

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

**UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL ECONÓMICO**



**TEMA DE INVESTIGACIÓN  
LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL COMO CONDUCTA DEL DELITO DE  
APROPIACIÓN O RETENCIÓN INDEBIDAS**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR AL GRADO DE  
MAESTRO EN DERECHO PENAL ECONÓMICO**

**PRESENTADO POR:  
CARLOS MAURICIO MIRANDA RUBIO**

**DOCENTE ASESOR:  
MSC. JUAN JOSE CASTRO GALDÁMEZ**

**CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, 30 DE JULIO DE 2021**

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**

**Msc. Roger Armando Arias Alvarado  
RECTOR**

**PhD. Raúl Ernesto Azcúnaga López  
VICERRECTOR ACADÉMICO**

**Ing. Juan Rosa Quintanilla  
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO**

**Ing. Francisco Antonio Alarcón Sandoval  
SECRETARIO GENERAL**

**AUTORIDADES  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

**Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata  
DECANA**

**Dr. Edgardo Herrera Medrano Pacheco  
VICEDECANO**

**Dr. José Miguel Vásquez López  
DIRECTOR DE UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

**TRIBUNAL EVALUADOR**

**Msc. Hugo Dagoberto Pineda Argueta  
PRESIDENTE**

**Dr. Gilberto Ramírez Melara  
SECRETARIO**

**Msc. Juan José Castro Galdámez  
VOCAL**

## **AGRADECIMIENTOS**

Agradezco a Dios quien lo permite todo, y ser el ente supremo dador de la vida y la sabiduría.

A mi familia, comenzando por mis padres, quienes nunca terminan de esperar lo mejor de mí, a mis hermanas y cuñados, por respetarme en mis decisiones, a mi suegra por su apoyo; a mi esposa Elisa María, por su confianza, por su decisión de compartir este logro juntos, tu ayuda ha sido fundamental en los momentos más turbulentos, gracias por estar ahí incondicionalmente, y a mi hija Kalena, quien posiblemente en este momento no entiendas mis palabras, pero cuando seas capaz, entenderás que este logro también es por ti.

A los miembros de mi equipo de trabajo, con quienes compartimos experiencias nuevas en el campo legal, sin duda la escuela para toda la vida.

Finalmente, a las autoridades de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, la más antigua y formadora de los mejores profesionales del país, por permitirnos llegar a este momento culmen, sin ellos, tampoco sería posible recibir nuestro grado superior.

## ÍNDICE DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN .....	i
<b>CAPÍTULO I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS RELEVANTES DE LOS DELITOS PATRIMONIALES DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO Y APROPIACIÓN O RETENCIÓN INDEBIDAS.....</b>	<b>1</b>
1.1. Generalidades.....	1
1.2. Antecedentes históricos de los delitos contra el Patrimonio .....	9
1.2.1. Aspectos Históricos Generales del Delito de Administración Fraudulenta .....	13
1.2.2. Aspectos Históricos Generales del Delito de Apropiación o Retención Indebidas.....	18
1.3. Aspectos Históricos Generales de la Sociedad Mercantil y Delincuencia Económica.....	25
1.4. Evolución Histórica de la Administración Desleal .....	38
<b>CAPÍTULO II. MODELOS DE REGULACIÓN DE LOS DELITOS DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO, APROPIACIÓN O RETENCIÓN INDEBIDAS Y LA CONDUCTA DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN EL ÁMBITO SOCIETARIO .....</b>	<b>46</b>
2.1. Aspectos jurídico-políticos relevantes respecto a los delitos de Administración Fraudulenta, Apropiación o Retención Indebida y la conducta de Administración Desleal en el ámbito Societario .....	46
2.2. Normativa internacional marco respecto a los delitos cometidos en el ámbito societario .....	61

2.2.1	Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción .....	61
2.2.2.	Interamericana Contra La Corrupción .....	62
2.2.3.	Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	64
2.3.	Influencia de Regulación normativa de la conducta de Administración Desleal .....	65
2.3.1.	Código Penal Español.....	65
2.3.2.	Código Penal Peruano .....	69
2.3.3.	Código Penal Federal de los Estados Unidos Mexicanos .....	72
2.4.	Referentes jurisprudenciales en El Salvador: la Administración Societaria, la Administración Fraudulenta y la Apropiación o Retención Indebidas desde la perspectiva jurisprudencial.....	88
2.5.	Conducta de Administración Desleal .....	90
2.5.1.	Bien Jurídico protegido.....	90
2.5.2.	El deber de Lealtad .....	94
2.5.3.	El exceso de Facultades del Administrador.....	96
<b>CAPÍTULO III.</b>	<b>ESTRUCTURA GLOBAL DE LA CONDUCTA DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL .....</b>	<b>98</b>
3.1.	Modalidades de Comisión de la Conducta de Administración Desleal....	98
3.1.1.	La administración desleal como conducta de abuso o infidelidad .....	103
3.1.2.	Infracción del Deber como nexo causal del abuso o infidelidad .....	105
3.2.	Bien Jurídico Protegido de la Conducta de Administración Desleal.....	110
3.3.	Conducta de Administración Desleal como Delito Marco a partir de la Reforma del Código Penal Español.....	114

3.3.1. Dolo como conocimiento de la acción infractora del deber. (Tipo Subjetivo) .....	119
3.3.2. Acción Típica. (Tipo Objetivo) .....	122
3.3.3. Los Sujetos Intervinientes .....	124
<b>CAPÍTULO IV. ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LA CONDUCTA DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y SU ADECUACIÓN TÍPICA EN EL DELITO DE APROPIACIÓN O RETENCIÓN INDEBIDAS Y NO EN EL DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA .....</b>	<b>130</b>
4.1. Consideraciones generales .....	130
4.2. Sujetos Activo y Pasivo de ambos tipos penales, principales problema de interpretación en la conducta de Administración Desleal .....	134
4.2.1. Calidad de Sujeto Activo para la conducta de Administración Desleal .....	134
4.2.2. Calidad de Sujeto Pasivo para la conducta de Administración Desleal .....	138
4.3. Problemáticas de adecuación de la conducta de Administración Desleal en la Administración Fraudulenta .....	146
4.4. La Infracción del deber como forma de Autoría en la Conducta de Administración Desleal y su adecuación en el delito de Apropiación o Retención Indebidas .....	149
4.4.1 Posibilidad de la Comisión por Omisión de la Infracción del deber en la Conducta de Administración Desleal y su adecuación en el delito de Apropiación o Retención Indebidas.....	151

4.5. Límites de la Conducta de Administración Desleal y su adecuación en el delito de Apropiación o Retención Indevidas .....	153
4.6. La Administración Desleal, como tipo penal abierto en el delito de Apropiación o Retención Indevidas .....	155
<b>CONCLUSIONES/RECOMENDACIONES .....</b>	<b>157</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>162</b>

## INTRODUCCIÓN

En la actualidad, en nuestro ordenamiento jurídico penal, se sancionan conductas punibles, relacionadas al ámbito societario a aquellas expuestas en razón de una calidad u obligación de un sujeto que con su conducta afecta el patrimonio de su dueño, esto es en los delitos de Administración Fraudulenta y el de Apropiación o Retención Indebidas.

Sin embargo, al fincar una posición sobre la concretización del resultado, producto del conocimiento y voluntad del sujeto activo del delito, precedidos de una modificación sustancial del aspecto objetivo, es decir, causado con la infracción del deber objetivo de cuidado que integra el momento objetivo, pero no imprudente, sino, doloso, los hechos podrían evidenciar que existe una conducta dolosa.

A lo que, la doctrina conoce como “preterintencionalidad”, la cual está proscrita de nuestro sistema legal, por erigirse, solamente por un momento de análisis, sustentado en los resultados.

El problema surge, en el sentido y alcance que las conductas apropiación o retención indebidas y administración fraudulenta y estas son dolosas, pero no sancionan el deber objetivo de cuidado, y se ha llegado incluso a afirmar en la jurisprudencia que las reglas del buen administrador son propias de la conducta de administración fraudulenta, y no del delito de apropiación o retención Indebidas, como si se tratara objetivamente de cualquier sujeto como un indicio para atribuirle determinados conocimientos a partir de su función, es decir, conocimientos con los que debe contar para fungir en el cargo de administrador, para imputarle aquellas conductas que puedan ser consideradas delitos contra el patrimonio de la entidad societaria.

Y es por ello, que cobra vigencia, y más concretamente las conductas descritas en el delito de Apropiación o Retención Indebidas, dadas determinadas circunstancias objetivas que necesariamente deba tener el administrador o los que tengan funciones delegadas en la administración de la sociedad, de devolver los bienes confiados en idéntica calidad que los recibió o bien no abusar de la confianza depositada en ellos, para afectar el patrimonio de aquel.

Y es que la figura del administrador o los delegados de la administración, suelen verse involucrados en la asunción de responsabilidad por la titularidad de la administración de sociedades mercantiles, pero quien aparece en los registros públicos, es alguien diferente a quien ha ejecutado un plan operativo, aparentemente normal, pero aprovechándose de causas diversas, en las que se controlan efectivamente una sociedad motivado por objetivos diversos, entre ellos, la decisión de cometer uno o varias acciones que se enmarquen en el delito de Apropiación o Retención Indebidas, y cuando se hace esto, se diluye la posibilidad de ser descubierto, y por la simple prescripción normativa, se busca atribuir una responsabilidad en el administrador formal, y no en el administrador real, por lo que cabe sostener que la razón por la que se atribuye a este sujeto no es tanto por el desempeño en el cargo de administrador que en realidad no ejerce, como su contribución a dificultar el descubrimiento de quienes controlan realmente las actividades económicas de la sociedad mercantil.

Y es que es común que se ejerza la acción penal en contra de los administradores o delegados de Sociedades Mercantiles, por cualquiera de las conductas descritas en el artículo 217 del Código Penal, y de estas en cuántos casos se ha determinado que el administrador formal no es quien ejerce acciones propias del delito en mención.

Por lo anterior, se utilizaron los métodos aplicables a la teoría del trialismo jurídico, es decir, el método inductivo en el reconocimiento de la realidad social respecto al tipo penal de Administración Desleal, desde la doctrina, la jurisprudencia y el derecho comparado, por lo que la investigación fue de tipo técnico jurídico, utilizando el método deductivo en cuanto a la estructura y funcionamiento de las estructuras societarias, para determinar las formas de comisión del tipo descrito, y su adecuación en el delito de Apropiación o Retención Indevidas y no en el delito de Administración Fraudulenta.

Finalmente se utilizó el método intuitivo, en relación a los aspectos de la dimensión axiológica respecto a la interpretación desde la perspectiva de la administración de justicia en El Salvador, a fin de lograr el objetivo principal de establecer si la conducta típica de la Administración Desleal es una modalidad de cometimiento del delito de Apropiación o Retención Indevidas, y no del delito de Administración Fraudulenta, por la incidencia a nivel doctrinario, jurisprudencial y el Derecho comparado.

Confirmándose que la conducta típica de la administración desleal es una modalidad de la conducta del delito de Apropiación o Retención Indevidas y no del delito de Administración Fraudulenta.

Finalmente, el abordaje está compuesto por V capítulos, en el orden siguiente: **El capítulo I** se denomina “**Antecedentes Históricos Relevantes**”, desarrolla las denominaciones históricas y normativas de ambos delitos, en cuanto a la protección del bien jurídico patrimonio, sus distintas modalidades a través del tiempo, y hasta desencadenar en la protección de los delitos eminentemente patrimoniales, desplegando un apartado para aquellas formas de delincuencia económica que

desencadenaron en la creación de una conducta propia de las entidades societarias, y para ello también se abordan aspectos históricos relevantes de las sociedades mercantiles en general y en la legislación nacional.

**El capítulo II** denominado **“Modelos de Regulación de los Delitos de Administración Fraudulenta, Apropiación o Retención Indevidas y la conducta de Administración Desleal en el ámbito societario”**, donde se contextualiza a partir de la concepción patrimonialista para posteriormente, explicar las principales normas jurídicas desde la Constitución de la República hasta la legislación secundaria, en las que se regula el instituto jurídico, con especial énfasis en la regulación del derecho comparado, y aplicación de la conducta de Administración Desleal, en la jurisprudencia salvadoreña como una modalidad de la Administración Fraudulenta, finalmente en la descripción regulatoria de la administración de las Sociedades según el Código de Comercio Salvadoreño.

**El capítulo III** referido a **“Estructura Global de la Conducta de Administración Desleal”**, en el cual se define los parámetros normativos que deben de tenerse en cuenta para regular la conducta de administración fraudulenta como un delito patrimonial, y no societario, y sus elementos fundamentales como delito y como conducta.

**El capítulo IV** se denomina **“Análisis Dogmático de la Administración Desleal y su adecuación típica en el delito de Apropiación o Retención Indevidas y no en el de Administración Fraudulenta”**. En este capítulo se verifica la aplicabilidad de los elementos de cada uno de los tipos penales en cuestión y se aborda un análisis de la conducta para su adecuación en el delito de Apropiación o Retención Indevidas, y porque razón, no puede adecuarse al de Administración Fraudulenta,

alternativamente se propone una modalidad en la conducta, pero no cualificada sino interpretativa por parte del operador jurídico, incluidos el aparato de justicia.

Finalmente, en el **Capítulo V**. se hacen **las conclusiones/recomendaciones**, de la presente investigación estableciéndose que la conducta de administración desleal es una modalidad de comisión del delito de Apropiación o Retención Indevidas y no del delito de Administración Fraudulenta.

**CAPÍTULO I.**  
**ANTECEDENTES HISTÓRICOS RELEVANTES DE LOS DELITOS**  
**PATRIMONIALES DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO Y APROPIACIÓN O**  
**RETENCIÓN INDEBIDAS**

Sumario. 1.1 Generalidades. 1.2 Antecedentes Históricos Generales de los delitos contra el Patrimonio. 1.2.1 Aspectos Históricos Generales del Delito de Administración Fraudulenta. 1.2.2 Aspectos Históricos Generales del Delito de Apropiación o Retención Indebidas. 1.3 Aspectos Históricos Generales de la Sociedad Mercantil y Delincuencia Económica. 1.4 Evolución Histórica de la Administración Desleal.

**1.1. Generalidades**

Históricamente los **delitos contra el patrimonio** han tenido una serie de modificaciones, en cuanto a la calidad de los sujetos que intervienen, así como la evolución de las defraudaciones, con el propósito de llegar al mismo punto de encuentro que es el abuso de un derecho por aquel al que no le corresponde sobre los bienes ajenos de otro en beneficio propio o de un tercero.

Por tal motivo, es necesario examinar cómo ha evolucionado el patrimonio individual de las personas y el derecho de propiedad, así como los planteamientos doctrinarios acerca de las reglas que debe cumplir el administrador de una cosa o a quien se le confía como si fuera el verdadero dueño, y particularmente, las conductas típicas de los delitos de **Apropiación o Retención Indebidas y Administración Fraudulenta**, para establecer que existe o no una **administración desleal**.

Debemos entender, que el comportamiento humano en los delitos contra el patrimonio es el mismo, obtener un beneficio económico para sí o un tercero.

Particularmente, el indicio más cercano a la defraudación del patrimonio, son las falsedades testamentarias en el Derecho Romano, y posteriormente relacionadas con el **Robo, Hurto y la Estafa** como primer criterio de establecer una afectación patrimonial.<sup>1</sup>

Si bien es cierto las defraudaciones siempre estuvieron reguladas en nuestra legislación penal, los primeros indicios de protección relevantes aparecen más claramente en el **Código Penal de 1881**, en él se sanciona al que se fingiere dueño de una cosa, la enajenare, arrendare, gravare, empeñare; a pesar de ser señalada la defraudación de forma general y casuística dentro de estas disposiciones, dentro de ellas cabe perfectamente la figura de la Apropiación Indebida, por cuanto el objeto material lo constituyen las cosas.

Ahora bien, la **Administración Fraudulenta**, incorpora tanto, a un tenedor de la cosa con facultades para administrar como si fuera propia y a la vez incorpora una calidad de “**Administrador**” y que para que pueda ser penalmente relevante agrega a la acción conductas “**Fraudulentas**” contra el patrimonio. Situación que empezó a regular la confianza y la correcta administración de los bienes de las personas con la finalidad de tutelar el patrimonio de ellas, a través de la **Estafa** o

---

<sup>1</sup> ZAMORA PIERCE, Jesús Zamora. El Fraude. Editorial Porrúa. 9ª Edición. México. 2000. P. 173.

**Defraudación,**<sup>2</sup> y aparece en el **Código Penal de 1826.**<sup>3</sup>

Sin embargo, es hasta el **Código Penal de 1974** que se hace una separación de la **Administración Fraudulenta**, en el **artículo 244** el cual conserva la misma redacción, y la **Apropiación o Retención Indevidas** en el **artículo 245**, en el primero se da la calidad de administrador, en el segundo se mantiene el primer inciso y amplía conductas desde el inciso segundo, ya que se regulaba **“el uso indebido de la cosa”**, lo cual se confunde en la actualidad en la legislación vigente con la **Administración Fraudulenta**.

Razón por la cual ese uso indebido, con el fin de apropiarse, es propia de la segunda disposición legal, y no de la administración fraudulenta, históricamente.

El sector económico empresarial se ha resistido a ser intervenido por el estado en sus organizaciones societarias por parte del poder punitivo, en razón de estar caracterizado principalmente por la voluntad de asociarse para hacer negocios de forma particular sin el control del Estado en las decisiones.

Ese escepticismo, se ha manifestado en resolver los problemas en el plano de las obligaciones y acciones de índole mercantil para solventar desavenencias y

---

<sup>2</sup> El Art.486 numeral 5 del Código Penal de 1822, establecía que incurrían en pena: Los que en perjuicio de otros se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca la obligación de entregarla o devolverla, o negaren haberla recibido, se encontraría tipificado en distinta numeración en el Art.490 numeral 5 con la misma descripción típica de la conducta, pero siempre el Título 13 “Delito Contra la Propiedad”, Sección 2 “Estafa y otros engaños”.

<sup>3</sup> Decretado el 13 de abril de 1826, rige como el primer Código Penal del ordenamiento jurídico salvadoreño. Es una adopción del Código de la Corte Española, decretado por las Cortes el 8 de junio y sancionado por el rey, mandado a promulgar, el 9 de julio de 1822.

desacuerdos, buscando alternativas no invasivas al ámbito privado como la mediación o el arbitraje, pero los problemas surgen al interior de las sociedades a través de las empresas mercantiles en su actividad económica, considerándose excesivo el tratamiento penal a esas actividades, dicho en otras palabras, se resisten a que las facultades y funciones de la administración de una sociedad mediante su actividad económica de empresa sean consideradas como delito.

Desde el **Código Procesal Penal de 1973** se ha regulado la calidad de imputado, cuando se trate de un hecho delictivo atribuido a una persona jurídica, que en nada difiere con el inciso final del **artículo 80 del actual Código Procesal Penal de 2009**,<sup>4</sup> así se regulaba en el **artículo 45** la calidad de imputado y establecía, **“que cuando la comisión del hecho delictivo se atribuía a una persona jurídica, tenían la calidad de imputados las personas naturales que acordaban o ejecutaban el hecho punible.”**<sup>5</sup>

El administrador formal de una sociedad sigue siendo considerado como autor por el solo hecho de figurar como tal, basado en la tipicidad subjetiva del ámbito conceptual, mientras que en ocasiones el administrador material presenta reales problemas probatorios.

Resulta necesario establecer la concepción de la antijuricidad como infracción de una norma que conduce a exigir, como primer requisito de la misma, que concurra un comportamiento humano, lo que se llama también acción.

---

<sup>4</sup> CÓDIGO PROCESAL PENAL, D. L. No. 47 del 18 de junio de 2009, D. O. No. 20, Tomo No. 382, del 30 de enero de 2009.

<sup>5</sup> CÓDIGO PROCESAL PENAL, D.L No. 450 del 11 de octubre de 1973, D.O. No. 208, Tomo 241, publicado el 09 de noviembre de 1973. (Derogado).

El comportamiento humano no es solo presupuesto del injusto, sino también de la culpabilidad y de todo el delito. El concepto causal de acción constituye una posición tradicional, en la dogmática alemana, constituye el pilar del esquema clásico del delito, cuyas bases sentó Von Liszt, la acción era: un movimiento corporal, causado por un impulso de la voluntad, que a su vez causa una modificación en el mundo exterior, siendo núcleo esencial de este concepto la causalidad.<sup>6</sup>

Con la incursión de la idea de valor en la metodología jurídico penal, la versión naturalística del concepto de acción no pudo mantenerse intacto, la consecuencia para el concepto de acción, es que ya no podía ser un hecho naturalístico ajeno al valor, sino que debía ser susceptible de soportar los juicios de valor (desvalor) representados por las categorías de antijuricidad y culpabilidad,<sup>7</sup> determinando así un concepto valorativo de acción como comportamiento, como realización de la voluntad humana.

Apareciendo el concepto final de acción, con el cual, lo esencial del comportamiento humano no es la causalidad, sino la finalidad, es decir, dirigirse intencionalmente a una meta previamente elegida, caracterizándose el actuar humano por la intencionalidad, por ser un ejercicio de actividad final.<sup>8</sup>

El acto no exige solo ser causada por una voluntad, cualquiera que sea, sino

---

<sup>6</sup> MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal General, Tercera Edición, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, España, 1990. P. 169.

<sup>7</sup> Ibidem. P. 170.

<sup>8</sup> El concepto final de acción desarrollado a partir de la teoría final formulada por Welzel, considera que la acción humana voluntaria es siempre una acción final, es el ejercicio de una actividad final, dirigida a la consecución de un fin. El código penal, en el Art. 4 Inc. 1º reconoce esta teoría, pues tal disposición establece, que la pena o medida de seguridad no se impondrán si la acción u omisión no ha sido realizada con dolo o culpa, es decir, dirigida a un fin determinado. DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., Tipicidad e Imputación Objetiva, Primera Reimpresión, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 1998, p. 104

además ser conducida finalmente por el contenido de finalidad de la voluntad. La consecuencia fundamental de este planteamiento es la inclusión del dolo (que se equipara a la finalidad) en el tipo de injusto de los delitos dolosos: si el delito es un actuar antijurídico, la antijuridicidad debe recaer sobre la actuación del autor y esta exige esencialmente la finalidad, finalidad que en los hechos dolosos equivale al dolo.<sup>9</sup>

Según lo expuesto, el Derecho romano clásico no reconocía un concepto universal de persona jurídica, sino que imputaba las relaciones jurídicas en torno a ciertos conceptos, como el **de corpus**; que son las asociaciones de personas integradas en una unidad constituida para la consecución de los más diversos fines lícitos; y **las universitas**, como una realidad nacida a partir de la agrupación de elementos y relaciones jurídicas personales y patrimoniales como son los casos típicos de la herencia.<sup>10</sup>

Entonces, visto ya en el plano del comportamiento de un hombre, por lo que el sujeto de la acción y del delito, solo puede ser el hombre individual, ya la literatura francesa, influenciada por el Derecho Romano, negó inicialmente todo tipo de responsabilidad de los entes ideales reservando la aplicación de la pena solo a la persona física, según Garraud,<sup>11</sup> el exponente más notable de la postura opuesta a la responsabilidad de las personas jurídicas, señalaba que el ente colectivo, es una abstracción, carente de toda voluntad autónoma, dependiente de los miembros que la componen, y que por ende, los delitos realizados en el marco de una corporación

---

<sup>9</sup> MIR PUIG, Santiago, ob. cit. p. 171.

<sup>10</sup> BLANCH NOUGUES, José María, Régimen Jurídico de las Fundaciones en Derecho Romano, 1ra. Edición, Editorial DYKINSON S.L., Madrid, 2007. p. 299.

<sup>11</sup> GARRAUD, citado por Gustavo Eduardo ABOSO y Sandro Fabio ABRALDES, en: Responsabilidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Penal, 1ra. Edición, Editorial IB de F., Buenos Aires, 2000. p. 138.

deben ser atribuidos a sus integrantes, dependiendo la aplicación de la sanción jurídico penal, de la culpabilidad demostrada por cada uno de ellos.

Por su parte, las notas interpretativas de las recomendaciones tres y cinco<sup>12</sup> del GAFI<sup>13</sup>, también sugiere incluir en las normas internas esta responsabilidad por la comisión del delito de lavado de activos y la financiación del terrorismo, en este caso se ha estructurado el proyecto de Ley sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas por la Comisión de Delitos, en virtud de convenidos y tratados internacionales suscritos en la materia, así como lo dispuesto en el Código Penal y Procesal Penal, siempre y cuando no contraríen su texto, el mismo no ha sido aprobado y discutido en el pleno de la Asamblea Legislativa de El Salvador, por no obtener un dictamen favorable de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales.

Ello en razón, del control de convencionalidad, entre las normas jurídicas internas que se aplican a casos concretos<sup>14</sup>, que no es otra cosa, que el control que ejerce el Poder Judicial, conforme a la Constitución de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y es que al respecto Carlos Urquilla puntualiza: “el control de convencionalidad es algo más que una técnica normativa o de ordenación y prevalencia del sistema de fuentes al interior de los Estados del sistema interamericano; es principalmente y antes que todo, una oportunidad para lograr un nuevo paradigma de legitimidad del Estado. Aunque desde la teoría

---

<sup>12</sup> Sobre la tipificación del delito de Lavado de Activos y Financiación al Terrorismo. Basado principalmente en a la Convención de Viena y la Convención de Palermo. Los países deben aplicar el delito de lavado de activos a todos los delitos graves, con la finalidad de incluir la mayor gama posible de delitos determinantes.

<sup>13</sup> Grupo de Acción Financiera Institucional.

<sup>14</sup> Urquía Bonilla, Carlos Rafael. El control de convencionalidad en El Salvador. El control de convencionalidad en México, Centroamérica y Panamá. Editorial Casa San Ignacio/Guaymuras. Tegucigalpa. 2016. P. 102.

política ya hay una reflexión bastante depurada sobre la legitimidad democrática del Estado, las implicaciones del control de convencionalidad permiten un enfoque complementario.”<sup>15</sup>

Partiendo de esas premisas, la persona jurídica puede ser un instrumento especialmente peligroso de desenmascaramiento de quienes se sirvan de ella para delinquir.

Ahora bien, existe un criterio normativo<sup>16</sup> para establecer una sanción ya regulada, para aquellas sociedades, que estando legalmente organizadas ejecuten ilícitos, estas deberán disolverse por acción de cualquier interesado o por el ministerio público, en este caso, el ente fiscal, que posee el monopolio de la acción penal, aun y cuando el Juez puede declararla de oficio al tener conocimiento de la actividad ilícita, debiendo liquidarse conforme al procedimiento que regula el art. 343 del Código de Comercio.<sup>17</sup>

El hecho de que el Derecho reconozca la capacidad de obrar de las personas jurídicas en el Derecho Privado, permite fundamentar desde el punto de vista constructivo dicha responsabilidad, es decir, “quien puede concluir contratos, puede concluir también contratos fraudulentos”.<sup>18</sup>

Es por ello que, en este capítulo, debe tenerse claro que el actuar fraudulento debe analizarse desde el punto de vista histórico al interior de las sociedades mercantiles

---

<sup>15</sup> *Íbidem*. P. 103.

<sup>16</sup> Art. 349 del Código de Comercio.

<sup>17</sup> Código de Comercio de El Salvador. D. L. No. 671, del 26 de mayo de 1970. D. O. No. 140 Tomo No. 228 del 31 de julio de 1970.

<sup>18</sup> Paz M., *Tipicidad e Imputación Objetiva*, Ob. Cit., p. 184.

y su regulación en el tiempo respecto a que la Administración Desleal se han confundido entre el delito de Administración Fraudulenta y el delito de Apropiación Indebida.

## **1.2. Antecedentes históricos de los delitos contra el Patrimonio**

Las defraudaciones en general parten de la Época Arcaica, que comprende el Código de Manú, El Código de Hammurabi, El Corán entre otros; pasando por los Romanos y sus figuras como el *falsum*, *fortum* y *estelionatus* y la época intermedia; se debe hacer notar que hasta este momento de la historia los doctrinarios todavía confundían los delitos de falsedad con los de fraude. Fue hasta mediados del siglo dieciocho que las defraudaciones como la estafa fueron separadas de los escritos públicos, o lo que es lo mismo, de aquellos delitos contra los registros públicos, y la fe pública, y con algunos delitos contra el patrimonio llamados también de apoderamiento, como son el caso del hurto y el robo.<sup>19</sup>

Como es dable, afirmar que el Hurto y el Robo, son delitos patrimoniales precedidos de la regulación o tipificación de los delitos de apoderamiento, que fácilmente se confundían con el engaño o estafa con la falsedad, pero Finzi explica que todos estos casos implican una lesión al patrimonio ajeno, y de ahí su carácter de delito patrimonial y, como tal, privado. También señala que el objeto es el patrimonio, y el delito se consume con el efectivo daño patrimonial ajeno, pero haciendo una distinción entre el fraude y la falsedad.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Finzi, Conrado A. (1978). La Estafa y otros Fraudes. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma. Pág. 15.

<sup>20</sup> *Íbidem*. P. 18

Ante ello, el enfoque histórico hace necesario separar los bienes jurídicos, de aquellos que traen implícitas un aprovechamiento ilícito del patrimonio ajeno, ya que se generaba confusión entre la falsedad como medio de comisión de delitos patrimoniales, se confundían con la estafa entre las figuras del *falsum* y *stellionatus*, o sea los conceptos precursores de la falsedad y el fraude, sobre todo en las características y elementos jurídicos de ambos.

El *falsum* crea una noción genérica en torno al engaño, por esto comprende delitos que tienen el engaño como elemento común. Según Francisco Castillo<sup>21</sup>, por *crimen falsi* se entendía la realización de una cosa o su modificación, de tal modo que adquiriera la apariencia de otra, el delito implica una modificación de la verdad; se consideraba como *crimen falsi* casos de fraude como el uso de nombre falso, la simulación de calidades personales, o la venta de una misma cosa a diversas personas.

Inclusive, la estafa se llegó a confundir con lo que ahora se conoce como una apropiación indebida, en la codificación francesa, por ejemplo, un antecedente muy significativo, donde se tipificó la estafa como un delito independiente.

Este antecedente sirvió luego para el Código Penal Napoleónico de 1810, de gran influencia en el derecho occidental; en su artículo 405 se establece la estafa mediante una enumeración de sus diferentes medios de comisión, pretendiendo evitar dar una definición extensa y compleja.

Posteriormente, varios países europeos elaboraron su propia codificación penal, en

---

<sup>21</sup> Castillo González, Francisco. (2001). El Delito de Estafa. (1ª edición). San José, Costa Rica : Editorial Juritexto. Pág. 31

especial el Código Penal prusiano de 1851, en la que luego se basó el Código Penal alemán de 1871, indicando la estafa como una forma de defraudación.<sup>22</sup>

En Roma, *el crimen furti, el crimen falsi y el stellionatus*, engloban un atentado contra el patrimonio ajeno, mediante fraude, que tanto podría ser una sustracción del uso, la violación de la posesión mediante la astucia o el engaño.<sup>23</sup>

Por lo que puede afirmarse que la estafa y el fraude no estaban tan bien definidos, sino que ambos eran equivalentes al engaño. Por lo que puede considerarse, que el frente común son las lesiones al bien jurídico patrimonio, que no están previstas en los delitos como la estafa, pero poseen la naturaleza falsaria en los delitos contra el patrimonio, por lo que el estelionato, posee un carácter subsidiario, en cuanto a que el patrimonio puede ser afectado mediante el fraude y el engaño, en cuanto a la modificación de la verdad.

En El Salvador, los pipiles así mismo tenían un amplio sistema de legislación penal tendiente a proteger el régimen agrícola, la división clasista los reos de hurto grave sufrían la pena de muerte.<sup>24</sup>

En la Constitución de la República de El Salvador de 1824, ya se regulaba la propiedad como una protección contra cualquier atentado contra ella, a partir de ésta se hace una expresa Protección a la Propiedad de los salvadoreños, cuando en su Artículo 9 decía: “Si la República y el Estado protegen con leyes sabias y

---

<sup>22</sup> Fontán Balestra, C. y Ledesma, G. (2002). Derecho penal parte especial. (16° edición). Argentina: Editorial Abeledo Perrot. Pág. 480.

<sup>23</sup> Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial Tomo II B, Buenos Aires, Argentina, Editores Rubinzal – Culzoni, 2001. Págs. 257 y 258.

<sup>24</sup> Daltón García, Roque. “Monografía de El Salvador”. Editores UCA, Edición 13ª San Salvador 2002 P 15

justas la libertad, la propiedad y la igualdad de todos los salvadoreños éstos deben: 1º Vivir sujetos a la Constitución y demás leyes. 2º Respetar y obedecer las autoridades”.<sup>25</sup>

Después de la independencia la relación que previamente imperaba, no cambió en forma significativa, conduciendo a que en 1832 se produjera el levantamiento de los Nonualcos liderados por Anastasio Aquino, este indígena promovió la insurrección popular en contra del Gobierno recién establecido en el cual existía una desproporcionada voracidad en la explotación. “Tales decretos fueron aquellos en virtud de los cuales se ordenó que los terrenos baldíos y realengos se redujeran a propiedad privada, que figuran en la Recopilación de Leyes del Padre Menéndez. Es de presumir, asevera don Jorge Arias Gómez, y no solo es presunción pues hay datos que lo confirman, la insaciable voracidad que se despertó raíz de ese decreto. Prácticamente fueron asaltados por el criollo, tanto los bienes ejidales, pertenecientes a los municipios, a las comunidades que la colonia había respetado a los indígenas como propiedad suya”.<sup>26</sup>

Por lo que luego de esas concepciones normativas encontramos que la propiedad privada es el antecedente del patrimonio, y es en la Constitución de la República de 1962, es decir, que es la que antecede a la vigente, de igual forma reguló el derecho a la propiedad y así se mantuvo su redacción en la misma disposición.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> Comisión Coordinadora para el Sector Justicia. “Las Constituciones de la República de El Salvador, 1824-1962”. Primera Parte, Tomo II A. Editorial U. T. E. 1ª Edición San Salvador 1993 P 4

<sup>26</sup> Domínguez Sosa, Julio Alberto. “Las Tribus Nonualcas y su Caudillo Anastasio Aquino”. Editorial Universitaria Centroamericana, EDUCA, 1ª Edición San José 1984 P 103-104

<sup>27</sup> Ob. Cit. Comisión Coordinadora para el Sector Justicia. “Las Constituciones de la República de El Salvador, 1824-1962”. Primera Parte, Tomo II A. Editorial U. T. E. 1ª Edición San Salvador 1993 P 395

Es en el **Código Penal de 1973** creado por Decreto N° 270, publicado en el Diario Oficial N° 63, Tomo N° 283 del 30 de marzo de 1973, que entró en vigencia el 15 de junio del mismo año, donde aparece esta figura delictiva como autónoma e independiente consagrándose así en el Título V los “Delitos contra el Patrimonio” refiriéndose específicamente en el Capítulo II “Delitos contra el Patrimonio en General”.

### **1.2.1. Aspectos Históricos Generales del Delito de Administración Fraudulenta**

Al hablar de los antecedentes de la Administración Fraudulenta se hace mención que en el Derecho romano y el Derecho intermedio no conocieron este delito contra el patrimonio, ya en el Derecho alemán se le conoció como delito de infidelidad patrimonial (*Untreue*), cuenta con una extensa historia legislativa que se remonta al Código Penal del Imperio de 1871, sin considerar que ya en el Código Penal Prusiano de 1851 se contemplaban ciertos supuestos especiales de deslealtad patrimonial e incluso una figura delictiva similar. También en Italia la regulación de la administración fraudulenta de patrimonio puede retrotraerse al siglo XIX, cuando el Código de Comercio de 1882 estableció que determinadas conductas irregulares en la administración de las sociedades anónimas debían ser sancionadas con penas pecuniarias, las que, luego de una reforma del año 1930, pasaron a ser privativas de libertad. Con la promulgación del Código Civil Italiano de 1942 se recogieron igualmente diversas conductas de administración irregular en la administración de las sociedades comerciales.

En cuanto al Derecho Italiano, se tipificó un delito genérico de Administración Fraudulenta. Su desarrollo legislativo no es lineal, pero revela una concepción

basada en el quebrantamiento de una relación de confianza. En general, se agrupaba en la misma figura de la defraudación o el uso desviado de cosas. Este ilícito se configuraba cuando el agente administrando un interés privado ajeno, abusaba del dinero y de las cosas que le han sido confiadas y la convertía en ventaja propia. Así mismo el código toscano, se mantuvo dentro de la concepción expuesta por Carmignani. Ya que establecía que se configuraba la Administración Fraudulenta cuando los tutores o curadores, de cualquier manera, defraudaban la administración que les habían encomendado.<sup>28</sup>

En España la codificación de 1848 se limitó a la regulación del ilícito de apropiación indebida, este ilícito versaba sobre dos acciones, que en el derecho moderno se acoplan a la Administración Fraudulenta, ya que la primera se configuraba cuando el agente se apropiaba de cosas recibidas en confianza y la segunda cuando se distraía dinero recibido en administración. Dejando fuera las infidelidades del tutor, curador albacea que se apropiaba, malversaba o hacía desaparecer fraudulentamente los bienes del pupilo, menor o demente o de herencias testamentaria que tenía a su cargo. Por lo que en dicha codificación no se reguló la Administración Fraudulenta como tal.<sup>29</sup>

Al no separar claramente la apropiación de cosas muebles de la distracción fraudulenta de dinero. Supuso un grave problema debido a la concepción liberal del delito de apropiación indebida. No obstante, por liberal que fuera el objeto de la apropiación indebida, no había ninguna forma de alcanzar hechos tan propios de la Administración Fraudulenta como los consistentes en el abuso de poder por parte

---

<sup>28</sup> MAYO CALDERÓN, La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta, 2005, pp. 29 ss.

<sup>29</sup> Enrique Bacigalupo, Falsedad Documental, Estafa y Administración Desleal, Madrid. Editorial Marcial Pons, 2007) P. 197.

del administrador que, sin disponer de dinero, contrae obligaciones por encima de las facultades que se le acordaron, entre otros. De modo que, no se castigaba el delito Administración Fraudulenta cuando se configuraban los elementos del tipo, porque ni tan siquiera estaba tipificado en esos momentos en España.<sup>30</sup>

Ni la doctrina ni la jurisprudencia tuvieron en cuenta la distinción entre dichas figuras delictivas, ello explica que, hasta hace algunos años, se haya comprendido en España la función que debía cumplir el delito de Administración Fraudulenta.

Por otra parte, se desarrolló un concepto erróneo de la Administración Fraudulenta, pues se consideró que el objeto del delito era simplemente el daño al patrimonio administrado dolosamente, subordinando la punibilidad al que lo hiciera en beneficio propio o de terceros, con lo que configura un delito de enriquecimiento, donde lo decisivo no es esa circunstancia, sino precisamente el perjuicio del patrimonio: Dicho de otra manera, el fundamento de la Administración Fraudulenta no es el enriquecimiento del autor sino el perjuicio causado al titular del patrimonio.

La Administración Fraudulenta se configuraba en Europa a través de dos tendencias: por un lado, los derechos que regulaban expresamente a la Administración Fraudulenta, como una figura clara y autónoma (Alemania, Austria, Eslovenia, Polonia, Portugal y Suiza) y, por otro lado, los que aceptaban diversas hipótesis, que eran supuestos precisos de la Administración Fraudulenta de sociedades, reguladas de una manera conceptualmente independiente de un tipo penal genérico (España, en el código penal, e Italia y Francia en el Código Civil en las leyes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada respectivamente).<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Íbidem. P. 199.

<sup>31</sup> Íbidem. P. 204

En Brasil se siguió tempranamente la técnica legislativa italiana inicial de regular la administración fraudulenta mediante la criminalización de diversas conductas específicas de administración indebida en las sociedades anónimas, tal como lo evidencia el tenor del artículo 177 del Código Penal de 1940.

La administración fraudulenta de patrimonio no es una figura delictiva fácil de definir en cuanto a sus elementos constitutivos, incluso en los países en los que cuenta con una larga tradición legislativa, y ha motivado una amplia discusión doctrinal.<sup>32</sup>

En Argentina, desde el año 1921<sup>33</sup> estuvo en vigencia una disposición legal que correspondía al viejo sistema casuístico italiano, que decía: “El comisionista, capitán de un 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 hubiere hecho”. Situación que fue reformada, para corregir las restricciones que provenían de la redacción, sobre todo teniendo en cuenta ciertas modernas formas de fraude en la administración de bienes ajenos, que no se manifiestan por medio de la alteración de los precios en las cuentas, la suposición de gastos o la retención de valores, sino a través de los muchos fraudes que pueden no asumir esa forma cuando se trata de abuso del poder que está a disposición de cierto tipo de representantes y mandatarios, especialmente en el ámbito de las sociedades anónimas.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> FOFFANI, Delitos societarios, en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (dir.), I Congreso Hispano-Italiano de Derecho Penal económico, 1998, p. 68.

<sup>33</sup> La fórmula fue introducida al ordenamiento jurídico vigente por la ley “de facto” n° 17.567, del año 1967, y mantenida por la ley n° 20.509, de 1973. El texto del inciso 7 del artículo 173 del Código Penal de 1921, tomado de la construcción gramatical dada al delito por el Proyecto de 1906,

<sup>34</sup> Millán S. Alberto. Los delitos de Administración Fraudulenta y desbaratamiento de derechos acordados. (Buenos Aire: Abeledo-Perrot, 1991) 22.

Para la doctrina penal peruana algunos sostienen que el delito de administración fraudulenta de persona jurídica en la modalidad de uso indebido del patrimonio de la persona jurídica supone un acto de apropiación, por lo que se trataría de una ley especial frente a la apropiación indebida. Es el caso, por ejemplo, de la regulación penal chilena que regula el delito de apropiación ilícita en el artículo 470 N° 1 del CP bajo dos modalidades de comisión: la apropiación y la distracción.<sup>35</sup>

En El Salvador, el Código Penal de 1904 no se tipificaba de manera concreta el delito de Administración Fraudulenta, solamente se mencionó en el artículo 488 inciso 5, sección 2ª del apartado de las estafas y otros engaños, una mención que literalmente decía: “Los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero efecto su otras cosas muebles que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverlas o negaren haberlas recibido”

De tal disposición legal, no puede entenderse a que estábamos frente a una administración fraudulenta propiamente dicha, sino es hasta el Código Penal de 1973, que se reguló en el artículo 244 de la siguiente manera: “El que 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 aumentandolos que hubiera hecho ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente será sancionado con prisión de seis meses a tres años”

---

<sup>35</sup> Apropiación y distracción indebida. Una propuesta de reconstrucción unificadamente dualista del art. 470 N° 1 del Código Penal, Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte,(1), 2018, pp. 153 ss.

Se denota que no se regula el tipo penal de Administración Fraudulenta tal cual se conoce en el Código Penal vigente (1997), pero tiene algunos elementos que en la legislación actual configuran la Administración Fraudulenta, como el perjuicio y la calidad del sujeto activo como administrador, sin embargo, la figura se adecuaba más al tipo penal de Apropiación o Retención Indebida.

### **1.2.2. Aspectos Históricos Generales del Delito de Apropiación o Retención Indebidas**

El fundamento de esa distinción se encuentra sobre la base de la violación de la posesión, la cual consistía sobre que *“La cosa sustraída y apropiada, estuviese en posesión de otro, se sostenía que dicha posesión era violada y se producía un hurto propio y si la cosa estaba en posesión del que se la apropiaba no existía la lesión, pues el agente ya poseía la cosa por otro concepto, el cual era hurto impropio”*.<sup>36</sup>

Sobre este último concepto y para el análisis, el hurto impropio es donde recae la mayor parte de las hipótesis que constituye apropiación indebida para esta línea de tiempo en particular. Es que a través del pensamiento y señalamientos de un autor, en que se encuentran antecedentes de esta figura sobre todo el derecho medieval, ya sea germánico o canónico, puesto que estos representan supuestos concretos que prefiguran la apropiación como modalidad de hurto.<sup>37</sup>

Pensamiento que se comparte sobre todo en el derecho medieval sobre la

---

<sup>36</sup> Antolisei Francesco, Manual de Derecho Penal Parte Especial, Tomo I, 3ª Ed, (Italia, Milan: Edit, A. Guiffre, 1954) 240.

<sup>37</sup> Antonio Quintano Ripolles, Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Vol. 4, Tomo I, 4ª ed, (España, Madrid: edit, Reus, 1966) 857.

referencia que la apropiación de la cosa en depósito o custodia, a pesar de sus peculiaridades y comportamientos siguen siendo meros supuestos de hurto.

Es hasta la mitad de la edad media que el vocablo y término “título” se acuña a dos vertientes que sobreviven desde ese primer momento clásico por así decirlo, los cuales son: título al referirse a los grados académicos, los cuales consisten de un reconocimiento por medio de un documento llamado certificado o diploma que brinda el reconocimiento a la persona en cuestión de haber completado un nivel o grado determinado de estudio; y el segundo título como referencia a documentación legal capaz de aparejar obligatoriedad entre miembros suscriptores del mismo.

Además, de igual forma se puede referir a títulos valores, títulos personales de nobleza, algún reconocimiento importante como un premio o consignación, pero debemos resaltar que una etapa de la historia humana al querer hablar o hacer uso del vocablo, este era enfocado en los títulos nobiliarios más que todo en la edad medio europea en países como España, Suecia, Gran Bretaña y Dinamarca, aún se emplea, pero únicamente como recuerdo de esa época histórica.

En este apartado, se puede establecer que el delito de Apropiación o Retención Indebidas, ha tenido una serie de manifestaciones, conforme a la historia y conforme a la legislación salvadoreña, también ha tenido sus variantes abordando de manera especial la primera manifestación de la apropiación o retención indebida como una figura delictiva autónoma, pero posteriormente ha tenido modificaciones en cuanto al tipo desde el Hurto, la Estafa, Malversación, hasta que lo conocemos como un incumplimiento a la obligación de devolver como Apropiación Indebida.

Según el **Código Penal Salvadoreño de 1880-1881**, promulgado por decreto del

Poder Ejecutivo del 19 de diciembre de 1881, en uso de facultades que le concedían el Decreto de la Constituyente del 2 de marzo de 1880 y el del 28 de febrero del Cuerpo Legislativo de 1881, según se expresa en el Decreto de promulgación que aparece publicado en el Diario Oficial número 295 del Tomo II, correspondiente al 20 de diciembre de 1881. “En su estructura y en el desarrollo de su contenido, este Código en poco difiere del Código Penal Español de 1870”,<sup>38</sup> En el libro II de Delitos y Penas expresa que incurrirá en pena, el dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder con perjuicio del mismo o de un tercero; así mismo incurrirá en pena el que defraudare encantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio.<sup>39</sup>

Por su parte, el **Código Penal Español de 1859 el cual sirvió de modelo para la redacción del Código Penal en El Salvador**, “Tiene aspectos del Código Penal Español de 1848, promulgado en el mes de septiembre de 1895, donde las penas infamantes y corporales establecían sanciones a aquellos delitos de estafa”; es por ello que se estableció un artículo en el que decía que si se usaba cualquier engaño sería sancionado con una penalidad de multa, expresado de otro modo y teniendo en mirael devenir histórico, el significado de la palabra título y las diferentes acepciones que se le aparejan, el ser humano al momento de hacer uso de dicho vocablo hace referencia a documentación escrita sin importar si es académica o jurídica, quedando marcado en la historia que el hombre quiso distinguir aquellos documentos que tienen aparejada una obligación del resto de documentación.

La explicación de este proceso en el hecho de ser la apropiación indebida un delito

---

<sup>38</sup> Pérez Quintanilla, Manuel Eduardo. Algunas Consideraciones sobre el delito de estafa, (Tesis para Obtener el Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Dr. José Matías Delgado, 1991) Pág. 8.

<sup>39</sup> Íbidem. P. 9.

que consiste en “una sutil transmutación de los títulos posesorios, sin la nitidez de signos diferenciales que la violencia o la fuerza en el robo, o la sustracción de la cosa en el hurto”; se comprende que para que un acto de tal naturaleza llegue a ostentar plena o relativa autonomía en el derecho penal, es preciso lograr un determinado refinamiento en las instituciones civiles que lo fundamentan, del mismo modo, *Manzini* “En su forma particular de manifestar su pensamiento o ideas expresando que en estas comunidades fue ignorada o desapercibida la concepción de lo que hoy se conoce como la propiedad”, y es así como al no poder hablarse de la configuración concreta del hurto por la falta del elemento *propiedad* y por la falta de importancia debida, tampoco se puede hablar de la existencia o configuración concreta de la apropiación indebida, que no es más que una forma derivada del hurto.<sup>40</sup>

La noción de hurto en el Derecho germánico era la misma del Derecho Romano: “No se distingue el (*furtum*) del (*latrocinium*); ambos términos son utilizados indistintamente sin diferenciación de su significado para referirse a la figura de hurto”<sup>41</sup>; y del mismo modo se admite expresamente que la influencia del abuso de confianza del marco legal francés en la configuración del “*Untreue-germano*”.<sup>42</sup>

La figura de “la malversación en el Derecho penal germano, era la apropiación de cosa mueble ajena, de su sustancia o de su valor, con ánimo de apropiación, pero sin ataque alguno a la custodia ajena.”<sup>43</sup> Esta es la interpretación de la doctrina desde,

---

<sup>40</sup> Vincenzo Manzini, Tratado del Furto e Dellevarie su especie, Vol. I, Parte I, (Italia, Torino: edit, Casa Editorial Eugenio Jovene1902) pág. 32. Traducción Propia.

<sup>41</sup> *Ibidem*. P. 563.

<sup>42</sup> Frank Von Liszt, Derecho Penal Alemán 4ª ed, (Alemania, Berlín: edit, Eberhard Schmidt1932). Pág. 243.

<sup>43</sup> Sáinz-Pardo Casanova, José A. El Delito de Apropiación Indebida. Editorial Bosch, Casa Editorial S. A. España. 1978. Pág. 41-50.

el punto de vista mayormente de los autores alemanes, que entienden la frase que tenga en posesión o custodia como criterio de delimitación con el hurto, y constituyendo lo que desde Binding se denomina interpretación rectificadora, hace que los términos posesión o custodia tengan para la opinión dominante igual trascendencia o significado. “Pero de ellos se realiza una interpretación inclinada a crear un concepto de posesión a efectos de carácter penal, que, superando las dificultades del concepto civil de la misma, y la clave de la distinción, apropiación indebida-hurto, ya que como se ha visto en la ruptura de esta custodia o posesión se basa tal distinción.”<sup>44</sup>

El Código Penal francés en su artículo 408, reguló sistemáticamente la apropiación indebida, **abus de confiance**, en el Libro III, Sección 2ª, bancarrotas, estafas y otras especies de fraudes, Apartado II Abuso de Confianza, junto a otras figuras como el abuso de firmas en blanco, la sustracción de piezas en un procedimiento. La distinción legal de la apropiación indebida con referencia a la estafa y del hurto o robo, recogida posteriormente en el Código Penal Galo de 1811, bajo el epígrafe dedicado a los abusos de confianza. Pero la recepción termina precisamente ahí, en el título, puesto que los supuestos en el recogido son muy diversos de los del Código Francés, siendo el más semejante el relativo al abuso de firma en blanco.<sup>45</sup>

El desarrollo histórico que ha sufrido el código penal francés, hace que se reflexione que el sistema de incriminación ha seguido la incorporación sucesivamente de los distintos títulos, de cuya violación iban a poder seguirse sanciones penales. Esta es la característica que más se resalta del sistema de incriminación francés, la vinculación de la sanción penal, a una violación del título

---

<sup>44</sup> *Íbidem*. P. 50.

<sup>45</sup> *Ob. Cit.* Sáinz-Pardo Casanova, José A. Pág. 41-50.

por el cual se tenía la posesión de la cosa; junto a esto, se denota un aspecto esencial derivado de los contratos, “Esto es la obligación de devolución que en si llevan y asimismo el que todos ellos transmiten la simple posesión o detentación de la cosa, pero nunca el dominio.”<sup>46</sup>

El Código Penal italiano, castigó la apropiación indebida en el Título XIII, delitos contra el patrimonio, en su Capítulo II delitos contra el patrimonio mediante el fraude y es en el art. 646 que regula: “Es por ello que se considera como la característica primordial del texto italiano, que regula la apropiación indebida, consiste en que el sujeto activo tiene la posesión de la cosa mueble ajena, por cualquier título que sea idóneo para transmitir esta”.

Las influencias que sobre el derecho italiano tuvo, por lo que a la apropiación indebida se refiere, el derecho penal francés, fue indirecta. Y es hasta en el Código Penal toscano del 20 de junio de 1853, que las influencias germanas son notables; al regular la truffa, la apropiación de cosa mueble ajena, confiada o consignada para custodiarla, era la base que constituía el art. 395, renovando la influencia francesa, la apropiación indebida bajo el nombre de abuso de confianza.”<sup>47</sup>

El Código Penal Italiano de 1931, conocido como el Código ROCCO, al no tener figura parecida a la Infidelidad como si se encuentra en el derecho y ordenamiento alemán, el cual si concibe figuras de infidelidad de administraciones y otros supuestos, lo que ha llevado al ordenamiento jurídico italiano forzando a sus legisladores a establecer una especie de regulación especial con tal motivo, para evitar que en su ordenamiento, no se encuentren vacíos o faltantes para evitar

---

<sup>46</sup> Íbidem. P. 36.

<sup>47</sup> Íbidem. P. 42.

interpretaciones erróneas o incluso aplicaciones indebidas pudiendo ser incluso hasta abusivas a las normas más elementales y violentando principios constitucionales.<sup>48</sup>

Pese a lo anterior ya analizado, el problema más acuciante en la apropiación indebida queda en pie. Hablando del problema desde su perspectiva y trayectoria parlamentarista, se dice que la verdadera preocupación de la doctrina es, a través de esta precisión en torno a la posesión, dar un concepto diferente para delimitar la apropiación indebida del hurto<sup>49</sup>, al igual que ocurre en la legislación francesa, que se observó obligada e incluso limitada a incriminar a través de leyes especiales las conductas que se podrían denominar genéricamente de gestiones o administraciones fraudulentas.

Dentro del ordenamiento italiano, se encuentra que estos al no tener figura parecida a la Infidelidad como si se encuentra en el derecho y ordenamiento alemán el cual si concibe figuras de infidelidad de administraciones y otros supuestos, lo que ha llevado al ordenamiento jurídico italiano forzando a sus legisladores a establecer una especie de regulación especial con tal motivo, para evitar que en su ordenamiento, no se encuentren vacíos o faltantes para evitar interpretaciones erróneas o incluso aplicaciones indebidas pudiendo ser incluso hasta abusivas a las normas más elementales y violentando principios constitucionales.

**En el Código Penal de 1893**, se estableció en el ordenamiento jurídico salvadoreño que será castigado como hurto, los que con ánimo de lucro para sí o para un tercero

---

<sup>48</sup> *Ibidem* P. 42.

<sup>49</sup> Gian Domenico Pisapia, *Malversación de Fondos en italiano última Digesto*, Vol. I, (Italia, Turín: edit, Torinese, 1957) pág. 797 Traducción Propia.

sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas, tomando las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño; también es de resaltar que en el delito de estafa se considera toda aquella persona que defraudare a otro en la sustancia, cantidades o calidades de las cosas que le entrega en virtud de un título mediante el cual se genera obligatoriedad, esto es una peculiaridad de la tercera edición de los Códigos Nacionales y más que eso es una base y punto estándar de partida para las futuras ediciones de los códigos penales de la legislación salvadoreña.

En este código penal se puso de manifiesto una protección más centrada al patrimonio en donde fue regulado. “Comprendía en el capítulo denominado: de los delitos contra la propiedad, otros derechos reales y la posesión o la tenencia entre otros, y que constituyen el patrimonio de una persona.”<sup>50</sup>

Permitiendo una interpretación donde los supuestos que no están comprendidos sean más específicos a la protección del patrimonio. Otro elemento a resaltar del **código penal salvadoreño de 1974** es que en este Código precisamente aparece con una forma autónoma el delito de apropiación o retención indebida, formando parte de las defraudaciones y sería retomado de esta forma por el nuevo Código de 1998.

### **1.3. Aspectos Históricos Generales de la Sociedad Mercantil y Delincuencia Económica**

---

<sup>50</sup> Campos García, Juan Pablo. “El Fraude Inmobiliario y su Tratamiento Jurídico Penal”. Tesis UES 2001, pág. 12.

Fue el “Código de comercio y Ley de enjuiciamiento” de 1855<sup>51</sup> que regularon por primera vez, las “compañías mercantiles,” haciendo alusión a las actuales sociedades mercantiles. El título segundo del referido Código, regulaba las compañías mercantiles,<sup>52</sup> el cual estaba dividido en cuatro secciones. La primera establecía las diferentes especies de compañías,<sup>53</sup> sus efectos respectivos y las formalidades para contratar a partir del art. 220; la segunda sección, regulaba, las obligaciones mutuas de los socios y el modo de resolver sus diferencias a partir del Art. 255; la sección tercera estipulaba el término y liquidación de las compañías de comercio a partir del Art. 282 y la cuarta sección, reguló la sociedad accidental o cuentas en participación, en el Art. 310.<sup>54</sup>

El Código de comercio de 1904, regulaba de forma más específica las sociedades mercantiles. El título V, se denominaba: De las compañías mercantiles. El capítulo I, regulaba las sociedades colectivas a partir del Art. 167; sobre esta sociedad dicha disposición estipulaba que: “la sociedad colectiva se forma y prueba por escritura pública que será registrada conforme al Art. 12, y su extracto se pondrá en conocimiento del público por medio de circulares. Este Código hacía referencia a estos entes comerciales, como compañías y a su vez como sociedades mercantiles.

---

<sup>51</sup> Código de Comercio y Ley de Enjuiciamiento, decretados por el Supremo Gobierno de El Salvador, el 1 de diciembre de 1855. 1ª Edición Oficial, Cojutepeque, Imprenta del Triunfo.

<sup>52</sup> El Art. 220 del Código de Comercio y Ley de Enjuiciamiento establecía con respecto a las compañías mercantiles: El contrato de compañía, por el cual dos o mas personas se unen, poniendo en común sus bienes o industria, o alguna de estas cosas, con objeto de hacer algún lucro, es aplicable a toda especie de operaciones de comercio bajo las disposiciones generales del derecho común, con las modificaciones o restricciones que establecen las leyes de comercio.

<sup>53</sup> El art. 221 del Código de Comercio y ley de enjuiciamiento, regulaba tres formas de contraer la compañía mercantil: a) En nombre colectivo, b) Compañía en comandita y c) Compañía anónima.

<sup>54</sup> Estas sociedades, hacían referencia en el interés que mostraban los comerciantes en las operaciones de unos y otros, con el fin de contribuir con el capital que ellos convenían para tales operaciones y, determinaban sin la necesidad de establecer una compañía formalmente.

El capítulo II, regulaba las compañías anónimas a partir del Art. 231, esta disposición establecía: “toda compañía anónima se constituirá por escritura pública otorgada por cinco personas, por lo menos, de las que suscriban acciones. En ellas se consignará el importe, número y clase de las acciones que tome cada socio.

El capítulo III, regulaba las sociedades en comandita a partir del Art. 302, y las clasificaba en sociedades en comandita simple y por acciones. El Art. 303 establecía la sociedad en comandita simple, formada por la reunión de un fondo suministrado en su totalidad por uno o más socios comanditarios y el Art. 304 regulaba que la sociedad en comandita por acciones, se constituía por un capital dividido en acciones o cupones de acción y suministrado por socios cuyo nombre no figura en la escritura social. El capítulo IV del Código de comercio de 1904, regulaba las sociedades cooperativas a partir del Art. 313, caracterizadas estas entidades, por la variabilidad del capital social e ilimitación del número de socios.

La legislación civil, también reguló las sociedades mercantiles, en el título XXVIII del actual Código Civil,<sup>55</sup> titulado “de la sociedad” el cual comprendía siete capítulos, desde el Art. 1811 hasta el Art. 1874. Sin embargo, estas disposiciones contenidas en las leyes civiles, quedaron derogadas por el código de comercio vigente,<sup>56</sup> que regula de forma más sistemática las sociedades mercantiles.

El Código Penal de 1973<sup>57</sup> derogado por el actual Código Penal de 1997<sup>58</sup>, ya

---

<sup>55</sup> Código Civil, Decreto Ejecutivo del 23 de agosto de 1859, Diario Oficial número 85, Tomo8, publicado el 14 de abril de 1860.

<sup>56</sup> Código de Comercio, Decreto Legislativo número 671, del 08 de mayo de 1970, Diario Oficial número 140, Tomo 228, publicado el 31 de julio de 1970.

<sup>57</sup> Código Penal Decreto Legislativo número 270, del 13 de febrero de 1973, Diario Oficial número 63, Tomo 238, publicado el 30 de marzo de 1973. (Derogado)

<sup>58</sup> Código Penal Decreto Legislativo número 1030, del 26 de abril de 1997, Diario Oficial número 105, Tomo 335, publicado el 10 de junio de 1997.

regulaba en el Art. 47 la responsabilidad penal de las personas naturales que estaban frente a la empresa, esta disposición establecía, “que en los delitos contra el honor, cometidos con abuso de la libertad de expresión, se consideran autores el dueño o empresario de la imprenta o el director o encargado del órgano periodístico o el propietario, gerente o administrador de la empresa televisora o radial o los encargados de los programas en su caso...”.

El Art. 38 del Código Penal, regula el actuar por otro, donde se sanciona a los directivos, representantes legales y administradores de una persona jurídica, que sean responsables de la comisión del delito, y la persona jurídica responderá civilmente y de acuerdo a criterios normativos se sancionará a la persona jurídica en sí misma con la disolución, en aquellos casos que se establezca que por medio de ella se han cometido ilícitos, no especificando hechos delictivos, pero si relacionados al financiamiento de actos de terrorismo.

En todo caso, el procedimiento es el establecido en el art. 349 del Código de Comercio, y 41 de la Ley Especial contra Actos de Terrorismo<sup>59</sup>, el cual literalmente establece que: “Cuando se comprobare que individuos que integran los órganos de administración o dirección de una persona jurídica o entidad privada, permitieren, colaboraren, apoyaren, o participaren en nombre o representación de las mismas, en la comisión de alguno de los delitos previstos en la presente Ley; se ordenará por el juez que conozca del caso, cualquiera de las sanciones o medidas siguientes contra la persona jurídica o entidad privada de que se trate: a) La imposición de multa de cincuenta mil a quinientos mil dólares. b) La disolución de la persona jurídica o entidad privada respectiva, librando oficio a la autoridad competente para

---

<sup>59</sup> D. L. No. 108 de fecha 21 de septiembre de 2006. D. O. No. 193. Tomo No. 373, de fecha 17 de octubre de 2006

que proceda. La resolución o decisión firme deberá ser publicada en cualquier medio de comunicación.

Por su parte, el art. 121 del mismo Código regula la responsabilidad civil subsidiaria especial en la que incurre la sociedad mercantil, por ilícitos que cometieron los socios, amparándose en el ente colectivo.

El Código Procesal Penal al respecto regula en el Art. 80 en su inciso tercero, la calidad de imputado y estipula lo mismo que el anterior código, atribuyendo siempre la calidad de imputado a las personas naturales responsables de cometer el hecho, pero volviendo nugatorio la incolumidad del ente societario por haber sido medio para cometer un ilícito según el art. 349 del Código de Comercio, y cualquier de los números clausus de la relacionada Ley Especial contra Actos de Terrorismo.

Por lo que se ha considerado necesario abordar históricamente, la delincuencia económica, debido a que las posturas pueden ser muy diversas respecto a las teorías o conceptualizaciones, que, para evitar confusiones, vamos a partir de fenómenos sociales conocidos como la “crisis moral” o de los “delitos civiles” ha sido propuesta principalmente desde la sociología. En ese sentido, es ineludible mencionar la influyente obra de Edwin Sutherland (1883-1950), en particular la que se inicia con su ensayo “Whitecollar criminality” de 1940, donde apareció por primera vez la denominación “delincuencia de cuello blanco”<sup>60</sup>

Al abundar sobre su real significado, Bajo y Bacigalupo resumen tres características esenciales para su definición: la comisión de un delito, el alto nivel social de la clase

---

<sup>60</sup> Sutherland, Edwin H. “White Collar Criminality”, en American Sociological Review, vol. 5, núm. 1, 1940, pp. 1-12.

a que pertenece el autor y la relación entre la infracción y la actividad profesional.

Sin embargo, advierten que cada autor añadirá aquellas otras que le parecen importantes a determinados efectos. Así, a las tres características mencionadas se han ido sumando otras, tales como: la lesión de la confianza, en el tráfico mercantil; el abuso de la credulidad o ignorancia de la víctima; la utilización de especial astucia por parte del autor para impedir su descubrimiento, bien porque presenta el hecho como lícito, bien porque impide por distintas razones la denuncia de la víctima; la conciencia de la ilicitud del hecho, pero no su trascendencia criminal; la creación de una imagen de honorabilidad; la pertenencia del autor a un sector de actividad económica, etcétera.<sup>61</sup>

Esta corriente, que también utiliza la expresión “*occupational crime*”, aleja, por supuesto, su preocupación del aspecto de clase que otros coligen de la delincuencia de cuello blanco, entendida como una forma más de explotación. En este concepto se incluirían no sólo la delincuencia de cuello blanco propia de clases de alto nivel social, sino también la llamada de “cuello azul”, referida a las actividades de profesionales obreros.<sup>62</sup>

Por su parte, la expresión “delincuencia de caballeros” (*Kavaliersdelikt*) se refiere a los delitos cometidos por personas de alto nivel social, aun cuando el hecho no tenga ninguna relación con su actividad profesional. Se trataría de delitos tales como el duelo, la tenencia ilícita de armas, infracciones de tipo automovilístico, etcétera.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> Bajo Fernández, Miguel y Bacigalupo, Silvina. Derecho penal económico, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, Colección ceura, p. 27.

<sup>62</sup> Ibidem. Pp. 462.

<sup>63</sup> Helfer, Christian. “Das Kavalierdelikt”, en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, núm. 50, 1967, pp. 175-192.

Si en la “delincuencia profesional” no es el elemento de la pertenencia a la clase social alta lo que la delimita sino el vínculo entre la infracción y la actividad profesional del autor, en la “delincuencia de caballeros” es todo lo contrario, de ahí que a nuestro entender se trate de una tipología demasiado abierta, que puede en disímiles casos deslindarse de la polémica que se centra en el binomio delincuencia de cuello blanco-delincuencia económica.

Partiendo de ese antecedente, debe quedar esclarecido el hecho de que la delincuencia económica es una especie de la de cuello blanco, cifrándose el carácter especial de la primera en que la actividad profesional consiste, precisamente, en una actividad de índole mercantil. Ello no impide, a nuestro entender, que debamos considerar entre la delincuencia de cuello blanco y la económica un área de convergencia, es decir, estaríamos en presencia de un delincuente económico y a la vez de cuello blanco cuando converjan en dicha persona las características de pertenencia a una clase social alta, y cometa una infracción vinculada a su actividad profesional, siendo ésta de índole mercantil.

A su vez, un delincuente de cuello blanco no necesariamente es también un delincuente económico, y viceversa. Ello se colige de la posibilidad cierta de que un individuo perteneciente a una clase social alta cometa una infracción vinculada a su actividad profesional, pero ésta no sea atentatoria contra la economía a la luz de los conceptos de delito económico.

Podríamos estar en presencia, en tal caso, de delitos oficiales, relativos a la corrupción, y no contra la economía propiamente dicha. Por otro lado, el delincuente económico, dígame quien comete un acto contra la economía, no tiene por qué pertenecer necesariamente a una clase social alta, y sin embargo con su actuar

provoca un detrimento a la economía como bien jurídico protegido por el derecho penal.

Para estos casos puede utilizarse el término “delincuencia profesional”, pero este último resulta limitado respecto al delito económico, mucho más amplio dado que no todo el que atenta contra la economía lo hace desde una profesión u ocupación concreta. Es preciso tener en cuenta, para entender esta línea de análisis, que en el hoy, el delito económico es más extenso, objetiva y subjetivamente. Existen, de hecho, delitos económicos que no dependen de que el infractor lo cometa desde su propia actividad profesional.

El proceso de construcción y solidificación del denominado Derecho penal económico abarca un período temporal que comienza en el último cuarto del siglo XIX y se asienta en la década del cuarenta del siglo XX. Las tres décadas posteriores traerán nuevas causas que fortificarán la posición de este específico sector de la material jurídico-criminal dentro de los ordenamientos legales del Derecho comparado.

Si bien existen múltiples antecedentes, la historia del siglo XIX nos demuestra que un Derecho penal económico, en sentido propio, sólo comienza a existir cuando aparece la necesidad política de una economía dirigida y centralizada.<sup>64</sup>

La primera causa que lo originó fue la transformación del Estado agrario al Estado liberal, y en la mayoría de nuestros países, no se advirtió la necesidad de regular el

---

<sup>64</sup> UGARTE VEGA CENTENO, MÁXIMO ALFREDO, “El Derecho penal económico como alternativa en la solución de los llamados delitos económicos empresariales” en *Gestión en el tercer milenio*, Revista de investigación de la Facultad de Administración, UNMSM, año 6, n° 12, Lima, diciembre de 2003, p. 1.

tráfico comercial, y la actividad económica empresarial, y es hasta mediados del siglo XIX aparece en escena la filosofía de KARL MARX. La dialéctica materialista se transforma, en el plano político, en la lucha del proletariado por su asunción al poder, en el devenir natural hacia la sociedad sin clases.<sup>65</sup>

Por último, las primeras décadas del siglo pasado estarán signadas por el nacimiento de ideas consustanciadas con la superioridad de razas o culturas humanas, terminando en el endiosamiento del Estado (nacionalsocialismo alemán) o del concepto Nación (fascismo italiano). El efecto será el nacimiento de los países de tinte totalitario y un Derecho penal más preocupado en la represión de hechos vinculados a la seguridad del Estado, la raza u otros ingredientes del absolutismo.

La necesidad de intervención del Estado se vio confundida en medio de ideas totalitarias y absolutas. Las alternativas existentes eran la instauración de un Estado intervencionista que, en la mayoría de los casos, terminó en un Estado autoritario (nacionalsocialismo o fascismo) o por el otro lado, las ideas marxistas que llevaban a la estatalización de los instrumentos de producción, distribución de los bienes jurídicos como al control del consumo de los mismos.

De todos modos, es aquí en donde comienza a vislumbrarse la necesidad de un Estado interventor en la Economía y el control de la producción, distribución y consumo de bienes. Con la exigencia de una posición activa se produce el primer paso hacia la actividad interventora del Estado en la Economía.<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> MARX, CARLOS, "Para la crítica de la «Filosofía del Derecho de Hegel»" en HEGEL, GUILLERMO FEDERICO, Líneas Fundamentales de la Filosofía del Derecho, trad. ÁNGELICA MENDOZA DE MONTERO, Claridad, Buenos Aires, 1937, p. VI.

<sup>66</sup> El 15 de mayo de 1891 la iglesia católica, durante el papado de León XIII, da a conocer la encíclica Rerum Novarum en donde se reconoce -aunque asentada en la teoría del Derecho natural- la existencia de derechos sociales del proletariado: derecho a una retribución justa, al descanso, a la

La expresión “Constitución económica” es relativamente reciente, porque no contenían más que escasas referencias al derecho de propiedad, dejando el resto de la vida económica al juego natural de las fuerzas del mercado.

Es la Constitución de Weimar de 1919 la que introduce en el ámbito constitucional una serie de disposiciones relativas al orden económico, fruto del concierto político entre liberales y socialistas. Con el estudio por parte de la doctrina alemana, de los aspectos económicos de la Constitución de Weimar, nace el llamado Derecho Constitucional Económico, expresión ya consagrada y de uso común en Europa, seguida de las constituciones italiana de 1947, la alemana de 1949, la portuguesa de 1976 y la española de 1978, inclusive en El Salvador, fue receptado por la Constitución de 1983.

Al respecto la Sala de lo Constitucional, ha establecido parámetros de que debe entenderse por el término acuñado, y así ha desarrollado líneas jurisprudenciales en la Inconstitucionalidad 150-2012, de las 14 horas y 34 minutos del 11 de octubre de 2013<sup>67</sup>, y es que ha establecido lo siguiente: “...la manifestación estrictamente individual de la propiedad, y por otro lado, el principio de la función social. Sin embargo, de la formulación del precepto analizado – art. 103 Cn. – se infiere que ambos elementos configuran el contenido del derecho de propiedad. Es decir, la fijación de los modos de ejercicio del derecho en cuestión no puede hacerse desde su exclusiva consideración subjetiva, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como límite externo a su definición o a

---

agregación, a la previsión social. Aparecen embrionariamente los derechos de grupos determinados de personas, el bien jurídico supraindividual. Asimismo, se propone la moderación en las cargas públicas y la equitativa distribución de los ingresos estatales, atendiendo a las necesidades de las clases proletarias.

<sup>67</sup> <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2013/10/A27C1.PDF>

su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo (Sentencia de 13-XII-2005, Inc. 8-2004)".

Dicho en otras palabras por Constitución Económica, el principio que ha desarrollado el tribunal constitucional salvadoreño es la "neutralidad del sistema económico", sobre ello ha establecido: "El constituyente no se decide expresamente por un sistema económico, lo que de ninguna manera puede entenderse como abstencionismo, pasividad o no intervención respecto del tema económico; contrario a tal razonamiento, neutralidad equivale a apertura -dentro de los límites establecidos en la misma Constitución- a todas las posibilidades que ofrecen las diferentes corrientes de pensamiento económico" (Sentencia de Inconstitucionalidad 9-2010, del 10 de abril de 2013).

A diferencia de la relación clásica entre Derecho penal y Criminología, en donde el Derecho penal brindaba la materia deóntica para el estudio empírico de la Criminología, el estudio de SUTHERLAND va a identificar empíricamente como delictivas un conjunto de conductas penumbrosas en cuanto a su calificación técnica, brindando así materia al Derecho penal.

Se pregunta si los hechos transgresores de las empresas son o no delitos y, en caso de serlo, por qué no se los considera así y por qué la criminología no los ha tomado en cuenta.

El autor descubre que las leyes analizadas (antitrust, falsa publicidad, relaciones laborales y patentes) son penales en un sentido más fundamental que las leyes penales clásicas, en tanto contienen como delitos medio el hurto, el fraude, coerción y su afectación sobrepasa el aspecto individual.

Asimismo, advierte que las mismas están dotadas de sanción penal, sin perjuicio de que las mismas sean novedosas en relación a las clásicas, atento el carácter de lo que se pretende proteger. Aquí nacen los criterios de identificación del delito con el delincuente de cuello blanco y la corrupción administrativa. Su carácter penal se oculta en procedimientos especiales diferenciales de aplicación de la ley a las corporaciones que minimiza el estigma del delito. En la sociedad primitiva el “delincuente” se identificaba con el “extraño”, mientras que en la sociedad moderna el estereotipo está limitado, en gran parte, a la clase socioeconómica más baja.

Se encuentra tres motivos de la aplicación diferencial de la ley penal para las grandes empresas: el status del hombre de negocios –el cual produce miedo y admiración y se encuentra unido homogénea y culturalmente con los legisladores, jueces y funcionarios (en la sociedad medieval se obtuvo inmunidad por el beneficio del clero; nuestro grupo más poderoso, la obtiene por el beneficio del negocio; sólo cuando utilizan métodos del delito similares a los de la clase socioeconómica más baja, los ejecutivos son condenados)–; la inclinación hacia el no castigo, la tendencia a no usar métodos penales y el resentimiento relativamente desorganizado del público hacia los delitos de cuello blanco (muchos de los delitos de cuello blanco sólo pueden ser apreciados por personas expertas en las ocupaciones en que ocurren, los medios de comunicación no expresan los sentimientos morales organizados de la comunidad y, por otro lado, pertenecen a los comerciantes o son controlados por ellos).

A pesar de los esfuerzos por demostrar la criminalidad de “cuello blanco”, no existe un cambio en la ideología judicial. Situación que abarca no solo a El Salvador, sino a los sistemas iberoamericanos.

En los últimos años la teoría de la estigmatización ha demostrado que el crimen es un comportamiento mayoritario, pero las chances de llegar a ser etiquetados se distribuyen de forma muy discriminatoria y selectiva. La negación de la igualdad se halla en la propia esencia de la metodología del *labelling approach*.

Por último, se ha caído a cuenta que el “autor socialmente adaptado” subyace – justamente a través de su adaptación profesional- en mecanismos que podrían ser resistentes contra esfuerzos preventivo-generales. La investigación de los delitos de cuello azul ha acreditado que en todos los casos en que las personas viven en subculturas criminales y mal socializadas realizan una asimilación normativa que debe ser tomada en consideración si se quiere hacer una afirmación sobre la motivación mediante normas o amenazas de pena.<sup>68</sup>

La resultante del choque de ideas liberales, marxistas y totalitarias será una conflagración ecuménica. La segunda guerra mundial pondrá de relieve las deficiencias de las tres ideologías: El Estado liberal, con su total falta de compromiso hacia el individuo carente de propiedad; el Estado socialista, despreocupado de la autorrealización del proletario; el Estado totalitario, causante de la anulación total del acceso del súbdito a la vida pública. A través de la Ley Fundamental alemana del 23 de mayo de 1949 nacerá un nuevo modelo de organización política: el Estado social y democrático de Derecho.<sup>69</sup>

A mediados de siglo XX se produce la definitiva sustitución del empresario individual

---

<sup>68</sup> HASSEMER, WINFRIED, “Prevención general y aplicación de la pena” en Principales problemas de la prevención general, trad. GUSTAVO ABOSO – TEA LÖW, B. de f., Buenos Aires – Montevideo, 2004, p. 71.

<sup>69</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho, Bosch, Barcelona, 1982.

por la persona jurídica en carácter de unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos. Tal circunstancia trae, por vía de enlace, la división dentro de la empresa entre quienes aportan el capital y quienes dirigen la empresa.

Los criterios de imputación quedan desfasados, lo cual torna indispensable la construcción de nuevos sistemas de imputación para los delitos comunes cometidos por los subordinados, la necesidad de enrostrar responsabilidad a los representantes del ente ideal y la propia responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La nueva realidad exige de una genuina responsabilidad de la persona jurídica. La realidad criminológica actual en materia de delincuencia económica revela una utilización masiva de la persona jurídica para llevar a cabo las infracciones delictivas o para facilitar su ejecución, con la particularidad añadida de la creciente internacionalización de esta clase de criminalidad.<sup>70</sup>

Aunque cabría pensar que la sistematización de un derecho penal económico se origina a partir de la crisis de 1929 o La Gran Depresión que tuvo como epicentros Europa y a Estados Unidos.<sup>71</sup>

#### **1.4. Evolución Histórica de la Administración Desleal**

Es posible encontrar algunos antecedentes aislados en la legislación romana, que

---

<sup>70</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, Derecho Penal Económico. Parte General, tirant lo blanc, Valencia, 1998, pp. 32 a 36.

<sup>71</sup> MARICHAL SALINAS, Carlos: Nueva Historia de las grandes crisis financieras. Una perspectiva global, 19873-2008. pp. 85 y ss.

preveía el *furtum* y *peculatus*,<sup>72</sup> si bien el primero hace referencia al que hoy se conoce como hurto, la tradición romana contemplaba una diferenciación conceptual relevante entre la sustracción básica material del objeto (*furtum rei*) y la apropiación o el “atraer hacia si” (*contrectatio*), que permitía abarcar otras modalidades de apoderamiento (*furtum usus, furtum possessionis*),<sup>73</sup> que eventualmente las cobijaría el abuso de confianza, y que posteriormente en Europa.<sup>74</sup>

Por los vacíos que se comienza a presentar frente a otras conductas irregulares de apropiación con ocasión de los inicios de la sociedad industrial, se comienza a pensar en un tipo penal que abarque específicamente la gestión desleal del patrimonio ajeno en aquellos casos en los que había malversación de recursos, pero no apropiación en estricto sentido de los bienes. Otro importante antecedente devenido de Roma es el *peculatus* o peculado que, si bien se contempla en la actualidad dentro de los delitos contra la administración pública, se trataba al igual que hoy de una malversación de los caudales públicos en manos de un funcionario del estado.

En la actualidad con la administración desleal se busca trasladar esa misma problemática de la malversación de recursos públicos como fenómeno de corrupción al ámbito privado. Pues si bien la conducta de malversación de recursos, se ha entendido como hurto o apropiación indebida, es en realidad una modalidad de administración desleal.

---

<sup>72</sup> BERNATE OCHOA, Francisco. VIRGUEZ ALVAREZ: Administración desleal y corrupción privada. Bogotá p. 605.

<sup>73</sup> TERRASA GARCIA, Antonio J: De la apropiación indebida a la administración desleal. pp. 381-409.

<sup>74</sup> FARALDO CABANA, P., Los delitos societarios, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 370.

Entrada la época contemporánea, algo después de mediados del siglo XIX en Francia se promulgó la Ley de 24 de julio de 1867, pieza legislativa y pionera en imposición de obligaciones con relación a las cuentas contables y su publicidad en sociedades comerciales, un antecedente que iría a marcando los primeros pasos en la construcción del derecho penal societario.<sup>75</sup>

Entrada la época contemporánea, algo después de mediados del siglo XIX en Francia se promulgó la Ley de 24 de julio de 1867, pieza legislativa y pionera en imposición de obligaciones con relación a las cuentas contables y su publicidad en sociedades comerciales, un antecedente que iría a marcando los primeros pasos en la construcción del derecho penal societario.<sup>76</sup>

El derecho francés incorporó el *abus des biens sociaux en el Code de Commerce*, los artículos L 241-3 para sociedades de responsabilidad limitada y L 242-6 para sociedades anónimas, describiendo una serie de normas sancionatorias que han sido fuente de inspiración en la construcción de los tipos penales de administración desleal de la actualidad, donde se castiga a los órganos societarios que hagan uso de los bienes y créditos de la sociedad o de sus facultades a sabiendas de que sus actuaciones son contrarias a los intereses sociales, aquello es castigado con pena de prisión y sanción pecuniaria.<sup>77</sup>

Por otra parte, y siguiendo esa misma línea, el artículo 2634 del Libro V, Título XI del Codice Civile italiano de 1942 (reformado en 2002) sobre infidelidad patrimonial – *infedeltà patrimoniale* –, que impone consecuencias penales, reza así:

---

<sup>75</sup> TERRADILLOS BASOCO, Juan M<sup>a</sup>: Derecho penal de la empresa. p. 76.

<sup>76</sup> *Ibidem* P. 77.

<sup>77</sup> BERNATE OCHOA, Francisco. Ob. Cit. p. 605.

“Los administradores, directores generales y liquidadores, quienes, teniendo un interés que entra en conflicto con el de la empresa, a fin de obtener un beneficio injusto u otra ventaja para ellos mismos o para otros, realicen o contribuyen a actos deliberados de disposición de bienes sociales, causando intencionalmente a la empresa un daño material, son castigados con prisión de seis meses a tres años.”  
–traducción propia–.

El artículo 295,<sup>78</sup> derogado, del Código Penal español seguía los modelos anteriores de Italia y Francia sobre administración desleal, pero recientemente con la reforma introducida por la Ley Orgánica de marzo 01 de 2015 se modificó sustancialmente el delito, pasando de ser un delito societario a ser un delito exclusivamente patrimonial, consignado ahora en el artículo 252 en el capítulo VI de las defraudaciones, y en cuanto a su redacción muy semejante al *Untreue* del artículo 266 del StGB –Código Penal alemán–, que remonta su redacción actual al inicio del régimen nacionalsocialista en la *Strafrechtsnovelle* del 26 de mayo de 1933<sup>79</sup>, y se considera tal vez el arquetipo u origen de la administración desleal en el sentido moderno, y a su vez ha sido el modelo adoptado por países como Austria, Suiza,

---

<sup>78</sup> “Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triple del beneficio obtenido”.

<sup>79</sup> Con la Ley alemana del 26 de mayo de 1933, se buscó la polémica indeterminación del § 266 StGB para imponer ampliamente en el Derecho penal patrimonial la concepción de delito como “ruptura de la fidelidad con la comunidad”, dotándose al tipo de una naturaleza político-económica, amparada en principios del nacionalsocialismo. Cfr. NAUCKE, Wolfgang: El concepto de delito económico-político: una aproximación. p. 91.

Portugal, Grecia, los países escandinavos y recientemente España con la polémica reforma penal del año 2015.<sup>80</sup>

La reforma en España surgió como respuesta a los clamores de la doctrina sobre la necesidad de un tipo penal que no solo se circunscribiera o limitara al ámbito societario y, por el contrario, abarcara supuestos genéricos de administración desleal, toda vez que estas conductas no solo se producían en el seno de las sociedades comerciales,<sup>81</sup> y de igual forma solucionar la compleja relación que existía con el abuso de confianza, tal como ha operado en Alemania, pues el *Untreue*,<sup>82</sup> –o infidelidad–, que consagra dos modalidades de gestión desleal de patrimonio bastante generales y amplias, ha generado controversias desde el siglo XIX tanto en sede de constitucionalidad como en el plano dogmático, pues se afirmaba que iba en contravía al principio de legalidad –*nullum crimen, nulle poena, sine praevia lege*– del §1 del StGB.

No obstante, su constitucionalidad se ha declarado preservada entendiendo que aquel artículo no debe entenderse en un sentido determinado sino determinable, siendo objeto de altos condicionamientos constitucionales y juiciosos estudios dogmáticos que limitan su alcance. Debe tenerse en cuenta que, el tipo penal alemán abarca en el primer inciso el abuso de facultades conferidas y en el segundo inciso

---

<sup>80</sup> BERNATE OCHOA, Francisco y Otro. Ob Cit. El delito de administración desleal en la legislación penal colombiana. p. 486.

<sup>81</sup> MOYA JIMENEZ, Antonio: La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas. p.146.

<sup>82</sup> Abuso de confianza (1) Quien abuse de las facultades que se le otorgan por medio de la ley o por un encargo de autoridad o por el negocio jurídico, para disponer sobre un patrimonio ajeno o para obligar a otro; (2) o quien lesione el deber que le incumbe de salvaguardar los intereses patrimoniales ajenos derivados de la ley o de encargo de autoridad o por negocio jurídico o por una relación fiduciaria, y con ello infrinja desventaja a la persona cuyos intereses él debe cuidar, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa. Traducción de: LOPEZ DIAZ, Claudia: Código Penal alemán (StGB). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

la infidelidad respecto al patrimonio. La administración desleal en el derecho alemán se circunscribe a los dos tipos que se conocerían en Colombia como abuso de confianza (*Missbrauchstatbestand*) y administración desleal (*Treubruchstatbestand*).<sup>83</sup>

El tipo penal alemán sanciona a aquel sujeto que, abusando de las facultades otorgadas por ley, contrato o mandato ocasione un perjuicio económico al patrimonio ajeno; y también al administrador que vulnera el patrimonio económico en virtud de un deber de fidelidad.

Este segundo inciso del artículo 266 alemán, fue precisamente lo que dio lugar a los cuestionamientos frente al principio de legalidad, pues consagrar una violación a un deber genérico de fidelidad fue considerado como lo indeterminado de la norma; no obstante, la principal virtud de la ciencia penal alemana ha sido determinar la *ratio legis* de los tipos penales a partir de la ley positiva, sugiriendo soluciones y señalando sus límites con un alto grado de elaboración conceptual,<sup>84</sup> de allí que pueda elogiarse el equilibrio y armonía propios de la ciencia jurídico penal alemana.

La dogmática penal ha logrado un nivel de desarrollo importante, donde se ha avanzado y superado muchos de los problemas metodológicos clásicos que han planteado el derecho penal y la teoría jurídica del delito. Sin embargo, quedan al margen diversas cuestiones relativas a la modernización del Derecho penal y su parte especial, por lo que la misma ciencia penal ha migrado a otros ámbitos de

---

<sup>83</sup> Los países de tradición continental que conciben en la actualidad un tipo genérico de administración desleal de doble estructura o de abuso de poderes manifestados al contraer obligaciones excesivas tanto para el mandante como para la gestión desleal se puede ver en: El § 266 StGB alemán, el §153 StGB austriaco, el art. 159 del CP suizo y el art. 224 del CP portugués. BACIGALUPO, Enrique: Los delitos societarios en el nuevo Código Penal. p. 424.

<sup>84</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal? pp. 140-161.

estudio, ya sea por necesidad dogmática, significación práctica o relevancia social, siendo uno de ellos, el derecho penal económico, dentro del cual a su vez se desprende el derecho penal de la empresa y el conjunto de delitos societarios. El derecho penal económico puede considerarse en palabras de Schünemann como un tema actual e imperecedero; importante hoy y mañana.<sup>85</sup>

Su vigencia se fundamenta en la medida en que los delitos económicos, plantean cuestiones de técnica y de deberes jurídicos extrapenales,<sup>86</sup> que han ido requiriendo una actualización incesante de la dogmática, en contraposición a lo que podría pensarse frente a los impulsos o pasiones que caracterizan a los delitos clásicos que atentan contra bienes jurídicos personalísimos; donde el concepto de delito contra el patrimonio económico trasciende su significado tradicional, adoptando un alto grado de tecnicismo y específica concreción.

En palabras de Jaén Vallejo: “Junto a la denominada delincuencia clásica, referida a objetos perceptibles sensorialmente como es el caso de los delitos de asesinato, homicidio, lesiones, robo, etc., llamados delitos visibles, han ido surgiendo a lo largo del tiempo nuevas conductas delictivas, entre las que, sin duda, las que mayor importancia tienen son las relacionadas con el llamado Derecho penal económico”.<sup>87</sup>

Lo anterior, refleja sin duda, la aparición de la denominada criminalidad de cuello blanco –*white collar crime*–, término acuñado y desarrollado por Edwin Sutherland

---

<sup>85</sup> SCHUNEMANN, Bernd: Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio: Tecnos: Madrid, 2002. p. 9.

<sup>86</sup> Bien lo explica el jurista italiano Massimo Donini en referencia al Derecho penal económico, pues los delitos socioeconómicos reenvían a muchas fuentes extrapenales a través de normas penales en blanco o elementos normativos para determinar las conductas relevantes, como se verá a partir del segundo capítulo. Cfr. DONINI, Massimo: ¿Una nueva edad media penal? p. 203-204

<sup>87</sup> JAEN VALLEJO. Manuel: Derecho penal y sociedad moderna. p. 115.

en su teoría de la asociación diferencial.<sup>88</sup>

---

<sup>88</sup> REYES ECHANDIA. Alfonso: Criminología. p. 201

**CAPÍTULO II.**  
**MODELOS DE REGULACIÓN DE LOS DELITOS DE ADMINISTRACIÓN**  
**FRAUDULENTE, APROPIACIÓN O RETENCIÓN INDEBIDAS Y LA CONDUCTA**  
**DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN EL ÁMBITO SOCIETARIO**

Sumario. 2.1 Aspectos jurídico-políticos relevantes respecto a los delitos de Administración Fraudulenta, Apropiación o Retención Indevida y la conducta de Administración Desleal en el ámbito Societario. 2.2 Normativa internacional marco respecto a los delitos cometidos en el ámbito societario. 2.2.1 Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción. 2.2.2 Convención Interamericana Contra La Corrupción. 2.2.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos. 2.3 Influencia de Regulación normativa de la conducta de Administración Desleal. 2.3.1 Código Penal Español. 2.3.2 Código Penal Peruano. 2.3.2 Código Penal Federal de Los Estados Unidos Mexicanos. 2.4 Referentes jurisprudenciales en El Salvador: La Administración Societaria, la Administración Fraudulenta y la Apropiación o Retención Indevidas desde la Perspectiva Jurisprudencial. 2.5 Conducta de Administración Desleal. 2.5.1 Bien Jurídico protegido. 2.5.2 El deber de Lealtad. 2.5.3 El exceso de Facultades del Administrador.

**2.1. Aspectos jurídico-políticos relevantes respecto a los delitos de Administración Fraudulenta, Apropiación o Retención Indevida y la conducta de Administración Desleal en el ámbito Societario**

La intervención del Estado a través del Derecho Penal se vuelve cada vez más vinculante a la realidad económica actual, debido a la ausente regulación de las actividades económicas, de los entes societarios anónimos, propia de la regulación de los actos del comercio y de la costumbre de los comerciantes, lo cual los hace autorregulados, y por ello es que surge el debate en torno a la necesidad a la que debe responder este Derecho, de forma que no abandone su carácter de *última ratio*.

Considerar cuál es el punto de partida para establecer el límite para determinar indicadores que definan qué acciones derivadas del ejercicio económico deben ser sancionadas a través de la vía penal es difícil. Incluso tomando como referente el Derecho comparado, y muy especial el referente de la legislación española, la cuestión no deja de ser controvertida, ya que “el Derecho penal de los negocios deberá adaptarse al sistema económico existente en cada país”,<sup>89</sup> o a cada mercado integrado, como podría ocurrir en el caso de la Unión Europea, donde parte de la regulación económica está encomendada a dicho ente al que los Estados miembros le han atribuido tales competencias.

La tipificación de las conductas ilícitas surgidas en el ámbito de las sociedades mercantiles, podrían alertar la aparejada neutralidad de la autorregulación con el objetivo de evitar que ciertos sujetos económicos (personalizados en administradores desleales) se aprovecharan de la legislación tradicional para cometer determinados actos.

Éstos, que en su mayoría son personas que cuentan con una gran capacidad para llevar a cabo confabulaciones de todo tipo, encaminadas a obtener lucros ilícitos, ya que podrían encontrarse conscientes de que existía una laguna de punibilidad que podrían aprovechar en caso de ser indilgados para no ser procesados penalmente.

Bajo la propia experiencia personal, de las actuaciones judiciales, para la mayoría de Tribunales salvadoreños, la **“ausencia de controles internos”** en las

---

<sup>89</sup> CARIOLI MARTÍNEZ, M., “La imprescindible tensión dinámica entre el Derecho penal económico y la política criminal”, Nuevos desafíos en el Derecho penal económico (dirigido por CARIOLI MARTÍNEZ, M.), Buenos Aires, B de f, 2012, pág. 102.

actividades económicas de las sociedades mercantiles, permite a los justiciables realizar operaciones que podría catalogarse como una administración fraudulenta,<sup>90</sup> pero cuando se ha confiado la administración de la entidad mercantil a terceros que no forman parte del banco o registro de socios, que en ocasiones son otras sociedades a través de sus representantes quienes ejercen el gobierno de la sociedad, esa falta de controles internos puede ser intencional, o en su caso para el delito de Apropiación o Retención Indebidas el “**justo título**” como el elemento fundamental de derivación de la obligación de devolver la cosa que se tiene legítimamente, podría verse alejado de una conducta reprochable, ya que posteriormente se trasladó esa responsabilidad incluso sin la necesidad de un documento escrito, dado que la legislación no brinda una definición de título que es el antecedente jurídico, o el hecho que sirve para constituir o transferir el dominio. El antecedente en el que se funda el dominio o la posesión (en algunos casos, aun cuando el título es apto, por diversas razones no transferirá el dominio, más siempre habilita para comenzar a poseer, como en el caso de las compañías que delegan a las personas físicas el manejo de cobros, cuentas corrientes y liquidación de deudas o cuentas por pagar.

Por ejemplo, son títulos válidos el de depósito, salvo el depósito irregular, la administración, el préstamo, salvo el ya mencionado -dominio-, y todos los demás que cumplan los requisitos dichos.

El título por el que se recibe la cosa mueble ha de originar una obligación de entregar o devolver la cosa mueble, o darle un determinado destino, caben según la

---

<sup>90</sup> Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro; Sentencia de Apelación de las catorce horas con cuarenta minutos del diecinueve de septiembre de dos mil diecinueve. Referencia 448-2018

jurisprudencia internacional, no sólo títulos que se han mencionado, sino también aquellas relaciones jurídicas, de carácter complejo o atípico que no encajan en ninguna categoría concreta de las establecidas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, es decir que se origine la obligación de entregar o devolver, por lo que se afirma que los títulos señalados por la ley no son **numerus clausus**. [SS.T.S. 1998/94, de 5-11:955/97, de 1-7 y S.T.S. 1311/2000, de 21-7 (Código Penal, 68 edición 2001, Comentarios y Jurisprudencia, editorial Colex, Madrid, pág.681)].<sup>91</sup>

Es más grave aún, cuando se considera que existe una amplia gama de posibilidades, que explica que los elementos que constituyen el tipo penal que el núcleo de la conducta o actividad está integrado, por el recibimiento del dinero o cualquier otra cosa mueble en virtud de cualquier contrato de depósito, comisión o administración o por otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, con los que se sigue el criterio de **numerus apertus**, poniéndose de relieve el carácter objetivo de este condicionamiento, aunque sirva de base a la fundamentación del delito el quebrantamiento del abuso de confianza que el acto lleva intrínsecamente.<sup>92</sup>

De este modo, al verificar el contenido de los denominados “delitos de cuello blanco”,<sup>93</sup> requiere acudir al Derecho Penal con el objetivo de incluir en el Código la tipificación de determinadas actuaciones surgidas en el ámbito relaciones modernas

---

<sup>91</sup> Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro. Apelación de las quince horas con cincuenta minutos del día veintiuno de agosto del año dos mil trece. Referencia 166-12-4.

<sup>92</sup> *Ibidem*.

<sup>93</sup> Reciben esta calificación debido al libro de SHUTHERLAND denominado “El delito de cuello blanco” que se publicó por primera vez en Nueva York en 1949 y que refleja un estudio que se hizo sobre los delitos cometidos por los poderosos en una época en la que EE.UU. estaba sumida en altos niveles de corrupción.

y complejas que demandan por su carácter ciertos estándares de vigilancia y punición también en el ámbito privado, que aunque es una derivación de la política criminal atañe al contenido y disposición del ejercicio de las facultades de la administración de las sociedades mercantiles.

Frente a esta realidad, se pretende encuadrar en nuestra legislación las conductas llevadas a cabo únicamente en perjuicio de la sociedad y no de los integrantes de la misma. Ya que estos institutos provienen en su mayoría del Derecho romano, es decir, de un sistema económico rudimentario que presenta como notas características el libre intercambio y al comerciante como un sujeto individual,<sup>94</sup> sin invasión por parte del Estado para controlar las actividades de las personas en el ámbito societario, situación que podría volverse contraria a los principios del orden económico constitucionalmente hablando, y es que la ampliación de las conductas del ámbito meramente patrimonial de la sociedad puede trascender al orden socioeconómico para lograr una protección efectiva derivada en la tutela de los derechos de los socios o accionistas y trabajadores, entre otros.

En la misma línea, la profesora Faraldo Cabana añade que la autonomía del Derecho Penal no significa que éste sustituya las funciones que tienen encomendadas otras ramas del ordenamiento jurídico.<sup>95</sup>

Por su parte, Del Rosal Blasco afirma que “el Derecho penal societario no es una rama meramente complementaria de la regulación mercantil en la materia. El Derecho penal no pierde su autonomía a la hora de definir sus presupuestos y de

---

<sup>94</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Madrid, Civitas, 1996, pág. 19.

<sup>95</sup> FARALDO CABANA, P., *Ob. Cit. Los delitos societarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 101.

establecer sus propias consecuencias jurídicas”.<sup>96</sup>

Lo cierto es que, de un modo u otro, la constatada autonomía del Derecho penal para configurar sus efectos debe responder a tres cuestiones: “modo, calidad y cantidad”,<sup>97</sup> pues en el caso de no hacerlo se consideraría al Derecho penal como un invasor del Derecho privado mediante la extralimitación del *ius puniendi*.

Algunos autores, examinando los delitos societarios de forma separada, y sin abandonar la temática de la regulación mercantil o penal sobre actos controvertidos que surgen en el ámbito societario, nos cuestionamos si sería más apropiado que estos delitos estuvieran regulados a través de una Ley especial. Lo cierto es que no hay establecido ningún criterio que dote de más importancia al Código Penal que las mencionadas Leyes especiales, pero sí es incuestionable que los preceptos contenidos en el primer grupo son los que verdaderamente cuentan con mayor presencia, no ya solo por ser más conocidos también por ser los que realmente despiertan el interés de la sociedad al ser considerados como propiamente penales.

El legislador ha intentado borrar así “la imagen falsa” que entiende que los delitos societarios “son puramente ilícitos mercantiles”, pretendiendo con la inclusión de estas conductas ilícitas en el Código Penal no restarle la importancia que le hubiera arrebatado al englobarlos dentro de una Ley específica, aun teniendo en cuenta que por la cambiante realidad social a la que responden hubiera sido mejor no enmarcarlos dentro de una normativa estática.<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup> DEL ROSAL BLASCO, B., Los delitos societarios en el Código Penal de 1995, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pág. 49.

<sup>97</sup> MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., Derecho penal. Parte general, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pág. 79.

<sup>98</sup> FARALDO CABANA, P., Los delitos..., óp. cit., págs. 42 y ss.

En España por ejemplo se incluyen dentro de los delitos societarios, y se hizo necesaria la figura de la **administración desleal o fraudulenta** con el fin de suplir las deficiencias con las que contaba el ordenamiento punitivo. Se trataba en definitiva de tipificar una conducta que cada vez era más habitual y que dejaba de encajar dentro de los delitos tradicionales a través de los que anteriormente se habían sancionado este tipo de actos, como la estafa o, en la mayoría de los casos, la apropiación indebida.<sup>99</sup>

Sequeros Sazatornil, con el objetivo de facilitar la comprensión del sentido del ilícito, se ocupa de esta cuestión recopilando las conductas más frecuentes que revestían las características típicas del delito de administración fraudulenta; cita las siguientes:

- El uso de fondos sociales por los administradores en beneficio propio.
- La compraventa de bienes a precio distinto del estipulado de forma real.
- El empleo de recursos sociales para atender a los gastos personales de los administradores.
- La asignación de comisiones por parte de la sociedad administrada a sus administradores o su percepción directa por éstos o por sociedades vinculadas o controladas por ellos.
- El conocimiento de dividendos ficticios o no distribuibles.
- La ausencia de devolución de cantidades entregadas a cuenta para la construcción y adquisición de vivienda en los supuestos de inexecución de lo pactado.
- La constitución de garantías reales sobre bienes de la sociedad en garantía

---

<sup>99</sup> MATA MARTÍN, R. M., “Delitos societarios: administración desleal y demás figuras delictivas”, Empresa y Derecho penal I (dirigido por DEL ROSAL BLASCO, B.), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pág. 340.

con el cumplimiento de obligaciones ajenas a los intereses sociales.<sup>100</sup>

Ante esto, resultaba evidente que la redacción del nuevo precepto no podía abarcar de forma específica, todas y cada una de las conductas que podrían caracterizar el ilícito; pero sí establecer unos límites dentro de los que el juzgador puede moverse para enjuiciar tales hechos. Esta necesidad culminó con la inclusión en el Código Penal de España en 1995 del precepto específico que sanciona la administración desleal en el ámbito societario y que obedecía a la demanda que en reiteradas ocasiones había llevado a cabo la doctrina y la jurisprudencia,<sup>101</sup> de forma general, ambas compartían la existencia de una necesidad tanto político-criminal como dogmática de la criminalización de determinadas conductas societarias.<sup>102</sup>

Cuando se alude a la necesidad político-criminal la doctrina se refiere a la intervención del Derecho Penal a través de una figura que protegiera el patrimonio individual y al orden socioeconómico en general.<sup>103</sup>

La inclusión de un precepto que quedara configurado no como un delito socioeconómico sino como un delito patrimonial, es decir, como un delito de administración desleal del patrimonio ajeno entendido de forma genérica y que afectara al orden socioeconómico. Así, el delito de administración desleal no quedaría limitado únicamente al ámbito social, sino que sería entendido ampliamente, para así evitar problemas que pudieran surgir posteriormente.

---

<sup>100</sup> SEQUEROS SAZATORNIL, F., *Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*, Madrid, La Ley, 2006, pág. 972.

<sup>101</sup> Confróntese las Sentencia del Tribunal Supremo Español STS de 23 de junio de 1973 (RJ 2896); 17 de marzo de 1981 (RJ 1184); y 2 de abril de 1993 (RJ 3016).

<sup>102</sup> ROCA AGAPITO, L., "Delitos societarios", *Derecho penal español. Parte especial II* (dirigido por ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pág. 707.

<sup>103</sup> LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, Madrid, Dykinson, 2011, pág. 210.

Por otro lado, cuando la doctrina se refiere a la necesidad dogmática, se entiende como la necesidad de tipificar la administración desleal para llevar a cabo una separación entre ésta y otras dos figuras con características similares, pero no de tal semejanza como para poder enmarcarse conjuntamente.

Las conductas típicas que englobaban contenidos diferentes que no eran merecedores de ser sancionados de igual manera<sup>104</sup>. De un lado, el delito de estafa distaba de forma considerable de las conductas ilícitas de administración fraudulenta. No existe en estas últimas el requisito de la estafa del “engaño previo” pues, entre los sujetos hay una relación de confianza sobre la que supuestamente se sustenta el funcionamiento de la sociedad.

De igual manera, será necesario en el delito de estafa que la persona que lleva a cabo el engaño realice la disposición patrimonial de forma que cause un perjuicio directo, mientras que en el delito de administración fraudulenta el sujeto que lleva a cabo la conducta tiene capacidad de forma lícita de disponer de los bienes de la sociedad, causando un perjuicio que en muchos casos es difícil precisar.<sup>105</sup>

De otro modo, el delito de apropiación indebida trae aparejado mayores problemas de individualización, en todo caso, considero que la necesidad político- criminal, se encuentra en un escalón superior a la necesidad dogmática. La inclusión del precepto de administración desleal dentro del Código Penal debe atender en primer lugar a una exigencia social, de forma que el delito sea entendido como una solución al aumento de controversias que han surgido por efecto de estas conductas.

---

<sup>104</sup> MATA MARTÍN, R. M., “Delitos...”, óp. cit., pág. 340.

<sup>105</sup> STS de 2 de enero de 2004 (RJ 8091), donde observamos un caso de estafa en el ámbito interno de una sociedad.

Así parece, a las alusiones concretas a las figuras afines a la administración desleal, que eran explícitas en la Exposición de motivos del Proyecto de Código Penal de España en 1992,<sup>106</sup> desaparecieron cuando se llevó a cabo de forma definitiva la inclusión de los delitos societarios dentro del Código Penal (1995), hasta su última reforma del año 2015,<sup>107</sup> que volvió de ser un delito societario e independiente a uno patrimonial.

Pero lo cierto es, que el punto de partida en cuanto a la intervención del Derecho penal en el ámbito empresarial, la incorporación de los delitos societarios al Código Penal de 1995, y más concretamente del delito de administración desleal dio lugar a diversas opiniones hasta su reforma. Los poderes públicos habían recorrido un camino tortuoso que culminaba con la redacción de un precepto que, apesar de no agradar a la mayor parte de la doctrina, sí la hizo coincidir en su importancia.

Y es que se deja a la Administración Desleal, dentro de los delitos patrimoniales, referido este dentro del patrimonio ajeno, así cualquiera puede ser víctima, no solo el ente societario, y es que por sistemática protege el patrimonio en general, a todo aquel que confiere la administración de su patrimonio, o a aquel que ha detentado su patrimonio bajo administración de otro, por decisión o por orden de autoridad, sancionándose las extralimitaciones en el ejercicio de las facultades de disposición de un patrimonio ajeno, obligando a que el administrador desempeñe su cargo con la diligencia de un ordenado hombre de negocios, como empresario y con la lealtad

---

<sup>106</sup> Exposición de motivos del PCP 1992: “las figuras comunes de estafa, apropiación indebida y falsedad documental no siempre son aplicables a las peculiares prácticas fraudulentas que pueden producirse en una sociedad mercantil, y ello porque la relación bilateral que en aquellos tipos comunes se aprecia con nitidez, no se presenta con la misma claridad en el ámbito societario”.

<sup>107</sup> El delito de administración desleal pasó de tipificarse en España, como un delito Societario, regulado anteriormente en el artículo 295, a un delito contra el Patrimonio en el artículo 252 del Código Penal Español, la cual entró en vigor el 1 de julio de 2015.

de un fiel representante, en interés de su administrado.

La reforma aprovecha para delimitar con mayor claridad los tipos penales de administración desleal y apropiación indebida, tipificando la conducta desleal a que quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete delito de Apropiación Indebida.

Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie; por ello, quien recibe otro dinero o valores con facultades para administrarlos, y realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, perjudicando de este modo el patrimonio del administrado<sup>108</sup>, comete el delito de Administración Desleal.

De este modo, Gómez Benítez consideró de forma concreta a la administración desleal como el auténtico delito societario.<sup>109</sup> Ésta es una concepción que entiende el delito que se analiza sobre el que se construyen los demás ilícitos cometidos en el ámbito de las sociedades; esta postura se justifica a través de la necesidad

---

<sup>108</sup> “...las alegaciones realizadas son totalmente insuficientes para desvirtuar las pruebas practicadas, habida cuenta de que en modo alguno se acredita que los ingresos en las cuentas bancarias del acusado, relativos a la actividad de la sociedad, fuese puesto en conocimiento del resto de los socios, y que finalmente revertisese en aquella, así como el incumplimiento de las obligaciones tributarias... La actuación del acusado en relación con la sociedad resulta totalmente anormal, puesto que no existe motivo que justifique el ingreso en sus cuentas bancarias personales los beneficios obtenidos como consecuencia de la actividad empresarial de reparación de automóviles y recambios, lo cual implica necesariamente implica una actuación en perjuicio de la sociedad, así como la ocultación del impago del IVA relativo al año 2009...” (Sentencia Provincial de Burgos, España, del 14 de febrero de 2018, Rollo de Apelación N° 65/18).

<sup>109</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., “Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socioeconómico y el patrimonio en el proyecto de 1980 de Código Penal”, Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, Tomo XXXIII, crónica legislativa, fasc. 2, mayo-agosto, 1980, pág. 477.

político-criminal y dogmática reflexionada, donde no cabría lugar a dudas en torno a la valoración de esta figura como el más importante de los delitos societarios.<sup>110</sup>

Además, a pesar de sus deficiencias, puede ser calificada como la más completa, al acaparar a través de las cuestiones concursales a los demás delitos societarios, así como al ampliar el número de los sujetos que pueden cometer los hechos encuadrados en la acción típica.

Así, Queralt Jiménez colma de elogios a este precepto considerando no solo la gran novedad que el mismo supone sino también tomándolo como la figura principal dentro de los delitos societarios,<sup>111</sup> llegando a determinar que las demás conductas que forman este ámbito que protege los intereses de la sociedad y en consecuencia los de los miembros en ella integrados son simplemente “tributarias de esta capital infracción”.<sup>112</sup>

Además, propone sancionar esta conducta como un delito grave, situándose al lado de aquellos que se han mostrado reacios a aceptar una sanción menor que la ofrecida por la apropiación indebida. Esta línea, considera por ende la administración fraudulenta como una “conducta grave y peligrosa”.<sup>113</sup>

Situación que ha sido retomada por los Tribunales de Segunda Instancia salvadoreños, y es que todo lo que tenga que ver con la administración desleal de

---

<sup>110</sup> RÍOS CORBACHO, J. M., “Delitos societarios”, Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal, Tomo IV (dirigido por TERRADILLOS BASOCO, J. M.), Madrid, Iustel, 2012, pág. 142.

<sup>111</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., Derecho penal español. Parte especial, Barcelona, Atelier, 2011, pág. 589.

<sup>112</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., Derecho..., óp. cit., pág. 589.

<sup>113</sup> JUFRESA PATAU, F., y MARTELL PEREZ-ALCALDE, F., Delitos societarios, de la receptación y contra la Hacienda Pública (dirigido por GANZEMULLER ROIG, C., ESCUDERO MORATALLA, J.F., y FRIGOLA VALLINA, J.), Barcelona, Bosch, 1998, pág. 168.

una sociedad mercantil, se trata de una administración fraudulenta, sin analizar otros elementos diferenciadores de la conducta.

Al respecto la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, determino lo siguiente: "...De conformidad con lo anterior, de acuerdo a la clasificación de los tipos penales, atendiendo a los elementos de la acción referida y al criterio jurisprudencial, el delito de Administración Fraudulenta se clasifica como un delito de resultado, ya que se detecta un efecto [perjuicio patrimonial] separable espacio-temporalmente de la conducta [la administración desleal o fraudulenta], sin embargo, en algunos casos podría tratarse de un ilícito de pluralidad de acciones, que puede estar integrado por varios actos de deslealtad o defraudación, por lo que no podría sostenerse que cada uno de esos actos constituya delitos independientes...".<sup>114</sup>

Partiendo de estas premisas, y atendiendo al distinto grado de conocimientos que en la práctica pueden concurrir, cabe distinguir entre algunas situaciones posibles:

**a)** En primer lugar, aquellos casos en los que el administrador es consciente –plena o eventualmente– de que está llevando a cabo (o colaborando) una conducta típica. Por ejemplo, cuando dicho sujeto realiza un engaño hacia quien realiza un encargo, o una encomienda, una gestión a otro, el cual finalmente lo perjudica -en este caso ante la entidad societaria-, aprovechándose de la confianza depositada en él. El ejemplo no es propio de los supuestos del delito de apropiación o retención indebidas, es una afirmación propia del suscrito, por lo que es una circunstancia que

---

<sup>114</sup> Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, Sentencia de Apelación de las diez horas cincuenta y dos minutos del veintisiete de octubre de dos mil diecisiete. Referencia 373-2017.

podría considerarse atípica, para determinar que el sujeto pueda representarse como autor o partícipe en el correspondiente delito o simplemente se proyecta la posibilidad de estar contribuyendo al hecho delictivo de una apropiación retención indebida, cuando desvía fondos indebidamente, y ahí uno de los primeros problemas de identificación.

**b)** La situación opuesta se presenta cuando el administrador hace uso de su legítimo derecho, a veces en maneras equivalentes por la praxis normal de la actividad empresarial, haciendo una sustracción en la que la asamblea general ordinaria de accionistas, los socios, a través de la junta de directores o junta directiva, pierde la posibilidad de ejercer actos de dueño sobre esta. Por ejemplo, al momento de celebrar junta general ordinaria de accionistas se presenta un informe de auditoría interna y externa, sin observaciones, donde las utilidades son muy mínimas en el ejercicio económico, por el pago de comisiones y gastos varios exorbitantes que no son útiles para el sostenimiento de la fuente de ingresos o negocio, y que pasan desapercibidas en el informe, lo cual se refleja en las utilidades por ejemplo, considerándose una acción fraudulenta, por consiguiente un ánimo de apropiación, el problema es distinguir en qué momento se produce si antes o después que la cosa ya estaba legítimamente en poder del sujeto activo del delito.

En todo caso, si objetivamente se le considera ejecutor del delito, para evitar la total impunidad del hecho habrá que acudir a establecer en que tipo penal se ajusta la conducta típica de administración desleal, y en qué consiste la misma, para establecer si esas acciones no forman parte del catálogo de ilícitos más habitualmente perpetrados a través de sociedades mercantiles, es decir, de aquellos delitos en los que normalmente alguien pueda imaginarse estar interviniendo cuando accede a figurar como administrador.

Y es que lo que interesa, desde una perspectiva dogmática atribuir responsabilidad a unos sujetos que, en el momento de prestar su contribución al hecho típico, saben positivamente que están contribuyendo a una conducta antijurídica (incluso con consciencia de una antijuricidad) sólo por la circunstancia de que dicho conocimiento no haya llegado a concretarse en la representación de los elementos del particular tipo delictivo efectivamente realizado.

Se trata de un caso ciertamente peculiar en el que parecen concurrir los elementos de la culpabilidad (incluido el conocimiento de la antijuricidad), además del tipo objetivo, pero el sujeto no puede ser castigado por ausencia de tipicidad subjetiva o dolo.

Parece ser que el legislador salvadoreño, a pesar de dotar a la Administración Fraudulenta, una pena mayor que al de Apropiación o Retención Indebidas, sigue sin acertar al igual que la legislación española, trasladarse a la realidad social respecto a la redacción de los artículos donde se sanciona la Administración Fraudulenta y el de Apropiación o Retención Indebidas. De esta forma, puede entenderse que dejando a un lado la delimitación del sujeto activo, la posición doctrinal señalada pretende otorgarle a la acción punible una pena mayor, comprendiendo como uno de sus principales fines la tutela del orden económico general.

Es necesario otorgar una sanción concreta a este tipo de acción que puede ser fácilmente cometida en el funcionamiento de la sociedad mercantil de la que el sujeto sea administrador.

Pero, aún así, no creo que se deba comparar la pertinencia de la conducta de

administración desleal en el delito de administración fraudulenta, considero que la conducta de administración desleal trae consigo aparejado mayores problemas probatorios que el delito de Apropiación o Retención Indevidas, sin duda alguna, probar una gestión con respecto al patrimonio de la sociedad calificada como desleal puede generar discutidas opiniones así como llevar a equívocos; en cambio, generalmente resultará más sencillo demostrar la calificación de una Administración Fraudulenta.

## **2.2. Normativa internacional marco respecto a los delitos cometidos en el ámbito societario**

### **2.2.1 Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción**

Esta Convención fue ratificada por El Salvador, el veinte de mayo del año dos mil cuatro, con el fin de promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir eficaz y eficientemente la corrupción; promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional, y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, así como promover la integridad en los funcionarios públicos, en conclusión la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

Esta convención trata asuntos relacionados con la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia económica organizada, incluyendo el blanqueo de dinero y los casos de corrupción, algunos de ellos llegan a constituir una proporción importante de los recursos del Estado, amenazando tanto la estabilidad política y el desarrollo sostenible del país, debido a que la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que vuelve esencial la cooperación

internacional para poder luchar contra ella, siendo este uno de los grandes motivos que las Naciones Unidas, utilizó para proponer la creación de esta Convención, y así tratar de combatir la Corrupción.

Esta Convención está compuesta por un preámbulo y setenta y un artículos, que regulan lo referente al ámbito de aplicación, prevención, investigación y el enjuiciamiento de la corrupción. Estableciendo, asimismo, que el Estado de conformidad a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico debe formular y aplicar políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley.

Al respecto, el artículo 8 de la convención, establece la creación de un Código de Conductas para los Funcionarios Públicos, que promuevan la integridad, honestidad y responsabilidad de estos, lo anterior debido a que la corrupción en el caso de nuestro país, se da en las instituciones de gobierno, y muchas veces los que cometen estos delitos no son castigados penalmente, lo cual se debe a que no hay leyes que regulen su conducta; asimismo esta convención regula al sector privado (artículo 12), en el sentido de controlar y mejorar normas contables y de auditoría, y en caso de encontrar anomalías proceder con sanciones civiles, administrativas o penales dependiendo el caso.

### **2.2.2. Interamericana Contra La Corrupción**

Esta convención fue ratificada por nuestro país el nueve de julio de mil novecientos noventa y ocho, con el propósito de promover y fortalecer el desarrollo por cada uno de los Estados Partes, los mecanismos necesarios para prevenir, detectar,

sancionar y erradicar la corrupción, así como, el promover, facilitar y regular la cooperación entre los estados partes, a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones, para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

Esto se debe a que la corrupción afecta la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así también, contra el desarrollo integral de los Estados, porque el combate a la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social.

En fin, entre los Estados que forman parte de esta Convención necesitan la cooperación para combatir la corrupción y por ende erradicar la impunidad. La convención está compuesta por un preámbulo y veintiocho artículos que regulan todo lo relacionado a la corrupción a nivel interamericano, como medidas preventivas, jurisdicción, actos de corrupción, extradición, secretos bancarios entre otros temas importantes, con el fin de erradicar la corrupción.

El artículo 7 de la convención en mención establece que los Estados deben adoptar medidas legislativas para tratar los delitos con leyes de carácter interno, esto da la pauta para que el Estado cree leyes como la «Ley de Ética Gubernamental», en la cual se regulan las conductas de los servidores públicos con el fin de combatir la corrupción en las instituciones de gobierno.

Lo primordial de ratificar esta Convención es para adoptar cuanto antes la cooperación internacional para combatir la corrupción y en especial tomar medidas

apropiadas contra las personas que cometan actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como de los bienes productos de estos actos.

### **2.2.3. Convención Americana sobre Derechos Humanos.**

El sistema interamericano de derechos humanos tiene un carácter subsidiario y complementario, según el cual el respeto, garantía, promoción y protección de los derechos humanos son tarea primaria y primordial de los Estados.

Por eso la primera defensa de los derechos humanos se inicia dentro de los Estados y no fuera de esta. Ahora bien, esta defensa o respeto de los derechos humanos tiene que hacerse a la luz y en observancia a los compromisos internacionales contraídos por los Estados, a los cuales se adhirieron o incorporaron libre y soberanamente.

La defensa u observancia de los derechos humanos, a la luz de los compromisos internacionales, en cuanto a la labor de los operadores de justicia nacionales y de quienes diseñan políticas públicas, debe realizarse a través de un control de convencionalidad, según el cual cada operador de justicia y diseñador de políticas públicas debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales y por qué este efecto no se vea mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos. En lo que respecta al justiciable, éste debe exigir un control de convencionalidad al juez o quien diseña una política pública.

En este caso, se prohíbe la prisión por deudas, al igual que la Constitución, pero por

qué la importancia de establecer que el obligado a tener una administración desleal, se convierta en un deudor al afectar el patrimonio del otro, trasladándolo a su patrimonio, puede entenderse que, la prohibición de la prisión por deudas abarca aquéllas que tengan naturaleza civil, esto es, originadas en una relación contractual, identificados, de acuerdo con el Derecho internacional, los contornos de la figura prohibida, la conducta encuadra su labor del siguiente modo: que, de acuerdo a lo expresado, resulta indispensable identificar la naturaleza de la obligación originada por la administración desleal, a fin de determinar si ella constituye una obligación legal o, por el contrario, es configurativa de una obligación contractual cuya coacción vía privación de libertad es prohibida por las normas internacionales que se relacionan con el artículo 27 de la Constitución de la República.

Por otro lado, sobre los efectos de la acusación penal sobre los derechos a presumirse inocente, a la circunstancia de ser acusado por un delito que merezca pena aflictiva, que es lo que podría estimarse como hipotéticamente contradictorio con el principio de inocencia, pero que en realidad no lo es por los motivos expresados en el artículo 8.2 de la convención, dispone que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad y que durante el proceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas.

### **2.3. Influencia de Regulación normativa de la conducta de Administración Desleal**

#### **2.3.1. Código Penal Español**

La incorporación al Código Penal Español de la figura de administración desleal en

el ámbito societario ha sido criticada por un amplio sector doctrinal.<sup>115</sup>

La tipificación de esta conducta causó un gran descontento entre los que habiendo tomado como referencia el Derecho Comparado esperaban la inclusión de un precepto que sancionara la administración desleal del patrimonio ajeno entendido de forma genérica. De este modo, se erradicaría la problemática que surge ante determinadas conductas que, a pesar de ser próximas al tipo descrito en la administración desleal, terminan sancionándose a través de los delitos de estafao apropiación indebida, simplemente por haber acaecido fuera del ámbito societario.

Esta doctrina, que alude a la necesidad de incluir la figura de la administración desleal del patrimonio ajeno, sigue la línea del Sistema de la **Untrue** o infidelidad; que se basa, como bien queda expresado en el Código Penal Alemán,<sup>116</sup> en la “criminalización genérica de toda producción dolosa de una lesión patrimonial, cuando se trate de la administración de un patrimonio ajeno”.<sup>117</sup>

Sequeros Sazatornil, afirma que la figura de la administración desleal dada en el ámbito societario tenga que ser diferente a la que se aplicaría con el fin de

---

<sup>115</sup> MARTÍNEZ PÉREZ, C., “El delito societario de administración fraudulenta (entre el delito patrimonial de la “infidelidad” y el delito societario del “abuso de facultades jurídico-sociales”)”, Estudios penales y criminológicos, nº17, 1993- 1994, pág. 340.

<sup>116</sup> El delito de administración desleal nace en Alemania, siendo concretamente el artículo 266 del Código Penal alemán el que recoge esta conducta. El precepto determina en su apartado primero: “El que abuse de las facultades que se le otorgan por medio de ley, mandato de autoridad o negocio jurídico para disponer sobre un patrimonio ajeno u obligase a otro, o el que por las facultades que le otorga la ley, mandato de autoridad, mediante negocio jurídico o relación de fidelidad lesione su deber de salvaguardar los intereses patrimoniales ajenos y con ello le produzca inconvenientes o desventajas será castigado con pena privativa de la libertad de hasta cinco años o multa” (traducción propia). Fuente: <http://dejure.org/gesetze/StGB/266.html>. Consultado el 30 de mayo de 2021

<sup>117</sup> FERRÉ OLIVÉ, J. C., “La administración social fraudulenta (artículo 295 del Código Penal)”, La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital: aspectos civiles, penales y fiscales (coordinador por GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., y GALÁN CORONA, E.), Madrid, Tecnos, 1999, pág. 130

salvaguardar patrimonios individuales, ya que, al fin al cabo, ambas están protegiendo el patrimonio, independientemente del “carácter singular o plural del sujeto pasivo, como persona individual o integrado en una sociedad”.<sup>118</sup>

Personalmente, creo que la distinción entre las figuras señaladas se reduce exclusivamente a la relación que envuelve a los sujetos; concibiéndose de un lado, las relaciones que nacen encaminadas a conseguir un funcionamiento correcto de la sociedad mercantil; y de otro, aquellas con sentido jurídico que surgen entre varios sujetos particulares. Por tanto, debe entenderse que la idea de limitar el delito de administración desleal es desacertada; la inclusión de este precepto en el Código Penal debe responder.

Antes de la reforma del año 2015, encuadraba el delito de administración desleal dentro del capítulo "**de los delitos societarios**", donde señalaba en su artículo 295:

*“Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente valuable a los socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.”*

Tal regulación tenía una limitante, y es que únicamente colocaba como víctima a los

---

<sup>118</sup> SEQUEROS SAZATORNIL, F., Delitos societarios y conductas afines. Óp. Cit. pág. 346

socios o partícipes de una sociedad, o los directamente relacionados con esta, no tomando en cuenta al resto de las personas físicas sin ningún tipo de vinculación mercantil o societaria de por medio.

Esa fue la causa principal de su reforma, incorporada ya en el artículo 252.1 dentro del capítulo dedicado a las defraudaciones del orden socioeconómico y del patrimonio, derivado del artículo 249 relativo a la Estafa, ni siquiera al delito de Administración Fraudulenta o al delito de Apropiación o Retención Indebidas, lo cual supone causar un perjuicio patrimonial a través de la mala administración de un patrimonio ajeno, sancionando con la pena de seis meses a tres años, pero si el perjuicio no supera los cuatrocientos euros, la pena de multa será de uno a tres meses.

Así: “1 Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado. 2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.”

Este delito se caracteriza, como su propio nombre indica, por el hecho de que **una persona (administrador) a quien se le ha dado plenos poderes sobre un patrimonio** o que tenga facultades para hacerlo, **lo gestiona de manera no sólo incorrecta, sino causando un perjuicio económico al titular** (o titulares) dedicho patrimonio.

Lo que llama la atención de esta conducta es que no exige el ánimo de lucro para encuadrar la acción, sino el conocimiento y consentimiento del perjuicio que ocasiona, lo que se traduce que si la persona comete delito asumiendo el riesgo que representa exponer el patrimonio que gestiona y aun a sabiendas de eso, lo hace, no hace falta que la persona busque enriquecerse, porque no aplica solo a las personas jurídicas sino a la persona que gestiona el patrimonio de un tercero con el consentimiento de este.

### **2.3.2. Código Penal Peruano**

De acuerdo a la influencia española, el legislador peruano adoptó la creación de un tipo penal específico relacionado a la conducta desleal del administrador de patrimonio ajeno, específicamente del patrimonio de la persona jurídica<sup>119</sup>, ya que los tipos penales clásicos eran incapaces de englobar el desvalor de estas conductas. Antes que existiera una regulación penal específica de los delitos de fraude en la administración de personas jurídicas, se trataba, de manera ineficaz, de encajarlas en el delito de estafa, la cual no cubría de forma adecuada los elementos constitutivos de una administración desleal.

Para la realización de la conducta típica del delito de estafa se requiere que el sujeto activo haga caer en error al sujeto pasivo, utilizando como medio el engaño, haciendo que de forma pasiva le entregue de manera voluntariamente el bien de carácter económico, lo cual desenlaza en un perjuicio para la víctima y en el provecho ilícito del agente delictivo o un tercero.

---

<sup>119</sup> Domingo García Rada, en “Sociedad anónima y delito”, quien señaló las deficiencias de los tradicionales tipos penales para abarcar todo el desvalor de las conductas de administración desleal del patrimonio de la persona jurídica. p.88.

Conducta que no desplegaba el administrador desleal, el cual no induce en ningún momento a error, por medio del engaño, al sujeto pasivo para recibir su patrimonio; sino, todo lo contrario, el administrador dispone ya del patrimonio, el cual al hacer uso del mismo genera, de forma dolosa, un perjuicio para su administrado, pero no apropiándose los; es decir, no dispone del bien por medio de engaño, sino ,el administrador, dispone del bien del administrado y de esa manera genera un perjuicio económico.

Lo que propiamente existe en la administración desleal es un quebrantamiento de la relación de confianza entre el administrado y su administrador, elemento que no se encuentra en el delito de estafa.

Al respecto, utilizaron en su análisis la Sentencia del Tribunal español de fecha 8 de febrero de 2002 en la cual hace referencia a que “el tipo penal de la estafa requiere que el autor induzca al sujeto pasivo, mediante engaño, a realizar una disposición patrimonial perjudicial [...] administración desleal [...] en la que no hay engaño sino defraudación de una relación de confianza respecto de un sujeto que no tiene que efectuar ninguna disposición patrimonial, pero que ha otorgado, en confianza, poderes a otro para que las realice”.<sup>120</sup>

En base a lo antes dicho, encontramos que el bien jurídico protegido en la Estafa que era la problemática con la administración desleal es distinta, siendo que en el delito de estafa se busca proteger la expectativa que terceros no los harán caer en error, por medio de engaño, para apropiarse de sus bienes, generándoles perjuicios evaluable económicamente; en tanto, en delito de fraude en la administración de

---

<sup>120</sup> Nuñez Castaño, Elena. La conducta típica del delito de administración desleal: delimitación con la apropiación indebida. Trujillo: Normas Legales, 2004.

persona jurídica la expectativa protegida es la de que los administradores, aprovechando la confianza que se deposita en ellos, no abusarande sus poderes generando perjuicios al patrimonio de la persona jurídica, de los accionistas o de terceros relacionadas con ella.

Quedando redactado el delito de Administración Fraudulenta de la siguiente manera:

*“Artículo 198°.- Administración fraudulenta. Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años el que ejerciendo funciones de administración o representación de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes:*

- 1. Ocultar a los accionistas, socios, asociados, auditor interno, auditor externo, según sea el caso o a terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables.*
- 2. Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica.*
- 3. Promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones.*
- 4. Aceptar, estando prohibido hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito.*
- 5. Fragar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes.*
- 6. Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar o al auditor interno o externo, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica.*
- 7. Asumir indebidamente préstamos para la persona jurídica.*

*8. Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica.*<sup>121</sup>

Ahora bien, la acción delictiva debe caer sobre bienes de relevancia para la persona jurídica, bienes que tengan la capacidad de poner en peligro el normal desarrollo interno de la persona jurídica, un bien que forme parte importante del patrimonio de la persona jurídica.

No se comparte esta reforma respecto a que se considera que el delito puede configurarse con el simple uso “irregular” de determinados bienes de la persona jurídica, como el ejemplo que de que administrador utilice la computadora del trabajo para realizar trabajos personales, o imprimir hojas para un trabajo personal. El Derecho penal no puede ser utilizado de esta manera, a tal extremo no llega el sentido de la norma penal, la cual busca que sociedad tenga confianza en que se sancionara a un administrador cuando abuse de sus funciones generando un peligro concreto al patrimonio (relevante) de la persona jurídica.

Por otro lado, para la configuración del tipo penal se requiere que el sujeto activo haya hecho uso del patrimonio de la persona jurídica, abusando de sus facultades.

### **2.3.3. Código Penal Federal de los Estados Unidos Mexicanos**

En el artículo 388 del Código Penal Federal<sup>122</sup> se prevé una modalidad de fraude cuyo objeto de tutela penal es proteger a cualquier persona cuyo patrimonio es administrado, ya sea total o parcialmente, por otra persona física o jurídica, al

---

<sup>121</sup> Artículo modificado por el artículo 1° de la Ley N° 29307, publicada el 31 de diciembre de 2008. Incorporándose el ordinal 8° para referirse a la Administración Desleal.

<sup>122</sup> Decreto del 2 de enero de 1931. Emitido por el Presidente Constitucional de Los Estados Unidos Mexicanos. Derogado el 30-12-1975. Adicionado 13-01-1984. Reformado 10-01-1994.

establecer el delito de **FRAUDE POR ADMINISTRACIÓN DESLEAL**: “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”.

Conforme a la descripción de la conducta típica, aplicando el tipo penal específico, no hay duda de que el legislador mexicano se refiere única y exclusivamente a los administradores que tengan por decisión expresa del titular del patrimonio administrado, de la autoridad competente, o por derivar de la ley, un nombramiento formal que le designe y habilite legalmente para administrar o cuidar bienes ajenos, con mayor precisión, a los administradores legales como los albaceas, tutores, conciliadores y síndicos en el procedimiento de concursos mercantiles, liquidadores de una sociedad disuelta, administradores de los bienes del ausente, a los padres que ejercen la patria potestad y administran los bienes que pertenecen a sus hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados, administradores tanto de personas físicas como jurídicas, como las asociaciones, fundaciones, sociedades civiles o mercantiles, etcétera.

Acá se exige la cualidad personal de administrador legal requerida en el tipo, que nos permite apreciar y delimitar sin ninguna dificultad las conductas típicas que configuran el delito de fraude por administración desleal, frente a aquellas que fuera

del ámbito de una administración legal son susceptibles de ser calificadas como delito de robo, de abuso de confianza o de cualquier otra modalidad de fraude.<sup>123</sup>

Al utilizar la palabra Fraude, atañe únicamente al administrador legal o formal, que perjudica la integridad del patrimonio ajeno por el administrado, visto a la inversa, cuando una persona, sin tener la cualidad personal de administrador legal,<sup>124</sup> es

---

<sup>123</sup> ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO, CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUERRERO). En términos del artículo 173 del Código Penal del Estado de Guerrero, comete el delito de administración fraudulenta, "Al que teniendo a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos, por cualquier motivo y con ánimo de lucro perjudique al titular de éstos alterando las cuentas o condiciones de contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente, se le impondrán las penas previstas para el delito de fraude". De tal modo, no se integra el ilícito en cuestión si el activo desempeñaba el cargo de auxiliar de contabilidad, pues sus funciones únicamente eran de apoyo, ya que éste debe tener a su cargo la delegación de facultades para el manejo, cuidado o administración de bienes ajenos; es decir que tenga la obligación previamente aceptada, de gobernar, regir y cuidar con probidad, intereses privados patrimoniales ajenos, y esto es necesario tomando en cuenta que la existencia del delito surge precisamente del exceso de atribuciones en que incurre el administrador o cuidador de esos bienes, pues de él dependen directamente la iniciativa y discrecionalidad para la administración de los intereses patrimoniales ajenos, y la comisión del acto punible representa el abuso de su posición o la violación de sus propios deberes, ocasionando daños a esos intereses a través de cualquiera de las formas que previene el tipo penal del antijurídico; de lo anterior se sigue que, el delito es propio o especial, y sólo puede ser cometido por aquella persona que ha asumido una cualidad jurídica, de administrar bienes o cuidar de ellos, debiendo entenderse que su posición frente a los intereses ajenos no es de mero detentador, sino que su función es más amplia y de su gestión, decisión y determinación, dependen los movimientos de los bienes objeto de administración o cuidado. (No. Registro: 202,856; Tesis aislada; Materia(s): Penal; Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; tomo: III, marzo de 1996; Tesis: XXI.10.7 P; página: 872).

<sup>124</sup> ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO NO CONFIGURADA. AUSENCIA DE DELEGACIÓN PARCIAL DE FACULTADES PARA EL MANEJO, CUIDADO O ADMINISTRACIÓN DE BIENES AJENOS. La delegación parcial de facultades para el manejo, cuidado o administración de bienes ajenos, constituye uno de los elementos esenciales integradores del delito de administración fraudulenta previsto por el artículo 396 del Código Penal para el Estado de Nuevo León. Dicho elemento no se materializa con un poder para pleitos y cobranzas que, atento a su naturaleza jurídica, sólo autoriza al apoderado a ejercer ese tipo de actos, pues en manera alguna tiene el alcance de delegar facultades para manejar, cuidar o administrar bienes del poderdante; y lo mismo sucede si en un mandato se autoriza al mandatario para que en nombre y representación del mandante celebre contratos de compraventa de materias primas, porque a través de ese acto jurídico no se le está confiando ninguna facultad relacionada con el manejo, cuidado o administración de bienes, en tanto el mandato se limita a la celebración de contratos. (No. Registro: 215,229; Tesis aislada; Materia(s): Penal; Octava Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; tomo: XII, agosto de 1993; Tesis: página: 325).

decir, no habilitado por nombramiento alguno, perjudica la integridad de un patrimonio ajeno, empleando alguna o algunas de las maniobras fraudulentas descritas en el tipo de fraude por administración desleal, no será responsable penalmente de dicho fraude, lo será de otro tipo penal, pero no de fraude por administración desleal, desde luego, supuesto distinto será si la persona que no tiene dicha cualidad personal se constituyó en cómplice del administrador legal, por la concurrencia de tal administrador responderá penalmente por el delito de fraude por administración desleal bajo la forma de autor, coautor o partícipe, de ahí que imputar la comisión del delito de fraude por administración desleal al administrador único o unipersonal no representa ningún problema, pues es obvio que desempeñan su cargo con autonomía y bajo su propia responsabilidad, pero cuando la administración elegida fue la mancomunada o conjunta y por lo tanto, colegiada o solidaria, por su composición no ocurre lo mismo, ya que si se atiende exclusivamente a la condición formal de miembro de una administración colegiada podría pensarse que todos sus integrantes son autores del delito, sin embargo, conforme a los principios generales del derecho penal sólo responderán penalmente por su propia conducta como autores los administradores legales que hayan participado en cualquiera de las etapas de su ejecución, dado que la responsabilidad penal es individual, sin descartar que los administradores legales que teniendo conocimiento de su comisión y sin haber participado en los hechos reputados como delictuosos no los denuncian, responden como encubridores por el cargo que desempeñan.<sup>125</sup>

---

<sup>125</sup> RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS REPRESENTANTES DE LAS PERSONAS MORALES. No puede admitirse que carezcan de responsabilidad quienes actúan a nombre de las personas morales, pues de aceptarse tal argumento los delitos que llegaran a cometer los sujetos que ocupan los puestos de los diversos órganos de las personas morales, quedarían impunes, ya que las sanciones deberían ser para la persona moral, lo cual es un absurdo lógica y jurídicamente hablando, pues las personas morales carecen de voluntad propia y no es sino a través de las personas físicas como actúan. Es por esto que los directores, gerentes, administradores y demás representantes de las sociedades, responden en lo personal de los hechos delictuosos que cometan en nombre propio o

Lo anterior explica que no pueda negarse que, el sujeto activo en esta figura de fraude por administración desleal, debe ser necesariamente aquel administrador legal, que con abuso de las funciones propias de su cargo, dispone del patrimonio administrado, empleando alguna de las maniobras fraudulentas descritas en el artículo 388 del Código Penal Federal, por coherencia, sujeto pasivo de la acción sólo pueden serlo los titulares del patrimonio administrado, considerados individualmente o como conjunto, ya que, como es lógico, si la colectividad sufre un perjuicio económico, entonces sus integrantes también lo han sufrido.

Lo verdaderamente trascendente es que, en esta figura de fraude por administración desleal, sin el menor lugar a dudas, en primer lugar, se protege la integridad de los derechos de contenido patrimonial de cada uno de los titulares del patrimonio administrado, cualquiera que sea el nombre que se les dé (copropietarios, coherederos, socios, etcétera), y en segundo lugar, el patrimonio de la colectividad, cualquiera que sea la denominación que se le dé (copropiedad, sucesión, sociedad, etcétera), de esta manera se comete el delito de fraude por administración desleal, cuando se perjudique, indistintamente, a la colectividad o, a todos o alguno de sus integrantes en su patrimonio.<sup>126</sup>

---

bajo el amparo de la representación corporativa. (No. Registro: 204,084; Tesis aislada; Materia (s): Penal; Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; tomo: II, octubre de 1995; Tesis: VI.2o.28 P; página: 594).

<sup>126</sup> COMETEN DELITO DE ROBO LOS SOCIOS QUE SE APODERAN CON ÁNIMO DE DOMINIO DE TODO O PARTE DE LOS BIENES DE LA PERSONA SOCIAL. El artículo 2º. de la Ley de Sociedades Mercantiles, explícitamente declara que las sociedades mercantiles, regulares o irregulares, tienen personalidad jurídica distinta de la de los socios, lo que significa que la constitución de la sociedad crea un nuevo sujeto jurídico; la persona social, y como necesaria consecuencia, la formación de un patrimonio propio del nuevo sujeto jurídico, también distinto del de sus socios, que se integra inicialmente con la suma de las aportaciones de éstos. La aportación no otorga a quien la hace, derechos de propiedad sobre el patrimonio de la nueva entidad jurídica en la proporción de su cuota, ni consecuentemente crea nexos de copropiedad sobre dicho patrimonio entre los socios, porque ésta pertenece en exclusiva a la persona moral, y los derechos de los componentes de la sociedad o accionistas frente a la corporación de que son miembros se reducen, en el aspecto

El delito de administración desleal que se describe en el artículo 388 del Código Penal Federal, se puede cometer de tres maneras alternativas, porque la acción fraudulenta puede consistir: 1) en alterar las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales; 2) en ocultar o retener valores o emplearlos indebidamente o, 3) a sabiendas celebrar operaciones que perjudican el patrimonio administrado, ya sea en beneficio del administrador legal o de un tercero.

Comenzando con la primera alternativa de la conducta típica, la acción de alterar se configura con el empleo de cinco mecanismos alternativos, porque, la conducta típica de alterar o distorsionar en todo o en parte, de manera decisiva, no accidental, las cuentas u otros documentos (contratos, facturas, notas, recibos, etcétera), haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales, para conseguir la transferencia no consentida de un activo patrimonial, se configura: i) cuando se consignan o insertan en las cuentas, datos diferentes a los reales; ii) se borran; iii) u omiten datos; iv) con la no presentación (u ocultación) de otros documentos; v) o con la presentación adicional de otros documentos ya alterados o falsificados por otro o por el propio administrador legal.<sup>127</sup>

---

económico, a participar en el reparto de utilidades y a obtener una parte del patrimonio resultante al procederse a la liquidación de la sociedad, pero de ninguna manera a apoderarse en todo o en parte, de los bienes de la persona social que, así, le resultan ajenos. (Anales de Jurisprudencia, tomo 142, páginas 135 y 136).

<sup>127</sup> MANDATO PARA ACTOS DE ADMINISTRACIÓN. NO PUEDE GENERAR LA PÉRDIDA O MENOSCABO DEL PATRIMONIO DEL MANDANTE. El mandato otorgado en un poder general para actos de administración no puede llevar a la pérdida o menoscabo del patrimonio del mandante, puesto que ello sólo es facultad exclusiva de éste, al reunirse en él las facultades de usar, disfrutar y disponer del mismo, a menos que sea necesaria la disposición por el mandatario para su conservación o mejoramiento de acuerdo con la naturaleza de los bienes y derechos administrados y de los fines del negocio encargado. (No. Registro: 183,257; Tesis aislada; Materia(s): Civil; Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; tomo: XVIII, septiembre de 2003; Tesis: I.9o.C.107 C; página: 1407).

La acción de alterar será positiva cuando se incorporan datos u otros documentos falsos, y negativa cuando se supriman documentos o información.

La conducta de alterar o distorsionar los datos consignados tanto en las cuentas que se rinden y confeccionan para informar de forma precisa sobre la situación económica que guarda el patrimonio administrado a su titular, como en los otros documentos que se acompañan como soporte material a éstas para acreditar su veracidad y exactitud, será constitutiva del delito de fraude por administración desleal, cuando se advierta un desequilibrio patrimonial entre la situación económica declarada en las cuentas y la situación económica real, y que tal desequilibrio efectivamente cause al titular del patrimonio administrado un perjuicio patrimonial, desde luego, cuando dicha alteración no produzca consecuencias patrimoniales adversas no habrá fraude.<sup>128</sup>

En la delimitación de cuáles sean todos los supuestos abarcados por esta segunda alternativa de la conducta típica, debe advertirse de inmediato que al margen de la misma va a quedar la acción de alterar las cuentas u otros documentos, ya que, la acción de ocultar tanto datos como otros documentos sería constitutiva, ya

---

<sup>128</sup> ABUSO DE CONFIANZA Y ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTE; SUS DIFERENCIAS. Aun cuando ambos son delitos patrimoniales previstos, respectivamente, por los artículos 382 y 388 del Código Penal para el Distrito Federal, difieren en que en el primero el activo puede serlo cualquier persona física y la disposición indebida que realiza recae en una cosa ajena, mueble y determinada, de la que previamente se le transmite sólo la tenencia mas no el dominio; y en el segundo, el agente únicamente lo es el administrador o cuidador de los bienes muebles y/o inmuebles ajenos, además de determinados o un conjunto de ellos, corpóreos o incorpóreos, mismos que pudieron o no estar antes en posesión material del sujeto pasivo y de los que el activo tiene completo manejo. En el abuso de confianza la condicionante consiste en la previa rendición de cuentas por el infractor, en cambio, en la administración fraudulenta no lo es tal, sino la demostración plena de un provecho injusto, obtenido en perjuicio de otro, mediante el abuso que el administrador hace de sus facultades o posición, tanto que en el mismo instante en que esto acontece, el delito queda consumado. (No. Registro: 210,725; Jurisprudencia; Materia(s): Penal; Octava Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; tomo: 80, agosto de 1994; Tesis: I.2o.P. J/56; página: 31).

antes que de la segunda alternativa de la conducta típica de ocultar, retener o emplear ilícitamente el patrimonio administrado, de la primera alternativa de alterar las cuentas u otros documentos, porque, la acción típica de alterar a que se refiere la primera alternativa, en todas las formas en que puede presentarse, interpretada en forma amplia, la entendemos como una declaración incompleta de la verdad. Si ello es así, ahora en esta segunda alternativa de la conducta típica, por obvias razones, todos los supuestos de la acción de ocultar, retener o emplear indebidamente, en todo o en parte, el patrimonio administrado, han de desarrollarse sobre cualquier clase de cosas destinadas precisamente a formar parte del patrimonio administrado,<sup>129</sup> con un valor económico, ya intrínseco o material (automóviles, materias primas, material de trabajo, mercancías y demás cosas muebles o inmuebles) ya incorporado (acciones, contratos, cheques, pagarés, dinero, etcétera).<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO. PUEDE CONFIGURARSE RESPECTO DE LOS PRODUCTOS DE LOS BIENES ENTREGADOS AL SUJETO ACTIVO DEL DELITO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). El artículo 404, fracción XVII, del Código de Defensa Social del Estado de Puebla tipifica la figura denominada por la doctrina como delito de administración fraudulenta, la cual requiere de la existencia de un presupuesto de naturaleza jurídica, consistente en la obligación de quien administra o cuida bienes ajenos, de vigilar los intereses patrimoniales relacionados con la referida obligación, a favor de una persona distinta al sujeto activo; es decir, éste tiene la obligación de efectuar una actividad dirigida a hacer servir bienes ajenos de diversa manera en provecho de alguien, por lo que es evidente que dicho agente activo no es titular ni de los bienes administrados ni de los provechos que éstos generen, pues de lo contrario estaría realizando una administración propia; de ahí que quede de manifiesto que la conducta lesiva del patrimonio ajeno puede tener por objeto ciertos bienes cuya tenencia no se haya transmitido al sujeto activo, por no existir con anterioridad y haberse generado merced a la gestión administrativa realizada por éste. En consecuencia, el delito de administración fraudulenta sí se configura respecto de los productos de los bienes entregados al sujeto activo del delito cuando éstos han sido empleados abusivamente, ocultados o retenidos. (No. Registro: 180,733; Jurisprudencia; Materia(s): Penal; Novena Época; Instancia: Primera Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; tomo: XX, septiembre de 2004; Tesis: 1a./J. 62/2004; página: 21).

<sup>130</sup> ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO. DELITO DE. (LEGISLACIÓN DE CHIHUAHUA). NATURALEZA JURÍDICA. SU DIFERENCIA CON EL ABUSO DE CONFIANZA. En el delito de administración fraudulenta previsto por el artículo 282 del Código Penal del Estado de Chihuahua, la conducta lesiva del patrimonio ajeno puede tener por objeto bienes muebles, que por no existir con anterioridad, no pudo su tenencia ser transmitida al sujeto activo, pues es dable adquirirlos en virtud de las adquisiciones hechas durante su gestión administrativa, circunstancia ésta que

No cabe duda de que, sea cual fuere la forma de presentación de las tres acciones contempladas en esta segunda alternativa de la conducta típica, sin mucho esfuerzo, es fácil reconocer que, las acciones de ocultar, retener o emplear ilegalmente, ya sea total o parcialmente, el patrimonio administrado, revelan inequívocamente un genuino ánimo de impedir al titular del patrimonio administrado un efectivo dominio sobre la cosa o derecho extraído, y la pérdida de esa facultad de dominio se traduce en un deterioro y menoscabo efectivo de su patrimonio.

Lo cual significa, que los verbos ocupar, retener o emplear, aunque no son sinónimos, deben hacerse equivalentes a todo acto que implique un ejercicio del poder de disposición sobre una cosa o bien.

---

imposibilita la aplicación del tipo de apropiación indebida o abuso de confianza, que describe el artículo 275 del código penal del estado; y aunque el delito de administración fraudulenta pertenece a la familia de los abusos de confianza o apropiaciones indebidas, se singulariza por las siguientes particularidades: primero, porque no recae sobre un objeto determinado, sino sobre un conjunto; y segundo, porque en tanto que la apropiación o el abuso, ordinariamente tiene por objeto una cosa que antes estuvo en posesión del propietario y que éste entregó al acusado para un fin determinado, el delito de administración fraudulenta recae casi siempre sobre cosas que el ofendido nunca había tenido en su posesión material, por lo que debe concluirse que el administrador actúa sobre el capital que le ha sido confiado con libre disponibilidad, según la índole de cada negocio, es decir, dispone en suma, libremente sin que la empresa ofendida conozca su gestión; además, el delito de que se trata, no se limita a la lesión de intereses mobiliarios, sino que abarca también los inmobiliarios que no consisten necesariamente en una apropiación, sino que también comprende cualquier otra acción ejecutada, en daño de los intereses patrimoniales ajenos; lo que implica que ese ilícito es propio o especial, pues sólo puede ser cometido por aquella persona que ha asumido una cualidad jurídica, como el de ser administrador, que impone al agente un específico deber de fidelidad administrativa, y dicho deber puede ser violado mediante abusos de los poderes de disposición del patrimonio ajeno de que está investido el sujeto activo; luego, todo aquello que en mayor o menor escala y con poderes más o menos amplios gobierna, rige o cuida de intereses patrimoniales ajenos, perpetra el delito de administración fraudulenta, si en beneficio propio o de otro ocasiona un perjuicio en los intereses patrimoniales que están a su cargo, cualquiera que fuese el medio que emplease; además, en el administrador de una empresa, hay, por una parte, algo más que una simple tenencia de la cosa, él es órgano de la sociedad, no ejecuta una voluntad de otros sino expresa o concurre a expresar una sola voluntad que se puede atribuir a la persona jurídica. (No. Registro: 218,900; Tesis aislada; Materia(s): Penal; Octava Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; tomo: X, julio de 1992; Tesis: página: 333).

Por ello, para los efectos del artículo 388 del Código Penal Federal Mexicano, por ocultar, no sólo entendemos el hecho de esconder, sino también el impedir que se conozca lo que debe ser conocido, por lo tanto, la acción de ocultar se puede cometer mediante una conducta de acción o una conducta de omisión, pues el verbo ocultar, indica, la necesidad de un hacer, las maniobras más frecuentes a la hora de reseñar la acción de ocultamiento son: la no rendición de cuentas con la finalidad de impedir o reducir las posibilidades de descubrir e identificar las maniobras fraudulentas realizadas en perjuicio del patrimonio administrado, la ocultación del dinero u otras cosas recibidas, que corresponde al patrimonio administrado, la no comunicación oportuna de los flujos derivado del de los activos del patrimonio administrado, con los comprobantes respectivos, etcétera.

Por retener, entendemos rehusarse a entregar o devolver alguna cosa que corresponda al patrimonio administrado, recibida como administrador legal o en cumplimiento de sus funciones, llegado el momento en el que le toque devolverla o restituirla, se retiene, sin una justificación jurídica válida que permita el ejercicio de dicha acción. Establecida la posibilidad de una retención legítima, adviértase que, aplicando las reglas del mandato a las administraciones legales, el ejercicio del derecho de retención que se concede a los mandatarios en el artículo 2579 del Código Civil Federal,<sup>131</sup> opera exclusivamente en los casos o supuestos específica y expresamente previstos en los artículos 2577 y 2578 del referido Código,<sup>132</sup> sin posibilidades de extensión analógica, ya que supone una excepción al principio que

---

<sup>131</sup> Artículo 2579. El mandatario podrá retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante haga la indemnización y reembolso de que tratan los dos artículos anteriores.

<sup>132</sup> Artículo 2577. El mandante debe anticipar al mandatario, si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato. Si el mandatario las hubiere anticipado, debe reembolsarlas al mandante, aunque el negocio no haya salido bien, con tal que esté exento de culpa el mandatario. El reembolso comprenderá los intereses de la cantidad anticipada, a contar desde el día en que se hizo el anticipo.

proscribe: “ninguna persona puede hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”.

Sobre esta base, entiendo que la retención en prenda será legítima, pese a haber concluido el término concedido para entregar o devolver la cosa, cuando el administrador legal retenga en prenda la misma cosa sobre la que realizó los gastos u otra cosa totalmente distinta, en tanto no se le reembolsen los gastos e intereses generados, y cuando aquél tenga en el momento en que se produce la retención de la cosa, derecho al pago de una indemnización por daños y perjuicios sufridos durante el tiempo en que se desempeñó como administrador legal, mientras no se le satisfaga el importe de la indemnización debida, por lo dicho, la retención será ilegítima, o ilegal, en los restantes supuestos.

Hay que considerar que, los gastos deben ser ciertos, exigibles y liquidables, en el instante en que se produce el ejercicio del derecho de retención sobre la cosa, el mecanismo es éste: frente a la reclamación de su restitución o devolución, el administrador legal debe reportar fehacientemente al titular del patrimonio administrado o a su representante legal, el hecho de haber realizado gastos en la cosa retenida y determinar su cuantía exacta, con los comprobantes respectivos, ya que, sólo así puede legítimamente exigir su reembolso y permitir a su propietario recuperar la cosa objeto de retención, pues no es posible exigir su reembolso y lograr su exigibilidad, si los gastos no son vencidos, líquidos y exigibles, y además, si no se conoce el importe exacto de éstos, pues no es lícito retener con el argumento de una reclamación futura.

Afirmaciones que resultan ser también aplicables en los casos de retención por indemnización. Una importante advertencia, por constituir la retención en prenda,

una garantía para asegurar el pago íntegro de los gastos hechos en la cosa, a nuestro juicio, aun admitiendo, que no existe un precepto expreso que regule el ejercicio del derecho de retención, la acción de retención debe recaer sobre la misma cosa sobre la que se hicieron los gastos, aunque el valor económico de ésta sea de mayor valor que el importe de los gastos reclamados, en cambio, cuando se tiene una cosa distinta a aquella sobre la que se realizó el gasto, o bien se reclama el pago de una indemnización por daños y perjuicios, en tales supuestos, siempre que la cosa retenida sea cómodamente divisible y el derecho de crédito del retenedor de la cosa quede eficazmente garantizado, deberá existir reciprocidad, o, si se prefiere, bilateralidad, entre las obligaciones de restitución de la cosa retenida y el reembolso de los gastos o el pago de la indemnización, esto es, un valor económico equivalente, entre el valor de la cosa retenida y el importe del adeudo, si ello no es posible, según cada caso, la retención podrá recaer en otras cosas de igual o mayor valor, porque, el objeto de la retención en prenda no es la cosa, sino su valor, por su función de garantía, lo que significa, que la acción de retención en prenda, no puede recaer sobre cosas que excedan notoriamente el importe de lo que se adeuda.<sup>133</sup>

Se concluye en este apartado, que esta alternativa de la conducta típica afirmando que, la acción de retención realizada por el administrador legal, es constitutiva del delito de fraude por administración desleal, cuando la ley expresamente, no le conceda la facultad de retener cosas en prenda, es decir, cuando la cosa que

---

<sup>133</sup> El artículo 2890 del Código Civil Federal Mexicano, dispone: "El derecho y la obligación que resultan de la prenda son indivisibles, salvo el caso en que haya estipulación en contrario; sin embargo, cuando el deudor esté facultado para hacer pagos parciales y se hayan dado en prenda varios objetos, o uno que sea cómodamente divisible, ésta se irá reduciendo proporcionalmente a los pagos hechos, con tal que los derechos del acreedor siempre queden eficazmente garantizados".

retiene, no tenga la finalidad de garantizar el reembolso de los gastos hechos en alguna cosa, o el importe de la indemnización por daños y perjuicios, sino otras prestaciones, o, cuando no esté determinada la cuantía exacta de los gastos o de la indemnización que haya de cubrirse, o, cuando no exista reclamación por el impago de gastos en una cosa o de una indemnización, o, cuando el valor de la cosa retenida exceda notoriamente el importe de lo que se adeuda, por concepto de gastos o de indemnización, habrá retención ilegal, por la diferencia del valor económico resultante, además, y aparte, la retención será ilegal, cuando el administrador legal, no entrega o devuelve la cosa retenida, tras el pago de lo que se le adeudaba.

Por emplear, se entiende la utilización y disfrute indebido de la capacidad productiva de las cosas que forman parte del patrimonio administrado, sin ánimo de apropiación, pero, con ánimo transitorio de simple uso y posterior devolución, con el propósito de obtener los beneficios económico derivados de su uso indebido o no autorizado, apropiación indebida de uso, en forma transitoria, que agota o merma parte de la capacidad productiva de la cosa usada de que se trate, de forma que aquélla es devuelta con su valor mermado, lo que ocasiona un perjuicio al patrimonio administrado, por ejemplo, el uso y disfrute tanto de bienes muebles como inmuebles sin pagar renta.

Por supuesto, nada impide que la acción de emplear recaiga también sobre la capacidad productiva de la persona humana, como ocurre, cuando el administrador legal aprovechándose de su posición, en perjuicio del patrimonio administrado, emplea para trabajos personales o de un tercero, los servicios personales de alguno o algunos de los trabajadores al servicio del patrimonio administrado.

Como es lógico, congruentemente con la naturaleza patrimonial del fraude, para aplicar correctamente las sanciones establecidas para esta modalidad de fraude, el perjuicio debe ser patrimonial, esto es, valuable económicamente, por ser su importe, el sistema impuesto para aplicar las sanciones dentro de los límites fijados por el artículo 386 del Código Penal Federal de la República Mexicana,<sup>134</sup> será necesaria la intervención de peritos para cuantificar el monto exacto del fraude, estimando como contraprestación, el empleo indebido de la capacidad productiva de que se trate.

La última alternativa de la conducta típica, es decir, la acción de realizar operaciones que perjudican o quebrantan el patrimonio administrado en beneficio de otras personas o del propio administrador, se configura, cuando sin autorización se realiza cualquier tipo de acto de disposición patrimonial en el que no media equilibrio en las prestaciones, o sin entrega de contraprestación alguna, que causan un perjuicio económico al titular del patrimonio administrado, o, dicho de otro modo, cuando la realización del acto traslativo de disposición va a derivar en una reducción del patrimonio administrado, que se produce en el instante de su realización – ejecución instantánea– o sobreviene con posterioridad al acto de disposición (entiéndase cuando el perjuicio haya de tener ulterior o segura existencia posterior, en un preciso acto –ejecución diferida– o en una serie de actos realizados en forma periódica – ejecución escalonada–), durante la vigencia del acto de disposición,<sup>135</sup> las maniobras más frecuentes de esta acción son: la desviación en la titularidad de las

---

<sup>134</sup> El delito de fraude se castigará con las penas siguientes: 1. Con prisión de tres días a seis meses o de treinta a ciento ochenta días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de diez veces el salario; 2. Con prisión de seis meses a tres años y multa de diez a cien veces el salario, cuando el valor de lo defraudado excediera de diez, pero no de quinientas veces el salario, y 3. Con prisión de tres a doce años y multa hasta de ciento veinte veces el salario, si el valor de lo defraudado fuere mayor de quinientas veces el salario.

<sup>135</sup> Si el perjuicio no se produce o sobreviene, porque no se consuma la operación, estaremos en presencia de una tentativa.

cosas compradas, haciendo titular a otro, préstamos sin intereses, destrucción de documentos, sustracción de bienes, transmisión de propiedad o de uso, gratuitamente o a bajo precio, compras a sobreprecio, comprade cosas inútiles, condonación de deudas, cesión de créditos, pago de deudas prescritas, contratos simulados, aceptación de deudas ajenas, constitución de gravámenes a título gratuito por deudas contraídas por el propio administrador u otras personas, ya sea como fiador o codeudor solidario, etcétera.

Salvo error u omisión no advertida, no hay obstáculos para reconocer que, la conducta típica en esta tercera alternativa, se puede cometer mediante una conducta de acción o una conducta de omisión,<sup>136</sup> porque el deber de proteger el activo patrimonial ajeno supera, desde luego, el mero deber de su cuidado o custodia, pues, no se trata de una protección estática sino dinámica, encaminada precisamente a hacer que el patrimonial administrado produzca los beneficios económicos que espera o pretende su propietario, dentro de los límites de una actuación socialmente correcta en su ámbito económico de acción,<sup>137</sup> de ahí que, no sólo las acciones sino también las omisiones (no incremento del patrimonio

---

<sup>136</sup> Omisión es la conducta voluntaria, consistente en la inactividad, que produce un resultado". Vela Treviño, Sergio, La prescripción en materia penal, Editorial Trillas, S. A. de C. V., primera reimpresión, marzo, 1995, p. 136.

<sup>137</sup> "La idea central que se maneja es la de la garantía o posición de garante que corresponde a alguna persona, por imposición del tipo, ante las situaciones que puede presentar la vida de relación; se dice que en determinados casos el orden social atribuye a los sujetos una función específica, consistente en evitar el resultado típico, con lo que quedan ubicados como garantes de una cierta seguridad jurídica. La existencia de esta obligación implica la necesidad de una conducta activa que tiene que ser la idónea para no afectar un interés jurídicamente tutelado. Si se omite la conducta exigible, independientemente de cuál sea la que se realice, aparece una omisión que adquiere relevancia penal al no evitar el resultado típico; dice Maurach que "la colocación del obligado en esta postura de garantía, puede ser debida a las razones más diversas, y producirse voluntariamente o involuntariamente, con o sin su intervención". La formulación de este principio general no dispensa, pues, del imperativo de averiguar, en cada caso particular, existencia y extensión del concreto deber de acción y, a saber, del deber de evitar el resultado". Vela Treviño Sergio, La prescripción en materia penal, Editorial Trillas, S. A. de C. V., primera reimpresión, marzo, 1995, p. 139.

administrado), deben ser jurídicamente calificadas como verdaderos actos de disposición patrimonial, por ejemplo, el no pago de deudas, la no reclamación de deudas a los acreedores, la no celebración de contratos que frustran una expectativa de ganancias, la no producción al nivel adecuado, la no evitación de daños, la no retención o no pago de impuestos, etcétera.

Si en la comisión del delito de fraude por administración desleal, se realizan varias y sucesivas conductas delictivas, deberá optarse por el delito continuado, si el mismo delito de administración desleal, perjudica a más de una persona, habrá que considerar tal conducta como un solo delito, dada la unidad de la acción y del bien jurídico lesionado.

El objeto material de la conducta típica de Administración Desleal, no puede ser otro, que las cosas que corresponden al patrimonio administrado, es decir, cualquier valor efectivo, créditos o derechos que tenga a su favor el titular del patrimonio administrado, lo que incluye cualquier clase de cosas o derechos, el perjuicio se causa, y el delito se consuma, en el momento en que se produce el perjuicio al patrimonio administrado.

Una última observación, si el perjuicio patrimonial sobreviene con posterioridad al acto de disposición, de manera diferida o escalonada, en tal supuesto, para determinar la cuantía del monto defraudado, en todo caso, deberá atenderse al monto global que representa el perjuicio que se causará durante la vigencia del acto de disposición, por ejemplo, si el monto de la contraprestación nociva que periódicamente disminuye el patrimonio administrado, es de mil pesos mensuales, que multiplicada por los doce meses de duración del contrato, el monto resultante de doce mil pesos, será el total de lo defraudado, sostener lo contrario, equivaldría

a desconocer las consecuencias perjudiciales que se produzcan durante la vigencia del contrato.

#### **2.4. Referentes jurisprudenciales en El Salvador: la Administración Societaria, la Administración Fraudulenta y la Apropiación o Retención Indevidas desde la perspectiva jurisprudencial**

Al respecto, a Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha abordado en sus resoluciones el término deslealtad o fraude de la administración, enmarcado en el delito de Administración Fraudulenta.

Para el caso en concreto, la Sala de lo Penal, ha citado a la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, San Salvador, quienes en su sentencia de apelación de las dieciséis horas del día diecinueve de diciembre del año dos mil catorce, confirmó el Sobreseimiento Definitivo dictado por el Juzgado Cuarto de Instrucción a favor del imputado JOSÉ OTHMARO A. C., por el delito de ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA, Art. 218 Pn., en perjuicio patrimonial de Wilfredo A. C., en el sentido que la prueba pericial es la idónea para determinar, si ha existido deslealtad o fraude, en cuanto al manejo de los fondos que tiene una sociedad, estableciéndose cuando la conducta típica rece en un manejo infiel de los ingresos patrimoniales de la empresa, y en el destino de sus fondos, es prueba vital, la pericia de carácter contable que refleje los hechos económicos y financieros que sustentan la infidelidad en el manejo patrimonial de los bienes con los que cuenta la empresa.<sup>138</sup>

---

<sup>138</sup> Sentencia de Casación 64 C 2015. SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las ocho horas y treinta minutos del día veintidós de junio de dos mil quince.

En la sentencia de casación, de las ocho horas y veintiséis minutos del día diecinueve de julio de dos mil dieciocho, según Referencia 321-C-2017, estableció: “Entendido de esta forma el ilícito contenido en el Art. 218 Pn., basta con delimitar quien o quienes ejercen esa calidad especial de manejo de bienes ajenos, y por otra parte quien es el sujeto que ha aportado aquella parte de su patrimonio para ser administrado por otro y que esa relación se encuentra debidamente documentada, como en el presente caso. A lo anterior cabe agregar que la víctima debe considerarse afectada económicamente en el manejo de sus bienes, siendo necesario -de acuerdo a la prueba pertinente comprobar en el juicio que esa afectación es real y por ende dañado el bien jurídico protegido por la norma”.

Pero amplió el análisis que únicamente es el art. 105 del Código Procesal Penal el que determina quien es víctima, y que los socios cuando el delito afecte una sociedad, cuando quien comete el hecho son los dirigentes, administradores o controladores de la sociedad o sus gerentes; las asociaciones, en aquellos delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que la asociación tenga como objeto de su actividad la protección de esos intereses colectivos o difusos.

El abuso de confianza la Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, lo ubicó en el delito de Apropiación o Retención Indebidas, así: “...el recibimiento del dinero o cualquier otra cosa mueble en virtud de cualquier contrato de depósito, comisión o administración o por otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, con los que se sigue el criterio de *numerus apertus*, poniéndose de relieve el carácter objetivo de este condicionamiento, aunque sirva de base a la fundamentación del delito el quebrantamiento del abuso de confianza que el acto lleva intrínsecamente.”

Por su parte, la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, en sentencia de segunda instancia, de las doce horas del veinte de julio de dos mil dieciocho, en el incidente de apelación INC. APEL-150-SC-2018, incluye una consideración respecto a quien tenga la actividad de administrador haya sido infiel en su cargo, pero no necesariamente tenga que ser el administrador formal, sino que: "...no es requisito sine quanon que la persona a quien se impute el delito sea administrador, en un sentido estrictamente formal, sino lo que debe probarse es que la persona haya tenido a su cargo, la administración o el cuidado de los bienes, y que teniendo esa actividad haya sido infiel en su administración, puesto que ello, es lo que exige el tipo penal del delito en cuestión al describir como conducta prohibida: "El que teniendo a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes ajenos perjudicare a su titular [...]".

Con esas consideraciones, se intenta proteger el patrimonio en general, es decir, el patrimonio de todo aquel (sea una persona individual o una sociedad), que confiere a otro la administración de su patrimonio, o de aquel cuyo patrimonio ha sido puesto bajo la administración de otro (por decisión legal o de la autoridad).

## **2.5. Conducta de Administración Desleal**

### **2.5.1. Bien Jurídico protegido**

En sentido estricto, la administración desleal viene a ser un delito económico, tal como lo hemos verificado en el derecho comparado, dado que se trata de una infracción jurídico -penal que lesiona o pone en peligro el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía de un país.

Si se otorga un ámbito mayor de protección al concepto de Derecho Penal Económico, ligado a la idea de considerar al Derecho Penal Económico como el conjunto de normas jurídicas promulgadas para la regulación de la producción, la fabricación y distribución de bienes económicos, afirmamos que en sentido amplio es el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden socioeconómico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.<sup>139</sup>

No tanto porque no se sepa cuál es el objeto jurídico de protección, sino porque el mismo no se protege en su totalidad en las diferentes descripciones típicas. Según la práctica unanimitad de la doctrina, el orden socioeconómico no es el objeto jurídico de protección en ninguno de los delitos, es el objeto o bien jurídicos mediato, o si se quiere la finalidad de la norma, pero no el objeto inmediato y directo.

Precisamente ahí radica uno de los problemas: que el orden socioeconómico no se protege en su integridad en ninguno de estos delitos, y hay que concretar qué parcela es la que se protege en cada uno y si es sólo ese interés o también otro de naturaleza individual. El orden socioeconómico, concepto abstracto o de contornos difusos constituye en su acepción amplia, el objeto mediato.<sup>140</sup>

Es importante mencionar que el problema de la legitimidad tiene varios niveles de discusión. Uno material y uno formal. El material referido a si se debe proteger el bien jurídico que se concrete; y uno formal, no carente de repercusiones materiales, referido al problema de la técnica legislativa utilizada para tipificar el tipo penal. En

---

<sup>139</sup> MATA Y MARTÍN, R.: Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro, Ed. Comares, Granada, 1997, pág. 71 y ss.

<sup>140</sup> Íbidem. Pág. 73

el problema material incide de manera especial la discusión sobre la legitimidad de los bienes jurídicos colectivos.<sup>141</sup>

Las cuestiones que interesan y que conducen esta discusión se refieren a la “legitimidad” de esta concreta intromisión en la libertad de los ciudadanos y de las sociedades (empresas); y la forma a través de la cual se decide realizarla, es decir, la “técnica legislativa” utilizada para efectuarla. La administración desleal justifica la tutela penal en la medida en que se protege un determinado bien jurídico digno de protección, contra modos de ataque.

Indiferentemente de que se acepte el fin de la discusión o no (lo propio sería considerarla abierta), lo importante sí es afirmar que la doctrina mayoritaria en España (a la que nos adherimos) acepta que la protección de bienes jurídicos es el principal criterio legitimante. A este respecto, considero importante señalar, aunque brevemente, que es necesario establecer un criterio complementario de la teoría del bien jurídico. Porque, el correcto punto de partida consiste en reconocer que la única restricción previamente dada al legislador para la configuración de los delitos se encuentra en los principios de la Constitución.

Con lo cual se reconduce la teoría del bien jurídico haciéndola derivar de la Constitución. En suma, como afirma BUSTOS RAMÍREZ, el bien jurídico no sólo surge como un concepto fundamentador de la intervención del Derecho penal en la libertad y derechos de las personas, sino además como garantía del ciudadano y como criterio deslegitimador de las intervenciones cuando éstas sean irracionales e

---

<sup>141</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B.: «Bien jurídico y delitos socioeconómicos», en Diccionario de Derecho penal económico, Ed. Iustel, dir. BOIX REIG, J., coord. LLORIA GARCÍA, P., Madrid, 2008, pág. 143.

ilegítimas.<sup>142</sup>

En virtud que es el patrimonio el afectado, tomando como referencia la figura del sujeto pasivo, delimitando la consideración positiva o negativa del bien jurídico protegido, etc. Finalmente, responde al bien jurídico protegido entendido de dos formas diferentes, de un lado como patrimonio, y de otro como orden socioeconómico. Por último, es conveniente añadir en una pincelada la relevancia del vínculo de fidelidad, pero sin ser incluido éste en la estructura anterior; su importancia aconseja tratar esta cuestión aquí, pero no se considera que disponga de características semejantes a los otros bienes, que realmente pueden considerarse como protegidos.<sup>143</sup>

En el delito de administración desleal, destaca el hecho de que el ataque al patrimonio (confiado en administración) se realiza por la infracción de las facultades que se otorgaron precisamente, para administrar ese patrimonio. Se infringen las facultades de administración, abusando o excediéndose en el ejercicio de las mismas y como consecuencia se produce un resultado de perjuicio al patrimonio administrado.<sup>144</sup>

---

<sup>142</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J.: Derecho penal, Parte General, Ed. PPU, cuarta edición, Barcelona, 1994, pág. 113

<sup>143</sup> El bien jurídico supone como corolario el principio de lesividad, que deriva de la necesidad de protección únicamente contra graves lesiones o amenazas, lo que supone, que a falta de un verdadero daño la conducta no podrá imputarse objetivamente, pues de no producirse una lesión injustificada la intervención del derecho penal debe ser excluido.

<sup>144</sup> MORILLAS CUEVA, LORENZO, "Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro" en Revista electrónica de Derecho Penal y Criminología 04 – 06 (2002), p. 18 (disponible en <http://criminetugr.es/redpc>).

### **2.5.2. El deber de Lealtad**

La razón por la que se debe excluir la relación de fidelidad como objeto jurídico de protección del delito de administración desleal está en que debe ser un delito de resultado, a pesar de que requiere lealtad, exige “un perjuicio al patrimonio administrado”; y si se hubiera querido sancionar la vulneración de la relación de confianza lo habría construido como un delito de peligro. La infracción del deber constituye el desvalor de la acción, pero no el bien jurídico, en la medida en que se exige una agresión con resultado de daño al patrimonio administrado. En este sentido, la infracción de tal deber constituye tan sólo el medio para producir esta agresión al patrimonio, convirtiéndose en una modalidad específica de ataque para el bien jurídico protegido.

Será suficiente con que concurra la infracción del deber de protección del patrimonio ajeno de quien ostentaba el deber y la verificación del resultado prohibido, sin perjuicio de que esto implique necesariamente la infracción de los deberes jurídico-civiles, legalmente impuestos.<sup>145</sup>

Ante la ausencia de un reconocimiento expreso en el ordenamiento salvadoreño de la institución jurídica denominada deber de lealtad, la doctrina a partir de determinadas relaciones jurídicas, desarrolló una construcción dogmática que explica el sentido normativo de este concreto deber.

El primero de estos intentos se establece en función de la relación contractual de la que se señala surge un deber de lealtad contractual, aplicable al tratamiento general de la regulación de los contratos.

---

<sup>145</sup> FARALDO CABANA, P.: Los delitos..., Ob. Cit., pág. 320 y ss.

Por este deber se exige que las partes realicen de manera leal los comportamientos que atañen a la relación contractual en todas sus fases, y el deber de lealtad contractual se concreta en la buena fe contractual que, debe entenderse “como fidelidad a un acuerdo concluido, como compromiso en el cumplimiento de una expectativa ajena. Es esencialmente fidelidad y compromiso de cooperación”.

En la medida de lo amplio (y poco determinado) del ámbito de aplicación de la exigencia del deber de lealtad contractual, la doctrina configuró un entendimiento más estricto del mismo en función de aquello que se espera de un concreto obligado en unas determinadas relaciones jurídicas, en relación a la confianza que se entrega.

La confianza es entendida como una especial particularidad de estas relaciones jurídicas entre las que cabe citar: el mandato, la comisión, el depósito, etc.

En este sentido, coincidente con lo que previamente hemos señalado, se intenta explicar el contenido del deber de lealtad en función de la existencia de un elemento psicológico, denominado “confianza”<sup>146</sup>, según el cual, para el perfeccionamiento del negocio jurídico, es necesaria la convicción sobre determinadas cualidades de la otra parte.

Esta idea traería como consecuencia entender que el deber de lealtad tiene como contenido normativo la protección de la confianza, lo que tal y como hemos anticipado, debe ser rechazado por cuanto la confianza no es más que un supuesto

---

<sup>146</sup> JAÉN VALLEJO, M.: «La administración desleal como delito de infracción de deber», en Ley, razón y justicia. Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales, núm. 11, junio 2010, pág. 59- 60.

de hecho que explica el origen y extinción de una relación jurídica mas no constituye el contenido normativo del deber de lealtad.<sup>147</sup>

### **2.5.3. El exceso de Facultades del Administrador.**

Lo primero que debemos indagar es qué significa excederse. El diccionario de la RAE nos señala que excederse consiste en propasarse, ir más allá de lo lícito o razonable. Desde esta definición, excederse equivale a abusar, porque el mismo diccionario afirma que hacer un uso excesivo, injusto o indebido de algo o de alguien es lo que distingue un abuso.

Si excederse es abusar, el ejercicio abusivo de las funciones encomendadas al administrador para custodiar el patrimonio ajeno, cuando ese ejercicio con exceso o abuso de las facultades ocasiona o produce un perjuicio (disminución) patrimonial. Esta reducción o asimilación terminológica tiene una finalidad: desentrañar lo que, por abuso o exceso en el ejercicio de las funciones del administrador, se debe entender en el ámbito jurídico penal respecto de la administración desleal.

La identificación conceptual es importante, porque el término exceso no dispone de una tradición interpretativa importante, sobre todo porque siempre se ha entendido que el exceso en el uso de los derechos es lo que se denomina abuso, y tanto la ley como la doctrina han preferido este término. El por qué el legislador decidió utilizar esta expresión, “excediéndose” y no el término “abusando”, es una incógnita cuya resolución no es muy importante a nuestro juicio, porque lo importante es interpretar qué consiste el término o en qué radica esa exigencia, en qué

---

<sup>147</sup> GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: Tratado de derecho mercantil, Obligaciones y contratos mercantiles, Ed. Revista de Derecho Mercantil, t. III, vol. I, Madrid, 1964, pág. 542.

consiste aquella condición normativa del comportamiento del administrador.

### CAPÍTULO III.

#### ESTRUCTURA GLOBAL DE LA CONDUCTA DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL

Sumario. 3.1 Modalidades de Comisión de la Conducta de Administración Desleal. 3.1.1 La administración desleal como conducta de abuso o infidelidad. 3.1.2 Infracción del Deber como nexos causal del abuso o infidelidad. 3.2 Bien Jurídico Protegido. 3.3 Conducta de Administración Desleal como Delito Marco a partir de la Reforma del Código Penal Español. 3.3.1 Dolo como conocimiento de la acción infractora del deber. (Tipo Subjetivo). 3.3.2 Acción Típica. (Tipo Objetivo). 3.3.3 Los Sujetos Intervinientes. 3.3.3.1 Sujeto Activo. 3.3.3.2 Sujeto Pasivo.

#### 3.1. Modalidades de Comisión de la Conducta de Administración Desleal

La estructura de la conducta tiene dos modalidades: a) la infidelidad y b) el abuso. Ambas tienen en común tres elementos, el primero que en ambos casos se requiere que se trate de un *delito especial*,<sup>148</sup> o solo por *disposición de ley*,<sup>149</sup> de *autoridad*,<sup>150</sup> o por algún acto jurídico,<sup>151</sup> y tiene a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos para cometer el injusto penal.<sup>152</sup>

El segundo elemento es que ambas posean el elemento subjetivo del dolo, como es el fin para procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o el mero fin de causar un daño.<sup>153</sup> Finalmente el tercer elemento es, que ambas modalidades

---

<sup>148</sup> De acuerdo a la intervención y calidad de los sujetos.

<sup>149</sup> Regulado previamente en el pacto social, su modificación o la ley.

<sup>150</sup> Por nombramiento de director o administrador formal, incluso los gerentes.

<sup>151</sup> Donna, Edgardo Alberto. Parte Especial II-B. Delitos contra la Propiedad. Rubinzal Culzoni Editores. Ed. 2001 páginas 411 y ss.

<sup>152</sup> Ibidem, Pagina 421 y ss.

<sup>153</sup> Ibidem. 423 y ss.

requieren la violación de deberes en relación a los bienes o intereses pecuniarios ajenos,<sup>154</sup> esto es, de la víctima.<sup>155</sup>

Esto supone, que el que infringiendo el deber de cuidar un patrimonio y abusando de las facultades jurídicas de disposición autónoma que posee, sin realizar una conducta de apropiación indebida, utilice los bienes o los empleados que presten su servicio a dicho patrimonio o contraiga obligaciones a su cargo, y como consecuencia de ello cause un perjuicio a ese patrimonio.

Existe perjuicio no solo cuando se produce una pérdida patrimonial sino también cuando se desaprovecha la posibilidad fundada de obtener un incremento patrimonial esperado, así como cuando se frustra el fin perseguido por el titular del patrimonio.

El delito se comete también si el autor omite realizar las acciones tendentes a conservar o incrementar el patrimonio, cuando le incumbía un deber específico de hacerlo.<sup>156</sup>

Lo anterior, a la luz del contenido de los delitos patrimoniales, deberá de considerarse una infracción del deber,<sup>157</sup> pero no como una conducta imprudente,

---

<sup>154</sup> Puede tratarse de un negocio invalido, pero contrario a los intereses de la víctima.

<sup>155</sup> Ibidem 415 y ss.

<sup>156</sup> Martínez Buján Pérez, Carlos. Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y apropiación indebida. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXV (2015). ISSN 1137-7550. Páginas. 457-566.

<sup>157</sup> Consiste en velar por los intereses patrimoniales de la víctima, a manera de ejemplo que los administradores lleven una contabilidad incorrecta ponen en riesgo el patrimonio de la sociedad, ya que la infracción de deberes puede poner en riesgo el registro de crédito, una declaración fraudulenta de impuestos, o que terceros hagan efectivos derechos de créditos inexistentes o abultados. Por lo que la mera existencia de un crédito no pone en riesgo el patrimonio, sino crear un peligro equivalente al daño.

sino que la infidelidad se satisface con la infracción de deberes que conduce a un perjuicio de los intereses pecuniarios confiados<sup>158</sup>, mientras que para el abuso,<sup>159</sup> basta que con la infracción de deberes comporte obligar abusivamente,<sup>160</sup> al titular de los intereses patrimoniales.<sup>161</sup> De ahí que tenga pleno sentido exigir para completar al injusto un elemento adicional como es el perjuicio patrimonial.<sup>162</sup>

Vamos a entender que la estructura global, es la genérica que busca establecer criterios del tipo base de la conducta, y como vemos hasta el momento no se menciona la palabra *fraude*, y es que necesita establecer que ambas modalidades no es otra cosa que la conducta genérica de la deslealtad y la administración, ya que es necesario mantener separados la acción típica y el resultado típico en la administración desleal.

La única vía posible de mantener esta separación es utilizar perspectivas diferentes para valorar el hecho de administración desleal, esto es, por un lado, la determinación accesoria desde una perspectiva ex ante de la infracción de deber, y, por el otro, una comprobación fundamentalmente económica autónoma desde una perspectiva ex post de la producción del perjuicio dañoso.

---

<sup>158</sup> La infidelidad exige perjuicio de los intereses patrimoniales de la víctima, el cual puede interpretarse a la luz del concepto económico jurídico del patrimonio.

<sup>159</sup> El abuso radica en obligar abusivamente al titular del patrimonio, sin que sea menester la producción de un perjuicio en el sentido del concepto económico de patrimonio.

<sup>160</sup> Implica vincular a la víctima eficazmente con un negocio válido, solo que contrario a la relación interna (Administrador-Víctima) Ejerciendo el poder de disposición conferido por la víctima sobre el patrimonio.

<sup>161</sup> Mirentxu Corcoy Bidasolo y Otros. Jurisprudencia de Casación Penal. Administración Desleal y consentimiento. Editorial Hammurabi. 1 Ed. 2011. BuenosAires, Argentina. P. 18.

<sup>162</sup> El perjuicio se concibe en términos puramente formales, como la desaparición de un derecho o su gravamen con una obligación, con independencia de latrascendencia económica que ello tenga, dado que lo importante es la relación jurídica del sujeto con la cosa.

Según Roxin,<sup>163</sup> el dominio de organización,<sup>164</sup> en la administración desleal, en cuanto este último se caracteriza por una acción socialmente dañosa, que es la administración indebida de un patrimonio puede producir un nivel de perturbación social tal que resulte plenamente justificada la intervención del Derecho penal. Herzberg, en cambio, habla del delito de garante y lo sitúa junto a los delitos ligados a una conducta, oponiendo ambas categorías –tipos cerrados– a los delitos puros de causación –tipos abiertos–, “tratándose de esta posición de garante resulta indiferente si la causación del peligro tiene su origen en una conducta contraria a deber o, por el contrario, se produce en el contexto de una actividad tolerada”.<sup>165</sup>

---

<sup>163</sup> Conferencia pronunciada el 23 de marzo de 2006 en la clausura del curso de Doctorado "Problemas fundamentales del Derecho Penal y la Criminología" de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata (iustel.com). Revista Electrónica. "Revista General de Derecho Penal. España. Iustel. Portal de Derecho S. A." Extracto publicado por Equipo Editorial el 5 de mayo de 2006. Consultada el 30 de julio de 2021 al siguiente enlace: [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_categoria=7364](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_categoria=7364).

<sup>164</sup> Por consiguiente, si se reconoce el dominio de organización [Organisationsherrschaft] como una forma independiente de autoría mediata, quedala cuestión acerca de sobre qué condiciones en particular se fundamenta este dominio. Ésta plantea múltiples puntos de discusión y son cuatro los factores a los que se puede atribuir el dominio del hecho de los hombres de atrás: a) Poder de mando ["Anordnungsgewalt"]; b) La desvinculación del ordenamiento jurídico [Rechtsgelöstheit] del aparato de poder; c) La fungibilidad del ejecutor inmediato y d) La considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor.

<sup>165</sup> Cfr. Lautaro Contreras Chaimovich. Polít. crim. vol.12 no.23 Santiago 2017. BEULKE; BACHMANN, "Die Lederspray- Entscheidung", cit. nota n° 64, p. 740; DEUTSCHER; KÖRNER, "Die strafrechtliche Produktverantwortung", cit. nota n° 64, p. 300. En favor de una equiparación entre los deberes de vigilancia de cosas peligrosas que se hallan en el propio ámbito de dominio y los deberes de garante por hacer precedente JAKOBS, Strafrecht, cit. nota n° 55, Sección 29, número marginal 31, para quien el actuar previo "es un acto de organización que da lugar a un peligro que obliga al aseguramiento al titular del ámbito de organización que se ha convertido en peligroso". Crítico respecto de esta homologación se manifiesta Otto. Para él, los deberes de aseguramiento del tráfico no tienen que ver -como si ocurre con los deberes fundados en la injerencia- con la obligación de omitir ciertas actuaciones previas peligrosas, sino con las expectativas de seguridad de la comunidad, que confía en que determinados objetos o lugares peligrosos se mantendrán bajo vigilancia, no haciéndose necesario prestar atención y cuidado a los mismos. Una equiparación de ambos tipos de deberes impediría apreciar una diferencia esencial entre ambos: la posibilidad de transferir la obligación de evitar el resultado, la que solo existiría en los deberes de vigilancia de objetos o lugares peligrosos, en la medida que la persona que asume el cumplimiento del deber comience a ejercer fácticamente un nuevo dominio sobre el objeto o lugar (ver OTTO, "Die strafrechtliche Haftung", cit. nota n° 53, p. 294 y ss.). Publicado por Lautaro Contreras Chaimovich\*

Se está en presencia de un delito de garante, primero cuando toda producción de resultado es típica (de lo contrario se trata de un delito ligado a conducta, como por ejemplo la fuga del conductor) y segundo cuando el tipo es completamente cerrado en el círculo de autores. No obstante, en la administración desleal, no toda producción de resultado es típica, sino solo la que aparece como realización de la acción infractora de deber.

La administración desleal consiste en la provocación de un perjuicio mediante la infracción de un deber en el sentido de una contravención de la norma de conducta, que sirve de presupuesto al artículo 266 del Código Penal alemán. De este modo, la administración desleal se comprende mejor bajo la categoría de los delitos de infracción de deber en el sentido de Jakobs, que se diferencia de los delitos en que la responsabilidad se sigue de la competencia por la ampliación del propio círculo de organización.

En aquella categoría de delitos existe una relación del autor respecto del bien, independiente del hecho, la que se define no solo negativamente en orden a no lesionar, sino positivamente mediante un status del autor en relación al bien. Este status se encuentra predeterminado y estrictamente normado por contextos de regulación (padres, curador, funcionario), esto es, por instituciones. En estos delitos, la competencia del autor se determina mediante el status, no a través del círculo de organización.<sup>166</sup>

---

Legum magister y doctor por la Albert-Ludwigs-Universität (Alemania). Profesor asociado del Departamento de Ciencias Penales, Universidad de Chile. Página Electrónica Polít. crim. Vol. 12, Nº 23 (Julio 2017), Art. 1, pp. 1-55. consultada el día 30 de julio de 2021. [[http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_12/n\\_23/Vol12N23A1.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_23/Vol12N23A1.pdf)].

<sup>166</sup> Lo primero que debe tener en cuenta el legislador al momento de decidir el alcance de esta criminalización es la distinción de los casos de autoadministración y los casos de heteroadministración. A esta distinción se le agrega la variable del perjuicio, resultando la siguiente ordenación de los supuestos de administración indebida de un patrimonio: La autoadministración

### 3.1.1. La administración desleal como conducta de abuso o infidelidad.

Cuando una legislación penal, opta por la creación de un tipo penal genérico de **administración fraudulenta**, entran en consideración dos modalidades de realización del delito: por el abuso de las facultades de administración o por la sola infracción de un deber de lealtad patrimonial.<sup>167</sup>

La primera implica el uso indebido de las facultades otorgadas al administrador para comprometer el patrimonio administrado, mientras que la segunda supone una actuación (activa u omisiva) del administrador en contra del interés del patrimonio administrado.

Una revisión de las legislaciones penales pone en evidencia que estas modalidades de realización pueden ser recogidas conjuntamente, como sucede con la regulación alemana o la chilena. En la jurisprudencia y doctrina penales se discute, en tal caso, cuál sería la relación entre estas dos modalidades de realización del delito: si una incluye a la otra (las llamadas tesis monistas) o si cada una regula una forma distinta de realización del delito de administración fraudulenta (las llamadas tesis dualistas), sin perjuicio de la aparición de teorías que intentan terciar entre estas dos posturas

---

que perjudica al mismo titular, la autoadministración que perjudica a terceros, la hetero administración que perjudica al titular y la hetero administración que afecta a terceros. No hay mayor discusión para aceptar la ajenidad del Derecho penal cuando la autoadministración perjudica únicamente a su titular, en la medida que se trataría de un tema de absoluta incumbencia del propio afectado. Aunque su incapacidad en la administración del propio patrimonio pudiese evidenciar el peligro de una posible afectación futura a terceros, eso no autorizara aún a que el Derecho penal pueda intervenir. Lo que procede es, en todo caso, algún tipo de medida asegurativa, como la interdicción civil. Por el contrario, la autoadministración que perjudica a terceros sí alcanza relevancia penal, siempre que se pueda sostener que, por razones de fragmentariedad, la administración se ha hecho de una forma fraudulenta.

<sup>167</sup> Sobre las dos modalidades de realización de la infidelidad patrimonial y sus problemas interpretativos, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5ª ed., 2017, § 14/563 ss.

enfrentadas.<sup>168</sup>

Para la tesis monista las palabras «cuidar» y «tutelar» son empleados por el texto legal con el mismo significado, debe comprenderse el deber de tutela del patrimonio en el mismo sentido que el deber de cuidado patrimonial, que sirve de base al tipo de quiebre de confianza; mientras que la dualista se refiere al tipo penalal referirse «y con ello inflige un perjuicio a la persona, cuyos intereses patrimoniales él debe tutelar» implica solo la exigencia del perjuicio patrimonial y la identidad entre tutelado y perjudicado, pero no un elemento del tipo adicional para el tipo de abuso. Sin embargo, no resulta claro en esta teoría que dicha oración carezca totalmente de contenido para este tipo. Así por ejemplo se plantea la pregunta, de si realmente deben imponerse las mismas exigencias al deber de tutela patrimonial para ambas modalidades (Infidelidad y abuso).

En este sentido, Schünemann argumenta que no resulta contradictorio, bajo un punto de vista gramatical y lingüístico, cuando la oración subordinada, que se conecta con las oraciones principales, describe un concepto general, cuya extensión se encuentra contenida parcialmente en las oraciones principales.

Esto implica que la extensión de la primera oración principal, en la cual se contempla el tipo de abuso, también contiene parte del concepto descrito por la oración subordinada en cuestión. No obstante, no queda claro en este análisis cuáles la extensión del concepto general. Solo cuando Schünemann critica la posición intermedia o teoría monista limitada se esclarece la pregunta, al afirmar que la

---

<sup>168</sup> Al respecto, las opiniones se dividen fundamentalmente en: (1) la teoría monista, que ve en esa frase un elemento adicional del tipo y que se ha convertido en teoría dominante, (2) la teoría dualista, que niega ese aserto, y (3) la posición que media entre ambas.

relación interna no exige estar estructurada en utilidad ajena, pero sí debe contener elementos de la gestión de negocios en el sentido de la capacidad para actuar contractual y autónomamente, en contraste con la actividad puramente mecánica de la encomienda.

Con ello queda claro que la oración subordinada como concepto general también tiene un significado para el tipo de abuso. De lo anterior se concluye que hoy en día una teoría **estrictamente dualista prácticamente no es sostenida**.<sup>169</sup>

### **3.1.2. Infracción del Deber como nexo causal del abuso o infidelidad**

Según el tenor literal de la norma del artículo 266 del Código Penal Alemán, regula el delito de abuso de confianza, es claro e indiscutible, que la parte final de la disposición: “...y con ello le inflija desventaja a la persona cuyos intereses él debe cuidar...”.

Ciertamente, en principio, en el Derecho alemán el marco penal que se asigna a la infidelidad patrimonial (*Untreue*) es superior al que se establece para la apropiación indebida<sup>167</sup>, pero, obviamente, hay que tener en cuenta la decisiva peculiaridad de que el delito alemán de la *Untreue* abarca todos los supuestos de administración desleal, lo que permite ofrecer gran flexibilidad a la hora de adaptarse a la muy diferente gravedad de supuestos planteables.

---

<sup>169</sup> Aunque debe señalarse que Schünemann llama su propia posición como teoría tipológica. Sin embargo, el hecho de que un autor nombre su propia posición de una u otra manera no exime al lector crítico de poner al descubierto que teoría se sostiene en el trasfondo. Y es justamente lo que ocurre con el comentario de Schünemann, quien critica duramente la sentencia del tribunal supremo federal en el caso tarjeta de cheque, además de desarrollar su análisis sobre la base de dos tipos penales separados, lo que revela un pensamiento dualista de la administración desleal.

Sin embargo, frente a ello hay que responder que no se alcanza a comprender por qué un genérico deber de salvaguardar el patrimonio va a pesar de forma tan decisiva en la ponderación de injustos. Y es que, a tal efecto, no solo hay que valorar este elemento sino cada injusto en su globalidad: así, en la apropiación indebida, existe la infracción de una obligación jurídica específica, perfectamente determinada, de entrega o devolución de una cosa y se trata, además, de una infracción que comporta la privación definitiva del dominio de la cosa; en cambio, en la administración desleal existe ciertamente un perjuicio patrimonial, pero de variado significado, según el contenido que se le quiera otorgar.<sup>170</sup>

En resumidas cuentas, la administración desleal genérica no debería ser un delito más grave que los delitos de apropiación indebida y estafa, es más, cabría sostener incluso que, a la vista del modelo que, de *lege ferenda*, aquí se propugna (incardinando los comportamientos apropiatorios de un administrador en el delito de apropiación indebida), el tipo básico de la apropiación indebida debería ser castigado con una pena superior al de la administración desleal genérica.

Por otro lado, resulta adecuado recurrir a la figura jurídica de la infracción de un deber y, fundamentar una autoría de los cargos directivos, en tantose les atribuya una posición de garante para la salvaguarda de la legalidad de las acciones de la empresa. Tenemos ya hoy para los delitos de funcionarios un precepto así en el Código Penal alemán. En el **artículo 357** se dice: “Un superior que induce a sus subordinados a un hecho antijurídico en el ejercicio del cargo... o intenta inducir o

---

<sup>170</sup> Al analizar la situación del Código Penal Español vigente ciertamente, no es descartable una interpretación conforme a la cual la infracción de un deber específico de entrega o devolución pueda considerarse de mayor gravedad que la infracción del deber genérico de administración desleal, y, por tanto, la mayor penalidad del artículo 252 para casos de especial perjuicio económico.

permite que suceda un hecho antijurídico tal de sus subordinados, ha incurrido en la pena prevista para este hecho antijurídico.”

Esta norma pudiera aplicarse a superiores autorizados para dar órdenes en empresas. Para ello hay ya propuestas de Tiedemann<sup>171</sup> y Bottke,<sup>172</sup> y también el proyecto de un Corpus Juris para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea contiene en el Art. 13 una regulación así: “Si se comete un delito por cuenta de una empresa por una persona, que está bajo la autoridad del director de la empresa o de otra provista de poder de decisión o control en la empresa, el director de la empresa o el encargado de la decisión o control es también penalmente responsable, si tuvo conocimiento de la comisión del delito, dio orden para su comisión, dejó que el delito sucediera u omitió las medidas de control necesarias.”

Todos estos esfuerzos muestran que el dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder no es una figura jurídica adecuada para superar los problemas que aquí existen.<sup>173</sup>

La infracción del deber, no se trata ya de verificar si en el caso concreto existe un deber de tutela patrimonial en el sentido del artículo 266 del Código Penal Alemán o no, ya no se trata aquí de determinar el alcance de la oración subordinada contenida en la frase “y con ello inflige un perjuicio a la persona, cuyos intereses patrimoniales él debe tutelar”, sino de interpretar los verbos “abusar” en la

---

<sup>171</sup> Tiedemann, Die Regelung von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht, en: Festschrift für Nishihara, 1998, págs. 496 ss.

<sup>172</sup> Bottke, Täterschaft und Teilnahme im deutschen Wirtschaftskriminalrecht – delege lata y de lege ferenda, Juristische Schulung, 2002, págs 320 ss

<sup>173</sup> Muñoz Conde, Willensherrschaft im Rahmen “nichtrechtsgelöster” Organisationen?, Festschrift für Roxin, 2001, págs. 609 ss.

modalidad de abuso e “infringir” en el tipo de quiebre de confianza. Por lo tanto, aquí no se puede plantear el problema metodológico, que debe resolver la teoría monista limitada, de asignar un significado diferente a las palabras “tutelar” y “cuidar” según el contexto de aplicación. La diferenciación aquí propuesta entre posición de tutela patrimonial e infracción del deber permite dotar de contenido a dicho deber e interpretar de modo distinto la conducta típica en el tipo de abuso y en el de quiebre de confianza.

La secundariedad del Derecho Penal implica que esta parte del ordenamiento jurídico solo puede intervenir donde existe un interés de protección para la comunidad previsto por el orden primario. De este principio se colige por lo menos que una conducta permitida por el orden primario –Derecho civil, Derecho económico, Derecho público– no puede ser prohibida por el orden secundario del Derecho penal, sin provocar contradicciones intolerables en el ordenamiento jurídico.

Este principio rige naturalmente también en el ámbito de la administración desleal, lo cual es ampliamente reconocido por la doctrina. En la medida que tanto el tipo de quiebre de confianza como la modalidad de abuso presuponen una lesión del deber de tutela patrimonial, una acción realizada conforme al Derecho civil o público no puede ser jamás una conducta de administración desleal castigada penalmente.

En el tipo de abuso, la conducta infractora del deber consiste en un uso erróneo del poder jurídico sobre patrimonio ajeno, el cual implica sobrepasar lo permitido jurídicamente dentro de lo posible jurídicamente.

El tipo de abuso responde a la circunstancia de que el poder jurídico en la relación

externa puede exceder la facultad en la relación interna en razón de reglas estandarizadas de representación. De ahí que el abuso resulta justamente del conflicto entre relación externa y relación interna.

Además, la acción del abuso debe completarse todavía con la lesión del deber, por lo que éste se encuentra dado, cuando se cierran negocios no abarcados por los fines y objetivos previamente definidos. Con otras palabras, para la realización del tipo de abuso no es suficiente el abuso del poder de representación como sobrepasamiento de lo permitido jurídicamente dentro de lo posible jurídicamente, sino que éste debe significar también un desacato de la determinación de fines, esto es, la acción no debe haberse realizado en utilidad ajena. No obstante, ambos aspectos de la infracción del deber tienden a coincidir en los casos subsumibles en este tipo.

Para efectos de este tipo, no resulta determinante si el autor se encontraba sujeto a instrucciones detalladas o si se le había conferido un espacio propio de decisión.

La administración desleal consiste en una producción de perjuicio patrimonial infractora del deber, esto es, en una disminución no compensada del patrimonio mediante una acción infractora del deber. Infracción del deber y producción del perjuicio como elementos centrales del tipo no se distinguen claramente, cuando las normas que determinan el deber de tutela patrimonial son tan generales, que no queda más que la prohibición de dañar el patrimonio del dueño del negocio.

En estos casos, la infracción del deber se concluye a partir del daño al patrimonio, de modo que la lesión del deber se determina materialmente por la producción del perjuicio. Por cierto, esta confusión entre acción típica y resultado típico representa

un problema estructural para la administración desleal. Pero esta conclusión de la lesión del deber a partir del perjuicio patrimonial es más bien consecuencia de la aceptación de una perspectiva jurídico penal autónoma para la determinación de la infracción del deber.

Precisamente esta comprensión material de la administración desleal aquí no se suscribe, pues conduce más bien a una ampliación de la punibilidad, esto es, cuando se produce un evidente daño del patrimonio «desde adentro», pero existen puntos de apoyo para negar la infracción del deber. Por otra parte, se presenta también un problema estructural como consecuencia de la individualización de la determinación del perjuicio que se desarrolla tanto con el concepto económico, que admite en forma excepcional la determinación individual del perjuicio, como especialmente con la teoría de la frustración del fin.

Este problema radica en que el perjuicio se deduce de la infracción del deber, lo que afecta en especial los casos de administración desleal presupuestaria. Esto es, en la medida que la frustración del fin se convierte en pilar de la determinación del daño, éste pasa a ser un mero reflejo de la infracción del deber, por lo que aquí también tiene lugar una confusión entre acción típica y resultado típico.

### **3.2. Bien Jurídico Protegido de la Conducta de Administración Desleal.**

Se ha venido desarrollando a lo largo de este trabajo de graduación, que el bien jurídico protegido para el caso de la conducta de Administración Desleal, es el patrimonio, situación que es corroborada desde su creación en Alemania, España y los distintos países que se ha citado, así por ejemplo el profesor Juan Bustos Ramírez señala: “Como ya se ha dicho de la figura, no tiene parentesco directo con

la estafa y las defraudaciones, pues no se trata de una maquinación, sino simplemente de un abuso de confianza para quedarse con la cosa. Por ello se podría decir que entre los delitos contra el patrimonio hay una secuencia de graduación que va del hurto (y robo) pasa por la apropiación indebida y termina con la estafa. En el hurto se obtiene la cosa mediante sustracción, en la apropiación indebida se recibe la cosa y con abuso de confianza no se restituye, y en la estafa se recibe la cosa, pero obteniéndola mediante engaño. Se trata, pues, de tres modalidades enteramente diferenciadas, de ataque al patrimonio de otro.”<sup>174</sup>

En otra opinión, es válido referirse a ella, la Doctora Faraldo considera: “...con los delitos societarios se trata de proteger indirectamente la integridad del orden económico, entendido éste siempre en un sentido amplio...”.<sup>175</sup>

Lo anterior, debido a que se considera que los delitos societarios lesionan o ponen en peligro al patrimonio individual, ya que con ello lesionan frontalmente el buen funcionamiento de las sociedades mercantiles, impidiendo el desarrollo de las funciones que el ordenamiento les atribuye. Pero hemos dejado claro que las reformas posteriores al Código Penal Español, lo colocan en los delitos patrimoniales y no societarios.

Por ello, se vuelve acertada la opinión es Nieto Martín, quien considera que el bien jurídico en el delito de administración desleal es el patrimonio de los socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de bienes, valores o capital que administre

---

<sup>174</sup> Bustos Ramírez Juan, “Manual de derecho penal parte especial”, Barcelona, 2º edición actualizada, Editorial Ariel, S.A., 1991. p. 205.

<sup>175</sup> Cfr. Faraldo Cabana, Patricia. Los delitos societarios, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 71

la sociedad, en tanto que el objeto de la acción es, según el propio tenor literal del precepto 295 del Código Penal Español, el patrimonio de la sociedad.<sup>176</sup>

Por ello, con gran acierto Bacigalupo ha mencionado que el derecho penal no es ajeno al buen gobierno corporativo, al describir conductas típicas que tratan de cuestiones relacionadas en gran medida con la lealtad de los administradores y la protección de los titulares del patrimonio administrado.<sup>177</sup>

Al verificar la doctrina podría verse un tanto confusa, máxime si se trata de académicos españoles, que han abordado al delito de Administración Desleal como conducta autónoma e inicialmente catalogada como un delito societario, y no patrimonial, por ello la confusión y la disgregación de opiniones, de donde ubican al delito como tal, pero para efectos de este trabajo de graduación se entenderá que la administración desleal no es un delito societario, dado que no está regulado, un capítulo relativo a delitos societarios propiamente dichos, sino pues, una fórmula más amplia, es partiendo de la diferenciación hecha entre el bien jurídico y el objeto de la acción<sup>178</sup>, este último conformado por el patrimonio de la sociedad.<sup>179</sup>

---

<sup>176</sup> Cfr. Nieto Martín, Adán. El delito de administración fraudulenta, Praxis, Barcelona, 1996, p. 254.

<sup>177</sup> Cfr. Bacigalupo, Enrique. Falsedad documental, estafa y administración desleal. Editorial Marcial-Pons. Madrid-Barcelona-Buenos Aires. 2007 Pp. 193

<sup>178</sup> Patrimonio es una unidad estructurada personalmente que asegura el desarrollo de la persona en el ámbito de las cosas. Se constituye de las relaciones de dominio —reconocidas por el ordenamiento jurídico— de la persona sobre objetos (bienes patrimoniales), que son reconocidos por la comunidad jurídica como objetos autónomos del tráfico económico, es decir, patrimonio es la potencia económica del sujeto jurídico, que se basa en el poder de dominio sobre objetos, que la comunidad jurídica considera como objetos autónomos del tráfico en la economía. De esta manera, se establece una primera condición del bien patrimonial, cual es el atributo de un objeto de poder ser parte del tráfico económico. En consecuencia, pueden ser objetos patrimoniales, por ejemplo, bienes materiales y bienes personales, como capacidades, saber, «know-how» y la fuerza de trabajo, en la medida de que sean transferible.

<sup>179</sup> Bramont-Arías Torres y Otros. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Cuarta Edición, Editorial San Marcos, Lima, Perú. Página 361.

Para Salinas Siccha, estamos ante un tipo patrimonial, la protección se dirige también hacia la confianza y la buena fe en los negocios, entendida como bona fide<sup>180</sup>, que supone una pluralidad en la ofensa, pues implica la lesión inmediata del patrimonio social y la afectación mediata del patrimonio individual de la persona natural componente de la persona jurídica.<sup>181</sup>

Como se sabe, la llave maestra para interpretar el alcance de un tipo penal de cara a su aplicación a los casos concretos se encuentra en el bien jurídico protegido. En las legislaciones penales que incluyen a la administración fraudulenta dentro de los delitos contra el patrimonio, se recurre generalmente al punto de vista sistemático para sostener que el bien jurídico protegido es el patrimonio.

Por el contrario, en las legislaciones que la regulan en un título distinto a los delitos contra el patrimonio, como sucedía, por ejemplo, con la anterior regulación española que la ubicaba dentro de los delitos societarios, la doctrina penal entra en discusión. Desde consideraciones teleológicas se defienden posiciones muy variadas: que el bien jurídico, pese a su ubicación sistemática, sigue siendo el patrimonio; que se trata, en realidad, de un bien jurídico colectivo; o que existe una conjunción de ambas perspectivas bajo un prisma de pluriofensividad.<sup>182</sup>

---

<sup>180</sup> Salinas Siccha, Ramiro. "Fraude en la Administración de Personas Jurídicas". Delitos contra la vida Vida y otros estudios de Derecho Penal. Palestra Editores. Lima, Perú. Página 157.

<sup>181</sup> Es que se generan los mayores problemas, teniendo en cuenta principalmente que no siempre vamos a llegar a soluciones adecuadas para resolver la cuestión, toda vez que al reprimir los comportamientos delictivos cometidos por medio de la actividad societaria puede ocurrir que solo se castigue a los sujetos que integran los eslabones últimos de la organización, o bien la infracción corre el riesgo de quedar impune porque nadie reúne con su conducta los requisitos exigidos – teniendo en cuenta los presupuestos de la teoría del delito, es decir acción típica, antijurídica y culpable para imponer una sanción penal.

<sup>182</sup> LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, La administración desleal societaria en el Derecho penal español. Primera Edición, InDret, 2010, pp. 7 s., procuran compatibilizar la perspectiva supraindividual (correcto funcionamiento de las personas jurídicas) con la perspectiva individual (patrimonio), sosteniendo que el delito de administración fraudulenta de persona jurídica protege

Dado que el enfoque penal se centra en la lesividad específica del injusto y no en su repercusión mediata en el funcionamiento global de ciertos sectores sociales, lo razonable es localizar el bien jurídico protegido por el delito de administración fraudulenta a nivel del afectado en sus derechos por el injusto. Podría pensarse, como originariamente sucedió con la incorporación del delito de administración fraudulenta alemán,<sup>183</sup> que lo que el delito de administración fraudulenta lesiona es, en realidad, la confianza que el titular del patrimonio deposita en el administrador infiel.

Sin embargo, es evidente que el tipo penal no se sustenta en la sola defraudación de la confianza depositada en el administrador, sino que ésta cobra cuerpo en el perjuicio patrimonial irrogado. Si bien el administrador asume la administración del patrimonio por un acto de confianza, lo que se protege es la ordenada gestión del patrimonio confiado.

En consecuencia, no hay duda de que la administración desleal constituye un delito contra el patrimonio.<sup>184</sup>

### **3.3. Conducta de Administración Desleal como Delito Marco a partir de la Reforma del Código Penal Español**

Persisten situaciones análogas que generan confusión en cuanto algunos problemas dogmáticos de la conducta de administración desleal que se considera

---

inmediatamente lo segundo y mediatamente lo primero.

<sup>183</sup> Con amplias referencias, PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Códigopenal, 2016, pp. 76 ss.

<sup>184</sup> En el mismo sentido, PASTOR MUÑOZ, La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal, InDret, (4), 2016, p. 3.

en la actualidad, en las legislaciones penales marco supra citadas, por un lado se establece que es un delito de infracción de deber, por la postura imperante en la doctrina penal de realizar una interpretación amplia y material de ese concepto, no ceñida a su significado en otras ramas del ordenamiento jurídico, en especial, el Derecho Mercantil.

Se confunde a los socios entre los posibles autores del delito, pero, en los escasos supuestos en que pudieran serlo, ya encajarían en el concepto de administrador de hecho, pero esto abriría el abanico de posibilidades de una comisión por omisión, cuando se designe administradores que no formen el pacto social, ni el registro de socios o quienes tengan títulos nominativos de certificados de acciones.

“Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto altriplo del beneficio obtenido”.<sup>185</sup>

Así se regula la tipificación de estas conductas (no exactamente del mismo modo) es común en el Derecho comparado.

---

<sup>185</sup> Texto integro del art. 295 del Código Penal Español de 1995. Se había optado por tipificar la administración desleal como un delito societario, a pesar de que se trata en realidad de un delito patrimonial que puede tener por sujeto pasivo a cualquier persona. Como reza en el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 de Reforma del Código Penal.

Luego el delito de Administración Desleal se reformó en el año 2016, ya no en los delitos societarios, sino en los patrimoniales, disponiendo: "...Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado...".<sup>186</sup>

*Por su parte el artículo 266 del código penal alemán (StGB): «El que abusa de la facultad de disponer sobre patrimonio ajeno o de obligara otro, que se le ha conferido mediante ley, encargo de autoridad o acto jurídico, o que infringe el deber de cuidar intereses patrimoniales ajenos, que se le ha impuesto en virtud de ley, encargo de autoridad, acto jurídico o una relación de confianza, y con ello inflinge un perjuicio a la persona, cuyos intereses patrimoniales él debe tutelar, será castigado con pena privativa de libertad hasta cinco años o con multa»*

El precepto contenido en la última disposición citada, (§ 266 StGB) es uno de los tipos más complejos, existiendo aún hoy, una fuerte discusión sobre su estructura y su interpretación. Se critica que el tipo de administración desleal es amplio o subdeterminado, tanto en su faz objetiva como en su faz subjetiva.

Finalmente, frente a la distinción necesaria entre el bien jurídico y el objeto material de la acción (ambos elementos similares pero distintos), cabe señalar que el legislador hizo uso de la técnica legislativa que Hefendehl denomina como

---

<sup>186</sup> Texto Integro del art. 252 del Actual delito de Administración Desleal en el Código Penal Español

coincidencia solo de contenido mas no formal respecto a la relación entre bien jurídico y objeto material.<sup>187</sup>

El bien jurídico protegido es constituido por el patrimonio económico de los socios, mientras que el objeto material de la acción según lo dispone el propio tenor literal de la norma en la expresión, quien disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad, está formado por el conjunto de bienes de la sociedad –el patrimonio societario o patrimonio administrado–, compuesto por muebles o inmuebles, derechos de crédito, good will, etc. y así mismo, el capital social y las obligaciones.<sup>188</sup>

Mediante la infracción del deber como ya se dijo antes, el administrador haya rotola confianza de las relaciones societarias y consagrado por la legislación mercantil de sociedades: el deber de lealtad en la gestión de la sociedad y de los intereses patrimoniales de ésta y de los socios de modo que no se les causen daños indebidos, produciendo como efecto secundario el consiguiente perjuicio para terceros, empleados y acreedores; la expectativa y razonable seguridad de que no se producirá tal vulneración del deber de lealtad en la gestión social con sus indeseables repercusiones para terceros dentro del tráfico jurídico es la base de la confianza de la comunidad en el correcto funcionamiento del sistema societario.

El aspecto supraindividual del bien jurídico tutelado en la administración desleal societaria es la base fundamental para sostener que, si la gestión desleal del administrador de una sociedad consiste en una forma especialmente grave de

---

<sup>187</sup> Cfr. SINTURA VARELA. Francisco. BERNATE OCHOA. Francisco: El delito de administración desleal en la legislación penal colombiana. p. 495.

<sup>188</sup> SUAREZ SANCHEZ, Alberto: Delitos contra el patrimonio económico., Editorial Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá. 2000 p. 403.

disposición fraudulenta como es la apropiación de bienes de la sociedad, existe, no un concurso de leyes, sino una forma de cometer el delito de apropiación indebida. Algunos autores sostienen que el patrimonio, como bien jurídico protegido, **no es el social**, sino el **individual de cada uno de los sujetos pasivos** mencionados en el art. 295 del Código Penal sin su reforma, refiriéndose a los **socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital**.

El patrimonio social sería entonces el objeto material y el patrimonio individual de socios o asimilados el bien jurídico tutelado, dada la falta de mención expresa de la sociedad como afectada por la administración fraudulenta, y de ahí los problemas de interpretación que se generó en los países como El Salvador, con el tipo de la Administración Fraudulenta.<sup>189</sup>

En cambio, la mayoría de la doctrina considera y por eso la reforma del artículo 295 del Código Penal Español, a la actual redacción del artículo 252 estriba en que el patrimonio social es el bien jurídico protegido por la propia naturaleza de las cosas; y que hay que bordear en este punto la mala técnica legislativa, pues se argumenta que está claro que para dañar el patrimonio de los socios, cuenta partícipes y demás sujetos pasivos señalados hay que lesionar el patrimonio social y parece imposible dañar los patrimonios individuales, sin lesionar el patrimonio social.<sup>190</sup>

Además de concordar en la configuración con su símil alemán, ambas modalidades coinciden en que las fuentes del deber de cuidado patrimonial pueden ser; la ley, la orden de autoridad, o un acto o contrato, solo difieren del modelo comparado, en que éste para la modalidad de infidelidad consagra una fuente adicional para la

---

<sup>189</sup> Nieto Martín, Ob. Cit. El delito de administración fraudulenta, 1996, p. 254.

<sup>190</sup> Faraldo Cabana, Ob. Cit. Los delitos societarios, 2000, p. 326.

modalidad de infidelidad que es la relación de confianza.

### **3.3.1. Dolo como conocimiento de la acción infractora del deber. (Tipo Subjetivo)**

Para la teoría dominante el dolo debe abarcar el tipo objetivo, esto es, la infracción del deber como la producción del perjuicio, sin embargo, no entendido como el resultado, sino que el hecho de ponerlo ya en riesgo el patrimonio es una conducta de riesgo consciente y voluntariamente, y se prevé como posible, que mediante la conducta se provocará un daño al patrimonio confiado.

De esta manera, se exige prever la posibilidad de la realización del daño. Esta opinión también es compartida por Schünemann, pero con la aclaración de que el artículo 266 del Código Penal Alemán, exige por cierto dolo de perjuicio patrimonial e incluso que regularmente el dolo de infracción del deber resulta de aquél.

Esta opinión es nuevamente consecuencia de una visión material de la administración desleal, en la que los aspectos normativos permanecen más bien solapados y se aplica un concepto de dominio apenas asible. Pues, no resulta comprensible qué significado puede tener un dolo de un perjuicio patrimonial que se ubica materialmente más allá de la infracción del deber, como para ser determinante en la faz subjetiva de la administración desleal.

Si bien es cierto que en términos estrictamente gramaticales, no se deja totalmente claro que exista un deber de tutela también respecto de quien gestiona un patrimonio, y que en esta etapa no se puede afirmar con certeza acerca de si la salvaguarda y la gestión corresponden a una misma categoría, estos argumentos

no son lo suficientemente poderosos para derribar la razonabilidad que conlleva sostener que este deber está impreso en ambas modalidades en el abuso de confianza en la gestión del patrimonio y la infracción del deber.

En la modalidad de abuso esa conducta va a estar definida en razón del ejercicio de una facultad de representación que el autor ejerció de manera excedida, comprometiendo válidamente el patrimonio del titular.<sup>191</sup>

La facultad de representación consistirá en disponer u obligar, de manera que, dicha conducta necesariamente se concretará a través de una actuación jurídica que recaerá en el patrimonio ajeno perjudicándolo, y es ahí donde cabe la infracción del deber.

El delito del art. 252 del Código Penal Español reformado, es un delito de resultado: la conducta típica del autor ha de generar un riesgo típico de perjuicio y este riesgo se ha de realizar en el resultado. Qué se entienda por perjuicio dependerá del concepto de patrimonio que se sostenga. Así, desde la perspectiva jurídica-económica, en la que la exigencia de reconocimiento jurídico conduce a excluir del patrimonio los bienes insertados en un negocio ilícito, se considerará perjuicio la realización de un pago de corrupción, en la medida en que las expectativas que dicho pago genera son meramente fácticas y no pueden ser exigidas jurídicamente.<sup>192</sup>

Para ir concluyendo, la administración desleal, en sus dos modalidades comitivas,

---

<sup>191</sup> PASTOR, Nuria y COCA, Ivo. El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reformadel Código Penal. *Iuris*, 2º, España. 36-43, junio 2013. *Revista de Derecho*. Consultado el 30 de julio de 2021.según enlace electrónico: [luris\\_172.indb](#) (researchgate.net).

<sup>192</sup> *Ibidem*. P 41.

únicamente puede cometerse de forma dolosa, siendo suficiente el dolo eventual.

Este debe abarcar necesariamente la existencia del deber de custodia patrimonial y la causación del daño patrimonial que se inflige con su infracción. Así, únicamente actúa de forma típica aquel que, conociendo su posición de garantía o de dominio en la custodia del patrimonio ajeno, infringe su deber de custodia (en el tipo de abuso, mediante el uso indebido de sus facultades de disposición; en el tipo de infidelidad, de cualquier otro modo), sabiendo que con ello menoscaba el patrimonio que le había sido conferido para su salvaguarda.

Se aclara que **no se exige el ánimo de lucro**, ni siquiera prevé agravación penológica alguna en caso de concurrir. Lo cual puede presentar un problema al distinguir entre el dolo eventual y la culpa consciente, especialmente en los negocios de riesgo, en los que el administrador realiza conscientemente una operación de riesgo para el patrimonio con la expectativa de que acabe repercutiendo en beneficio del titular del patrimonio que administra.

Pese a algunas voces en la doctrina alemana que abogan por la búsqueda de criterios específicos de delimitación, parece que en estos casos cabrá recurrir simplemente a los criterios generales de delimitación entre uno y otro título de imputación subjetiva.

La valoración del error (de tipo o de prohibición) cuando este recaiga sobre alguno de los múltiples elementos normativos del tipo, en todo caso, se trata de un problema habitual de valoración del error, a resolver nuevamente conforme las reglas generales del comportamiento humano, con o sin dolo.

### 3.3.2. Acción Típica. (Tipo Objetivo)

La acción típica viene descrita de un modo alternativo: *disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraer obligaciones a cargo de ésta*. Se trata pues de un tipo mixto; o sea que la realización no de una sino de las dos conductas típicas se considere un único delito o por el contrario concurso de delitos, es una cuestión de interpretación (sobre la solución de la misma, tal como se ha expuesto ampliamente que las dos modalidades concurren, aquí nos encontramos con el problema de decidir si esta actuación: la disposición fraudulenta, es o no coincidente con las de la apropiación o retención indebidas, que constituyen las acciones típicas de lo que la ley considera una apropiación indebida como tal.

La discusión se centra en los verbos típicos y sobre todo en dilucidar si ‘disponer’ se entiende como un acto de dominio que lleva aparejado ya en sí mismo el incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, o si por el contrario, siguiendo a la mayoría de la doctrina,<sup>193</sup> se describe (en palabras de Faraldo) como la utilización o aprovechamiento por los administradores, en beneficio propio o de un tercero, de los bienes que integran el patrimonio social, sin que la sociedad obtenga compensación alguna, pero excluida siempre la posibilidad de atribución de dominio definitivo, que obligaría a entender presente la apropiación indebida.

La interpretación que para el caso atañe, la coincidencia de que cuando existan actos de disposición distintos de la apropiación o retención indebidas, los actos son de disposición temporal y no definitiva; o aquellos actos de disposición parcial de las facultades dominicales sobre los bienes y que no impliquen adueñamiento

---

<sup>193</sup> Martínez-Buján, Ob. Cit. El delito societario de administración desleal, 2001, pp. 46-48.

definitivo, constituyendo sobre los mismos derechos reales tales como gravámenes de garantía (p.ej. hipotecas) o sujeción a otros derechos reales limitadores del uso o disfrute, como usufructos o servidumbres, o mediante la sujeción de los bienes a derechos obligacionales o de crédito como el arrendamiento; o finalmente los actos de disposición definitiva (como la venta) sin despojo total pero en condiciones desventajosas (aunque este último supuesto es considerado desde otra posición como auténtica apropiación indebida).

Como vemos, no se trata de un verdadero ánimo de lucro, sino con el mismo verbo rector, de la apropiación se efectúa una afectación patrimonial precedida del abuso y de la infracción de velar por el patrimonio no sea afectado por el que ejecutala acción.

Este verbo “disponer” no es idéntico a apropiarse indebidamente, y supone por tanto, respecto de las acciones previstas en la apropiación o retención indebida, una ampliación de las conductas típicas abarcando también acciones menos graves en sus repercusiones, lo que unido a que aquí el perjuicio causado no ha de exceder al beneficio propio o de un tercero, sino de la afectación del titular del patrimonio afectado, para constituir delito.

A manera de ejemplo si un administrador vende a un precio ventajoso, generando beneficios para la sociedad, pero sin autorización. De entrada, habría disposición definitiva indebida y se puede entender entonces que ha habido un perjuicio para la sociedad: en la pura venta no autorizada, aunque sea a precio correcto o ventajoso habrá siempre un perjuicio jurídico por perder la sociedad la propiedad de un bien que no quería perder.

Igualmente, si el administrador con atribuciones para llevar a cabo una compraventa, vende la cosa por menor precio de su valor. La venta vuelve a suponer un acto de dominio, pero si esta clase de negocios jurídicos está contemplada dentro del ámbito de sus funciones, en principio, no habrá apropiación indebida, ya que no ha habido un adueñamiento no autorizado, sino sólo administración desleal.

De esta manera ROJAS consigue, aparentemente, proveer de sustento a la tesis de que “acción típica” y “resultado típico” tendrían que mantenerse separados. Pues bajo su modelo, la “acción típica” se correspondería con la contravención de la norma de comportamiento, en tanto que el “resultado típico”, con un presupuesto autónomo formulado en la norma de sanción bajo la cual resulta punible el quebrantamiento de aquella norma de comportamiento.

Mas la consecuencia que de esto último ROJAS explícitamente extrae para la determinación del contenido del dolo de administración desleal parece constituirse, más bien, como una reducción al absurdo de su planteamiento. Pues de este se seguiría, según Rojas, que haya que negar que “el perjuicio como resultado pertenezca al objeto del dolo en la administración desleal”.<sup>194</sup>

### **3.3.3. Los Sujetos Intervinientes**

Los sujetos del delito comportan un componente fundamental para el aspecto objetivo del tipo en la medida en que resulta necesaria la presencia de al menos dos sujetos

---

<sup>194</sup> ROJAS, Luis Emilio. “El tipo de la Administración Desleal en el Derecho Penal Alemán. En Revista Penal N° 23. 2009. Pp. 138-171, citado por Mañalich R. Juan Pablo. Estructura Típica de la Administración Desleal un Enfoque Contrastivo. Consultado el 30 de julio de 2021. En el siguiente enlace:<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/eldp/article/viewFile/40103/36901>

que permitan comprender la naturaleza del hecho jurídico ilícito. Así pues, se distinguen dos clases de sujetos; el sujeto activo –también entendido como autor– siendo la persona que lleva a cabo la conducta tipificada en la ley y el sujeto pasivo quien ostenta la titularidad del bien jurídico en cada caso concreto,<sup>195</sup> podrá ser una persona física o jurídica.

Es importante destacar, que el tipo permite la inclusión respecto de la órbita, tanto del sujeto activo como del pasivo, no solo a las sociedades mercantiles legalmente constituidas, sino también aquellas de hecho o que se encuentren en proceso de formación, pues el ilícito podrá darse en el marco de cualquier sociedad constituida o en formación.

Las sociedades de hecho son aquellas que no han sido constituidas por escritura pública y no están revestidas de personería jurídica, pero en El Salvador, la regulación que se acerca a las mismas es el **artículo 28 del Código de Comercio**, diciendo: “Las personas que controlan de hecho el funcionamiento de una sociedad, sean o no socios, responden frente a terceros solidaria e ilimitadamente, por los actos dolosos y culposos realizados a nombre de ella”.

Sin embargo, la disposición antes citada solamente abarca a aquellas personas físicas que asumen el control de una sociedad, como administradores de hecho.

Mientras que, las sociedades que no han sido inscritas, los actos que se ejecuten serán válidos, entendidas por el Código de Comercio como Sociedades Nulas e Irregulares, serán aquellas que, una vez suscrito la Escritura Social, aún se encuentran en los trámites para su inscripción en el Registro de Comercio, adquiere

---

<sup>195</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: Fundamentos de Derecho penal. Parte General. p. 354.

su formalidad aun no estando inscrita, al contratar con terceros, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 346, 348 y 353 del Código de Comercio.

### **3.3.3.1. Sujeto Activo**

La administración desleal es uno de aquellos delitos que exigen de unas calidades especiales respecto del sujeto activo del delito no siendo posible que las conductas típicas puedan ser realizadas por cualquier persona.

El comportamiento desleal deberá ser ejecutado por un sujeto investido de un deber extrapenal –que no se halla propiamente en el ámbito del derecho penal– que varía conforme a la naturaleza del objeto social y las disposiciones estatutarias, y como consecuencia, únicamente podrá ser infringido aquel deber por el administrador de hecho o de derecho, socio, directivo, empleado o asesor, lo que constituye en últimas, un sujeto activo calificado en el marco de las sociedades mercantiles, dejando al margen a otro tipo de personas jurídicas como fundaciones, cooperativas, asociaciones y otras formas especiales de administración de bienes como contratos fiduciarios, mandatos de administración, propiedades horizontales u otras figuras jurídicas o entes colectivos distintos a las sociedades mercantiles.

Por ejemplo, si un rector de una universidad o un administrador de una copropiedad horizontal, se apropia de los bienes que tiene a su cargo, deberá aplicársele el delito de Apropiación o Retención Indebidas, pero si lo pone en riesgo se configura el mismo delito como una modalidad, de comisión, de manera que, a diferencia de la Administración Fraudulenta, únicamente están relacionados los delegados por contrato o funciones en em ámbito societario u operativo de la empresa o sociedad mercantil.

Hasta aquí, se ha hablado del administrador como el principal sujeto del delito, entendiendo (al igual que la mayoría de la doctrina y el Derecho comparado) que quizás aquel configura la mayoría de los supuestos de hecho e ilustra de mejor forma el quebranto al deber de lealtad mediante la disposición fraudulenta y el contraer obligaciones a cargo de la sociedad, extralimitaciones que eventualmente se darían naturalmente bajo este cargo.

Dentro de esta misma categoría de delitos especiales, existe una subclasificación, que distingue entre delitos especiales propios o impropios, definiéndose como delitos especiales propios a aquellos en que la calidad del sujeto activo es inherente al reproche que la ley quiere evitar y por lo tanto constituye fundamento de la existencia del mismo, de manera que no encuentra su correlato en un delito común, en el otro lado estarían los delitos especiales impropios, que son aquellos que pueden ser cometidos por cualquier persona, pero en el caso de concurrir determinada calidad, ello constituye una causa de agravación de la pena de manera que siempre el delito especial encontrará correspondencia en un delito común.<sup>196</sup>

Nuestro tipo cabe clasificarlo como un delito especial propio -aunque hay quienes sostienen que esta clasificación es inadecuada<sup>197</sup> - debido a que no tiene correspondencia con un delito común, es decir no hay un símil a un delito de administración desleal que pueda ser cometido por cualquier persona, ya que en este caso, es la cualidad del sujeto activo sobre el que recae este deber de tutela patrimonial y el reproche que surge cuando éste lo infringe, lo que fundamenta la existencia del tipo, de manera que este delito solo puede ser cometido por quien

---

<sup>196</sup> POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ María Cecilia. Lecciones de derecho penal chileno. Parte General. 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica, 2003. 187 y ss.

<sup>197</sup> MAÑALICH, J. La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales. Ob.cit.p.358.

tenga estas características.

### **3.3.3.2 Sujeto Pasivo**

Como ya se ha analizado, como se ha venido manifestando sobre estos dos sujetos que intervienen en la relación causal para la configuración de la conducta relevante, hay que referirse que sobre el sujeto pasivo, no hay mucho que expresar, ya que su actuación no presenta mayor problema, puesto que su posición en la relación causal de delito es el de ser el titular del bien jurídico definido como el bien ajeno susceptible de ser administrado deslealmente, sin importar que se trate de bienes no fungibles, o en caso de que se trate de bienes fungibles como el dinero, será el titular del derecho de crédito y sobre todo a que le sea entregado la misma especie y calidad, esto último siempre que se trate de dinero.

Es desde este punto de vista que la mayor parte de la acción causal recae prácticamente en su totalidad sobre el sujeto activo, y es por ello que se puede ubicar o incluso reconocer como un delito especial, que solo puede ser cometido por aquel que tenga el objeto material bajo su poder o custodia, sin lograr obtener su dominio.

Sin embargo, debe indicarse que de una lectura más precisa de la conducta marco, puede inferirse que la titularidad del bien jurídico, sin importar la calidad, basta que haya confiado la administración a otro, provenientes de algún elemento como fuente, para establecer que el sujeto activo es el que dispone del patrimonio administrado.

De tal manera que la lesión en la esfera del sujeto pasivo comprende al titular

inmediato del bien jurídico o el patrimonio como un interés mediato amparado en la protección del patrimonio confiado.

## **CAPÍTULO IV.**

### **ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LA CONDUCTA DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y SU ADECUACIÓN TÍPICA EN EL DELITO DE APROPIACIÓN O RETENCIÓN INDEBIDAS Y NO EN EL DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO**

Sumario. 4.1. Consideraciones generales. 4.2. Sujetos Activo y Pasivo de ambos tipos penales, principales problemas de interpretación en la conducta de Administración Desleal. 4.2.1. Calidad de Sujeto Activo para la conducta de Administración Desleal. 4.2.2. Calidad de Sujeto Pasivo para la conducta de Administración Desleal. 4.2.2.1 Relación de Causalidad. 4.2.2.2 Objeto Material. 4.2.2.3 La teoría subjetivista de la Autoría en la Administración Desleal. 4.3. Problemáticas de adecuación de la conducta de Administración Desleal en la Administración Fraudulenta. 4.4. La Infracción del deber como forma de Autoría en la Conducta de Administración Desleal y su adecuación en el delito de Apropiación o Retención Indebidas. 4.4.1 Posibilidad de la Comisión por Omisión de la Infracción del deber en la Conducta de Administración Desleal y su adecuación en el delito de Apropiación o Retención Indebidas. 4.5 Límites de la Conducta de Administración Desleal y su adecuación en el delito de Apropiación o Retención Indebidas. 4.6 La Administración Desleal, como tipo penal abierto en el delito de Apropiación o Retención Indebidas.

#### **4.1. Consideraciones generales**

Atendiendo la premisa del problema de investigación, supera la visión clásica sobre la razón, y pone en su lugar a la vanguardia la dogmática moderna, léase, al penalista o filósofo preferido del investigador de que se trate: Welzel, Roxin, Jakobs, Ferrajoli, Hassemer, Faria Costa; de un lado, Kant, Hegel, Wittgenstein, Habermas,

u otros.

Una opinión es defendida o criticada no tanto por ser correcta o equivocada, sino más bien por ser moderna o anticuada, ajustada a los principios del funcionalismo o del derecho penal mínimo, o a los dictados de alguno de los criterios de la dogmática moderna.

El atinado supuesto se ha hecho con el término “dominio del hecho”, que si algo guarda en común con la teoría original es apenas su denominación.<sup>198</sup> En algunos países, tal como hemos visto se conjugaron tanto la razón como la revelación que es lo que atañe a la dogmática moderna.<sup>199</sup>

Un reflejo de esto es el esfuerzo por manejar una terminología propia –unos hablan de roles, expectativas cognitivas y normativas, competencias, otros hablan de poder penal, agencias de persecución y su clientela, vulnerabilidad–. El segundo –y más grave– de estos síntomas es que, en esos trabajos, mucho se cita y aún más se afirma, pero poco se argumenta.

---

<sup>198</sup> Las llamadas fuentes del derecho son orientaciones, no razones; ellas pueden estar fundadas en razones, sería ideal que lo estén, y le corresponde a la ciencia verificar si éste es o no es el caso, si lo ideal es o no real. La ley y la jurisprudencia se pueden equivocar, caso en el cual el trabajo de la ciencia no será el de disfrazar los errores como aciertos, sino el de tornarlos menos dañinos. Del mismo modo, los autores antes mencionados son portavoces de razones y no oráculos de la verdad; las teorías que formulan deben ser tenidas en cuenta como argumentos y no repetidas como dogmas de fe.

<sup>199</sup> Como suele ocurrir con las dicotomías equivocadas, el verdadero problema reside menos en las características específicas de la tesis o de la antítesis que en lo que ellas comparten y que se revela como el verdadero origen de la contradicción. Este problema es, a mi ver, el exceso de certezas que anima tanto a la idea de ciencia como revelación, cuanto a la de ciencia como deconstrucción. Los “reveladores” creen estar anclados en el puerto seguro de la ley y de la jurisprudencia, o en el de los grandes dogmáticos modernos; los “deconstructores” creen conocer la verdadera faz de la injusticia sistemática que representaría la justicia penal.

Para ir concluyendo, existe una marcada tendencia, que se observa en buena parte de la jurisprudencia, a la “sustantivización” del acto de juzgamiento,<sup>200</sup> que no es muy diferente a lo que ocurría bajo la órbita de los sistemas inquisitivos, ahora bajo distintos escenarios.

Ya no interesa tanto si los hechos atribuidos han sido probados en el juicio (es decir, si se ha podido demostrar la hipótesis acusatoria a los ojos del tercero imparcial), sino que se extremen las medidas para determinar si el acusado ha sido el autor del hecho en un sentido ontológico, los jueces se forman un juicio de valor tras leer el expediente (para el caso de que no hubiesen formado tal juicio incluso previamente), se convencen íntimamente de la responsabilidad del acusado, y luego recurren a un sofisticado ejercicio dialéctico para justificar sus convicciones. Mecanismo que, por otra parte, es de muy difícil control para quien lo quiera cuestionar.

Los funcionarios judiciales se colocan por encima de las pruebas reales y concretas y, finalmente, terminan haciendo juicios morales, convencido de la justicia de sus soluciones. Traigo como ejemplo, las coautorías, presupuestas no previstas de modo expreso por la ley penal, pero que puede convertir en autor de un hecho a una persona que simplemente acertaba a pasar por el sitio en que ocurría, o a la que simplemente le cupo un rol pasivo o indeterminado. O el cuestionado dolo eventual, que puede transformar en intencional a un hecho no querido de modo deliberado, producto de la culpa temeraria o consciente, pero en modo alguno de un propósito

---

<sup>200</sup> Cuando me refiero a la “sustantivización” del juzgamiento hablo de la búsqueda de una verdad esencial o sustantiva, que permitiría a los jueces (por su sola condición de tales) “descubrir” aspectos que no han sido revelados por las pruebas, o lo han sido en forma absolutamente débil y cuestionable. Así, algunos jueces centran la atención (y los recursos dialécticos de la argumentación jurídica) en asegurar que el imputado fue el autor del hecho por cualquier medio, olvidando que la verdadera función del juzgador es la de determinar si el hecho ha sido probado o no lo ha sido, según las reglas del proceso penal.

prestablecido.

Como es obvio y ocurre como una suerte de regla de tres simple en el sistema penal respecto de los pronunciamientos que habilitan el empleo del poder punitivo (no ocurre lo propio con las resoluciones que, por ejemplo, declaran la inconstitucionalidad de la reincidencia,<sup>201</sup> o los que afirman que los mínimos de las escalas penales son meramente indicativos), la doctrina de estos fallos se expandió rápidamente al resto de los tribunales (a la mayoría).

Por tanto, la interpretación de la conducta de Administración Desleal, pueda enmarcarse en uno u otro tipo penal, debemos basarnos en el denominado defecto de organización (Organisationsverschulden). Esta construcción dogmática, de origen germánico, ha calado profundamente en la doctrina española<sup>202</sup> y, conforme a este entendimiento, una vez establecido el “hecho de conexión” entre persona física y jurídica, la culpabilidad de esta última se fundamenta en el defecto de organización entendido como “haberse omitido la adopción de alguna de las medidas de precaución y control que eran exigibles”.<sup>203</sup>

De esta manera, el injusto de la calidad de la persona -administrador, custodio, o a

---

<sup>201</sup> Sentencia de Inconstitucionalidad 63-2010/69-2010/77-2010/93-2010/11-2011/27-2011. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, a las catorce horas y diez minutos del veintinueve de abril de dos mil trece, se refiere a las excepciones a las formas sustitutivas. Art. 92-A.- No se aplicará el artículo 85 a los sujetos reincidentes, habituales, a los que hayan conciliado, antes del nuevo delito, en los últimos cinco años una infracción similar, o a los que pertenezcan a organizaciones ilícitas o con finalidad ilícita, bandas o pandillas criminales, a los que realicen su conducta en grupo de cuatro o más personas, en los casos de delitos que lesionen o pongan en peligro la vida, la integridad personal, la libertad ambulatoria, la libertad sexual o el patrimonio.

<sup>202</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, La responsabilidad criminal de los entes colectivos (personas jurídicas y entes sin personalidad) y de sus directivos y representantes. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012. p. 350.

<sup>203</sup> Íbidem. P. 350.

quien se le han confiado los bienes- nos llevan a cualquier persona física, independientemente que posea habilidades directivas o no.

## **4.2. Sujetos Activo y Pasivo de ambos tipos penales, principales problema de interpretación en la conducta de Administración Desleal**

### **4.2.1. Calidad de Sujeto Activo para la conducta de Administración Desleal**

El artículo 218 del Código Penal establece la figura típica del delito de Administración Fraudulenta, estableciendo en primer lugar, quien es el sujeto activo, en este caso, para efectos didácticos se define como tal a la persona *que tenga a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes ajenos*; mientras que para el caso del delito de Apropiación o Retención Indebidas en el artículo 217 del Código Penal es la persona *que tenga bajo su poder o custodia una cosa mueble ajena*.

En ambos, puede clasificarse la calidad de autor del delito, sin embargo, que para ambas figuras es quien tenga el cuidado y custodia de bienes ajenos, para el caso de la Administración Fraudulenta, cualquier tipo de bienes, mientras que encierra que se trate solamente de bienes muebles para el segundo de los tipos penales, por lo que para delimitar quien puede ser el sujeto activo, es la persona a quien se le ha confiado los bienes, por lo cual produce una obligación de cuidar el patrimonio ajeno.

Ahora bien, llama la atención que en la segunda infracción penal, existe una obligación de restituir a su dueño, producto de una obligación, pero en la primera de ellas, es decir de la Administración Fraudulenta, habla del manejo, es decir acciones

propias de administrador, dejando a discreción del Juzgador en el caso de la Apropiación o Retención Indebidas, de a quien se le ha confiado la custodia de los bienes, es un simple contrato o vínculo jurídico con el dueño de la cosa, por lo que, la actividad empresarial, requiere nuevos diseños más estrictos adecuados al giro de cada ente económico, identificar los riesgos y que contemplen figuras típicas sin engrosar el catálogo de delitos base.

Existen varias categorías para determinar quien comete el delito con los términos “el que” o “quien”, por tanto, al analizar ambas figuras típicas, puede ser cualquier persona, y no necesariamente una categoría especial o cualificada del autor, es decir, siendo más específico, los tipos no se cierran a que deba tener una calidad específica como gerente, encargado de negocios, personal operativo, director en una junta directiva, etc. Por tanto, la conducta objeto de estudio puede enmarcarse en ambas figuras.

Ahora bien, en El Salvador, amén de lo retomado por la Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, la administración desleal, es una conducta enmarcada en el delito de Administración Fraudulenta, por la calidad del sujeto activo, siendo un error, caer en idéntica deficiencia de lo que en 1995, regulaba el artículo 295 del Código Penal Español,<sup>204</sup> donde se sancionaba a los administradores de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un

---

<sup>204</sup> (Código Penal español de 1995) y se encuentra situado en el Cap. XIII «De los delitos societarios», dentro de la segunda mitad del Título XIII «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico» del Libro II del Código Penal.

perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, pero sin cometer el elemento esencial y nuclear de la estafa (engaño previo al administrado para que éste ponga a disposición la cosa a favor del sujeto activo del delito) y sin apropiarse tampoco de bienes como se requeriría para encajar la conducta dentro del ilícito penal de la apropiación indebida regulado en el anterior art. 252 CP.

Es por ello que, antes de la reforma se tuvo que regular como un delito societario, y no como un delito patrimonial. Pero la limitante, es que el sujeto activo o autor del delito de administración desleal no podía ser cualquiera, sino el administrador de derecho o de hecho o los socios de sociedades constituidas o en formación, nunca de una sociedad disuelta, siempre y cuando tengan entre sus funciones la capacidad de disponer y obligar los bienes de la sociedad. Dejando de lado, a los comerciantes individuales, a las sociedades de un solo socio, para el caso de El Salvador, que es un esquema que fue adoptado por otras legislaciones, a excepción de la salvadoreña, dado que no se han incorporado esta nueva conducta al catálogo de delitos.

Con la reforma del Código Penal Español, en el año 2015, el sujeto o autor del delito de administración desleal puede ser cualquiera y no únicamente, el administrador de hecho o de derecho, sino todos aquellos que tengan obligaciones y siempre tengan en sus funciones la capacidad de disponer y obligar los bienes de la sociedad, tal es el caso de la apropiación o retención indebidas, a quien se le ha confiado un patrimonio.

En el caso salvadoreño, en ambos tipos penales, los sujetos activos de los delitos pueden ser cualquiera, ya que el beneficio no solo debe ser de carácter económico,

sino que puede ser de cualquier otra naturaleza, como es el que infringiendo el deber de cuidar un patrimonio y abusando de las facultades jurídicas de disposición autónoma que posee, utilice patrimonio indebidamente, y como consecuencia de ello cause un perjuicio a ese patrimonio.

Sobre la delimitación del sujeto activo de ambas figuras que, incluso con la actual regulación, no dudo que puede generarse idéntico debate, el punto de inflexión es la **distracción dineraria**, cito, como ejemplo de sujeto activo para acercar a las figuras de administración desleal y la apropiación o retención indebidas, respecto del sujeto activo, y es que supongamos que el sujeto ha sido comisionado para el cobro de dinero, a la vez está obligado al final del periodo o cortes de caja, a devolver las cantidades de dinero captadas, obligándose a resguardar el dinero que ingresaba y tenerlo bajo su custodia, pero devolviéndolo de forma parcial y escalonada hasta completar los días atrasados.

Significa que al final de un ejercicio podría dilucidarse que se trata de una apropiación o retención, sin embargo, al analizar el contenido no es que se apropie totalmente del dinero, sino que abusa de sus facultades para remesar total o parcialmente el bien objeto de custodia, afectando directamente del patrimonio ajeno.<sup>205</sup>

Como vemos, en el caso anterior, el sujeto activo no se encuentra directamente vinculado a la administración, es decir, no es socio, o es administrador, no es director del gobierno de la sociedad, sino que ha sido contratado para una función específica

---

<sup>205</sup> A los que en perjuicio de otro se apropiaren ó distrajeren dinero, efectos ó cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, ó por otro título que produzca obligación de entregarla ó devolverla.

de los actos de comercio, en este caso valores monetarios, que podrían ser cheques, dinero en efectivo, afectando directamente el flujo de efectivo del sujeto pasivo, en caso de no cumplir cabalmente con sus obligaciones.

#### **4.2.2. Calidad de Sujeto Pasivo para la conducta de Administración Desleal**

En ambas infracciones penales previstas, es el titular del patrimonio en el que cae la conducta delictiva, pudiendo ser un ente societario o un particular, como titular del bien jurídico protegido patrimonio, y al mismo tiempo el perjudicado.

De igual forma, para ambos delitos de Administración Fraudulenta y en el delito de Apropiación o Retención Indevidas, exige que la conducta prohibida cause un perjuicio patrimonial, de lo cual pueden deducirse las siguientes consecuencias:

##### **4.2.2.1. Relación de Causalidad**

Que la acción sea equiparable a una afectación económica valuable, y es que sobre la exigencia de causación «*directa*» se han dado muy diversas interpretaciones, pero hay que centrarse en que, por una parte, ésta viene relacionada con la repercusión económica de la conducta y, por otra, con la definición de sujeto pasivo en ambos delitos. Por lo tanto, es posible considerar que para no dejar fuera al afectado particular, fuera de un ente societario de esta conducta, un perjuicio económico demostrable y no un simple perjuicio jurídico que luego indirectamente tenga repercusión económica.

En el Código Penal no existe un concepto de perjuicio válido para la generalidad de

los tipos y en relación a la conducta de administración desleal, el patrimonio administrado o confiado, tenga una afectación monetariamente evaluable como consecuencia del comportamiento típico, tal como ocurre cuando se frustran las expectativas ciertas de una ganancia futura.

Por tanto, el autor solo debe haber tenido conocimiento de producir el perjuicio patrimonial del sujeto pasivo. Situación que al trasladarla a los delitos en estudio, ambos requieren un perjuicio económico, indistintamente si se trata de unacalidad especial de sujeto activo, lo importante es la afectación patrimonial del sujetopasivo.

Con esto se pretende dejar clara la naturaleza patrimonial del delito, pudiendoser el menoscabo sufrido inmediato o de dinero, o recaer sobre efectos, activos, valores o derechos siempre que éstos tengan una posible traducción y determinación económica.

Cuestión interesante es la posible inclusión de los daños morales concontenido patrimonial en el perjuicio típico de la conducta en estudio. Tales daños no producen un perjuicio patrimonial inmediato y concreto, pero afectan a la buenaimagen, el crédito, o la solvencia de la sociedad, y en el ámbito mercantil, se exige el daño valuable, aunque aún genere casos problemáticos en torno a unaresponsabilidad objetiva.

#### **4.2.2.2. Objeto Material**

El objeto material es aquél sobre el que recae la acción del sujeto activo y, en este punto existen diversas posiciones doctrinales en cuanto a lo que se ha de entender por el mismo.

Así, para un sector de la doctrina dicho objeto material son los bienes independientemente de la clase que fueran<sup>206</sup> elementos con contenido económico, y por otro el patrimonio en general<sup>207</sup>, además, por la doctrina, ha sido la problemática que surge por la separación de sujetos activos, por una parte la separación que se produce entre objeto material y resultado material, ya que la acción del autor se proyecta sobre los bienes, independientemente de la clase que fueran, es decir, sobre los bienes en general.

Pero ese detrimento patrimonial, no puede afectar directamente derechos de terceros, dicho en otras palabras en el caso de la Administración Fraudulenta, el objeto material podría estar encaminado solo a los que tengan calidad de administradores o delegados de un ente societario, por ejemplo, afectando el patrimonio de esta, pero en detrimento o disminución de terceros como resultado material, en los socios o acreedores, que ven disminuida la capacidad de reacción, porque el autor solo se proyectó hacia el ente societario, pero en el caso aunque también puede ser de personas físicas, cuando para el caso de la Apropiación o Retención Indebidas pueden ser solo bienes muebles, ambos tipos penales se hayan limitados, por lo que podría verse genéricamente y establecerse en uno de los tipos que no requiera calidad de sujeto activo, a fin que al momento de analizar la afectación del sujeto pasivo, no exista separación entre el objeto material y el resultado material. Lo que es lo mismo la afectación propiamente dicha.

---

<sup>206</sup> MARTÍNEZ BUJÁN, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, op. cit, pp. 459 a 463.

<sup>207</sup> Tribunal Supremo Español. SSTS 655/2010, de 13 de julio, 374/2008, de 24 de junio, y 121/2008, de 26 de febrero, en las que establece que «El sujeto pasivo de la acción es la sociedad o, si se prefiere y hablando entonces de objeto material, su patrimonio, pues las acciones típicas consistentes en que “dispongan fraudulentamente de los bienes” o en que “contraigan obligaciones” han de recaer sobre la sociedad».

Al respecto Faraldo Cabana, afirma que cuando en España se introdujo el delito especial propio de Administración Desleal, en el año 1995, antes el único delito por el cual podría castigarse la Administración Desleal era la Apropiación Indevida, y marginalmente la estafa.<sup>208</sup>

Y es que esta afirmación tiene una razón, si para el caso un autor se proyecta exclusivamente sobre los bienes de una sociedad, que es el objeto material, pero el resultado material propiamente dicho es el daño patrimonial ocasionado a otros sujetos, como los socios, depositarios, acreedores, etc., esto permite establecer que la conducta de disponer de los bienes de la sociedad con perjuicio económico de terceros no es típica, y por lo tanto, debe interpretarse y cerrarse que el perjuicio económico es para la persona jurídica y no para terceros con daños patrimoniales colaterales, de lo cual además se desprendería que la sociedad no sería sujeto pasivo del delito.

Como hemos podido observar hasta ahora, en este análisis sumario de la adecuación de la conducta de administración desleal, en el entorno europeo y americano los ordenamientos panales, se han decantado por la regulación de un delito independiente, Alemania, Suiza, Portugal, México, Argentina, Perú, Colombia, por decir algunos, por razones históricas, dogmáticas o de política criminal, por lo que considero que en El Salvador, sería una conducta inserta en cualquiera de las previsiones normativas del art. 217 y 218 del Código Penal, dado que de tratarse de un delito independiente tendría que crearse un capítulo para delitos societarios, por lo que vendría bien una conducta de administración desleal genérica ubicada en los capítulos de los delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico, pero propiamente patrimoniales antes referidos.

---

<sup>208</sup> FARALDO CABANA, P., Los Delitos Societarios, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 356

Así la jurisprudencia española citada infra, establece: “El sujeto pasivo de la acción es la sociedad o, si se prefiere y hablando entonces de objeto material, su patrimonio, pues las acciones típicas consistentes en que “dispongan fraudulentamente de los bienes” o en que “contraigan obligaciones” han de recaer sobre la sociedad, resultando paradójico que el patrimonio de terceros ajenos a la sociedad, queda excluido, la sociedad no aparezca en cambio como expreso sujeto pasivo del delito, pues “el perjuicio” resultado del mismo, ha de afectar el régimen alternativo “a sus socios, depositarios”, por lo que solamente entablar acción a favor de la sociedad quedaría abierta la posibilidad de multiplicidad de afectados.

Para el caso un sector de la doctrina minoritaria sostiene poco o nada esa postura, puesto que el bien jurídico protegido en el delito del art. 295 del Código Penal Español, antes de la reforma claro, al respecto Del Rosal,<sup>209</sup> entendía que, dada la necesidad de proteger los depósitos bancarios, el delito de administración fraudulenta protegía el patrimonio de terceros ajenos de la sociedad y el de los socios. Sin embargo, para Nieto Martín, citando como ejemplo las cantidades abonadas a compañías aseguradoras en virtud de los contratos de seguro, o las entregadas a constructores como precio final de la compraventa, expone que en algunas ocasiones la confusión del patrimonio entre un tercero y la sociedad puede extender la protección a dicho tercero.<sup>210</sup>

Así Martínez Bujan considera que disponer de los bienes de los terceros es una conducta atípica a los efectos de administración fraudulenta, ya que el objeto material del delito es el patrimonio de la sociedad, y tales bienes no lo integran.<sup>211</sup>

---

<sup>209</sup> Del Rosal Blasco, B., Los delitos societarios en el Código Penal de 1995, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 140

<sup>210</sup> Nieto Martín, El delito de administración fraudulenta..., A. Ob. Cit. P. 256

<sup>211</sup> Martínez Buján Pérez, C., Derecho Penal Económico y de la empresa..., Óp. Cit., P. 459 y ss

Junto con la dimensión patrimonial del sujeto pasivo expuesta hasta ahora, ese sector de la doctrina analizó el delito ya derogado, que tenía sus desavenencias con el resultado material, ya que se volvía difusa esa protección de otros intereses de carácter supra individual o por así decirlo socioeconómicos.

Por lo que, tratándose del objeto material al concebir el buen funcionamiento de una administración de bienes, trata de proteger además del patrimonio, el respeto al orden socioeconómico, pero la finalidad perseguida por el autor, en cierto modo cualifica a éste como abusivo, es la concreción de un lucro propio o ajeno y el propósito decidido y firme de causar perjuicio a los demás socios y a los intereses sociales, por tanto, debe perseguirse ante todo un beneficio de carácter económico para sí o para un tercero, de ahí su contenido patrimonial.

Y es que en la conducta de administración desleal, no solo debe protegerse el patrimonio social y el patrimonio de los socios y terceros equiparados, sino a la fiabilidad del correcto funcionamiento del negocio encomendado o bienes confiados, mediante la infracción por el administrador de un deber -obligación- de lealtad en la gestión bienes o de negocios ajenos, produciendo como efecto secundario el perjuicio para terceros, empleados y acreedores, por ejemplo, por la base de las actuaciones y la confianza de la comunidad en el correcto funcionamiento del sistema económico.

Puesto que no debe verse por separado el vínculo de fidelidad existente entre el titular de los bienes y el que los administra debe ser tutelado penalmente, y por tanto, debe tener también la consideración de bien jurídico protegido, y pues en opinión de la Dra. Faraldo Cabana, para quien el llamado "vínculo de fidelidad", es un elevado grado de abstracción conceptual y cuya lesión es difícilmente observable, hasta que

se verifica la afectación individual, pero es requisito ineludible del concepto del bien jurídico.<sup>212</sup>

Pero ese vínculo no es suficiente para que se le dote de naturaleza de bien jurídico, por tanto, en la administración desleal siempre será el patrimonio de los sujetos enumerados por las legislaciones citadas en el derecho comparado, en su propia descripción típica, y no únicamente el patrimonio social, siendo un fin secundario el correcto funcionamiento en la gestión de negocios ajenos, porque no solo puede enmarcarse a la sociedad, pero el problema es llevar la legislación a números clausus al sujeto pasivo, porque, el interés propio de los socios no es superior al social, de la misma forma que debe diferenciarse a la persona jurídica de las personas físicas desde la perspectiva individual, ya que individual - patrimonial- se protege alternativamente o conjuntamente el patrimonio de los socios o equiparados como tales.

#### **4.2.2.3. La teoría subjetivista de la autoría en la administración desleal**

Según este planteamiento, la condición de autor o partícipe estaba plenamente determinada por la voluntad. Como enseña Claus Roxin esta concepción es una consecuencia lógica del sistema causal-naturalista clásico en la medida en que al partir de la base de que las circunstancias objetivas pertenecen al injusto y son reconciliables al principio de modificación causal del mundo externo, entonces no se puede señalar ninguna diferencia objetiva entre autoría, inducción y complicidad, pues las tres formas de intervención son igualmente causales respecto del resultado.

---

<sup>212</sup> FARALDO CABANA, P., Los Delitos Societarios, Ob. Cit. p. 560

Entonces, se está obligado a buscar diferencias en el lado subjetivo.<sup>213</sup>

Este planteamiento consiste en averiguar si en el caso concreto se tuvo “ánimo de autor” o “ánimo de partícipe”, sin tener en cuenta lo objetivo sino más bien privilegiar si efectivamente se tuvo un ánimo u otro. El problema de esta teoría subjetivista es que es inútil y arbitraria<sup>214</sup>. En este mismo sentido, Stratenwerth<sup>215</sup> ha señalado: “La teoría del animus consiste en que ella permite manipulaciones en virtud de lo cual no son los roles de la intervención, sino que la sanción deseada es la que decide sobre los roles de la intervención.”<sup>216</sup>

En el ámbito concreto de la administración desleal puede mostrarse lo inidóneo de este planteamiento con el ejemplo utilizado hasta ahora. Con esta teoría, el tercero ajeno que cause daño a la persona jurídica, en interés propio en el sentido de

---

<sup>213</sup> Roxin, Claus. Derecho Penal. Óp. cit., §7 n.m 40. En el mismo sentido se pronuncia Jakobs, Gunther. Óp. cit., n.m 27, p. 736. También Donna, Edgardo. La autoría y la participación criminal. Op. cit., p. 17. Para Gimbernat Ordeig ya que se parte de la teoría causal de la condición, y sobre la base de ella, se niega toda distinción objetiva entre la actividad del autor y la del cómplice: ambos no hacen más que colocar una condición del resultado, y a una condición no es posible distinguirla de otra condición. Citado por Edgardo Donna. Ibídem, p. 18. Sobre los excesos de la teoría de la equivalencia de condiciones, Nuñez, Ricardo. Derecho penal. Óp. cit., p. 126. Para este punto de vista, como resalta Donna, el facilitar el arma al homicida o el acto de disparar produciendo la muerte son idénticos. Ibídem. Dentro de esta teoría pueden ubicarse pareceres similares en sus resultados: La teoría del dolo fundada por Kostlin y difundida por Von Buri que consideraba que “lo distinto del autor con respecto al partícipe solo cabe individualizarlo en la independencia de la voluntad del autor y en la dependencia del partícipe. Se suponía entonces una subordinación de la voluntad”. El otro planteamiento era el de la “teoría del interés”, que diferenciaba entre animus auctoris y animus socii. Lo vital en ambos planteamientos es la irrelevancia de los objetivos. Para la teoría de los intereses, si una persona tuvo un animus auctoris será considerada como autor (lato sensu), aun cuando hubiera contribuido objetivamente de manera secundaria a la comisión de la infracción. Al contrario, según este planteamiento se califica de partícipe (stricto sensu) al que haya actuado animus socii, a pesar de que su contribución hubiera sido importante o de que haya incluso realizado la acción típica. Hurtado Pozo, José. Manual de Derecho Penal. Óp. cit., p. 857.

<sup>214</sup> Donna, Edgardo. La autoría y la participación criminal. Óp. cit., p. 23.

<sup>215</sup> Jakobs, Gunther. Derecho Penal. Óp. cit., p. 738.

<sup>216</sup> Bustos Ramírez, Juan. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Obras Completas. Ara Editores. Lima. 2004, p. 6.

la modalidad de uso del patrimonio en interés propio, con ello actuaría con el ánimo de autor, y por ello sería considerado autor para esta teoría, a pesar de que objetivamente no pueda ser considerado ni administrador de hecho ni administrador de derecho.

Ello, porque a diferencia de otras experiencias como la española en donde su artículo 295 comenzaba con el “administrador de hecho o de derecho”, el caso salvadoreño, tiene como particularidad el término “el que”. La apertura del término permite la entrada al sujeto activo de hecho, de los que sin duda alguna tiene mayor relevancia el administrador de hecho.

Pero ahora surge una nueva discordia, y es que para estos casos un administración de hecho, no puede existir para efectos de punibilidad, entonces, de forma general, para atender a si puede existir un determinado sujeto activo de hecho, habrá que atender a la concreta actividad y a su regulación, como administrador de los bienes.

Concluyendo este punto, puede decirse que de los diferentes sujetos activos comprendidos en la administración desleal, aun cuando pueden existir otros sujetos activos, el que de forma más factible puede presentarse en la realidad, ya que solo se necesita del consentimiento del titular del patrimonio que confía los bienes.

#### **4.3. Problemáticas de adecuación de la conducta de Administración Desleal en la Administración Fraudulenta**

Sin duda la administración desleal, tiene una mayor proyección en el ámbito socioeconómico, dado la administración fraudulenta protege el patrimonio en un

sentido estático, y es que lo desleal no es igual a lo fraudulento, ello no debe entenderse que se avalen conductas irrelevantes, por un lado, con el tinte ético del término “deslealtad”, lo fraudulento viene precedido de un engaño.

Alguna resistencia podría encontrar esta apreciación, ya que la denominación o epígrafe del delito de administración fraudulenta, podría utilizar el razonamiento lógico que ya trae inserta la administración desleal, pero en la medida en que usualmente se le ha asignado a este delito el nombre de “administración fraudulenta” en el Código Penal, lo cual es equivocado, puesto que es una modalidad de engaño y por eso llevaba tal nombre “fraudulenta”.

Y es que es lógico fundamentar que el abuso de confianza y de las facultades del administrador desleal, existe engaño, lo cual tampoco es cierto, que en verdad no sería sino el quebrantamiento de la relación de confianza entre el comitente y el apoderado por decirlo así, pero tales infidelidades no reúnen los elementos del engaño, pues no importan la afirmación como verdadero de un hecho que en realidad es falso, destinado a causar un error, (es decir, una representación falsa de los hechos) en el titular del patrimonio o en quien lo representa”.<sup>217</sup>

Según el autor Etcheberry, “En términos generales puede caracterizarse al fraude como causar perjuicio en el patrimonio ajeno mediante engaño o incumplimiento voluntario de obligaciones jurídicas”.<sup>218</sup>

Del fraude en el fondo la demás gama variada de delito denominada defraudaciones

---

<sup>217</sup> Faraldo Cabana, Patricia. Los delitos societarios. óp. cit., p. 334.

<sup>218</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO (1998): Derecho penal, Santiago de Chile, Tomo III, Tercera Edición Actualizada y Revisada, Editorial Jurídica de Chile, p. 395.

giran en torno del concepto de fraude, que, además, bajo diversas formas gramaticales: con fraude, fraudulento, fraudulentamente, etc. Integran muchas otras figuras penales”.<sup>219</sup>

La defraudación contiene dos requisitos esenciales: a) un menoscabo al patrimonio del depositante y b) el fraude degenerado por la persona a cargo de la dirección, control de las instituciones financieras. Entonces defraudar significa provocar un perjuicio a otra persona a través del fraude. La lesión patrimonial la definimos como el resultado producido por la defraudación realizada, es decir existe un deterioro en la masa patrimonial del sujeto porque maliciosamente su patrimonio es disminuido por el sujeto que realiza el fraude.

De modo entonces que en la Administración Fraudulenta el sujeto que despoja disminuyendo el patrimonio del otro es el fraude, realizado mediante engaño, pero no mediante el abuso de confianza. El engaño se define como toda astucia de que uno se sirve hablando u obrando con mentira o artificio; de manera que este puede considerarse como el móvil para concretar el fraude, y el fraude como el fin u objeto que uno se propone para lograr el engaño, pues no hay fraude sin engaño. El engaño actúa como causa y el fraude resulta su efecto.

En cambio, en la Administración Desleal el abuso de confianza se refleja cuando las personas confían su patrimonio a otras, quienes, valiéndose de la confianza depositada en ellos, realizan las acciones orientadas a afectar el patrimonio de modo cierto.

---

<sup>219</sup> Íbidem p. 395.

#### **4.4. La Infracción del deber como forma de Autoría en la Conducta de Administración Desleal y su adecuación en el delito de Apropiación o Retención Indevidas**

Como ampliamente se ha plasmado, la condición de los delitos de infracción de deber fue ideada por Roxin para sustentar que, en determinados delitos, la autoría no se determina por el criterio más generalmente aceptado hoy en día del dominio del hecho,<sup>220</sup> sino por la infracción de un deber extrapenal específico que pesa sobre determinado sujeto. Ejemplo de estos delitos de infracción de deber serían la mayoría de los delitos contra la Administración Pública.<sup>221</sup>

Lo anterior, se conoce como participación *extraneae*<sup>222</sup>, sin embargo, me parece difícil la admisión generalizada de esta clase de autoría en cuanto a que a veces el tenor literal posible y, por lo tanto, las exigencias del principio de legalidad no permiten interpretar de ese modo la autoría. Lo cual se solucionaría con la técnica legislativa de redacción, por ejemplo, aún hay problema para entender que es una infracción del deber el delito de Malversación del artículo 332 CP., por lo que podría incorporarse una reforma que aclare donde debe insertarse una cláusula general

---

<sup>220</sup> Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8ª ed., 2006 (1ª ed., 1963), pp. 352 y ss., 739 y ss. (Autoría y dominio del hecho, traducción de la 7ª ed. Alemana por Cuello Contreras, Joaquín/Serrano González De Murillo, José Luis, 2000, pp. 385 ss., 742 y ss.)

<sup>221</sup> Esta idea de Roxin tiene un fundamento muy razonable; en los delitos contra la Administración Pública, significa que no es relevante quién realice personalmente la conducta de, por ejemplo, una destrucción de documentos a cargo del funcionario público, ni siquiera quién domine el hecho de la destrucción, sino quién infringe los deberes propios de la custodia de documentos públicos; el resto de implicados serían partícipes (algunos autores que posteriormente han desarrollado esta idea excluyen sin razón del castigo al partícipe extraneus aduciendo que no puede infringir el deber especial –prescindiendo aquí de otras argumentaciones aducidas aisladamente, alguna más razonable, aunque tampoco la comparto.

<sup>222</sup> Persona que interviene en un delito especial y no reúne la condición personal exigida por el tipo para ser autor de dicho delito. Cfr. Diccionario Prehispánico del español jurídico. Consultado el día 29 de julio de 2021.

para entender la administración desleal, porque las amplias explicaciones tergiversan la idea inicial de Roxín.

Pero en todo caso, no debe perderse de vista que no se tratara de un supuesto para la configuración de un delito especial propio, si se quiere usar esa terminología en el dominio, pero además en los delitos de infracción del deber, caben las posibilidades de aplicación que el *extranei* no domine el hecho, por lo que habría impunidad general, por ejemplo, la junta directiva que no sepa que el Gerente General está infringiendo su deber dolosamente, para poner en riesgo el patrimonio de la sociedad, se podría aducir que en los supuestos que no domine el hecho, no se trate de una infracción del deber, máxime cuando se está colocando a quien materialmente realiza tareas de administración y no se ve cómo alguien va a disponer de los bienes sociales o contraer obligaciones a cuenta de la sociedad sin ostentar esa posición material.

Por lo que sin entrar a otras discusiones el fondo de la cuestión es fundamentar un deber específico, pues no existe un delito común correspondiente, ni la estafa, ni la administración fraudulenta, mucho menos el hurto, por tanto, puede establecerse que en general nos encontremos ante un delito común porque administrador puede ser cualquiera, en el caso de la conducta de administración desleal del delito apropiación o retención indebidas, tal como lo sostuvo Bacigalupo,<sup>223</sup> aunque en realidad sólo lo será quien ostente *de facto*, aunque sin reconocimiento formal, una posición especial en la empresa o, según el precepto que tipifica el delito, en algunos casos, si los propios socios, en su caso, solo podrán ser partícipes, pero de la administración fraudulenta, no del delito de Administración Desleal.

---

<sup>223</sup> Enrique Bacigalupo, "Los delitos societarios en el nuevo Código Penal", en Bacigalupo, Enrique (Dir.), Curso de Derecho Penal Económico, 2ª ed., 2005, p. 421.

Se plantea si el autor debe tener cierto reconocimiento exterior (de la sociedad, de terceros), y es que no vamos a soslayar los problemas de que puede plantearse la adopción de acuerdos formales de los órganos de gobierno, que podrían estar influenciados por una administración desleal, hay que advertir que no responderán penalmente, porque la inmensidad de situaciones puede ser variable, desde actos preparatorios para consumir una cadena de delitos, o que en su caso el acuerdo pasará por la ejecución de un tercero.

#### **4.4.1 Posibilidad de la Comisión por Omisión de la Infracción del deber en la Conducta de Administración Desleal y su adecuación en el delito de Apropiación o Retención Indebidas**

Sobre el tema resulta imprescindible, establecer si se trata de un delito de resultado o de mera actividad, para definir que la administración desleal admitiría comisión omisiva, es decir, si encaja en el tipo la mala gestión consistente en que, por la inactividad de los encargados de la administración, se produzca un perjuicio económico para la sociedad o se acumulen deudas o incluso se dejen pasar oportunidades que habrían producido un beneficio económico para la sociedad.

Pues aunque el autor se convertiría en un garante, no cabe la comisión por omisión, su dejadez, y su omisión no equivale a una comisión por omisión, sino el abuso de confianza y la infracción del deber son dirigidas, a disponer de los bienes o contraer obligaciones en perjuicio de otro.

Queda excluida la omisión, y por lo tanto, concluyo que es una conducta de resultado, ya que la posición y el deber de garante, no son suficientes para fundamentar la omisión, sino que requerirá en el tipo, una exigencia material en el

plano normativo, algo palpable, cuantificable, observable, etc. Así identificable, podría ser la conducta de lo que sea “disponer bienes”, que es un albur incluir la mala gestión, como el que dejó pasar la oportunidad de generar mayores frutos y beneficios de la actividad económica, imaginemos en el caso de un ejecutor especial que priva del derecho del órgano de gobierno de una sociedad, de ejecutar una compra o venta de bienes al mejor postor, y este decide realizar una compra rápida, dado que el acuerdo es delegarle facultades para pactar el precio, modo y forma de pago, beneficiando a algún pariente o colega al crédito, a plazos o mediante cheque post fechado, de manera que los efectos del delito podrían generar una amplia interpretación del resultado.

Nos obliga entonces, a extraer una interpretación más estricta en cuanto al dolo, y para esos los elementos del delito de Apropiación o Retención Indebidas, imaginemos en el caso de la contracción de obligaciones, se le entrega instrucciones, para la negociación de deudas tributarias por ejemplo, mediante los decretos de amnistía, sin intereses en el Ministerio de Hacienda, este no aprovecha, teniendo la obligación de estar pendiente de las obligaciones tributarias, y lo que sea beneficioso para el titular del patrimonio, pero este lo coloca en situación de impago, al vencer el termino y aceptar acuerdos onerosos, solo en ese caso podríamos hablar de una omisión en sentido estricto, pero deberá acreditarse que es doloso mediante el incumplimiento de obligaciones, porque se excluye la negligencia.

Más concretamente, a manera de ejemplo, y excepcionalmente, podría parecer más aceptable, en cuanto al dolo, cuando el autor contrae nueva obligacional no haber pagado un crédito en el día correspondiente, incrementa la mora y los intereses, al correr el plazo con nueva deuda, incurre conscientemente en mora, o niega el

cumplimiento de una prestación laboral, renovación de pólizas de seguro para daños materiales o personales, trasladando cargas al titular del patrimonio para defenderse en tribunales mediante la contratación de abogados, estaríamos en casos de omisiones dolosas, lo cual tampoco es cierto, dado que la impericia, no puede representarse en esta conducta, ya que colocan al titular en una situación desventajosa, cuando por no adoptar medidas de control se perjudique al dueño de la cosa afectando sus bienes por su pésima gestión, incluso podría pensarse en supuestos relacionados a multas administrativas al no cumplir leyes de carácter previsional o riesgos.

#### **4.5. Límites de la Conducta de Administración Desleal y su adecuación en el delito de Apropiación o Retención Indebidas**

Cuando se definió que la conducta de Administración Desleal, no merece regulación autónoma como delito, se asumió el poder afirmar que se justifique la inclusión de la conducta en el tipo de Apropiación o Retención Indebidas, por lo que debemos comenzar con los adjetivos del tipo, así tenemos “Apropiación o Retención” “Indebida” y “Desleal”.

“Desleal”, a quien obra sin lealtad, en primera acepción, por su parte lo “Indebido” además de justificar lo que es obligatorio además de exigible, pero al entrar al plano de la apropiación o retención, hay un límite que marca la diferencia entre ambas conductas ya que es ilícito, injusto y falta de equidad, eso en una aproximación de lo que es debido.

En términos jurídicos, la deslealtad se ve como un calificativo de la administración, y el otro apropiación que es lo no debido, o lo que no se debe hacer, entonces

conjugando ambos es lo que no está bien hacer de acuerdo a las normas de fidelidad, siendo este un aproximado del comportamiento de la administración desleal, que traspasa las normas morales y éticas, a las de un aprovechamiento lucrativo, de quien se apropia de lo que no es suyo, a través de una mal intencionada gestión de bienes que le han dejado a su cargo, perjudicándole directamente en su patrimonio a su dueño.

Ahora bien, el peligro de la diversidad de comportamientos infieles, desleales, podría romper con el principio de proporcionalidad de la norma penal en cuestión, por el rigor de la descripción normativa de lo que se debe encajar como administrador desleal, porque no es lo mismo aquel que despoja a otro de sus bienes, en beneficio personal o de un tercero, ni quien por su mala administración hace que pierda beneficios económicos el dueño de la cosa confiada en la gestión de negocios, porque de lo contrario estaríamos ante el equívoco de regularla de forma independiente en el ámbito societario y no patrimonial.

Definiendo entonces, que para que la conducta encaje en el delito de apropiación o retención indebidas, el autor, por su mal intencionada gestión de los bienes confiados, administra inadecuadamente pasando al campo de la ilicitud, con el propósito de afectar a su titular, y es aquí donde entra la fórmula "cualquier título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos", llama la atención que por un lado hay un título (de la persona como comisionada, delegada, encargada, apoderada, etc.) que produce la obligación de devolver, implica que no puede perderlos, distraerlos, derrocharlos, desaprovecharlos, desperdiciarlos, porque de lo contrario no podría devolverlos ni en el estado que se le entregaron, sino con la propia responsabilidad de reponer su valor, y es cuando no le guarda fidelidad.

Imaginemos la casa de empeño, o el depositario de bienes embargados, y hoy con la nueva legislación de extinción de dominio, al encargado de administrar bienes cautelados, son totalmente excluidos de toda obligación pecuniaria, afirmación o situación que no la vamos encontrar en ningún texto doctrinal, porque en ocasiones se califica a esas conductas como administración fraudulenta, pero no hay engaño, sino un mal aprovechamiento, o desperdicio de los bienes confiados, y es por eso que podemos con propiedad diferenciar entre un comportamiento defraudatorio a costa de los bienes (verdadera administración fraudulenta) del resto de actuaciones de la administración desleal.

Por tanto, en la parte media del art. 217 CP define “se apropiare de ella o no la entregue o restituyere a su debido tiempo en perjuicio de otro”, es precisamente la administración desleal, que está ya inserto en el delito de Apropiación o Retención Indevidas, porque no exige un ensentido estricto un lucro para si o un tercero, sino perjudicar el patrimonio del dueño, de ahí que pueden ser actos apropiativos como administración desleal y, por lo tanto, ya que no es lo mismo gestión desleal que fraudulenta, sino indevida.

#### **4.6. La Administración Desleal, como tipo penal abierto en el delito de Apropiación o Retención Indevidas**

Un tipo penal abierto constituye una norma genérica. Pero la aplicación de esa norma genérica al caso concreto requiere otra actividad por parte del juez: analizar la infracción o no de un deber de cuidado para poder efectuar el juicio de tipicidad. A diferencia de los tipos cerrados, en los que el juez, una vez adecuada la conducta al tipo penal verifica la ausencia de normas permisivas (causas de justificación) para determinar la antijuridicidad de la conducta, en los tipos abiertos el juez necesita

valorar un “deber de cuidado”, sobre la base de usos, costumbres, reglamentos, competencia, posición de garante, etcétera.

Ya habíamos abordado, que no se trata de una conducta negligente, sino dolosa, pero para efectos de comprensión se justifica la respuesta, en que el “deber de cuidado” identificado por el juez es un elemento normativo del tipo penal requerido por el tipo penal abierto. De lo contrario, no habría forma de saber si el garante ha actuado en forma imprudente o negligente; el juez no podría realizar el juicio de tipicidad.

En los tipos penales cerrados, la información está contenida en el mismo tipo penal y el juez se limita a verificar la subsunción de la conducta en la norma. Pero en los tipos abiertos, los elementos normativos deben buscarse fuera del tipo penal. La identificación de elementos normativos da lugar a determinar cuestiones relativas al nexo causal entre la conducta y el resultado típico, participación, error de tipo, error de prohibición, etc.

Esta “norma individual” creada por el juez no es la sentencia, sino una norma que completa la norma genérica y forma parte de los considerandos de la sentencia, es decir, el juez justifica su decisión, no sólo en la norma genérica, sino en la norma individual que regula el deber de cuidado infringido en el caso particular. Tampoco estamos en presencia de lagunas normativas, el principio *nulla poena sine lege* cierra la posibilidad de lagunas en el Derecho Penal. Los casos de imprudencia o negligencia están previstos en los tipos culposos; es el deber de cuidado el que no está previsto en la ley.

## CONCLUSIONES/RECOMENDACIONES

1. El delito de Administración Fraudulenta no implica cualquier mala administración de los negocios automáticamente, que nos lleve a la configuración de la conducta de administración desleal, por tanto es posible, de acuerdo al objetivo general trazado: “Determinar el nivel de incidencia de la Administración Desleal para ser considerada una conducta típica del delito de Apropiación o Retención Indebidas y no de la Administración Fraudulenta”, dado que hay que establecer no solo que el manejo, o el cuidado de bienes ajenos han producido un perjuicio económico a su titular, sino que hay que trascender que ese perjuicio que haya sufrido la persona (natural o jurídica) -a nombre de quien se ha administrado- haya sido precedido del aprovechamiento de las condiciones de confianza o extralimitación del cargo de administrador, no solo formal, para provocar tal perjuicio. De tal modo, que debe analizarse que del resultado de tal abuso provoca la infidelidad en la custodia de los bienes o valores ajenos, condición propia de la conducta de Administración Desleal, y siendo que para el elemento subjetivo del tipo penal de Apropiación o Retención Indebidas, con los que el criterio de *numerus apertus*, poniéndose en relieve el carácter objetivo de este condicionamiento, por lo que se acepta que se puede configurar el delito de Apropiación o Retención Indebidas, respecto de cosas fungibles, con obligación de entregar o devolver su valor y no solo el valor económico, sino la obligación de entregar o devolver las cosas en el estado que las recibió.

Por lo que se recomienda a los aplicadores de Justicia, analizar el tipo penal de Apropiación o Retención Indebidas, en cuanto a que el comportamiento capaz de producir un perjuicio patrimonial, es el que impida una disminución futura del valor

de los bienes confiados, obligados a devolver o entregar en virtud de la ley, en ocasión del deber de lealtad y protección patrimonial del bien ajeno.

**2.** Que de acuerdo al objetivo específico número uno: “Establecer a nivel de doctrina cuál es la conducta de Administración Desleal”, podemos concluir que es la lesión del patrimonio ajeno, a través del ejercicio o desempeño de la posición de dominio de forma abusiva respecto a las funciones propias de la persona a quien se le ha confiado una cosa mueble ajena, como también el manejo o el cuidado de los bienes, intereses o valores pecuniarios de un tercero, situación que abarca ambas conductas, tanto en la Administración Fraudulenta como en la Apropiación o Retención Indevidas, pero lo que las diferencia, es quebrantando la confianza respecto de los bienes en los cuales ejerce un poder de disposición en razón de la relación que tiene con ese bien, que no solo es cuantitativa, sino de orden teleológica, por desviación del objeto perseguido y del resultado provocado.

Por lo que se recomienda comparar a nivel dogmático en la bibliografía consultada en la presente tesis, los elementos configuradores del Delito de Apropiación o Retención Indevidas, respecto a la contracción de obligaciones del cargo del titular del patrimonio administrado, en el delito de Administración Fraudulenta, que no implique gestión y representación del cargo de administrador, sino las formas de afectar al patrimonio en el quebrantamiento de la lealtad y compromiso de entregar las cosas o su valor, sin que este disminuya al tiempo que debe entregarse.

**3.** Conforme al segundo objetivo específico de la investigación: “Establecer a nivel de doctrina y jurisprudencia si la Administración Desleal es aplicable a los tipos penales regulados en El Salvador”; se da cumplimiento parcial, dado que se ha mantenido que la afectación patrimonial del sujeto pasivo únicamente, es producto

de la administración fraudulenta, confundiéndola con la conducta de la administración desleal, dado que esa afectación debe trascender al cargo de administrador meramente formal, y que este deba ser infiel en su administración, puesto que tal como se cita en la Sentencia de Segunda Instancia, proveída por la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, a las doce horas del veinte de julio de dos mil dieciocho, en el incidente de apelación INC. APEL-150-SC-2018, que literalmente dice en párrafo 7. Romano VI Consideraciones...: "...Entonces, no es requisito sine quanon que la persona a quien se impute el delito sea administrador, en un sentido estrictamente formal, sino lo que debe probarse es que la persona haya tenido a su cargo, la administración o el cuidado de los bienes, y que teniendo esa actividad haya sido infiel en su administración, puesto que ello, es lo que exige el tipo penal del delito en cuestión al describir como conducta prohibida: "El que teniendo a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes ajenos perjudicare a su titular [...]". De tal manera, que se cumple el objetivo enunciado, parcialmente, dado que sigue confundiéndose al administrador infiel con el administrador formal propio de la Administración Fraudulenta estrictamente hablando.

De ahí que la conducta de administración desleal puede adecuarse en el tipo de Apropiación o Retención Indebidas y no en Administración Fraudulenta, pues se protege en mayor medida los bienes, debido a que el injusto de la administración desleal no puede cambiar el bien jurídico protegido –patrimonio–, ni el perjuicio o daño, sino que puede considerarse un tipo abierto y no números clausus ni ejemplificativos.

En atención a ello se recomienda, de acuerdo a lo establecido en el art. 38 del Código Penal, en la figura de actuar por otro, al momento de calificar la conducta de

administración fraudulenta, excluir los efectos materiales del delito, que impliquen disminución futuro del patrimonio ajeno, producto de la administración desleal, dado que ello haría responder subsidiariamente a la persona jurídica, y no al sujeto activo.

**4.** Respecto a identificar las líneas y criterios jurisprudenciales tanto de la Administración Fraudulenta como en la Apropiación o Retención Indebidas, se han emparejado en su mayoría conceptos jurisprudenciales, que en ambas infracciones penales son comunes, y se tiene primeramente al sujeto activo a aquella persona que cuide y maneje bienes ajenos basados en supuestos de una situación formal y no formalizada, incluso cabrían personas que sin tener poder de disposición tienen a su cargo la vigilancia, conservación o aplicación de bienes o intereses ajenos, y cuya divergencia de conceptos cimentan la necesidad de evitar que un administrador no designado o cuya designación no satisfaga requisitos formales, escape de la previsión legal por falta de tipo, es por ello que se concluye que en ambos tipos penales enunciados exige como condición tener poder de administrar y a su vez bajo su poder o custodia una cosa mueble ajena, de ahí la conclusión de identificar al sujeto activo de la administración desleal tanto en la Administración Fraudulenta y no en la Apropiación o Retención Indebidas.

Recomendándose que debe definirse que la administración desleal implica actuar como dueño, es decir, enajenar y gravar los bienes, pero no sólo eso, también es usar, utilizar y servirse del bien o cosa que se ha entregado para la administración.

**5.** Finalmente, se concluye que en la legislación penal salvadoreña no se encuentra regulado el deber de lealtad expresamente, sino que la extensa descripción que da el tipo de Apropiación o Retención Indebidas, es la exigencia de la ajenidad de la cosa, respecto a lo que es ajeno y lo que hay que devolver o entregar, por lo que,

se comete deslealtad sobre las cosas ajenas que la ley indica con los verbos “entregar” y “devolver”, lo que es lo mismo a su voluntad de apropiación, con propósito de adquirir esa ajenidad del bien que administra mediante un poder de disposición como si fuera su dueño, pero no devuelve, lo cual, es contrario a la finalidad de una administración leal del mismo. Por lo tanto, la Administración Desleal es una conducta que puede adecuarse al tipo de Apropiación o Retención Indevidas y no al de Administración Fraudulenta.

Circunscribir, en la jurisprudencia, en que consiste la administración desleal, y que esta constituye el exceso supone siempre, ir más allá y en contra de los deberes que conforman la esencia de la función de gestión (administración y representación) en nombre de otro de sus activos. Lo que interesa para configurar la tipicidad del art. 217 del Código Penal, y es que se realice, una disposición o una contratación de obligaciones que no observe el deber de protección patrimonial.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS:

ABOSO Gustavo Eduardo y Otro. Responsabilidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Penal, 1ra. Edición, Editorial IB de F., Buenos Aires, 2000.

ANTOLISEI Francesco, Manual de Derecho Penal Parte Especial, Tomo I, 3ª Ed, (Italia, Milan: Edit, A. Guiffre, 1954.

BACIGALUPO, Enrique, “Los delitos societarios en el nuevo Código Penal”, en Bacigalupo, Enrique (Dir.), Curso de Derecho Penal Económico, 2ª ed., 2005

BACIGALUPO, Enrique, Falsedad Documental, Estafa y Administración Desleal, Madrid. Editorial Marcial Pons, 2007. Buenos Aires Argentina

BACIGALUPO, Enrique. Falsedad documental, estafa y administración desleal. Editorial Marcial-Pons. Madrid-Barcelona-Buenos Aires.

BERNATE Ochoa, Francisco. VIRGUEZ ALVAREZ. Administración desleal y corrupción privada. Bogotá

BRAMONT-Arías Torres y Otros. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Cuarta Edición, Editorial San Marcos, Lima, Perú.

BUSTOS RAMIREZ Juan, “Manual de derecho penal parte especial”, Barcelona, 2º edición actualizada, Editorial Ariel, S.A., 1991

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Derecho penal”, Parte General, Ed. PPU, cuarta edición, Barcelona, 1994

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Derecho Penal”. Parte General. Tomo I. Obras Completas. Ara Editores. Lima. 2004.

CARIOLI MARTÍNEZ, M., “La imprescindible tensión dinámica entre el Derecho penal económico y la política criminal”, Nuevos desafíos en el Derecho penal económico (dirigido por CARIOLI MARTÍNEZ, M.), Buenos Aires, B de f, 2012.

CASTILLO González, Francisco. El Delito de Estafa. (1ª edición). San José, Costa Rica. (2001). Editorial Juritexto.

CLAUS Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 8ª ed., 2006 (1ª ed., 1963)

DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., Tipicidad e Imputación Objetiva, Primera Reimpresión, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 1998.

DEL ROSAL BLASCO, B., Los delitos societarios en el Código Penal de 1995, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998

DONNA, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial Tomo II B, Buenos Aires, Argentina, Editores Rubinzal – Culzoni, 2001.

ETCHEBERRY, ALFREDO. Derecho penal, Santiago de Chile, Tomo III, Tercera Edición Actualizada y Revisada, Editorial Jurídica de Chile. 1998

FARALDO CABANA, P., Los Delitos Societarios, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015

FEIJOO SÁNCHEZ, B. “Bien jurídico y delitos socioeconómicos”, en Diccionario de Derecho penal económico, Ed. Iustel, dir. BOIX REIG, J., coord. LLORIA GARCÍA, P., Madrid, 2008

FERRÉ OLIVÉ, J. C., “La administración social fraudulenta (artículo 295 del Código Penal)”, La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital: aspectos civiles, penales y fiscales (coordinador por GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., y GALÁN CORONA, E.), Madrid, Tecnos, 1999

FINZI, Conrado A. La Estafa y otros Fraudes. Buenos Aires, Argentina, 1978. Ediciones De palma.

FONTÁN Balestra, C. y Ledesma, G. (2002). Derecho penal parte especial. (16° edición). Argentina: Editorial Abeledo Perrot.

GARCÍA DE ENTERRÍA, J., Delitos societarios. Un enfoque mercantil, Madrid, Civitas, 1996

GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: Tratado de derecho mercantil, Obligaciones y contratos mercantiles, Ed. Revista de Derecho Mercantil, t. III, vol. I, Madrid, 1964.

GIAN Domenico Pisapia, Malversación de Fondos en italiano última Digesto, Vol. I, (Italia, Turín: edit, Torinese, 1957

HASSEMER, WINFRIED, “Prevención general y aplicación de la pena” en Principales problemas de la prevención general, trad. GUSTAVO ABOSO – TEA LÖW, B. de f., Buenos Aires – Montevideo, 2004.

JUFRESA PATAU, F., y MARTELL PEREZ-ALCALDE, F., Delitos societarios, de la receptación y contra la Hacienda Pública (dirigido por GANZEMULLER ROIG, C., ESCUDERO MORATALLA, J. F., y FRIGOLA VALLINA, J.), Barcelona, Bosch, 1998.

LUZÓN CUESTA, J. M., Compendio de Derecho penal. Parte especial, Madrid, Dykinson, 2011.

LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, La administración desleal societaria en el Derecho penal español. Primera Edición, InDret, 2010

MARICHAL SALINAS, Carlos: Nueva Historia de las grandes crisis financieras. Una perspectiva global, 19873-2008.

MARTÍNEZ PÉREZ, C., “El delito societario de administración fraudulenta (entre el delito patrimonial de la “infidelidad” y el delito societario del “abuso de facultades jurídico-sociales”)”, Estudios penales y criminológicos, nº17, 1993-1994.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, Derecho Penal Económico. Parte General, tirant lo blanch, Valencia, 1998

MARX, CARLOS, “Para la crítica de la «Filosofía del Derecho de Hegel»” en HEGEL, GUILLERMO FEDERICO, Líneas Fundamentales de la Filosofía del Derecho, trad. ÁNGELICA MENDOZA DE MONTERO, Claridad, Buenos Aires, 1937.

MATA MARTÍN, R. M., “Delitos societarios: administración desleal y demás figuras delictivas”, Empresa y Derecho penal I (dirigido por DEL ROSAL BLASCO, B.), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999

MAYO CALDERÓN, La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta, 2005

MILLÁN S. Alberto. Los delitos de Administración Fraudulenta y desbaratamiento de derechos acordados. (Buenos Aire: Abeledo-Perrot, 1991)

MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal General, Tercera Edición, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, España, 1990.

MIR PUIG, SANTIAGO, Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho, Bosch, Barcelona, 1982.

MIRENTXU Corcoy Bidasolo y Otros. Jurisprudencia de Casación Penal. Administración Desleal y consentimiento. Editorial Hammurabi. 1 Ed. 2011. Buenos Aires, Argentina. P. 18

MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., Derecho penal. Parte general, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010

NIETO Martín, Adán. El delito de administración fraudulenta, Praxis, Barcelona, 1996

NUÑEZ Castaño, Elena. La conducta típica del delito de administración desleal: delimitación con la apropiación indebida. Trujillo: Normas Legales, 2004.

PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código penal, 2016

POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ María Cecilia. Lecciones de derecho penal chileno. Parte General. 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica, 2003. 187 y SS.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J., Derecho penal español. Parte especial, Barcelona, Atelier, 2011

QUINTANO Ripolles, Antonio, Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Vol. 4, Tomo I, 4ª ed, (España, Madrid: edit, Reus, 1966.

RÍOS CORBACHO, J. M., “Delitos societarios”, Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal, Tomo IV (dirigido por TERRADILLOS BASOCO, J. M.), Madrid, Iustel, 2012

ROCA AGAPITO, L., “Delitos societarios”, Derecho penal español. Parte especial II (dirigido por ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2011

SAINZ-PARDO Casanova, José A. El Delito de Apropiación Indebida. Editorial Bosch, Casa Editorial S. A. España. 1978.

SALINAS SICCHA, Ramiro. "Fraude en la Administración de Personas Jurídicas". Delitos contra la vida Vida y otros estudios de Derecho Penal. Palestra Editores. Lima, Perú.

SCHUNEMANN, Bernd: Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio: Tecnos: Madrid, 2002.

SEQUEROS SAZATORNIL, F., Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores, Madrid, La Ley, 2006.

SERRANO González De Murillo, José Luis. Autoría y dominio del hecho, traducción de la 7ª ed. Alemana por Cuello Contreras. 2000.

TERRASA GARCIA, Antonio J: De la apropiación indebida a la administración desleal.

URQUILLA BONILLA, Carlos Rafael. El control de convencionalidad en El Salvador. El control de convencionalidad en México, Centroamérica y Panamá. Editorial Casa San Ignacio/Guaymuras. Tegucigalpa. 2016.

VELA Treviño, Sergio, La prescripción en materia penal, Editorial Trillas, S. A. de C. V., primera reimpresión, marzo, 1995

VINCENZO MANZINI, Tratado del Furto e Dellevarie su especie, Vol. I, Parte I, (Italia, Torino: edit, Casa Editorial Eugenio Jovene1902

VON Liszt Frank, Derecho Penal Alemán 4ª ed, (Alemania, Berlín: edit, Eberhard Schmidt 1932

ZAMORA Pierce, Jesús Zamora. El Fraude. Editorial Porrúa. 9ª Edición. México. 2000.

ZUGALDÍA ESPINAR, La responsabilidad criminal de los entes colectivos (personas jurídicas y entes sin personalidad) y de sus directivos y representantes. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

#### **LEGISLACIÓN NACIONAL:**

CÓDIGO CIVIL, Decreto Ejecutivo del 23 de agosto de 1859, Diario Oficial número 85, Tomo8, publicado el 14 de abril de 1860.

CÓDIGO DE COMERCIO Y LEY DE ENJUICIAMIENTO. Decretados por el Supremo Gobierno de El Salvador, el 1 de diciembre de 1855. 1ª Edición Oficial, Cojutepeque, Imprenta del Triunfo.

CÓDIGO DE COMERCIO. D. L. No. 671, del 26 de mayo de 1970. D. O. No. 140 Tomo No. 228 del 31 de julio de 1970

CÓDIGO PENAL de 1822. Decretado el 13 de abril de 1826, rige como el primer Código Penal del ordenamiento jurídico salvadoreño. Es una adopción del Código de la Corte Española, decretado por las Cortes el 8 de junio y sancionado por el rey, mandado a promulgar, el 9 de julio de 1822

CÓDIGO PENAL. D. L. No. 1030, de fecha 30 de abril de 1997, D. O. No 240, Tomo 337, del 23 de diciembre de 1997

CÓDIGO PENAL. D. L. No. 270, del 13 de febrero de 1973.

CÓDIGO PROCESAL PENAL, D. L. No. 47 del 18 de junio de 2009, D. O. No. 20, Tomo No. 382, del 30 de enero de 2009

CÓDIGO PROCESAL PENAL, D.L No. 450 del 11 de octubre de 1973, D.O. No. 208, Tomo 241, publicado el 09 de noviembre de 1973. (Derogado)

#### **TESIS:**

CAMPOS GARCÍA, Juan Pablo. "El Fraude Inmobiliario y su Tratamiento Jurídico Penal". (Tesis para Obtener el Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador 2001)

PÉREZ QUINTANILLA, Manuel Eduardo. Algunas Consideraciones sobre el delito de estafa, (Tesis para Obtener el Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Dr. José Matías Delgado, 1991)

## **MONOGRAFÍAS:**

COMISIÓN COORDINADORA PARA EL SECTOR JUSTICIA. “Las Constituciones de la República de El Salvador, 1824-1962”. Primera Parte, Tomo II A. Editorial U. T. E. 1ª Edición San Salvador 1993

DALTÓN GARCÍA, ROQUE. “Monografía de El Salvador”. Editores UCA, Edición 13ª San Salvador 2002

DOMÍNGUEZ SOSA, Julio Alberto. “Las Tribus Nonualcas y su Caudillo Anastasio Aquino”. Editorial Universitaria Centroamericana, EDUCA, 1ª Edición San José 1984

## **REVISTAS:**

Apropiación y distracción indebida. Una propuesta de reconstrucción unificadoramente dualista del art. 470 N° 1 del Código Penal, Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, (1), 2018

Bajo Fernández, Miguel y Bacigalupo, Silvina. Derecho penal económico, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, Colección ceura

GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., “Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socioeconómico y el patrimonio en el proyecto de 1980 de Código Penal”, Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, Tomo XXXIII, crónica legislativa, fasc. 2, mayo-agosto, 1980

Helfer, Christian. "Das Kavaliertdelikt", en Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, núm. 50, 1967

JAÉN VALLEJO, M.: «La administración desleal como delito de infracción de deber», en Ley, razón y justicia. Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales, núm. 11, junio 2010, pág. 59- 60.

Martínez Buján Pérez, Carlos. Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y apropiación indebida. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXV (2015). ISSN 1137-7550. Páginas. 457-566.

Sutherland, Edwin H. "White Collar Criminality", en American Sociological Review, vol. 5, núm. 1, 1940

UGARTE VEGA CENTENO, MÁXIMO ALFREDO, "El Derecho penal económico como alternativa en la solución de los llamados delitos económicos empresariales" en Gestión en el tercer milenio, Revista de investigación de la Facultad de Administración, UNMSM, año 6, n° 12, Lima, diciembre de 2003, p. 1.

#### **JURISPRUDENCIA:**

Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, Sentencia de Apelación de las doce horas del veinte de julio de dos mil dieciocho. Referencia 150-SC-2018.

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, Sentencia de Apelación de las diez horas cincuenta y dos minutos del veintisiete de octubre de dos mil diecisiete. Referencia 373- 2017.

Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro; Sentencia de Apelación de las catorce horas con cuarenta minutos del diecinueve de septiembre de dos mil diecinueve. Referencia 448-2018

Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro. Apelación de las quince horas cincuenta minutos del día veintiuno de agosto del año dos mil trece. Referencia 166-12-4

Sentencia de Casación 64 C 2015. SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las ocho horas y treinta minutos del día veintidós de junio de dos mil quince.

Sentencia de Inconstitucionalidad 63-2010/69-2010/77-2010/93-2010/11-2011/27-2011. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, a las catorce horas y diez minutos del veintinueve de abril de dos mil trece, se refiere a las excepciones a las formas sustitutivas. Art. 92-A.- No se aplicará el artículo 85 a los sujetos reincidentes, habituales, a los que hayan conciliado, antes del nuevo delito, en los últimos cinco años una infracción similar, o a los que pertenezcan a organizaciones ilícitas o con finalidad ilícita, bandas o pandillas criminales, a los que realicen su conducta en grupo de cuatro o más personas, en los casos de delitos que lesionen o pongan en peligro la vida, la integridad personal, la libertad ambulatoria, la libertad sexual o el patrimonio.

Sentencia del Tribunal Supremo Español STS de 23 de junio de 1973 (RJ 2896);  
17 de marzo de 1981 (RJ 1184); y 2 de abril de 1993 (RJ 3016).

Tribunal Supremo Español. SSTS 655/2010, de 13 de julio, 374/2008, de 24 de junio,  
y 121/2008

### **ARTÍCULOS DE INTERNET:**

Artículo modificado por el artículo 1º de la Ley N° 29307, publicada el 31 de  
diciembre de 2008. Incorporándose el ordinal 8º para referirse a la  
Administración Desleal.

Bottke, Täterschaft und Teilnahme im deutschen Wirtschaftskriminalrecht – de lege  
lata y de lege ferenda, Juristische Schulung, 2002

Conferencia pronunciada el 23 de marzo de 2006 en la clausura del curso de  
Doctorado "Problemas fundamentales del Derecho Penal y la  
Criminología" de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. El dominio [de  
organización como forma independiente de autoría mediata \(iustel.com\)](http://www.iustel.com).  
Revista Electrónica. "Revista General de Derecho Penal. España. Iustel.  
Portal de Derecho S. A." Extracto publicado por Equipo Editorial el 5 de  
mayo de 2006. Consultada el 30 de julio de 2021 al siguiente enlace:  
[https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_categoria=736](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_categoria=736)

4

Lautaro Contreras Chaimovich\* Legum magister y doctor por la Albert-Ludwigs-Universität (Alemania). Profesor asociado del Departamento de Ciencias Penales, Universidad de Chile. Página Electrónica Polít. crim. Vol. 12, N° 23 (Julio 2017), Art. 1, pp. 1-55. consultada el día 30 de julio de 2021. [[http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_12/n\\_23/Vol12N23A1.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_23/Vol12N23A1.pdf)]

MORILLAS CUEVA, LORENZO, “Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro” en Revista electrónica de Derecho Penal y Criminología 04 – 06 (2002), p. 18 (disponible en <http://criminetuqr.es/redpc>).

Muñoz Conde, Willensherrschaft im Rahmen “nichtrechtsgelöster” Organisationen?, Festschrift für Roxin, 2001

PASTOR, Nuria y COCA, Ivo. El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal. Iuris, 2º, España. 36-43, junio 2013. Revista de Derecho. Consultado el 30 de julio de 2021. según enlace electrónico: [Iuris\\_172.indb](#) (researchgate.net)

ROJAS, Luis Emilio. “El tipo de la Administración Desleal en el Derecho Penal Alemán. En Revista Penal N° 23. 2009. Pp. 138-171, citado por Mañalich R. Juan Pablo. Estructura Típica de la Administración Desleal un Enfoque Contrastivo. Consultado el 30 de julio de 2021. En el siguiente enlace: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/eldp/article/viewFile/40103/36901>

Tiedemann, Die Regelung von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht, en: Festschrift für Nishihara, 1998