellas trabajan siempre con el capital o el patrimonio ajeno y ese carácter de ajenidad no desaparece en ningún momento ni puede confundirse con el capital aportado por los socios o accionistas de la empresa (el cual, desde luego, también puede ser objeto de fraudulenta administración). En la especie, tanto el XXXX como el XXX captaron recursos del público, a través de distintos medios: depósitos en cuentas de ahorro o corrientes; comisiones de confianza, fondos XXX y XXX y dineros que debían cancelarse al Banco Central por la compra de divisas o a los acreedores del cliente en el exterior. Los contratos de depósito de ahorros y en cuenta corriente han sido clasificados por la doctrina dentro del concepto de «depósito irregular» pues, contrario a lo que ocurre en el regular, se permite al depositario hacer uso de los bienes. Se descarta, entonces, que constituyan un contrato de mutuo o arrendamiento de dinero (ver: DÍAZ RAMÍREZ, Enrique, *Contratos bancarios*, Temis, Bogotá, 1993, p. 92), lo cual sí significaría un desplazamiento del patrimonio. Que las sumas depositadas en cuentas corrientes o de ahorro mantienen su carácter de ajenidad en nuestro medio (es decir: pertenecen a quien las depositó), resulta evidente de las disposiciones contenidas en los artículos 529, 612, 617, 630 y 631 del Código de Comercio y el capítulo V, Título III de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, No. 1644 de 26 de setiembre de 1953 y sus reformas; pues aunque se permite al banco cierto uso discrecional de los fondos —sin embargo: con diversas restricciones—, el depositante sigue siendo dueño de los dineros, le pueden ser embargados o inmovilizados por orden judicial y constituyen parte activa de su patrimonio y no una «cuenta por cobrar». De allí que el artículo 3 de la citada ley No. 1644 define la función de los bancos en esta materia como la de «custodiar y administrar los depósitos bancarios de la colectividad»; definición que, en realidad, aunque no estuviese en la ley, se extraería de las demás normas que antes fueron citadas y a fin de cuentas solo sirve para describir un fenómeno. En lo relativo a las comisiones de confianza, la figura contractual que se utilizó en la especie conllevaba por sí misma la tarea del XXX de administrar los bienes pues consistía, según lo indican los juzgadores en el fallo de mérito, en «... utilizar el dinero del público inversionista en carteras de títulos valores adquiridos a nombre y por cuenta de los clientes, alegando que sobre estos títulos supuestamente el XXX ejercía meras funciones de administrador y custodio, correspondiéndole a cada inversionista una porción alicuota de dicha cartera». (Cfr.: folios 9455 y 9456). Los fondos correspondientes a XXX y XXX, así como los captados para compra de divisas y remesas al exterior, también tenían asignados finalidades específicas que no podían ser variadas a voluntad de los justiciables. Es obvio que la Sala no se está refiriendo a la materialidad del dinero (por ejemplo, a cada uno de los billetes depositados o percibidos), sino a la cantidad que representan como bienes fungibles. Por otra parte, el artículo 222 del Código Penal no caracteriza a la autoría solo por el desempeño de funciones de mandatario (de modo que el agente pueda actuar a nombre del titular del patrimonio y com-

prometerlo con sus acciones), sino que contempla otras formas de conducta que no requieren ese vínculo de representación, a saber: el cuidado y el manejo de bienes ajenos. La custodia o «cuido» lo posee quien tiene a su cargo la vigilancia, la conservación y la aplicación de los bienes confiados; y el manejo lo entiende algún sector de la doctrina como el uso de tales bienes «para uno o ciertos negocios puntuales» (así: CÚNEO LIBARONA, Mariano y otro, «La intervención del derecho penal en la actividad bancaria en Argentina», en *Crisis. Liquidación y quiebra de bancos. Responsabilidad*; Op. cit., p. 304). En estos supuestos, pesa sobre el agente el deber de actuar en interés del tercero (titular del patrimonio), aunque carezca de facultades para obrar a su nombre, representándolo. Por último, el tipo penal no establece figuras jurídicas particulares que sirvan de fundamento u origen a las obligaciones que el agente incumple con su actuar típico, sino que señala que bastará «cualquier razón», de tal modo que las funciones de administrar, manejar o cuidar los bienes pueden surgir por mandato legal, contractual o incluso de hecho. En todos los casos existe, además, un deber de garante que permite la comisión por omisión impropia. Pues bien, se infiere de lo expuesto que los justiciables XXX y XXX ejercieron en el XXX (por derecho el primero y de hecho el segundo) funciones que califican como administración de patrimonio ajeno (comisiones de confianza), de su manejo (fondos XXX y XXX y compra de divisas y remesas) y de cuidado en los demás casos (la situación de XXX se examinará en el Considerando XXI). Esto evidencia que las recalificaciones que piden los recurrentes no proceden, ya que los tipos penales que prevé la sección única del Título VIII del Código Penal («Delitos contra la buena fe de los negocios», entre ellos la quiebra fraudulenta o culposa), aun cuando contemplen conductas similares a las descritas en el artículo que reprime la administración fraudulenta, se distinguen de esta última porque al quebrado o insolvente no le competía el deber de administrar, cuidar o manejar el patrimonio ajeno, sino que se le reprime por no velar por el suyo propio, en fraude de sus acreedores o con manejos culposos que determinaron su situación. Es este elemento (y no el factor temporal de declaratoria de la quiebra) lo que separa ambas categorías de delitos y en el presente caso, conforme se ha venido exponiendo, las personas que depositaron sus fondos en el XXX nunca hicieron un desplazamiento patrimonial (como sí lo implica el préstamo u otras formas de contratación), sino que mantuvieron la titularidad de las sumas depositadas o invertidas, confiadas, en fin, al cuidado de los justiciables. Las anteriores razones implican que se deban declarar sin lugar los reproches». (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución 231-2013). (Los datos de identificación de personas jurídicas y físicas y otros relacionados con figuras jurídicas que permitieran identificar a los involucrados en el correspondiente proceso penal han sido eliminados en aplicación de la legislación costarricense sobre Protección de Datos Personales).

## 2. Aspectos criminológicos

Algunos de los rasgos de la economía costarricense que habría que tener en cuenta para realizar una reflexión criminológica sobre el tema de la vigencia, aplicación o necesidad del tipo de penal de la administración fraudulenta serían los siguientes: desde hace

más de dos décadas se rompió el monopolio de la banca pública para la captación de ahorros de los ciudadanos; hace 8 años se firmó el Tratado de Libre Comercio entre los países centroamericanos, República Dominicana y Estados Unidos que rompió el monopolio estatal en materia de telecomunicaciones y seguros comerciales; producto de la influencia de las corrientes neoliberales se ha debilitado el sistema de seguridad jubilatoria abriéndose camino la figura jurídica de los fondos privados de pensiones complementarias; producto del debilitamiento de la intervención del estado en la construcción de obra pública se empieza a abrir camino la figura jurídica de los fideicomisos y de la utilización del ahorro público para financiar la construcción y mantenimiento de infraestructura vial, portuaria, etc.

## España

**Elena Núñez Castaño**

*Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla*

### I. CONSIDERACIONES GENERALES

La introducción por el Código penal de 1995 de un nuevo delito, hasta entonces inédito, de administración desleal societaria entre los delitos societarios (art. 295 CP), dio lugar a importantes dudas y superposiciones de esta figura delictiva con la apropiación indebida contenida en el antiguo art. 252 CP, sobre todo en lo relativo a la modalidad típica de la *distracción*. Ante esta situación tanto la doctrina como la jurisprudencia han tratado, a lo largo de estos años, de ir deslindando el ámbito típico de aplicación de ambas figuras, partiendo de la premisa, por imperativo del art. 295 CP, de que los autores del comportamiento típico habían sido *los administradores de hecho o de derecho* de una sociedad.

En esta situación de confusión y concurrencia entre ambas figuras típicas, la LO 1/2015, de 31 de marzo realiza una profunda modificación en esta materia, siendo su objetivo fundamental, tal como señala la Exposición de Motivos, la delimitación «con mayor claridad de los tipos penales de Administración desleal y apropiación indebida». Podemos señalar las siguientes modificaciones que se introducen en el Código penal mediante esta reforma:

1. Se introduce un nuevo delito de *administración desleal de patrimonio ajeno*, en la Sección 2ª del capítulo VI del Título XIII, en el art. 252 CP mediante el que se castiga un tipo de *abuso de las funciones* propias

del administrador de un patrimonio ajeno, de manera que se ocasione un perjuicio económico.

2. El delito de *apropiación indebida* pasa a configurar la nueva Sección 2ª bis, del mismo Capítulo, en los arts. 253 y 254 CP, pero sufriendo una profunda modificación:

- Se elimina la *distracción* como modalidad típica de la Apropiación indebida, que pasaría a configurar una forma de administración desleal, en el mismo sentido que ya había previamente iniciado la jurisprudencia.
- Se elimina la referencia a los *activos patrimoniales*, de manera que en principio quedarían relegados al ámbito de la nueva figura de administración desleal del art. 252 Cp.
- Se elimina la referencia a la *administración*, como posible título que produce obligación de entregar o devolver y que constituye el presupuesto de la apropiación indebida y se le añade un nuevo título que es la *custodia*.

3. Se realiza una homogeneización de las penas correspondientes a ambas figuras delictivas, que se establecen por remisión a los arts. 249 y 250 CP.

4. Se deroga el art. 295 CP donde se tipificaba la administración desleal societaria, pasando a incorporarse sus conductas típicas a las contenidas en el art. 252 CP.

En definitiva, tras la reforma realizada por la LO 1/2015, de 31 de marzo, la diferencia entre ambas figuras delictivas radicaría en la distinción de los excesos que quien tenga la posesión de la cosa pueda realizar. O lo que sería lo mismo, el núcleo esencial del nuevo delito de administración desleal genérico del art. 252 CP reside en el *abuso de poder del administrador* que, dentro del ámbito de sus competencias, vulnera las funciones y deberes genéricos de su cargo. Desde este planteamiento, carece de relevancia si la disposición de bienes que se realice es temporal o definitiva. Se configura, por tanto, como un tipo de abuso. Mientras que el delito de apropiación indebida recogido en los arts. 253 y 254 CP, lo que sanciona es la infracción de un deber de entrega o devolución, previamente delimitado; se trata de ejercitar un poder o una facultad de la que no dispone, dado que carece de competencia para decidir sobre el destino de los bienes de que se trate.

### II. ELEMENTOS TÍPICOS DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL DE PATRIMONIO AJENO

Como ya hemos dicho, la LO 1/2015, de 31 de marzo, introduce, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, el delito de *administración desleal de patri-*

*monio ajeno*, ubicándolo ente los delitos neta y tradicionalmente patrimoniales, en la Sección 2ª, Capítulo VI del Título XIII, art. 252 CP.

Ello implica que el comportamiento descrito en el mismo resultará aplicable tanto a personas físicas como a personas jurídicas, en consonancia con la derogación expresa del art. 295 CP relativo a la administración desleal societaria, que a partir de su entrada en vigor, quedará incluido en el ámbito del delito genérico del art. 252 CP. Es preciso, por tanto, analizar los elementos típicos de esta nueva figura delictiva.

## 1. Bien jurídico protegido

La figura delictiva contenida en el art. 252 del Código penal se configura como un delito contra el *patrimonio* en general, entendido como el conjunto de bienes, derechos, obligaciones, activos que lo conforman. Así, deben incluirse tanto los elementos materiales como los inmateriales, muebles e inmuebles, valores, activos patrimoniales, etc.

De este modo, lo que se afecta es el patrimonio concebido como *universitas iuris*, considerado en su globalidad, mientras que en la apropiación indebida se afecta el derecho de propiedad, que se ve perturbado por quien poseyendo la cosa lícitamente, se la apropia. Planteamiento que tradicionalmente ha sido sostenido por la jurisprudencia en relación con las *cosas fungibles* (por ejemplo, el dinero) que generan la obligación de devolver otro tanto de la misma especie o cantidad, pero no el mismo objeto que fue entregado; por tanto, lo que se transmite en estos casos es la propiedad y no la posesión, y, con ello se genera una especie de *derecho de crédito* que tiene su cabida en el concepto de patrimonio afectado por la administración desleal, más que relación con el derecho de propiedad que protege la apropiación indebida.

## 2. Elementos del tipo objetivo

En el delito de Administración desleal, *sujeto activo* lo serían aquellos que tengan facultades para administrar un patrimonio ajeno. Esta descripción otorga una amplitud a la configuración del sujeto activo que permitirá la inclusión de todos aquellos que ostenten efectivamente esas facultades, con independencia del título o cargo concreto que tengan: administrador, gestor, representante, curador, tutor, albacea, apoderado, etc.

Pueden serlo tanto personas físicas como jurídicas, en cuyo caso aquel que actúe como administrador de ésta generará su responsabilidad *ex art.* 31 CP. Sor-

prendentemente, no se prevé la responsabilidad penal de la persona jurídica en este tipo de comportamientos.

A los efectos de este delito resulta indiferente el título del cual traigan causa las facultades de administrar, ya sea *las emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico*. En resumen, puede tener un origen legal, judicial, administrativo, testamentario o contractual. Ello conlleva dos consecuencias inmediatas:

- la posibilidad, aunque no se haga referencia expresa, de incluir como sujetos activos a los *administradores de hecho* dado que las facultades de los mismos en relación con la administración de patrimonio ajeno, aunque ejercidas sin título válido, están previstas en la ley (así, el art. 31 CP y los arts. 1888 y ss. CC), y desde la base de que según la doctrina del *dominio funcional del hecho* en relación con la autoría, lo que fundamenta la responsabilidad del administrador es el dominio o poder de decisión que ostenta en relación con el bien jurídico protegido.
- en aquellos supuestos en que la atribución de estas facultades para administrar venga determinada por disposición inmediata de la ley o por nombramiento de la autoridad competente, será necesario atender a la naturaleza del patrimonio administrado para deslindar si se trata de administración desleal, o bien de malversación de patrimonio público del art. 432.1CP.

Respecto del *sujeto pasivo* éste será el titular del patrimonio ajeno, que puede ser tanto una persona física como una jurídica.

En relación con el *objeto material* del delito, sería el patrimonio ajeno, es decir, el conjunto de bienes, derechos y obligaciones, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles. Es preciso señalar que no resulta necesario para que pueda darse este concreto delito que las facultades de administración que el sujeto activo tenga encomendadas abarquen a todos los elementos que componen el patrimonio del sujeto pasivo, sino que pueden limitarse a determinados elementos patrimoniales del mismo.

Pero lo que sí resulta absolutamente imprescindible es que la titularidad del patrimonio, que debe ser ajeno, esto es, perteneciente a otra persona física o jurídica, sea de naturaleza privada. Si el patrimonio tiene naturaleza pública quedará excluido del ámbito típico del delito de administración desleal del art. 252, pasando a configurar un delito de malversación de patrimonio público del art. 432.1 CP.

En lo que se refiere a la *conducta típica*, el precepto analizado sanciona a quien *infrinja las facultades de administrar un patrimonio ajeno*, excediéndose en su ejercicio, se trata de un *exceso intensivo* (tipo de abuso). Es evidente que la amplitud e indeterminación que se deriva de esta descripción típica, puede dar lugar a una extensión desmesurada de su ámbito de aplicación.

De lo expuesto anteriormente, puede concluirse que el núcleo de la conducta radica en infringir extralimitándose (las facultades de administración), lo que determina que el desvalor se sitúa en el abuso y exceso de las facultades que le son propias, no tanto en la ruptura o infracción del deber de lealtad (que en realidad constituiría un tipo de infidelidad, que se excluyó del texto definitivo de la LO 1/2015, de 30 de marzo).

Las concretas facultades a las que se refiere el precepto son las de *administrar*, esto es, la realización de las labores de gestión de lo que se recibe. Desde esta descripción típica es posible incluir las modalidades típicas del derogado art. 295 CP, la distracción, y cualquier otro comportamiento que determine la gestión desleal del patrimonio ajeno. Ello conlleva la posibilidad de que se plantee la inclusión de conductas que exclusivamente infrinjan deberes y constituyan un tipo de infidelidad y no de abuso, como podría ocurrir en el caso de conductas omisivas que supongan la infracción del deber de lealtad.

Concretamente podemos señalar, a modo de ejemplo, las siguientes conductas como comportamientos típicos a efectos del delito contenido en el art. 252 CP:

- *Disponer del patrimonio ajeno*, implica la utilización o aprovechamiento de los bienes que integran el patrimonio como si fueran propios y sin que sea preciso que esta conducta implique expropiación definitiva de los bienes. En este comportamiento quedarían incluidos los supuestos de *distracción*, esto es dar a la cosa una aplicación diferente a la debida o pactada. Ello permitiría castigar por la vía del delito de administración desleal algunas formas de apropiación temporal en las que el sujeto piensa devolver la cosa sustraída.
- *Contraer obligaciones a cargo del titular del patrimonio que se administra*, lo que implica la vinculación del mismo por medio de la realización de negocios o prestaciones que gravarán su patrimonio. Se exige la creación de una relación jurídico-obligacional entre el titular del patrimonio y quien puede exigir el cumplimiento de la obligación contraída. En esta modalidad, se incluyen supuestos de afianzamiento personal y de negocios de riesgo.

- De manera genérica, cualquier otro comportamiento que implique *una extralimitación de las facultades de administrar el patrimonio ajeno* o bien conductas para las que no había sido autorizado el administrador del mismo.

La descripción típica realizada plantea la posibilidad de admitir la *comisión por omisión* de estos comportamientos. Sin embargo, a la vista del bien jurídico que se tutela configurado como patrimonio *universitas iuris* cualquier comportamiento que, mediante la infracción y extralimitación de las facultades de administrar, determine la producción de un menoscabo para el mismo, constituiría un delito de administración desleal del art. 252 CP.

El *requisito esencial* de las conductas típicas constitutivas de administración desleal es, por tanto, que el sujeto activo actúe con abuso de las funciones propias de su cargo (esto es, administrar el patrimonio ajeno), con infracción de los deberes de lealtad y fidelidad respecto del administrado. A estos efectos se excluyen los supuestos de gestión incompetente, mala o poco diligente, dado que el tipo se refiere a los casos de abuso de las funciones propias del administrador. Lo que conlleva necesariamente la gestión desleal del patrimonio.

Se configura como un *delito de lesión*, en cuanto se exige la producción efectiva de un perjuicio al patrimonio del administrado, directo y económicamente valuable. Ello podría ocasionar problemas de prueba de la relación de causalidad e imputación objetiva al tener que acreditarse que la disminución del valor económico del patrimonio del sujeto pasivo está directamente relacionada con el comportamiento del administrador.

### 3. Elementos del tipo subjetivo

El delito de administración desleal de patrimonio ajeno se trata de un delito exclusivamente doloso, aunque en principio, la mayor parte de los supuestos puedan llegar a configurarse como *dolo eventual*. Queda excluida, por tanto, la posibilidad de comisión imprudente.

Surge en este punto la discusión de sí, de modo similar a como ocurre con el resto de los delitos contra el patrimonio, es o no precisa la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto como el *ánimo de lucro*, que no está expresamente previsto en el art. 252 CP (a diferencia del derogado art. 295 que se refería a un beneficio propio o de un tercero). De una interpretación sistemática, es preciso afirmar que su inclusión entre los delitos patrimoniales de enriquecimiento parece determinar la necesidad de su concurrencia, debiendo

interpretarse este *ánimo de lucro* como beneficio o enriquecimiento propio o de un tercero.

#### 4. Problemas concursales

La inclusión de este nuevo delito de administración desleal de patrimonio ajeno dentro de los delitos patrimoniales, así como la configuración típica que se ha dado al mismo determina la existencia de importantes problemas concursales entre el art. 252 CP y otras conductas afines, fundamentalmente la apropiación indebida del art. 253 CP, la estafa y la malversación de patrimonio público del art. 432.1 CP.

##### 4.1. Delimitación entre los delitos de apropiación indebida y de administración desleal

Tal como hemos señalado, el requisito esencial del delito de administración desleal de patrimonio ajeno es que se configura como un *tipo de abuso*, que implica la extralimitación del sujeto activo en las funciones que le son propias, mientras que la apropiación indebida conlleva la *infracción del deber de devolver o entregar*, mediante el ejercicio de una facultad de la que no se dispone. Con anterioridad al 2015, se sostenía que en el delito de administración desleal el administrador que actúa deslealmente se mantiene dentro de sus facultades (*exceso intensivo*), mientras que en la apropiación indebida el sujeto utiliza facultades que no tiene (*exceso extensivo*) (STS de 16 de octubre de 2014)

Por tanto, si el sujeto actúa abusando o excediéndose en las funciones que tiene encomendadas y con ello produce un perjuicio patrimonial, se trataría de un delito de administración desleal; si, por el contrario, el sujeto infringe la obligación de devolver lo que posee lícitamente mediante el ejercicio de facultades que no tiene, estaríamos ante un supuesto de apropiación indebida.

##### 4.2. Delimitación en relación con el delito de estafa

Es preciso destacar que se trata de distintos ámbitos típicos, dado que en la administración desleal existe una posesión lícita previa, y el comportamiento engañoso o desleal aparece con posterioridad, implicando un abuso de facultades y un quebrantamiento de la confianza. En la estafa no existe posesión lícita previa, sino que el engaño es previo y determinante del error y del acto de disposición, con el consecuente traslado patrimonial.

En segundo lugar, quien realiza el acto de disposición, esto es, el traslado patrimonial, en el delito de ad-

ministración desleal, es el propio sujeto activo, es decir, el administrador que administra el patrimonio ajeno excediéndose en sus funciones. En la estafa, el acto de disposición es realizado, bien por el sujeto pasivo, bien por el sujeto de la acción, dependiendo de si se trata o no de una estafa en triángulo.

##### 4.3. Delimitación con la malversación de patrimonio público

El art. 432.1 del CP, tras la LO 1/2015, de 30 de marzo, determina que responderá por un delito de malversación de patrimonio público, *la autoridad o funcionario público*, que cometiere el delito del art. 252 (administración desleal) *sobre el patrimonio público*.

Consecuentemente, *ex lege* los comportamientos típicos de ambos delitos son los mismos. La diferencia radica en los *sujetos activos* y el *objeto material*.

- Sujeto activo del delito de administración desleal puede serlo *cualquier persona* que ostente las facultades de administrar un patrimonio, mientras que en el delito de malversación sólo puede serlo *la autoridad o funcionario público* que ostente esas mismas facultades.
- Objeto material del delito de administración desleal lo es el patrimonio ajeno, pero de naturaleza privada; mientras que en el delito de malversación lo es el *patrimonio público*.

Se trata, por tanto, de un concurso de normas a resolver a favor del delito de malversación en virtud del principio de especialidad del art. 8.1 CP.

### III. CONCLUSIONES

La introducción en el Código penal español de un nuevo delito de administración desleal de patrimonio ajeno dentro de los delitos contra el patrimonio, y la consiguiente derogación del delito de administración desleal societaria contenido en el antiguo artículo 295 Cp, ha venido a responder a una antigua reclamación doctrinal. Así, desde el Código penal de 1995 en su primera versión se venía reclamando una figura, que de forma similar a la administración fraudulenta regulada en el Código penal alemán, sancionara de manera uniforme y unitaria los comportamientos relativos a la gestión negligente, desleal o fraudulenta respecto del patrimonio de otra persona (ya fuera ésta física o jurídica).

El nuevo art. 252 del Código penal, tras la reforma de la LO 1/2015, cumple, parcialmente estas expectativas, sobre todo porque seguirá planteando problemas de delimitación con figuras afines, esencialmente el delito

de apropiación indebida regulado en el art. 253. Se ha perdido, en mi opinión, una ocasión única de realizar una tipificación unificada e uniforme de todas aquellas conductas que supongan no sólo abuso sino también infracción de obligaciones de los sujetos que gestionan, administran o controlan el patrimonio perteneciente a otra persona. La concurrencia con el delito de apropiación indebida, tanto en relación con las conductas como con el objeto materia, nos obligará de nuevo a que tenga que delimitarse a través de interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales que delimiten cuando se trata de un tipo de abuso, y consecuentemente de administración desleal, y cuando no.

Si bien es preciso reconocer el avance que implica la creación de esta concreta figura delictiva, sería preciso, de *lege ferenda*, optar definitivamente por un único tipo penal de gestión fraudulenta y desleal de patrimonio ajeno que abarque tanto las conductas de administración desleal como las de apropiación indebida, a fin de evitar nuevas y absurdas superposiciones entre ambas.

#### IV. BIBLIOGRAFIA

- DOLZ LAGO, «Delito societario de administración desleal y delito de apropiación indebida en la modalidad de distracción: analogías y diferencias», en *Diario La ley*, nº 8342, 2014.
- GILI PASCUAL, «Administración desleal genérica. Incidencias en la apropiación indebida y en otras figuras (arts. 252 y ss.)», en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, GONZÁLEZ CUSSAC (direct.), Valencia 2015.
- MANZANARES SAMANIEGO, «El nuevo delito de administración desleal», en *Diario La ley*, nº 8046, 2013.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida», en *Estudios de Política Criminal*, nº 35, 2015.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, 5ª ed. Valencia, 2015.
- MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 20ª ed., Valencia 2015.
- NIETO MARTÍN, «Administración desleal», en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma del Código penal de 2012*, ÁLVAREZ GARCÍA (direct.), Valencia 2013.
- NÚÑEZ CASTAÑO, en *Nociones Fundamentales de Derecho Penal, parte especial*, GÓMEZ RIVERO (directora), 2ª ed. Madrid, 2015.

## Italia

**Luigi Foffani**

*Universidad de Módena y Reggio Emilia*

El delito de administración desleal —siguiendo una constante tradición legislativa que se refleja en toda la normativa penal económica— se tipifica en Italia en la legislación especial: en el Código Civil como delito societario (Art. 2634 CC, «*Infedeltà patrimoniale*») y en la Ley de Mercado de Valores como delito de los intermediarios financieros (Art. 167, D.lgs. Nr. 58 de 24.2.1998, «*Gestione infedele*»).

En el Código Civil —donde se encuentran a partir de 1942 todos los delitos societarios (reformados a principios del nuevo siglo con el D.Lgs. Nr. 61 del 11.4.2002)— se castiga con pena privativa de libertad de seis meses a tres años —previa denuncia de la persona agraviada— a los administradores, directores generales y liquidadores de sociedades mercantiles (sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada o cualquier otro tipo de sociedad, de personas o de capitales) que, en una situación de conflicto de intereses con la sociedad, al fin de conseguir un provecho u otra ventaja para sí o para un tercero, realizan directamente o concurren a deliberar actos de disposición de los bienes sociales (o de bienes de terceros administrados por la sociedad), provocando intencionalmente un perjuicio patrimonial a la sociedad (o a los terceros titulares de los bienes administrados por la sociedad)

En la Ley del Mercado de Valores (*Testo unico dell'intermediazione finanziaria*, TUF) se sanciona con pena privativa de libertad de uno a tres años y con pena pecuniaria de 5.164 a 103.291 euros (pero en el diferente y más leve marco de una falta y no de un delito, que por ejemplo no permite de castigar la tentativa) a los intermediarios financieros que, con infracción de la regulación normativa de los conflictos de intereses, realicen operaciones financieras que provoquen un perjuicio a los inversores, con el fin de conseguir un provecho injusto para sí o para un tercero.

En ambos casos se trata de una creación legislativa relativamente nueva. Hasta final del siglo XX no existía en Italia —como en la mayor parte de los ordenamientos jurídico-penales del mundo neolatino<sup>1</sup>— un delito de administración desleal o de infidelidad patrimonial al estilo de la «*Untreue*» alemana, ni un delito societario tan amplio como el tipo penal francés del «*abus des biens, du crédit, des pouvoirs o de voix*»<sup>2</sup>. La jurisprudencia manifestaba sin embargo la tendencia a castigar las más graves conductas de administración desleal a través de interpretaciones extensivas de otros tipos penales, como

p.e. el delito de malversación de caudales públicos (art. 314 CP, «*Peculato*») en su antigua formulación (que prevenía la conducta de distracción de bienes públicos) y que a lo largo de muchos años —hasta mediados de los años '80 del siglo pasado— encontró aplicación en el sector bancario, gracias a una calificación —muy criticada por parte de la doctrina— de los administradores y empleados de bancos como funcionarios públicos o encargados de servicio público. Una tendencia jurisprudencial que igualmente se puso de manifiesto más recientemente —sobre todo en los procesos penales de la llamada «*Tangentopoli*» de los años '90— a través de una interpretación extensiva del delito de apropiación indebida (art. 646 CP)<sup>3</sup>, para castigar casos de constitución de «cajas negras» destinadas a conductas de corrupción y financiación ilegal de partidos políticos.

A pesar de una constante crítica por parte de la doctrina —que pedía una intervención legislativa en lugar de una manipulación interpretativa del derecho vigente<sup>4</sup>— el legislador puso remedio a esta crónica laguna de punibilidad de la administración desleal de patrimonios ajenos únicamente al final del siglo XX. Lo hizo en primer lugar en el específico sector de la intermediación financiera (1995 y 1998) y posteriormente en el mucho más amplio marco de la administración de sociedades mercantiles, con la reforma de los delitos societarios de 2001-2002.

Con referencia a este último tipo —el más importante en la práctica— el nombre del nuevo delito muestra a primera vista una estrecha relación con el modelo alemán de la infidelidad patrimonial («*Untreue*»), pero su tipificación en el marco del Derecho penal de las sociedades mercantiles y la descripción del destinatario de la norma (administradores, directores generales y liquidadores de una sociedad de personas o de capitales) muestran que el legislador italiano ha seguido mucho más el modelo francés del abuso de bienes sociales. La acción consiste en un acto de disposición del patrimonio societario en el marco de un conflicto de intereses entre el administrador (u otro de los potenciales sujetos activos del delito) y la sociedad, con la intención de un enriquecimiento injusto propio o de un tercero. Se trata de un delito de resultado que requiere un perjuicio patrimonial a la sociedad (o también a terceros, si a la sociedad es confiada la gestión de bienes ajenos). En relación a este resultado no es suficiente un dolo eventual, en cuanto se requiere la intención del autor dirigida a la realización de un perjuicio patrimonial a la sociedad (o a un tercero). Y por último se requiere la denuncia de la persona agraviada, que consiste según la opinión dominante en la misma sociedad<sup>5</sup>.

A nivel de derecho comparado el aspecto más original del delito italiano de administración desleal consiste en la especial regulación para los casos de grupos de sociedades, manifiestamente inspirada en la elaboración jurisprudencial francesa del delito de abuso de bienes sociales. A diferencia de la experiencia francesa —donde la individuación de los límites a la aplicación del delito de abuso de bienes sociales en los grupos de sociedades se ha desarrollado exclusivamente a nivel jurisprudencial— en Italia el legislador ha intentado de tipificar estos límites ya a nivel normativo, lo que representa probablemente una novedad absoluta en el panorama internacional. El artículo 2634.3 C. Civil italiano afirma la no punibilidad del administrador (o director o liquidador) si su conducta perjudicial para la sociedad —aunque abstractamente conforme al tipo penal— se dirija al enriquecimiento de otra sociedad perteneciente al mismo grupo o bien del grupo en su conjunto, a condición de que sea «fundadamente previsible» una ventaja que compense el perjuicio de la sociedad afectada.

La sintética formulación elaborada por el legislador italiano parece demasiado amplia e imprecisa. Existe incertidumbre sobre el punto de referencia de la compensación, que según el tenor legislativo debería ser el ánimo de lucro del autor en beneficio de otra sociedad del grupo o del grupo en su conjunto, en lugar del perjuicio de la sociedad afectada; y la definición de las «ventajas fundadamente previsibles» que compensen el perjuicio de la sociedad («*vantaggi compensativi fondatamente prevedibili*») necesita todavía de una concreción fundamental en la práctica.

La jurisprudencia —a pesar de la escasa cantidad de casos concretos— ya se ha enfrentado a la cuestión de si esta regulación especial debe regir exclusivamente para el nuevo tipo de administración desleal o puede encontrar un empleo más amplio para todo el campo del Derecho penal de los grupos de empresas (y ante todo en el ámbito de los delitos de insolvencia punible): tras una primera interpretación más bien restrictiva, la Corte de Casación se ha pronunciado posteriormente a favor de una aplicación más amplia del art. 2634.3 CCivil también referida a los delitos concursales («*bancarotta*»).

En conclusión: la sensación dominante en Italia —pasados 15 años de la reforma de los delitos societarios que ha dado a luz al nuevo (y tan deseado por la doctrina) delito de «infidelidad patrimonial»— es un sentimiento de decepción. La novedad legislativa no ha estado a la altura de las expectativas y de las exigencias político-criminales. La aplicación práctica ha sido

absolutamente insignificante y ha puesto de manifiesto las debilidades del nuevo tipo penal: una pena de nivel inadecuado (inferior a la pena prevista por el delito de apropiación indebida de los administradores en perjuicio de la sociedad prevista en los arts. 646 y 61.11 CP), elementos del tipo demasiado restrictivos (sobre todo el elemento subjetivo del tipo) y una condición de procedibilidad (denuncia de la persona agraviada), que han paralizado la eficacia y vitalidad de la nueva incriminación<sup>6</sup>.

### Notas

1 Como pone de relieve K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, Besonder Teil*, 1976, p. 134 ss. y nota 3; ID., *Festschrift Würtenberger*, 1977, p. 252.

2 Más ampliamente L. FOFFANI, *Die Untreue im rechtsvergleichenden Überblick*, en *Festschrift Tiedemann*, 2008, p. 767 ss.

3 En Italia el delito de apropiación indebida —a diferencia que en España— queda normativamente circunscrito a las conductas de apropiación en sentido estricto y no prevé conductas de distracción de bienes de terceros.

4 V. por todos P. NUVOLONE, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, 1942; C. PEDRAZZI, *Gli abusi degli amministratori sul patrimonio sociale*, en *Riv. It. Dir. Pen.*, 1953; G. MARINUCCI-M. ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, en P. NUVOLONE (ed.), *Il diritto penale delle società commerciali*, 1970; L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, 1997.

5 En un caso (aislado) la Corte de Casación ha extendido al socio el concepto de persona agraviada legitimada para la presentación de la denuncia ex Art. 2634 CC. (Cass., 9.11. 2006, *Giur. comm.*, 2007, II).

6 L. FOFFANI, *Crisi finanziaria e intervento penale*, en *Scritti in onore di L. Stortoni*, 2016, p. 538-539.

## México

**Manuel Vidaurri Aréchiga**

*Academia Mexicana de Ciencias Penales  
Universidad De La Salle Bajío*

El Código penal para el Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del 16 de julio del 2002, consigna en su Título Décimo Quinto el compendio de tipos penales que atentan contra el patrimonio. De este modo, se tipifican: Robo (art. 220), Abuso de Confianza (227), Fraude (art. 230), Administración Fraudulenta (234), Insolvencia Fraudulenta en Perjuicio de Acreedores (art. 235), Extorsión (art. 236), Despojo (art. 237), Daño a la Propiedad (art. 239), Encubrimiento por Receptación (art. 243), y un apartado de disposiciones comunes.

La Administración Fraudulenta (art. 234), es definida de este modo: «Al que por cualquier motivo, teniendo a su cargo la administración o cuidado de bienes ajenos, con ánimo de lucro perjudique al titular de éstos, alterando las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente, o a sabiendas, realice operaciones perjudiciales al patrimonio del titular en beneficio propio o de un tercero, se le impondrán las penas previstas para el delito de fraude».

Se trata de un delito cometido por medio del fraude o engaño, a diferencia de otros que lo son mediante el directo apoderamiento de bienes ajenos. En este caso, se trata de la acción desplegada por el sujeto activo valiéndose del engaño y, con esto, afectando el bien jurídico. Sobre este último (bien jurídico), es evidente que se trata del patrimonio ajeno, aunque sin duda se lesionan otros intereses jurídicos como la confianza, en este caso depositada en quien actúa fraudulentamente.

Para que, en efecto, se actualice la figura típica, se requiere que el activo actúe con ánimo de lucro (elemento subjetivo), consistente en el interesado propósito de obtener un enriquecimiento indebido a costa del patrimonio del titular de los bienes. Son elementos del actuar fraudulento el engaño, el error y la disposición patrimonial, con el consecuente perjuicio.

El tipo objetivo consistente en *alterar las cuentas o condiciones de los contratos haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales*, presenta actos materialmente observables, mediante por ejemplo los registros incorrectos (falsos) de ciertas operaciones o gastos que no fueron realizados; el punto que merece señalarse críticamente es el uso de la frase «*exagerando los reales*», que plasma un inconveniente tipo abierto, que deja a la evaluación externa de aquello que debe considerarse como «*exagerado*» (respecto de qué, o contrastado con qué).

Otro elemento conductual contenido en el tipo alude al *ocultamiento o retención de valores o su empleo indebido*, proceder que implica engaño, apoderamiento y defraudación propiamente dicha. Más clara es la acción del activo cuando *realice operaciones perjudiciales al patrimonio del titular* (en beneficio propio o ajeno). La comisión de este tipo en su conjunto es de acción, y cabe dudar de la posibilidad de su perpetración por omisión, dado que se condiciona tal situación por la exigencia típica de actuar con ánimo de lucro, lo que no puede ser si no es resultado de un actuar dirigido directamente al logro de tal fin. Ahora bien, debe dar-

se realmente una afectación en perjuicio del titular del patrimonio en cuestión, dando igual que el beneficio lo alcance quien actúa o de un tercero. El tipo subjetivo (ánimo de lucro) entraña un actuar doloso, no siendo posible el reclamo jurídico de este comportamiento por la ruta de la comisión por culpa o imprudencia. El dolo alcanza, pues, a los antedichos elementos objetivos. Podemos considerar que este tipo penal se consuma al momento de generar el perjuicio patrimonial, sin que sea exigible el aprovechamiento del mismo. Cabe la tentativa, en el caso de los comportamientos engañosos (ocultar o retener valores).

La penalidad, según se pone en la definición típica, se ajusta a la establecida en el tipo penal de Fraude (art. 230), dependiendo del monto defraudado u obtenido mediante el actuar delictivo. Las penas van desde los dos años de prisión a una de once años, y multa en diversas cantidades.

Por otra parte, en el Código Penal Federal, se prevé la figura de administración fraudulenta en el numeral 388 del modo siguiente: *«Al que por cualquier motivo teniendo a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos, con ánimo de lucro perjudique al titular de éstos, alterando las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente, o a sabiendas realice operaciones perjudiciales al patrimonio del titular en beneficio propio o de un tercero, se le impondrán las penas previstas para el delito de fraude»*. Y en un artículo 388 bis, se refiere la conducta de insolvencia punible, con esta redacción: *«Al que se coloque en estado de insolvencia, con el objeto de eludir las obligaciones a su cargo con respecto a sus acreedores, se le impondrá pena de seis meses a cuatro años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa»*. El legislador hace una especial remisión, en caso de quiebra, a la ley especial, en este caso la Ley de Concursos Mercantiles, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 12 de mayo del 2000. Esta ley reconoce que «es de interés público conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negocios. Con el fin de garantizar una adecuada protección a los acreedores frente al detrimento del patrimonio de las empresas en concurso, el juez y los demás sujetos del proceso regulado en esta Ley deberán regir sus actuaciones, en todo momento, bajo los principios de trascendencia, economía procesal, celeridad, publicidad y buena fe» (art. 1).

Esta ley de Concursos Mercantiles, expresamente señala en su artículo 11 los casos en los que es de presumirse el incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones del comerciante, así: «Se presumirá que un Comerciante incumplió generalizadamente en el pago de sus obligaciones, cuando se presente alguno de los siguientes casos:

- I. Inexistencia o insuficiencia de bienes en qué trabar ejecución al practicarse un embargo por el incumplimiento de una obligación o al pretender ejecutar una sentencia en su contra con autoridad de cosa juzgada;
- II. Incumplimiento en el pago de obligaciones a dos o más acreedores distintos;
- III. Ocultación o ausencia, sin dejar al frente de la administración u operación de su empresa a alguien que pueda cumplir con sus obligaciones;
- IV. En iguales circunstancias que en el caso anterior, el cierre de los locales de su empresa;
- V. Acudir a prácticas ruinosas, fraudulentas o ficticias para atender o dejar de cumplir sus obligaciones;
- VI. Incumplimiento de obligaciones pecuniarias contenidas en un convenio celebrado en términos del Título Quinto de esta Ley, y
- VII. En cualesquiera otros casos de naturaleza análoga.

Se contemplan en la Ley mencionada un capítulo único relativo a los delitos en situación de concurso mercantil: En el artículo 271, se indica que «el Comerciante declarado en concurso mercantil por sentencia firme será sancionado con pena de tres a doce años de prisión por cualquier acto o conducta dolosa realizados antes o después de la declaración del concurso mercantil que cause o agrave el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el Comerciante ha causado o agravado dolosamente el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones cuando lleve su contabilidad en forma que no permita conocer su verdadera situación financiera; o la altere, falsifique o destruya. El juez tendrá en cuenta, para individualizar la pena, la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores y su número.

En el artículo 271 Bis. Cuando el Comerciante haya sido declarado, por sentencia firme, en concurso mercantil, se impondrá de tres a doce años de prisión, a los miembros del consejo de administración, administrador único, director general, empleados relevantes a que se refiere el artículo 270 Bis, o representantes legales del Comerciante que, mediante la modificación de las

cuentas activas o pasivas o de las condiciones de los contratos hagan u ordenen que se registren operaciones o gastos inexistentes con conocimiento de dicha circunstancia, o que dolosamente realicen cualquier acto u operación ilícita o prohibida por la ley, generando en cualquiera de dichos supuestos un daño en el patrimonio del Comerciante de que se trate, en beneficio económico propio, ya sea directamente o a través de interpósita persona, o en beneficio de terceros, incluyendo el registro de pasivos a favor de cualquiera de las personas señaladas en los artículos 116 y 117 de esta Ley. La pena a que se refiere este artículo será de uno a tres años de prisión cuando se acredite haber reparado el daño y resarcido el perjuicio ocasionado al Comerciante. No se procederá penalmente por el delito previsto en este artículo, cuando las personas actúen en términos de lo establecido por el artículo 270 Bis-2 de esta Ley, así como en cumplimiento de las leyes que regulen los actos o conductas a que se refiere el primer párrafo de este artículo.

Por lo que respecta a las sanciones, se prescribe en el artículo 272 que el Comerciante contra el cual se siga un procedimiento de concurso mercantil será sancionado con pena de uno a tres años de prisión cuando requerido por el juez del concurso mercantil, no ponga su contabilidad, dentro del plazo que para ello el juez concursal le hubiere concedido, a disposición de la persona que el juez designe, salvo que el Comerciante demuestre que le fue imposible presentarla por causas de fuerza mayor o caso fortuito. Ahora que si el Comerciante es una persona moral, de acuerdo con el artículo 273, la responsabilidad penal recaerá sobre los miembros del consejo de administración, los administradores, directores, gerentes o liquidadores de la misma que sean autores o partícipes del delito. En lo referente a la autoría, es en el artículo 274 que se indica que: «El que por sí o por medio de otra persona solicite en el concurso mercantil el reconocimiento de un crédito inexistente o simulado será sancionado con pena de uno a nueve años de prisión.

Debe destacarse que conforme al artículo 275, los delitos en situación de concurso mercantil se perseguirán por querrela. Tendrán derecho a querrellarse el Comerciante y cada uno de sus acreedores, estos últimos aun en el caso de que algún otro acreedor hubiese desistido de su querrela o hubiere concedido el perdón.

La ley dispone en su artículo 276 que en los delitos en situación de concurso mercantil, el juez penal no conocerá de la reparación del daño, materia que corresponde al juez del concurso mercantil.

Determina el artículo 277 que los delitos de que se viene hablando (en situación de concurso mercantil),

cometidos por el Comerciante, por personas que hayan actuado en su nombre o por terceros, *podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del concurso mercantil y sin perjuicio de la continuación de éste*. Y muy clara es la disposición, contenida en este mismo artículo en el sentido de que *las decisiones del juez que conoce del concurso mercantil no vinculan a la jurisdicción penal. No será necesaria calificación para perseguir estos delitos*.

## Nicaragua

**Sergio J. Cuarezma Terán**

*Profesor de Derecho penal*

*www.sergiocuarezma.com*

*Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ)*

*www.inej.edu.ni*

El Código penal nicaragüense no tiene un tipo penal específico sobre Administración desleal, por esta razón desarrollaremos, de forma descriptiva, la administración desleal de patrimonios ajenos a través de otros tipos penales disponibles por ejemplo la estafa, la apropiación indebida e insolvencias punibles o los delitos de malversación cometidos por funcionarios.

Bajo el título VI, delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, capítulo V de las defraudaciones, tenemos el delito de estafa, elementos que la agravan y modalidades. La estafa, establece que «quien con el propósito de obtener un provecho ilícito, para sí o para un tercero, mediante ardid o engaño, induzca o mantenga en error a otra persona para que realice una disposición total o parcial sobre el patrimonio propio o ajeno, siempre que el valor del perjuicio patrimonial exceda la suma equivalente a dos salarios mínimos mensuales del sector industrial» será penado «con prisión de uno a cuatro años y de noventa a trescientos días multa». La misma pena se impondrá a quien con el propósito de obtener un provecho ilícito, consiga la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero, mediante la manipulación de registros informáticos o programas de computación o el uso de otro artificio semejante. (art. 229).

La estafa será agravada y será sancionada con prisión de tres a seis años y de trescientos a quinientos días multa: a) Cuando su objeto lo constituyan viviendas o terrenos destinados a la construcción de aquellas u otros bienes de reconocida utilidad social; b) Cuando se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre la víctima y el estafador, o éste aproveche su credibilidad empresarial o profesional; c) Cuando

recaiga sobre bienes que integren el patrimonio histórico, cultural o científico de la nación; d) Cuando se realice por apoderado o administrador de una empresa que obtenga, total o parcialmente sus recursos del ahorro público, o por quien, personalmente o por medio de una entidad inscrita o no inscrita, de cualquier naturaleza, haya obtenido sus recursos total o parcialmente del ahorro del público;

e) Cuando el valor de lo estafado y la entidad del perjuicio, coloque a la víctima o a su familia en un grave deterioro de su nivel de vida; f) Cuando se cometa valiéndose de tarjeta de crédito o débito propia o ajena, o con abuso de firma en blanco; o, g) Cuando se realice mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio.

En el artículo 231 establece la estafa seguro. Para esta disposición la persona que, con el propósito de lograr para sí mismo o para otro «el cobro indebido de un seguro u otro provecho ilegal, destruya, dañe, simule la desaparición o haga desaparecer una cosa asegurada», será penado con prisión de uno a tres años y de noventa a ciento cincuenta días multa. Si logra su propósito, la pena será de tres a cinco años y de ciento cincuenta a trescientos días multa. La misma pena tendrá la persona asegurada «que con el mismo fin se produzca o simule una lesión o agrave las consecuencias de las lesiones sufridas en un infortunio o a quien simule la desaparición de una persona».

El capítulo VI regula la administración fraudulenta y apropiación indebida. La administración fraudulenta se realiza en el supuesto del administrador de hecho o de derecho de bienes ajenos que perjudique a su titular alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo operaciones o gastos o exagerando los que hubiere hecho, ocultando o reteniendo valores o empleándolos abusiva o indebidamente, se le castigará con pena de prisión de uno a cuatro años (art. 237). En el caso de la apropiación y retención indebidas, se sanciona a la persona con las mismas consecuencias de la estafa a la persona que «teniendo bajo su poder o custodia un bien mueble, activo patrimonial o valor ajeno, que exceda la suma equivalente a dos salarios mínimos del sector industrial por un título que produzca obligación de entrega o devolución, se apropie de ello o no lo entregue o restituya a su debido tiempo, en las condiciones preestablecidas, en perjuicio de otro. En el caso, de que no ha habido apropiación, sino uso indebido de la cosa en perjuicio de tercero, la pena será de seis meses a un año de prisión (art. 238). El artículo 239 regula tres tipos de supuestos de apropiación irregular, y las sanciona con pena de treinta a

ciento ochenta días multa o trabajo en beneficio de la comunidad de treinta a ciento cincuenta días de dos horas diarias. Los supuestos son: a) Quien se apropie de una cosa ajena extraviada sin cumplir los requisitos que prescribe la Ley; b) Quien se apropie de una cosa ajena en cuya tenencia haya entrado a consecuencia de un error o de un caso fortuito; y, c) Quien se apropie en todo o en parte de un tesoro descubierto, sin entregar la porción que le corresponda al propietario del inmueble, conforme la Ley.

En el capítulo XI se regula las quiebras fraudulentas, quiebra imprudente, la insolvencia fraudulenta, la elusión de responsabilidad civil derivada de delito y las insolvencias punibles. En el caso de la insolvencia fraudulenta, se sanciona al deudor no comerciante concursado civilmente que dolosamente para defraudar a sus acreedores oculte, altere, falsee o deteriore información contable o situación patrimonial, con pena de seis meses a dieciocho meses de prisión. 260

En la administración desleal llevada a cabo por funcionarios públicos, el capítulo VIII, regula la malversación de caudales públicos, título XIX, de los delitos contra la administración público. La malversación de caudales públicos sanciona a la autoridad, funcionario o empleado público «que dé un destino diferente al señalado por la ley», para los caudales públicos, bienes muebles o inmuebles, dinero o valores pertenecientes a cualquier administración pública, órganos, dependencias, entes desconcentrados, descentralizados, autónomos o empresas del Estado, del Municipio y de las Regiones Autónomas u organismos dependientes de algunas de ellas, cuya administración, tenencia o custodia le hayan sido confiados por razón de su cargo o funciones de la administración pública, con pena de dos a cinco años de prisión e inhabilitación por el mismo período, para ejercer empleo o cargo público (art. 452)

## Panamá

**Carlos E. Muñoz Pope**

*Catedrático de Derecho Penal*

*Universidad de Panamá*

*carlos.munozpope@cableonda.net*

### I. INTRODUCCIÓN

El Código Penal panameño, a diferencia del español, no consagra una figura delictiva de administración desleal como la prevista en el artículo 252 de éste último.

Existen, en el texto panameño, figuras delictivas cercanas a la administración desleal que están previstas

como «delitos financieros» por cuanto requieren que se afecte el patrimonio del sujeto pasivo y conduzcan al mismo a su liquidación forzada, insolvencia o iliquidez permanente.

En efecto, el art. 247 del Código Penal de Panamá se castiga a «El director, dignatario, gerente, administrador, representante legal, integrante del comité de crédito, empleado o trabajador de una entidad bancaria, empresa financiera u otra que capte o intermedie con recursos financieros del público, que directa o indirectamente apruebe uno o créditos u otros financiamientos por encima de las regulaciones legales, de manera que pueda ocasionar la liquidación forzosa, insolvencia o iliquidez permanente, será sancionado con prisión de cuatro a siete años. Esta misma sanción será impuesta a los beneficiarios del crédito que hayan participado en el delito». «La sanción anterior será agravada en una cuarta parte del máximo, si se realiza en provecho propio».

Desde luego que el Código panameño también consagra las tradicionales figuras delictivas de estafa, apropiación indebida y malversación de caudales (peculado) cuando un servidor público o un particular administre bienes o sea depositario de bienes secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.

## II. EL TIPO PREVISTO EN EL ART. 247 DEL CP PANAMEÑO

Esta figura delictiva solo puede ser cometida por quien ostente la condición de «director, dignatario, gerente, administrador, representante legal, integrante del comité de crédito, empleado o trabajador» de una persona jurídica determinada: tiene que ser solamente una institución bancaria, empresa financiera u otra que capte o intermedie con recursos financieros del público.

Inexplicablemente se ha creado un tipo penal, sólo, para proteger los intereses o derechos de un grupo reducido de personas, casi siempre, jurídicas; bancos, entidades financieras u otras personas que capten o intermedien con recursos financieros del público.

La conducta incriminada en el citado tipo penal consiste en «aprobar uno o más créditos por encima de las regulaciones legales, de modo que pueda causar la liquidación forzosa, insolvencia o iliquidez permanente del sujeto pasivo (banco, empresa financiera u otra empresa que capte o intermedie con recursos financieros del público)»

Si la conducta realizada por el sujeto activo no conduce a la liquidación forzada, insolvencia o iliquidez

permanente no se configura este delito, pues tales condiciones son necesarias con la existencia del tipo respectivo.

Por tal razón, dar un préstamo sin garantías de recuperación del crédito no es delito al tenor de esta figura delictiva si el perjuicio no conduce a la liquidación forzada, insolvencia o iliquidez permanente del sujeto pasivo, lo que desdice de la finalidad de la figura en particular que nos ocupa, pues permite la administración desleal que cause daño real pero insignificante respecto del patrimonio del sujeto pasivo que puede tener cientos o miles de millones en capital y el perjuicio no conduzca al resultado antes mencionado (liquidación forzosa, insolvencia o iliquidez permanente).

Esta norma, sin duda alguna, es criminógena pues se pueden dar créditos u otras facilidades financieras de antemano irrecuperables sin que haya responsabilidad para quien otorgó tales créditos o facilidades financieras que no conducen a liquidación forzada, insolvencia o iliquidez permanente.

En el mismo tipo bajo análisis, por otra parte, se castiga al beneficiario de los ilícitos cometidos por el sujeto activo, siempre que este beneficiado haya participado en el delito cometido por el sujeto activo.

En este figura delictiva, por otra parte, se incluye una agravante, que permite aumentar la pena máxima en una cuarta parte, si el sujeto activo es el beneficiario del delito cometido.

## III. A MODO DE CONCLUSIÓN

La figura particular de administración desleal antes comentada, sin embargo, se queda corta, pues existen otros posibles sujetos pasivos de esta infracción que no son «entidades bancarias, empresas financieras u otras que no capten o intermedien con recursos financieros del público».

Aquí estamos en presencia de un tipo penal que favorece a un centenar de posibles sujetos pasivos frente a miles de personas naturales o jurídicas que carecen de esa misma protección cuando los sujetos activos ya mencionados realicen tales conducta en perjuicio en negocios que no sean bancos, empresas financieras u otra que capte o intermedien con recursos del público.

Aunque algunas de esas conductas pueden implicar delitos de estafa o apropiación indebida, la forma de proteger los derechos de los bancos y otros sujetos pasivos descritos en el art. 247 parece muy determinada frente a quienes no tienen esa condición. Y si a eso se suma, que la apropiación indebida requiere de una «querrela» de la víctima que debe ser interpuesta dentro

de los seis meses de la comisión del ilícito, es fácil observar que la víctima no acciona en el plazo requerido por la ley procesal penal y le caduca su derecho por la astucia del sujeto activo que cometió el ilícito de modo que la víctima no lo descubre a tiempo para querrellarse.

Es muy posible que los propietarios de la Empresa o el particular se enteren del ilícito, cuando al final del ejercicio contable, los auditores externos descubran el delito y haya pasado el tiempo para interponer la querrela respectiva. La exigencia de querrela, en la apropiación indebida, es criminógena y no debe imponerse un plazo para querrellar al infractor de la norma.

## Portugal

**Frederico de Lacerda da Costa Pinto**

*Faculdade de Direito da*

*Universidade Nova de Lisboa*

*(www.fd.unl.pt e fcostapinto@fd.unl.pt)*

O sistema penal português contempla duas incriminações distintas que contemplam actos de gestão danosa no plano patrimonial: o crime de infidelidade (artigo 224.º do Código Penal) e o crime de administração danosa (artigo 235.º do Código Penal)<sup>1</sup>. As duas incriminações nasceram com um âmbito de vigência focalizado na protecção de interesses patrimoniais (privados, no primeiro caso, e públicos ou colectivos, no segundo), mas ganharam nos últimos anos uma especial relevância no contexto da criminalidade económica e de decisões de gestão societária com riscos evidentes ou ocultos.

1. O artigo 224.º do Código Penal contempla o tipo incriminador da infidelidade, inspirado na versão antiga do *StGB* suíço<sup>2</sup>, com a seguinte configuração legal no seu número 1:

«Quem, tendo-lhe sido confiado, por lei ou por acto jurídico, o encargo de dispor de interesses patrimoniais alheios ou de os administrar ou fiscalizar, causar a esses interesses, intencionalmente e com grave violação dos deveres que lhe incumbem, prejuízo patrimonial importante, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa».

2. O ilícito penal típico centra-se no comportamento violador de deveres de disposição, administração ou fiscalização de patrimónios alheios que causem a tais interesses um prejuízo patrimonial importante. Mas o ilícito delimita-se a partir da existência de um encargo juridicamente assumido pelo agente (com fonte na lei ou em acto jurídico) de onde emergem os deveres violados. Só o agente vinculado ao dever pré-existente

é autor idóneo do facto punível. Nesse sentido, a titularidade dos deveres violados constitui uma qualidade típica do agente, pelo que estamos perante um crime específico próprio.

3. A incriminação surge ainda configurada como um crime material de forma livre, com um patamar de ilicitude formalmente elevado (grave violação) e com uma equiparação típica da omissão à acção<sup>3</sup>. O tipo incriminador exige a verificação de um prejuízo patrimonial importante na esfera do ofendido cujos interesses cabia ao agente salvaguardar. A qualificação do prejuízo como importante não é acompanhada de qualquer quantificação, ao contrário do que acontece com outras incriminações (como o furto ou o abuso de confiança), razão pela qual parece possível avaliar a sua importância em função do significado para a situação patrimonial do ofendido. O crime é de forma livre porque admite a comissão através qualquer facto com idoneidade lesiva que se traduza numa grave violação dos deveres e cause um prejuízo patrimonial. Mas, para além disso, como o ilícito está tipicamente descrito com uma matriz causalista tanto abrange a acção idónea a causa o prejuízo (por exemplo uma venda ruinosa do património do ofendido), como a omissão da acção adequada a evitar o prejuízo (por exemplo, o cumprimento de deveres de fiscalização omitidos).

4. O tipo subjectivo é doloso (por força do artigo 13.º do Código Penal), mas a doutrina considera que a exigência do elemento da intencionalidade restringe as formas de dolo admissíveis. Existe consenso no sentido de considerar que a redacção do tipo incriminador admite o dolo directo e exclui o dolo eventual. Discutível é assim a possibilidade de o crime ser praticado com dolo necessário, o que é de aceitar porque a representação do prejuízo como consequência necessariamente associada à conduta do agente permite identificar uma vontade ao mesmo nível da intencionalidade, quer no plano da literalidade da norma, quer no plano da sua *ratio* de tutela, o que sendo aceite por alguns autores<sup>4</sup> é rejeitado por outros.<sup>5</sup>

5. A incriminação da infidelidade não é tão complexa quanto algumas soluções vigentes noutros países, mas as opções do legislador limitam consideravelmente o seu campo de aplicação: por um lado, a exigência de uma ilicitude qualificada pela gravidade da violação do dever, o requisito do prejuízo patrimonial importante e o condicionamento do crime a uma especial intencionalidade do agente tornam o tipo mais exigente e, por isso mesmo, com um âmbito material mais estreito;

por outro, o facto de o crime ser semi-público (o início do procedimento criminal depende da apresentação de uma queixa legítima e tempestiva pelo ofendido) condiciona a liberdade de promoção do Ministério Público e o facto de não contemplar circunstâncias agravantes (ao contrário do que acontece com outros crimes como o furto, o abuso de confiança ou a burla) faz com que a forma simples seja insuficiente para casos de elevada gravidade.

6. O crime de administração danosa (artigo 235.º do Código Penal) visa proteger o património de pessoas colectivas do sector público ou cooperativo e, desse modo, acaba por operar uma tutela de interesses económicos de natureza supra individual<sup>6</sup>. A redacção do tipo incriminador é a seguinte:

«1. Quem, infringido intencionalmente normas de controlo ou regras económicas de uma gestão racional, provocar dano patrimonial importante em unidade económica do sector público ou cooperativo é punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias.

2. A punição não tem lugar se o dano se verificar contra a expectativa fundada do agente»

7. Apesar de uma parte da doutrina questionar a legitimidade material deste crime, por «caducidade ideológica»,<sup>7</sup> a Constituição da República reconhece e garante (artigo 82.º) a existência dos três sectores económicos —público, privado e cooperativo— pelo que a incriminação é congruente com a axiologia constitucional tripartida em matéria de organização económica, podendo filiar parte da sua legitimação material (dignidade de tutela) nesse apoio constitucional.

8. O ilícito típico pressupõe a infracção intencional de normas de controlo ou de regras económicas de gestão racional, o que implica e exige a articulação com outras normas de conduta de natureza não penal. Nesse sentido o tipo incriminador constitui uma norma penal em branco, em que a infracção a regras de conduta de natureza não penal constitui um pressuposto típico. Tal como no crime de infidelidade, é necessário que a infracção cause um dano patrimonial importante, o que podendo aferir-se por referência à situação patrimonial da unidade económica ofendida, ponderando efeitos objectivos e subjectivos, não parece que tenha de pôr necessariamente em causa a subsistência, funcionamento ou desempenho das tarefas comunitárias dessa unidade económica<sup>8</sup>. Ao assumir uma matriz causalista assente na infracção a regras de conduta extra-penais o tipo incriminador equipara a omissão à acção num crime de resultado. Mas, contrariamente ao crime de infidelidade, o crime de administração danosa é um cri-

me público (o Ministério Público tem legitimidade para promover por si só o processo).

9. A cláusula prevista no n.º 2 do artigo 235.º exclui a punibilidade do facto se o dano se verificar contra a expectativa fundada do agente. A doutrina dominante considera que esta cláusula de risco corresponde a causa de exclusão da tipicidade ou, noutros casos, de uma causa especial de justificação<sup>9</sup>. Julgo, diversamente, que se trata da regulação de uma modalidade especial de erro problema o processo causal, que incide sobre a idoneidade lesiva do facto e que, desse modo, exclui a tipicidade subjectiva.

10. A crise económica que assolou a Europa a partir de 2007 revelou níveis de risco nas actividades negociais que estavam ocultos pelo excesso de liquidez gerado no período anterior e em produtos massificados de elevado risco. Associados a esses riscos foram-se revelando prejuízos significativos designadamente em bancos que, em alguns casos, levaram à intervenção pública nos mesmos. Os prejuízos acumulados e os riscos assumidos levaram em alguns casos a questionar a licitude dos actos de gestão à luz do crime de infidelidade.

Entre nós essa hipótese não está excluída embora os tipos incriminadores em questão apresentem duas limitações nesse contexto: o crime de *administração danosa* não existe com essa configuração em relação a entidades privadas (vigoram apenas incriminações mais limitadas, como a da distribuição ilícita de bens da sociedade do artigo 514.º do Código das Sociedades Comerciais) e o crime de *infidelidade* aplica-se a entidades privadas, mas tem vários elementos que restringem o seu campo de aplicação e é insuficiente para valorar casos de elevada gravidade. Perante a inexistência de outras incriminações específicas para o efeito, assiste-se a um interessante fenómeno de renovação dogmática dos conteúdos destes tipos incriminadores, sujeitos a leituras reconstrutivas dos seus elementos, perante os novos contextos socio-económicos a que se aplicam. O que se traduz em todo um novo universo de problemas dogmáticos —interpretação dos elementos típicos, relevância do conhecimento e aceitação de riscos de actividades económicas, dolo, erro e consciência da ilicitude— que transcendem os limites deste texto.

## Notas

1 Para uma leitura destas incriminações, veja-se AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO e MANUEL DA COSTA ANDRADE, in Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, ano-

tações respectivamente aos artigos 224.º e 235.º. Depois, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal*, 2015, Lisboa: UCE, 2015, anotações aos artigos 224.º e 235.º.

2 A genealogia da incriminação encontra-se em PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal* (cit. nota 1), artigo 224.º, anotação 1.

3 Assim, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Comentário Conimbricense* (cit. nota 1) Tomo II, artigo 224.º, anotação do § 10; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal* (cit. nota 1), artigo 224.º, anotação 7.

4 AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Comentário Conimbricense* (cit. nota 1) Tomo II, artigo 224.º, anotações dos §§ 13 a 15.

5 PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal* (cit. nota 1), artigo 224.º, anotação 9, afirmando que o crime só admite o dolo directo.

6 Desenvolvimentos sobre as dimensões do conceito de património como bem jurídico na caracterização e âmbito do tipo em MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense* (cit. nota 1) Tomo II, artigo 235.º, anotações dos §§ 2 a 5. Veja-se ainda ANDRÉ LAMAS LEITE, «Nótulas esparsas sobre o crime de administração danosa», *RFDUP IX* (2012), p. 45 e ss.

7 JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, «*Da corrupção*», in Costa Andrade *et al.* (orgs), *Direito penal. Fundamentos dogmáticos e político-criminais, Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 866 e nota 26.

8 Desenvolvidamente, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense* (cit. nota 1) Tomo II, artigo 235.º, anotações dos §§ 27 a 29, em ligação com § 17 e ss. Por seu turno, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal* (cit. nota 1), artigo 235.º, anotação 8 recorre ao conceito de valor elevado do furto. Em sentido diferente, mais próximo do que se defende no texto, ANDRÉ LAMAS LEITE (cit. nota 6), *RFDUP IX* (2012), p. 54, articulando danos quantitativamente baixos no plano imediato com danos consequentes de outra natureza (por exemplo, perda de clientela).

9 Solução dominante entre nós. Veja-se JOSÉ DE FARIA COSTA, «O Direito Penal Económico e as causas implícitas de exclusão da ilicitude», in IDPEE (org.), *Direito Penal Económico e Europeu*, Volume I, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 418 e ss.; igualmente, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense* (cit. nota 1) Tomo II, artigo 235.º, anotações dos §§ 34 e ss.; depois, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal* (cit. nota 1), artigo 235.º, anotação 11.

## Rússia

**Dr. Paramonova, Svetlana,**

*Marie Curie Fellow,*

*Criminal Law Department, UNESCO Chair in Bioethics, Zagreb University, Croatia*

### LEGAL REGULATION

The *Criminal Code* of the Russian Federation (CC RF)<sup>1</sup> contains special provisions that criminalize behavior infringing the legally protected interests related to state power. Section X of the CC RF (Special Part) pro-

vides for the crimes that fall under this category. These are the following groups of crimes: crimes against the fundamentals of the constitutional system and state security (chapter 29, art. 275-284 CC RF, e.g., espionage, art 276 CC RF); crimes against state power, the interests of the public service and the service in local self-government bodies (chapter 30, art. 285-293 CC RF, e.g., bribe-taking, art. 290 CC RF); crimes against public justice (chapter 31, art. 294-316 CC RF, e.g., illegal detention, art. 301 CC RF); and crimes against administrative procedure (chapter 32, art. 317-330, e.g., forgery, art. 327 CC RF).

The so-called crimes of «administración desleal» can be found in all of the aforementioned chapters. As an example of disloyalty in administration of public justice serves art. 303 pa. 2 CC RF, falsification of evidence in a criminal case, by an inquirer, investigator, or prosecutor.

Although special norms that criminalize core conduct forms of the «administración desleal» are provided for by the **chapter 30 CC RF**: crimes against state power, the interests of the public service and the service in local self-government bodies (art. 285-293 CC RF). These are the following ones: abuse of official powers, art. 285 CC RF; misallocation of budgetary funds, art. 285.1 CC RF; misallocation of non-budgetary funds, art. 285.2 CC RF; submission to the unified state register of deliberately false information, art. 285.3 CC RF; exceeding official powers, art. 286 CC RF; failure to execute an order by an officer of a body of internal affairs, art. 286.1 CC RF; refusal to submit information to the Federal Assembly of the Russian Federation or to the Accounts Chamber of the Russian Federation, art. 287 CC RF; illegal assignment of powers of the official, art. 288 CC RF; illegal participation in entrepreneurial activity, art. 289 CC RF; bribe-taking, art. 290 CC RF; bribe-giving, art. 291 CC RF; intermediation in bribery, art 291.1 CC RF; petty bribery, art. 291.2 CC RF; official forgery, art. 292 CC RF; illegal issue of a documents which has entailed illegal acquisition of citizenship of the Russian Federation, art. 292.1 CC RF; and neglect of duty, art. 293 CC RF.

### DEFINITION AND CONCEPT

The crimes against state power, the interests of the public service and the service in local self-government bodies (chapter 30, art. 285-293 CC RF) are defined as the socially dangerous acts (action or omission), carried out intentionally or negligently, undermining the authority of public bodies, including local government,

and cause or threaten to cause harm to the legally protected interests of individuals, organizations, society, and state.

These so-called crimes of the «administración desleal» are classified as follows and include:

- crimes committed by the **public officials** (see art. 285-287, 289, 290, 292 and partially art. 292.1 and art. 293 CC RF);
- crimes that can be committed by **other individuals** (see art. 288, 291, 291.1 and partially art. 292 and art. 292.1 CC RF).

**PUBLIC DANGEROUSNESS** of these crimes lies in undermining the authority of the governing bodies (of any level), as well as in breaking trust of individuals, organizations and other states in public authorities of the country.

## QUALIFICATION MECHANISMS

Chapter 30 CC RF (art. 285-293 CC RF) does not provide for an exhaustive list of the crimes that can be committed by the public officials in the context of violating the legally protected interests of the public service. Various other crimes that are directed against the legally protected interests, including the public service, can be committed by the public officials, such as, money laundering, art. 174 CC RF.

There are three main mechanisms of qualification of a crime that allow to establish criminal responsibility of a public official.

### 1. «Special Subjects of Crime» Mechanism

«Special subjects of crime» qualification mechanism means that certain offenses can be committed only by a defined group of individuals - by «special subjects of crime» (*специальный субъект преступления*). This type of offenses require the special qualifications of the perpetrator that establish criminal liability<sup>2</sup>. These qualifications are obligatory in order for an act to be a crime<sup>3</sup>. For instance, violation of rules for performing combat duty can be committed only by military servicemen (art. 340 CC RF) or failure to render aid by physicians (art. 124 CC RF). Regarding public service, official forgery is only criminal, if it is committed by public officials (art. 292 CC RF).

This way, the «special subjects of crime» qualification mechanism applies to most crimes of the chapter 30 CC RF, namely to the crimes that can be committed only by the public officials (see art. 285-287, 289, 290, 292 and partially art. 292.1 and art. 293 CC RF). It

means that this group of crimes requires a special subject of crime - public official or servant. For example, abuse of official powers, art. 285 CC RF, or misallocation of budgetary funds, art. 285.1 CC RF, can be committed only by a public official.

### 2. «Element of Crime» or Qualifying Condition Mechanism

Public officials that commit crimes against other legally protected interests nonetheless cause damage to public service, e.g., commission of economic crimes, such as money laundering, art. 174 CC RF or obstruction of legal business, art. 169 CC RF.

The qualification mechanism «element of crime» — in the cases when it is applicable— allows to classify a crime committed by a public servant as more serious and social dangerous than the same crime committed without this additional characteristic. This is due to the responsibilities that have been imposed on public servants by the society.

The «element of crime» mechanism holds that characteristics of a crime can become obligatory, if they are explicitly defined by the Criminal Code as a feature of a certain crime, so-called qualifying condition. For example, homicide with motives of racial or religious hatred (art. 105 pa. 2 item «Д» CC RF) is a self-contained crime along with homicide (art. 105 pa. 1 CC RF). An example that relates to the public service is misappropriation or embezzlement, that is, the stealing of other people's property entrusted to the person (art. 160 CC RF). However, misappropriation or embezzlement committed «with abuse of the official position», is criminalized separately by art. 160 pa. 3 CC RF, and entails three times more serious punishment (six years vs. two years of imprisonment) compared to misappropriation or embezzlement without such a qualifying condition, art. 160 CC RF.

The qualifying condition mechanism is also applicable to art. 159 CC RF (fraud). Fraud «with abuse of the official position» is stipulated by art. 159 pa. 3 CC RF. Art. 174 CC RF criminalizes legalisation or laundering of illegal property, which is punishable with a fine up to appx. 2000 dollars. This offense committed «with abuse of the official position» is a more serious offense that entails imprisonment up to five years, art. 174 pa. 2 CC RF.

It is important to note here that «official position» has a broad meaning encompassing not only «official position» of public servants but any official position by virtue of a contract including private sector, e.g., employee of an enterprise.

### 3. Mechanism of the Circumstances Modifying Criminal Responsibility (Aggravating Circumstances)

There is a group of offenses that consists of acts that would be criminal regardless of the perpetrator's qualifications (e.g., public official or not). However, the latter act as aggravating circumstances for the purposes of punishment, e.g., if it is committed by a public official. For example, obstruction of legal business or other activity committed as public servant (art. 169 CC RF) entails a more severe punishment compared to the same offense committed by an outsider<sup>4</sup>. It is due to the so-called aggravating circumstances that a court takes into account considering a case, art. 63 CC RF. Among such circumstances is «commission of a crime by abusing confidence placed in the guilty person by virtue of his/her official position or a contract», art. 63 pa. 1, item m CC RF.

Important is that in determining the appropriate sentence, an aggravating circumstance cannot be taken into consideration if the relevant offense definition in the special part already contains it as a qualifying circumstance or condition (art. 63 pa. 2 CC RF). For example, art. 159 pa. 3 CC RF (fraud committed by virtue of abusing an official position) cannot be applied in conjunction with art. 63 pa. 1, item m CC RF («commission of a crime by abusing confidence placed in the guilty person by virtue of his/her official position or a contract»).

### CONCLUSION

Russian criminal law criminalizes the so-called core «administración desleal», such as abuse of official powers, art. 285 CC RF; misallocation of budgetary funds, art. 285.1 CC RF; misallocation of non-budgetary funds, art. 285.2 CC RF; submission to the unified state register of deliberately false information, art. 285.3 CC RF; exceeding official powers, art. 286 CC RF, and others.

Besides, Russian criminal law punishes a broad range of other relevant criminal forms of behavior of public officials, such as deliberate bankruptcy (art. 196 CC RF), obstruction of legal business or other activity (art. 169 CC RF), fraud (art. 159 CC RF), etc. It is possible through additional qualification mechanisms: qualifying condition mechanism and mechanism of the circumstances modifying criminal responsibility.

### Notes

1 *Criminal Code of the Russian Federation*, 17.06.1996, N 63-Ф3: <http://www.consultant.ru>. Further CC RF.

2 *Naumov A.*, Rossiiskoe ugolovnoe pravo, 2007, p. 362; *Zhuravlev A.*, Ugolovnoe pravo, 2004, p. 105.

3 *Paramonova, S.* Concept and systematization of the criminal offense in Russia. In: Sieber, U./Forster, S./Jarvers, K. (ed(s).): *National Criminal Law in a Comparative Legal Context*. Volume 3.1: Defining criminal conduct. Berlin, Duncker & Humblot, 2011, pp. 86-97.

4 *Paramonova S.*, Objective aspects of the offense in Russia. In: Sieber, U./Forster, S./Jarvers, K. (ed(s).): *National Criminal Law in a Comparative Legal Context*. Volume 3.1: Defining criminal conduct. Berlin, Duncker & Humblot, 2011, p. 239-241.

## Ucrania

### Volodymyr Hulkevych

*Doctor en Derecho,*

*Subfiscal de la provincia de Ivano-Frankivsk*

### 1. Administración desleal

A distinción del Código Penal de España, el Código Penal de Ucrania (CPU) no contiene una disposición separada que prevea la responsabilidad penal por una administración desleal. Por el contenido del art. 252 del Código Penal de España «Administración desleal» se comprende que sus indicios característicos son:

- Sujeto activo especial es una persona que está prevista de las facultades para gestionar la propiedad de otra persona;
- Perjuicio a la propiedad de otra persona por acciones ilegales durante la aplicación de estos facultades.

En el CPU existe una serie de los delitos, los indicios objetivos y subjetivos de los cuales, por su contenido, son similares a la administración desleal en la comprensión de la legislación penal de España.

Uno de tales delitos lo contiene el capítulo VI «Delitos contra la propiedad» de la Parte Especial del Código. En particular, en la parte 1 del art. 191 del CPU «Apropiación, malversación de la propiedad o el apoderamiento de la misma a través del abuso de cargo» se ha establecido la responsabilidad penal en la forma de una multa de hasta los cincuenta mínimos no impuestos de ingresos de los ciudadanos, o en la forma de trabajos correccionales por un término de hasta dos años gratuitos, o en forma de privación de la libertad por un término de hasta cuatro años con privación del derecho de ocupar ciertos cargos u ocuparse de ciertas actividades por un término de tres años o sin tal, por la apropiación o la malversación de la propiedad de otra persona que ha sido confiada a una persona o se encontraba en su gestión.

## 2. El tipo objetivo de este delito consiste en:

- La apropiación, quiere decir en la reversión ilegal (retirada) por el culpable a su favor o a favor de terceros de la propiedad de otra persona que ha sido confiada él legalmente o que se encontraba en su gestión;
- La malversación, es decir la alienación ilegal, el gasto, la utilización (venta, consumo, donación, intercambio, transferencia a otras personas, etc.) por el culpable de la propiedad de otra persona que ha sido confiada a él legalmente o que se encontraba en su gestión.

De acuerdo con la parte 2 del art. 191 del CPU, la apropiación, la malversación o el apoderamiento de la propiedad de otra persona a través del abuso por un funcionario de su cargo, el culpable se castiga con limitación de la libertad de hasta cinco años o con prisión por el mismo término, con privación del derecho de ocupar ciertos cargos u ocuparse de ciertas actividades por un término de hasta tres años.

De este modo, como sujeto activo de un delito de acuerdo con la parte 1 del art. 191 del CPU, es una persona física condenatoria, a quien ha sido confiada la propiedad de otra persona o que se encontraba en su gestión en relación con el cumplimiento de sus obligaciones laborales.

Como sujeto activo de un delito especificado por la parte 2 del art. 191 del CPU un funcionario, es decir de acuerdo con la parte 2 del art. 18 del CPU, la persona que de forma permanente, temporal o por facultades especiales lleva a cabo las funciones de los representantes del poder estatal o de las autoridades de administración local, así como de forma permanente o temporal ocupa cargos en los órganos de poder estatal, en los órganos de administración local, en las empresas, instituciones u organizaciones relacionadas con la ejecución de las funciones organizativo-administrativas o administrativo-económicas o realiza dichas funciones, teniendo facultades especiales, de las cuales esta persona se dota por un órgano autorizado del poder estatal, por un órgano de administración local, por un órgano central de dirección estatal con estatuto especial, por un órgano autorizado o por un funcionario autorizado de una empresa, institución, organización, por el tribunal o por la ley.

El abuso de cargo como un modo de apoderamiento de la propiedad, significa que la persona viola sus facultades y utiliza las funciones organizativo-administrativas o administrativo-económicas en contra de los intereses del servicio para el giro ilegal y gratuito de la propiedad de otra persona.

El tipo subjetivo del delito de acuerdo con el art. 191 del CPU, se caracteriza por la intención directa.

En la parte 3 del art. 191 del CPU se ha previsto la responsabilidad penal por las acciones identificadas en las partes 1 y 2 del mismo artículo, cometidas repetidamente o por un acuerdo previo por un grupo de personas. De acuerdo con la parte 4 del art. 151 del CPU, como delito agravado se han reconocido estos mismos actos cometidos en grandes cantidades. Según la parte 5 del art. 191 del CPU, como delito especialmente agravado son los mismos actos cometidos en cantidades especialmente grandes o por un grupo organizado.

En el capítulo XVII «Delitos en el ámbito de las actividades de cargo y actividades profesionales relacionadas con la prestación de los servicios públicos» también se han previsto unos cuerpos de delitos que se caracterizan por la administración desleal.

De conformidad con la parte 1 del art. 364 del CPU, como delito se ha reconocido el abuso de poder o de cargo, quiere decir el uso intencional por un funcionario del poder o de su cargo con el propósito de obtener cualquier beneficio ilegal para sí mismo o para otra entidad física o jurídica en contra de los intereses del servicio, si el delito ha causado un daño sustancial a los derechos protegidos por la ley, a las libertades e intereses de los ciudadanos separados o a los intereses del estado o a los intereses de las entidades jurídicas.

Según la parte 1 de la observación para el art. 364, como funcionarios, es decir, como sujeto del delito, en este artículo son las personas, quienes de forma permanente, temporal o por una facultad especial, ejercen las funciones de los representantes del poder o de los órganos de administración local, así como ocupan los cargos, permanente o temporalmente, en los órganos del poder estatal, en los órganos de administración local, en las empresas estatales o municipales, en las instituciones u organizaciones relacionadas con la ejecución de las funciones organizativo-administrativas y administrativo-económicas o ejercen dichas funciones teniendo un poder especial que se le otorga a una persona por una autoridad estatal autorizada, por un órgano de administración local, por un órgano central de dirección estatal con un estado especial, por un órgano autorizado o por una persona autorizada de la empresa, institución, organización, por un tribunal o por una ley.

En la parte 1 del art. 364<sup>1</sup> del CPU se ha previsto la responsabilidad penal por el abuso de las facultades, es decir por el uso intencional con el fin de obtener un beneficio ilegal para sí o para otras personas en contra de los intereses de la entidad jurídica del derecho privado independientemente de la forma organizativo-

jurídica, por un funcionario de tal entidad jurídica de sus facultades, si ello ha causado un daño sustancial a los derechos protegidos por la ley o a los intereses de los ciudadanos separados, o a los intereses estatales o públicos, o a los intereses de las entidades jurídicas.

El importe del daño sustancial a los derechos protegidos por la ley, a las libertades e intereses de los ciudadanos separados, o a los intereses estatales o públicos, o a los intereses de las entidades jurídicas, conforme al punto 3 de la observación para el art. 364 del CPU, es de 100 o más ingresos de los ciudadanos, no sujetos al impuesto.

De acuerdo con la parte 2 del art. 364 y la parte 2 del art. 364<sup>1</sup> del CPU, los actos criminales especificados en la parte 1 de estos artículos, si los mismos han causado consecuencias agravadas, son castigados más severamente. Como consecuencias agravadas se considera un daño que a 250 o más veces supera el importe de los ingresos de los ciudadanos, no sujetos al impuesto.

Los delitos conforme a los artículos 364 y 364<sup>1</sup> del CPU, se difieren entre sí solamente por sujetos activos de estos delitos. En la primera disposición, como delito es un funcionario de una entidad jurídica estatal o municipal, en la segunda - cualquier otro funcionario.

Los delitos de acuerdo con los artículos 364 y 364<sup>1</sup> del CPU, se difieren del acto especificado en las partes 2-5 del art. 191 del CPU, en primer lugar, por la naturaleza del daño causado. El abuso de cargo no consiste en la reversión gratuita de la propiedad de otra persona a su propio favor o a favor de otras personas, pero es un modo de obtener un beneficio ilegal para sí o para otra entidad física o jurídica. Al mismo tiempo, el daño causado no tiene naturaleza de los daños materiales directos, pero consiste en no-obtención de beneficios legales por la parte perjudicada y en sufrimiento de gastos no planificados.

El capítulo VII «Delitos en la esfera de actividades económicas» también contiene una disposición por la cual el tipo objetivo del delito definido por la misma, se caracteriza por una administración desleal. En particular, de acuerdo con la parte 3 del art. 206<sup>2</sup> del CPU se ha reconocido como delito grave la apropiación ilegal por los funcionarios utilizando su cargo, la propiedad de la empresa, institución u organización, incluyendo cuotas, acciones, participaciones de sus fundadores, participantes, accionistas, socios a través de la realización de las transacciones utilizando documentos, sellos, timbres falsos o robados de la empresa, institución, organización.

En Ucrania no hay pensamientos científicos sobre la necesidad de creación de un nuevo delito sobre administración desleal

### 3. Bibliografía

Kryminalnyi kodeks Ukrainy. Naukovo-praktychnyi komentar: za zah. red. V.J. Taciia, V.P. Pszonky, V.I. Borysowa, V.I. Tiutiuhina. 5-te vyd., dopov. T. 2: Osoblyva chastyna (en ucraniano)//El Código Penal de Ucrania. Comentario. La edición quinta modificada y completada. La redacción a cargo de V.I. Taci, V.P. Pszonka, V.I. Borysov, V.I. Tiutiuhin, Kharkiv, 2013.

Naukovo-praktychnyi komentar Kryminalnoho kodeksu Ukrainy. Za zah. red. O.M. Dzhuzhi, A.V. Savchenka, V.V. Cherneia (en ucraniano)//Comentario científico-práctico al Código Penal de Ucrania. La redacción a cargo de O.M. Dzhuzha, A.V. Savchenko, V.V. Chernei, Kyiv, 2015.

## Uruguay

**Pamela Cruz**

*Observatorio Latinoamericano sobre Política Criminal y Reformas Penales (OLAP, <http://olap.fder.edu.uy/>)*

1. En el Sistema Penal uruguayo el delito «Administración Desleal» no está tipificado aunque existen algunas figuras penales que regulan conductas similares a la regulada por aquel delito, como es el delito de apropiación indebida y de estafa.

2. Realizando un somero análisis de estos delitos, diremos que el de apropiación indebida está regulado en el Código Penal Uruguayo, artículo 351<sup>1</sup> el cual establece que para que una conducta sea tipificada como delito de apropiación indebida se requerirá de un sujeto activo simple pero que detente la posesión de la cosa ajena por cualquier título; un sujeto pasivo calificado ya que debe de ser el propietario de la cosa; un objeto material que podrá ser dinero u otra cosa mueble; un medio específico que es la inversión del título de posesión al título de propiedad— «la conversión» tal como lo nombra Luis Tornaría; y de un tipo subjetivo intencional (dolo) de ánimo de dueño ya que no todo aprovechamiento es apropiación. En definitiva, lo esencial para que se configure este delito es un desvío en el destino, ya que el bien en posesión se detentaba «secundum ius».

3. Por su parte el delito de Estafa, en el artículo 347 del Código Penal Uruguayo establece que para que la conducta sea tipificada en este delito se requerirá de un sujeto activo simple por lo cual podrá cometerlo cualquier persona; un sujeto pasivo calificado ya que

al igual que en la apropiación indebida es el propietario de la cosa; de un objeto material que puede ser cosa mueble, inmueble así como un crédito; de un medio específico como son las estratagemas y engaños para inducir en error a la persona, los cuales deben ser valorados de acuerdo a las características de las víctimas; y de un tipo subjetivo intencional (dolo) de inducir en error a una persona para procurarse a sí mismo o a un tercero un provecho en daño de otro.

4. La administración desleal regulada en el derecho comparado, es un delito que protege al bien jurídico patrimonio; requiere de un sujeto activo que tenga capacidad de administrar un bien ajeno; del sujeto pasivo propietario del bien; de un objeto material que puede ser dinero, valores, u otras cosas fungibles; de un medio específico que es la realización de actuaciones para las cuales no fue autorizado y específicamente el modo se caracteriza por la deslealtad a la relación de confianza que existía previamente<sup>3</sup>; y de un tipo subjetivo doloso que no requiere el provecho para sí o para un tercero.

5. Si bien es cierto que los delitos descriptos ut supra se asemejan al tipo administración desleal, a partir de este breve análisis podemos desarrollar las diferencias que existen entre estos tipos penales y así entre estas legislaciones. Los delitos referenciados tienen el mismo presupuesto: la existencia previa de una relación de confianza entre las partes, lo cual lleva implícito un abuso de la misma. La diferencia notoria es el bien jurídico protegido; mientras que la administración desleal protege el patrimonio, en general entendido por la doctrina española como «*el conjunto de bienes y derechos de carácter económico que corresponden a una persona*»<sup>4</sup>, la apropiación indebida y la estafa protegen al bien jurídico propiedad entendido como «*el derecho de gozar y disponer de una cosa arbitrariamente, no siendo contra la Ley o contra derecho ajeno*»<sup>5</sup>.

6. Asimismo, mientras que el medio para cometer el delito de apropiación indebida en el sistema uruguayo es la inversión del título de posesión al título de propiedad y en la estafa es el uso de estratagemas y engaños artificiosos; en la administración desleal regulada en el derecho comparado, el medio es la realización de actos que excedan la administración para la cual fue autorizado el sujeto activo. Por lo cual, en esta, se requiere de una autorización previa y de un medio distinto a aquellos.

7. Si bien es cierto que es posible considerar que las conductas de la administración desleal se adecuan al

tipo penal apropiación indebida y estafa, en cuanto a que el objeto material de la administración desleal (dinero, valores u otras cosas fungibles) también forma parte del objeto material de los delitos mencionados. No es cierto que las conductas tipificadas como administración desleal en el derecho comparado, puedan adecuarse a los tipos penales de apropiación indebida y estafa; ya que no cumplen con todos los elementos constitutivos de estos delitos.

8. Se observa, que el delito de administración desleal regula específicamente lo respectivo a la administración del patrimonio ajeno. En este delito no se induce al sujeto pasivo al error sino que el administrador ya dispone del patrimonio en cuestión como consecuencia de la relación de confianza que existe previamente. Por otra parte, tampoco hay ánimo de apropiarse del bien de forma definitiva como ocurre en la apropiación indebida, sino que, solo se requiere que el sujeto activo «*distraiga*» el bien administrado. Es decir, le dé un destino distinto a lo pactado, y a partir de ello genere perjuicios patrimoniales.

9. Lo último mencionado se ve reflejado en la sentencia del Tribunal Supremo de España STS 517/2013 «*Partiendo de esta última concepción, (administración desleal como actuaciones abusivas de los administradores que no comporten expropiación definitiva de los bienes de que disponen, en beneficio propio o de tercero, y apropiación indebida como apropiación genuina con «animus rem sibi habendi» y distracción de dinero con pérdida definitiva para la sociedad), los casos a los que se refiere la parte recurrente podrían, hipotéticamente, encuadrarse en la administración desleal, pues conforme al relato fáctico pueden apreciarse actuaciones abusivas del administrador sin pérdida definitiva para la sociedad del dinero sustraído, al tratarse de préstamos concedidos irregularmente pero que según el relato fáctico se estaban devolviendo puntualmente*». Es decir, no se requiere de la apropiación definitiva del bien sino que basta con «*distrarlo*», darle un destino distinto a lo pactado, para incurrir en el delito de administración desleal.

10. Los sistemas penales del derecho comparado que tienen regulado el delito de apropiación indebida, la estafa y la administración desleal; amplían el horizonte por lo cual incluyen más conductas que podrán ser punibles. Si bien para algunos autores, la regulación del delito de administración desleal junto al de apropiación indebida y estafa, otorga mayor seguridad jurídica; para otros, como Schünemann, se trata de una figura en

el que el precepto resulta demasiado amplio de interpretación ya que está regulado genéricamente.

11. Considero que el delito de administración desleal trata de una regulación específica en cuanto a la administración de patrimonio ajeno. Apreciando al derecho penal como *ultima ratio*, el tipo administración desleal es una forma de regularizar pormenorizadamente la conducta que debe de revestir cualquier persona que haya sido autorizada para la administración de un patrimonio ajeno. Es una forma de no tener que hacer «entrar a la fuerza» conductas que son consideradas con cierto desvalor pero que en la realidad legislativa no están reguladas concretamente.

## Bibliografía Consultada

- ROJAS, Luis Emilio «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán» *Revista Penal* N.º 23. Enero 2009 (p. 140).
- PEÑALVER, Enrique Remón - Fiscal. ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y APROPIACION INDEBIDA TRAS LA REFORMA DEL CODIGO PENAL OPERADA POR LEY ORGANICA 1/2015 DE 30 DE MARZO, p. 7.
- *La ley Uruguay: legislación, jurisprudencia y doctrina Año 5, no. 5 (mayo 2012), p. 626-637 Competencia de los juzgados penales especializados en crimen organizado, concurso entre los delitos de estafa y apropiación indebida/por Ignacio Curbeo Solari.*
  - *La administración desleal de los órganos societarios/Carlos Gómez-Jara Díez coordinador; Günther Jakobs, Bernd Schünemann. Barcelona: Atelier; c2008.*
  - *Reflexiones sobre el delito de administración fraudulenta. Aixa Gálvez Jimenez*
  - *Exposición de motivos de la REFORMA ESPAÑOLA*
  - *Mire sentencias del Tribunal Español*
  - *Regulación en el Código Penal Español, en el Aleman.*
  - *Pasado, Presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida. Carlos Martínez-buján Pérez Catedrático de Derecho penal Universidad de A Coruña*
  - *Crisis financiera y retribución de directivos ¿Terreno abonado para su cuestionamiento penal por vía de la administración desleal? Carlos Gómez-Jara Díez*
  - *LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN EL DERECHO PENAL CHILENO\* HÉCTOR HERNÁN-*

DEZ BASUALTO\*\* *Universidad Alberto Hurtado*

Algunos artículos más de Internet que fui leyendo.

## Notas

- 1 Artículo 351 Código Penal Uruguayo: «*El que se apropiare, convirtiéndolo en su provecho o en el de un tercero, dinero u otra cosa mueble, que le hubiera sido confiado o entregada por cualquier título que importare obligación de restituirla o de hacer un uso determinado de ella, será castigado con tres meses de prisión a cuatro años de penitenciaría.*»
- 2 Artículo 347 Código Penal Uruguayo: «*El que con estratagemas o engaños artificiosos indujere en error a alguna persona, para procurarse a sí mismo o a un tercero, un provecho injusto, en daño de otro, será castigado con seis meses de prisión a cuatro años de penitenciaría.*»
- 3 ROJAS, Luis Emilio «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán» *Revista Penal* N.º 23. Enero 2009 (p. 140).
- 4 PEÑALVER, Enrique Remón - Fiscal. ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y APROPIACION INDEBIDA TRAS LA REFORMA DEL CODIGO PENAL OPERADA POR LEY ORGANICA 1/2015 DE 30 DE MARZO, p. 7.
- 5 Código Civil de la República Oriental del Uruguay, artículo 486.

## Venezuela

Jesús Enrique Rincón Rincón

*Doctor en Derecho. Juez Penal*

*Profesor de Derecho Penal General y Especial*

*Profesor de Postgrado de Derecho Procesal Penal*

*Miembro de Número de la Academia de Ciencias*

*Jurídicas del Estado Zulia*

## I. INTRODUCCIÓN

A pesar de que el delito de «administración desleal» se encuentra tipificado en Alemania desde el régimen nazi, en Venezuela, al igual que ocurre en algunos otros países, no se encuentra todavía específicamente previsto como delito. En España, hasta marzo de 2015, se le conocía como «Administración Social Fraudulenta», diferenciándola de la Estafa y de la Apropiación Indebida, sobre todo cuando las víctimas eran particulares. Con la reforma del Código Penal Español de 1995, de fecha 30 de marzo de 2015, actualmente en España a dicha figura delictiva se le conoce como «Administración Desleal».

La tendencia inicial en relación con el delito de «administración desleal», sobre todo en los derechos penales alemán y español, fue el tipificarlo como un delito societario, aunque independiente y autónomo de los demás, y así fue incluido en el Código Penal Español

de 1995. Sin embargo, ese criterio ha sido ya superado en los últimos 20 años, y actualmente se le considera irrelevante que el patrimonio pertenezca a una persona jurídica (sociedad) o natural (física), así como que el agente sea administrador, socio, gestor, mandante, apoderado, etc.

El poco interés o desarrollo que ha tenido esta relativamente nueva figura delictiva en la mayoría de los países, incluyendo Venezuela, probablemente se deba precisamente a eso, a que afectaba sólo al sector privado de la economía, específicamente a las empresas, como delito exclusivamente societario, ya que con respecto a la protección de los bienes estatales, así como de los derechos de los consumidores y los usuarios, si encontramos que en diversas leyes especiales, como la Ley Contra la Corrupción, la de Precios Justos, Protección al Consumidor y otras, se sanciona hasta el más mínimo descuido o negligencia de parte de los administradores de esos bienes públicos, así sea excusable, si no es informado o reportado de inmediato<sup>1</sup>.

El desarrollo de la economía, especialmente del libre mercado y de la globalización, así como el tratar de evitar la impunidad de ciertas conductas ilícitas, ha hecho imperiosa la necesidad de tipificar las conductas administrativas desleales y/o fraudulentas, de administradores, socios, gerentes y accionistas, así como de cualquier otra persona que ejerza funciones de administración y/o disposición de algún patrimonio ajeno, y qué, con actos inescrupulosos y/o desleales, afecten el patrimonio de una sociedad o de algún particular.

En los países donde no se encuentra específicamente tipificado este delito de administración desleal, se han visto obligados a recurrir a otras alternativas, como la de aplicar las normas atinentes a los delitos de estafa y de apropiación indebida, y, en algunos casos, las referidas al delito de malversación de fondos, a pesar de no ser esas las soluciones más adecuadas, ya que, aunque en algunos aspectos hay ciertas similitudes, también existen diferencias importantes con esos otros tipos delictivos.

## II. DIFERENCIAS CON LA ESTAFA

Como lo señala Muñoz Conde, algunas acciones que perjudican un patrimonio ajeno confiado al autor, no pueden «*subsumirse en el delito de estafa, básicamente porque no existe el engaño previo, sino una ruptura de la confianza, y aún dándose un engaño, porque en este caso el que engaña es el mismo que realiza la disposición patrimonial*»<sup>2</sup>.

## III. DIFERENCIAS CON LA APROPIACIÓN INDEBIDA

En la administración desleal no se requiere que el agente se apropie directamente del bien, ni siquiera que quede demostrado que se benefició patrimonialmente, en cambio, en la apropiación indebida si se requiere que el autor se apropie del bien mueble en su provecho o beneficio propio. De tal manera que en el delito de administración desleal, el administrador dispone fraudulentamente de las cosas y bienes que se le han confiado, sin que se requiera que se los apropie directamente para él, lesionando el patrimonio del o los sujetos pasivos del delito, que puede ser el de una sociedad o de algún particular.

El bien jurídico protegido en la apropiación indebida es la propiedad, en cambio en la administración desleal, originalmente fue la fidelidad y lealtad del administrador para con el patrimonio de la sociedad y de los socios, pero actualmente el bien jurídico protegido es simplemente el patrimonio ajeno, que puede pertenecer a una sociedad o a un particular.

## IV. EVOLUCIÓN DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN EL DERECHO COMPARADO

Aunque este delito aparece por primera vez en el Código Penal Español de 1995, como exclusivamente «societario», ya que sólo se sancionaba al administrador o socio de una sociedad, que disponiendo dolosa y fraudulentamente del patrimonio social, le cause un perjuicio económico a los otros socios, lo cierto es que de inmediato se observó que había la necesidad de crear un tipo penal mucho más amplio, como el previsto en el Código Penal Alemán, que abarcara a todos los actos de administración desleal del patrimonio ajeno en forma más general, tanto en perjuicio de las personas jurídicas como de las personas físicas o naturales, ya que, evidentemente, no se justifica que se proteja el patrimonio de las empresas, pero no el de los particulares.

Como antes comenté, con la promulgación en fecha 30 de marzo de 2015, de la Ley Orgánica 1/2015, que reforma el Código Penal Español y que entró en vigencia el 1-7-2015, el nuevo delito de «administración desleal», ya no aparece dentro de los «delitos societarios», sino como artículo 252, dentro de «las defraudaciones», entre la Estafa y la Apropiación Indebida, como otro delito patrimonial.

Por otro lado, los cambios introducidos al delito de «Administración Desleal» en el Código Penal Español con esa reforma, son sustanciales, tanto en relación con los sujetos activos y pasivos, como con respecto a los

bienes jurídicos protegidos, así como al tipo de perjuicio causado. Actualmente, **el sujeto activo** puede ser cualquier persona física a la cual se le hayan otorgado facultades para administrar o disponer de un patrimonio ajeno. **El sujeto pasivo** puede ser cualquier persona natural o jurídica, cuyo patrimonio sea administrado por algún tercero. **El bien jurídico protegido** ya no es únicamente la lealtad o fidelidad que debe tener el administrador o socio hacia los otros socios y la sociedad, de administrar correctamente el patrimonio social de la empresa, sino el salvaguardar **el patrimonio** ajeno de las acciones indebidas, ilícitas y/o desleales, de todas aquellas personas que tengan funciones de administrarlo o disponerlo, en general, y que le causen a dicho patrimonio algún tipo de perjuicio. De tal manera que, en este momento, en el derecho español, el delito de administración desleal es un delito patrimonial independiente y autónomo. Faltó incluir la posibilidad de que el sujeto activo pueda ser una persona jurídica, situación que ya se está presentado, ya que en muchos casos los administradores del patrimonio ajeno son personas jurídicas.

## V. MODALIDADES DE ESTE DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL

Son muy numerosas, para no exagerar diciendo que son infinitas, las formas, maneras y modalidades en que se pueden perpetrar delitos de administración desleal fraudulenta, ya que, en relación con los posibles agentes, puede ser perpetrada por los administradores de las sociedades, los padres con el patrimonio de sus hijos, los tutores con el de los menores e incapacitados, el cónyuge encargado de administrar los bienes gananciales, el administrador judicial, los mandatarios y apoderados sobre el patrimonio de los clientes o poderdantes, los albaceas, y cualquiera otro que tenga facultades de administrar o disponer de un patrimonio ajeno<sup>3</sup>.

En relación con la clase de acciones «desleales» que pueden ser ejecutadas por el agente, ellas pueden ser muy variadas, destacando las siguientes: administrar o disponer fraudulentamente del patrimonio ajeno, ocultar beneficios, utilizar los bienes sin autorización, omitir informar o realizar ciertas acciones para obtener beneficios o incrementar el patrimonio, realizar actos desleales o acciones indebidas o ilícitas, infringir los deberes de buen administrador, abusar de las funciones que se le hayan otorgado, incumplir deberes de custodia, hacer actos que ocasionen perjuicio al patrimonio social o individual, etc.

También con respecto al perjuicio o daño patrimonial ocasionado a la víctima o víctimas, pueden existir mu-

chas modalidades, según se trate de una persona jurídica o natural, pudiendo ser una pérdida de patrimonio, de algún beneficio que se iba a obtener, de posibilidades de inversión, etc.

## VI. SITUACIÓN DE LA CUESTIÓN EN VENEZUELA

La discusión y planteamientos sobre este tema, no se ha desarrollado en Venezuela, quizás en buena parte porque el ambiente político e ideológico no ha sido el más propicio, especialmente para las empresas privadas, los comerciantes y los particulares en general. Sólo en casos puntuales, donde el gobierno tiene interés, como ha ocurrido con la administración de la cadena de supermercados oficiales, denominada «Mercados de Alimentos C.A.» (Mercal), el gobierno ha considerado necesario aplicar sanciones penales, tanto para los casos de administraciones dolosas y fraudulentas, como a otras situaciones que, si bien no son propiamente «administraciones desleales», se le quiere tipificar como una especie de «administración negligente», aplicándole el artículo 53 de la Ley Contra la Corrupción, en la parte que se refiere al peculado culposo, basándose para ello en un simple manual de funcionamiento, que se denomina «Manual de Normas y Procedimientos para Mercas I, II y Supermercales de Administración Directa», donde se establece que tanto el Administrador del Mercal, como su Asistente, son responsables de velar, tanto por el resguardo de los bienes como de la mercancía que le sean confiados, por lo cual, cualquiera sea el motivo del faltante, si no lo han reportado y justificado a total satisfacción del Estado y previamente, eso les acarrea consecuencias penales.

## VII. CONCLUSIONES

La delincuencia económica está en auge y el abuso de la buena fe y la confianza de las personas aún más, por ello es evidente que se requiere que el delito de «Administración Desleal», sea debidamente incorporado al Código Penal venezolano, ubicándolo entre los delitos contra el patrimonio, acompañando así a la apropiación indebida y a la estafa, con quienes mantiene ciertas similitudes, tal y como figura en el Derecho Penal Español, luego de la promulgación de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo<sup>4</sup>, que incorpora el nuevo artículo 252 al Código Penal de 1995<sup>5</sup>, dentro de «Las Defraudaciones».

Esta modalidad delictiva afecta gravemente los patrimonios de las sociedades (públicas y privadas) y de los particulares, lesionando así la actividad economi-

ca y, en muchos casos, afectando hasta a la población en general. El ordenamiento jurídico debe proteger a todos los ciudadanos, de aquellas personas que teniendo funciones de administradores, actúen deslealmente en perjuicio de patrimonios ajenos, personas éstas que deben responder por todos sus actos y decisiones, especialmente de las dolosas y de las que realicen sin el conocimiento y autorización previa de los que resulten perjudicados, o violando o incumpliendo normas y directrices que se le han dado. En algunos casos, la responsabilidad será penal, civil y administrativa, pero en otros casos, sólo será sólo con respecto a alguna de esas materias.

Los órdenes económico y social van de la mano con el desarrollo sano y equilibrado de un país. No se puede dar bien el uno sin el otro, ya que se complementan, están interrelacionados y son interdependientes. De otra manera, el resultado nunca será el ideal, el óptimo, ya que, por ejemplo, así como no es conveniente la instauración de un capitalismo salvaje, sin ningún control, tampoco es pertinente el establecimiento de un intervencionismo estatal exagerado, prácticamente una dictadura. Por ello, las normas tienen que ser claras y justas, acordes con la protección que deben tener esos bienes jurídicos protegidos, y la intervención directa del Estado en la economía debe ser limitada y restringida sólo a ciertas y determinadas áreas, que por su importancia y valor estratégico, no sea conveniente dejarlas enteramente en manos privadas. El Estado debe impedir el contrabando, la especulación, el pánico económico, la usura, el acaparamiento, el boicot, el monopolio, la evasión fiscal, etc., pero no pretender abarcar otros campos que no le corresponden.

La experiencia de lo que ha sucedido en otros países, debe servir para que en Venezuela, el tipo de «administración desleal», sea descrito en forma sencilla, precisa y detallada, que no deje lugar a dudas, para garantizar

la seguridad jurídica de todos. El nuevo artículo del Código Penal Español, se encuentra redactado de una manera muy amplia, muy abierta y poco precisa, ya que abarca demasiadas posibilidades, por lo cual los problemas interpretativos se multiplicarán. La conducta punible debe circunscribirse fundamentalmente a tres elementos: 1) a que el sujeto activo tenga facultades de administración y/o disposición de un patrimonio ajeno; 2) A que el sujeto activo se exceda o abuse intencionalmente de esas facultades que le fueron otorgadas; y c) Que esa acción del sujeto activo le cause un perjuicio económico al patrimonio de la víctima.

En Venezuela debe igualmente ser incorporado como un delito contra el patrimonio, dentro de las Defraudaciones, por lo cual, necesariamente, debe ser cometido en forma dolosa, de manera intencional, no por imprudencia, negligencia o impericia, situación que sólo debería de acarrear responsabilidad civil o administrativa, pero no penal. La tipificación de este delito, debe incluir también la posibilidad de que el sujeto activo pueda ser una persona jurídica, ya que en muchos casos los administradores del patrimonio ajeno son personas jurídicas.

#### Notas

1 Aunque, por supuesto, en esos determinados casos, dichos hechos se sancionan como delitos culposos, que en otros países se les conoce como delitos imprudentes. Criterio ese que no ha estado exento de cuestionamientos, por considerarlos excesivos.

2 MUÑOZ CONDE, Francisco. «*Derecho Penal. Parte Especial*». Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 1999. 1030 páginas. P. 512.

3 Salvo algunos casos donde pudiera existir alguna causa de no punibilidad, por estar comprendida entre las llamadas excusas absolutorias.

4 La cual entró en vigencia el primero de julio de 2015

5 Código éste que ya ha tenido varias reformas