

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**Escuela de Posgrado**



**EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE  
ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA ESTABLECIDO EN EL  
ARTÍCULO 198 DEL CÓDIGO PENAL**

Tesis para obtener el grado de Magíster en Derecho Penal que  
presenta:

***Heracio Nahuel Muña Ferro***

Asesor:

***Mg. Hector Fidel Rojas Rodriguez***

Lima, 2022

## RESUMEN

El presente trabajo analiza la problemática que gira alrededor al bien jurídico protegido en el delito de administración fraudulenta, previsto en el artículo 198 del Código Penal peruano, debido a que las propuestas de interpretación de dicho bien jurídico, que se encuentran en la doctrina actual, no resultan del todo satisfactorias de cara a la correcta interpretación del alcance de las conductas abarcadas por dicha norma. El objetivo del presente trabajo es delimitar el bien jurídico protegido en el artículo 198 del CP, alrededor de ***la expectativa de una inversión libre de riesgos no negociales, distintos a riesgos previstos en otros tipos penales (hurtos, estafas, robos, apropiaciones indebidas, etc.)***.

El trabajo emplea el método dogmático jurídico-penal, por lo que, se realiza un análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial del delito de administración fraudulenta, buscando agotar las fuentes nacionales y analizando comparativamente otros ordenamientos jurídicos (como el español, alemán, chileno y argentino), sin dejar de lado los cuerpos normativos extrapenales nacionales como el derecho civil, la Ley General de Sociedades, entre otras normas.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, pretende dar respuesta a la interrogante ¿Cuál o cuáles son los bienes jurídicos protegidos en el delito de administración fraudulenta establecido en el artículo 198° del Código Penal? Por lo que, se ha planteado la siguiente hipótesis de partida: **El bien jurídico protegido en los delitos de administración fraudulenta tiene una doble dimensión, pues de manera directa se protegería la confianza depositada en el administrador, que se lesiona a través del abuso de poder del administrador, y de manera mediata se protegería el patrimonio.** La afectación a la “confianza” depositada en el administrador por parte de los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren a través de un abuso de poder en el ejercicio de sus funciones. En consecuencia, el autor de este delito se aprovecha de la especial posición de poder que ostenta. El actuar ilícito tiene su origen en una decisión del administrador en buscar un beneficio personal o de terceros y que trae un perjuicio económico a los socios y a terceros.

Para verificar la hipótesis antes sostenida, se ha desarrollado tres capítulos, siendo que, dentro del primer capítulo, se aborda los aspectos problemáticos de la aplicación del artículo 198° del Código Penal en la jurisprudencia, la doctrina y en el Código Penal, abordando su evolución legislativa dentro de nuestro ordenamiento jurídico; en igual forma, se analizó las diferencias de este tipo penal, con los tipos penales de estafa, falsificación de documentos y apropiación ilícita; bajo la misma lógica, nos hemos insertado en los múltiples problemas que existen dentro del derecho comparado, abordando la problemática de Italia, Alemania, España, Chile y Colombia, siendo que en muchos casos no se encuentra tipificados dentro de su legislación, por lo que, se hace uso de los tipos penales tradicionales como el hurto, el abuso de confianza y la estafa.

Dentro del segundo capítulo, se ha abordado, el tema referente al “ objeto de protección del delito de administración fraudulenta”, para cuyo cometido se ha realizado un análisis del concepto de bien jurídico, tipos de bienes jurídicos, el patrimonio en el código penal y la constitución, las diversas tendencias del concepto de patrimonio en similar forma, se ha analizado las diversas tendencias doctrinarias sobre el bien jurídico protegido en el tipo penal previsto en el artículo 198° del Código Penal, estableciendo que no existe claridad en la doctrina respecto a cuál es el bien jurídico protegido en el delito de administración fraudulenta, evidenciándose diversas

posiciones, entre las que podemos mencionar: a) la concepción patrimonialista, b) la concepción funcional valorativa y c) la concepción funcional normativista.

Finalmente, dentro del tercer capítulo, se realiza una redefinición del concepto de bien jurídico en el delito de administración fraudulenta, sin embargo, antes se establece la insuficiencia del patrimonio como bien jurídico protegido por el art. 198° del Código Penal, para luego concluir, que el bien jurídico protegido dentro de este tipo penal, es ***“la expectativa de una inversión libre de riesgos no comerciales, distintos a otros riesgos penales”***.



## ÍNDICE

<b>RESUMEN</b> .....	1
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	2
<b>ÍNDICE</b> .....	4
<b>CAPÍTULO I.- ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 198 DEL CÓDIGO PENAL EN LA JURISPRUDENCIA, LA DOCTRINA Y EN EL CÓDIGO PENAL.</b> .....	7
<b>1.- Regulación legal.</b> .....	7
<b>En el Código Penal de 1924</b> .....	8
<b>En el Código Penal de 1991</b> .....	8
<b>2.- Las tendencias jurisprudenciales en materia del bien jurídico protegido por el tipo penal previsto en el artículo 198 del Código Penal.</b> .....	10
• <b>Diferencias con otros tipos delictivos según la jurisprudencia.</b> .....	12
<b>A).- Respecto al delito de Estafa.</b> .....	13
<b>B).- Respecto al delito de falsificación de documentos.</b> .....	14
<b>C).- Respecto al delito de apropiación ilícita.</b> .....	15
<b>3.- Problemas ubicados en la experiencia comparada.</b> .....	18
• <b>En Italia</b> .....	18
• <b>En Alemania</b> .....	20
• <b>En España</b> .....	21
• <b>En Chile</b> .....	22
• <b>En Colombia</b> .....	24
<b>CAPÍTULO II.- EL OBJETO DE PROTECCIÓN DEL DELITO DE ADMINISTRACION FRAUDULENTO</b> .....	27
<b>1.- La protección penal del patrimonio</b> .....	27
<b>1.1.- Aspectos preliminares.</b> .....	27
<b>1.2.- Las distintas definiciones de bien jurídico.</b> .....	28

<b>1.3.- Clases de bienes jurídicos. ....</b>	<b>30</b>
• <b>Bienes jurídicos Individuales.....</b>	<b>30</b>
• <b>Bienes jurídicos supra individuales o colectivos.....</b>	<b>31</b>
<b>1.4.- Toma de postura sobre el concepto de bien jurídico.....</b>	<b>31</b>
<b>1.5.- El patrimonio como bien jurídico.....</b>	<b>32</b>
<b>A. El patrimonio en el código penal .....</b>	<b>32</b>
<b>B. El patrimonio y la propiedad en la Constitución. ....</b>	<b>33</b>
<b>1.6.- Diversas tendencias del concepto de patrimonio en el campo penal. ....</b>	<b>34</b>
• <b>Concepción jurídica del patrimonio .....</b>	<b>34</b>
• <b>Concepción económica del patrimonio .....</b>	<b>36</b>
• <b>Concepción personal del patrimonio.....</b>	<b>38</b>
• <b>Concepción mixta o jurídico económica del patrimonio.....</b>	<b>39</b>
<b>2.- Las tendencias doctrinarias sobre el bien jurídico protegido en el tipo penal previsto en el artículo 198 del Código Penal. ....</b>	<b>40</b>
• <b>Teoría patrimonial del bien jurídico. ....</b>	<b>41</b>
• <b>Posición patrimonial que excluye al patrimonio social como objeto de protección. ....</b>	<b>42</b>
• <b>Posición patrimonial que sostiene la protección del patrimonio social como objeto de protección.....</b>	<b>43</b>
• <b>Teoría funcional valorativa del bien jurídico. ....</b>	<b>45</b>
• <b>Teoría que protege el buen funcionamiento del sistema económico.....</b>	<b>45</b>
• <b>Teoría que protege el buen funcionamiento de la empresa. ....</b>	<b>45</b>
• <b>Teoría que protege la permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico- económico.....</b>	<b>47</b>
• <b>Teoría funcional que protege la confianza al administrador.....</b>	<b>47</b>
• <b>Teoría funcional normativa del bien jurídico .....</b>	<b>48</b>
<b>3.- Delimitación entre el derecho penal y el derecho administrativo .....</b>	<b>48</b>

<b>CAPÍTULO III.- REDEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO EN EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO: LA CONFIANZA DEPOSITADA EN EL ADMINISTRADOR COMO BIEN JURÍDICO.....</b>	<b>51</b>
<b>3.1.- Insuficiencia del patrimonio como bien jurídico protegido por el art. 198 del Código Penal. ....</b>	<b>51</b>
• La verificación de la cantidad exacta del perjuicio patrimonial .....	52
• La concepción que se maneja del patrimonio.....	54
• Incertidumbre sobre quién es realmente el sujeto pasivo del delito. ....	55
• Los delitos de Informes de auditoría distorsionados artículo 198-A y fraude contable artículo 199 no van en el mismo sentido que el artículo 198 fraude en la administración de personas jurídicas. ....	57
<b>3.2.- La confianza depositada en el administrador como bien jurídico en el delito previsto en el art. 198 del Código Penal.....</b>	<b>63</b>
<b>3.3.- Alcances del art. 198 del Código Penal a la luz de la propuesta de la redefinición del bien jurídico. ....</b>	<b>67</b>
<b>CONCLUSIONES. ....</b>	<b>72</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>74</b>

# **CAPÍTULO I.- ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 198 DEL CÓDIGO PENAL EN LA JURISPRUDENCIA, LA DOCTRINA Y EN EL CÓDIGO PENAL.**

## **1.- Regulación legal.**

Hoy en día se puede observar un aumento de la criminalidad empresarial en la sociedad, donde muchas veces la cantidad de víctimas son indeterminadas, pudiendo ser los mismos socios, los empleados, los consumidores, los acreedores y la sociedad en general, por estas razones el ordenamiento jurídico necesita dar una respuesta a los problemas sobre la criminalidad empresarial.

El derecho penal económico, es el que se encarga de analizar estos delitos que tienen características propias como los describe Sutherland (Sutherland 1949: 19), las cuales se caracterizan por su nula representación estadística, no son perseguidos como el crimen convencional, no trae un reproche público, son realizadas por personas con un buen estatus económico y es un fenómeno muy perjudicial (Virgolini, 2008:49).

El presente trabajo desarrolla la problemática generada en torno al bien jurídico protegido en el delito de administración fraudulenta, previsto en el artículo 198 del Código Penal, debido a que no hay un consenso doctrinal en torno a este tema. Por otro lado, para una adecuada interpretación de este artículo es necesario identificar el interés jurídicamente protegido y comprender las razones de su criminalización, ya que si no se tiene claros estos aspectos, se realizará una inadecuada interpretación y aplicación de la norma penal, es decir, nos estamos refiriendo a la función interpretativa o dogmática (Bustos 2004: 125), pues, al interpretar los elementos del tipo penal, deberá servir para descubrir los alcances de una determinada prohibición (Abanto 2004. 18).

En efecto, no existe claridad en la doctrina respecto a cuál es el bien jurídico protegido en el delito de administración fraudulenta, evidenciándose diversas posiciones, entre las que podemos mencionar: a) la concepción patrimonialista, b) la concepción funcional valorativa y c) la concepción funcional normativista.

### ***En el Código Penal de 1924***

El Perú no es ajeno a la problemática que surge de aplicación del artículo 198 del código penal de 1991 ya que el Código Penal de 1924 sancionaba el delito societario, en el artículo 248 que regulaba el delito de falsos informes societarios, que a la letra dictaba:

Artículo N° 248: El que en la condición de fundador, de miembro de un consejo de administración u órgano de control o de vigilancia de una sociedad anónima o cooperativa, o en la condición de director, delegado o liquidador, hubiere intencionalmente dado o hecho dar informaciones contrarias a la verdad en las comunicaciones al público, en los informes o proporciones destinadas a la asamblea general o en las comunicaciones o demandas dirigidas al registro, será reprimido con prisión no mayor de dos años y multa de la renta de tres a noventa días.

La pena será de prisión o multa, si el delincuente hubiera obrado por negligencia.

Posteriormente el Decreto Legislativo 123, de 12 de junio de 1981, hace referencia a los denominados Delitos Económicos, comprendiendo solamente a la especulación y acaparamiento, como sanción ante estos ilícitos, se establece dos clases de penas: la de prisión, hasta por dos años, y la multa hasta por 15 salarios mínimos vitales para la Provincia de Lima, constituye circunstancia agravante, el aprovecharse de conmoción y calamidad públicas. En tales casos se duplicaban las penas: la de prisión hasta por cuatro años y la multa podía llegar a treinta salarios mínimos vitales.

### ***En el Código Penal de 1991***

Con la reforma del código penal de 1924, se continúa con la línea legislativa regulando la administración fraudulenta, propiamente en el artículo 198° del

Código Penal de 1991. Y, si bien continúa regulando la figura de los falsos informes sociales, ahora también se recoge diversos supuestos específicos de administración irregular en el marco de una persona jurídica, los que, desde la valoración político-criminal del legislador, merecen una sanción penal. Así en el Código Penal de 1991 se amplía el ámbito de lo punible a otros supuestos de administración fraudulenta.

Posteriormente, la redacción original del artículo 198°, fue modificado por el Artículo 3 de la Ley N° 28755, publicada el 06 junio 2006, para incluir el acto de “emitir informes o dictámenes que omitan revelar, o revelen en forma distorsionada, situaciones de falta de solvencia o insuficiencia patrimonial de la persona jurídica, o que no revelen actos u omisiones que violen alguna disposición que la persona jurídica está obligada a cumplir y que esté relacionada con alguna de las conductas tipificadas en el artículo en mención”. Posteriormente, mediante una nueva reforma, éste supuesto es retirado por la modificación incorporada por el Artículo 1 de la Ley N° 29307, publicada el 31 diciembre 2008, de modo que, el tenor de la norma actual es el siguiente:

Artículo 198: 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:

- 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.
- Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica.
- Promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones.

- Aceptar, estando prohibido hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito.
- Fragar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes.
- 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.
- Asumir indebidamente préstamos para la persona jurídica.
- Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica.

Podemos rescatar una idea clara, ante la insuficiencia normativa con la que adolecía el Código Penal de 1924, se busca ampliar el tipo penal; puesto que, actualmente la empresa como unidad económica o unidad productiva tiene la dirección del empresario-directo, combinando los factores de producción. La realidad de la empresa moderna es compleja y está sujeta a constante evolución. En la actualidad, con el progreso de la civilización, los avances científicos y tecnológicos, el papel que cumple la empresa se constituye no solamente en una unidad económica o de producción, sino, sobre todo, en una comunidad humana, integrada por personas con un interés común, trabajando solidariamente y sujetas a determinadas reglas. (Paredes 2000: 247).

## **2.- Las tendencias jurisprudenciales en materia del bien jurídico protegido por el tipo penal previsto en el artículo 198 del Código Penal.**

Dentro del derecho peruano, se puede apreciar que existe poco pronunciamiento emitido por la jurisprudencia referente a este delito de fraude de la administración de personas jurídicas y dentro de estos análisis en

ninguna se aborda el bien jurídico protegido en este delito, por lo que es un ámbito no tratado por la jurisprudencia peruana, sin embargo, es necesario conocer y abordar que es lo que la jurisprudencia se aborda y abarca en referencia a este tipo delictivo.

Dentro de la jurisprudencia se aborda también el tema de la atipicidad en el caso penal “imputaciones a abogado de Cia, AEROFLOT- Sucursal Perú”, en donde se indica que el ilícito de fraude en la administración de personas jurídicas, supone que el agente, es decir, el sujeto activo tenga cualquiera de las condiciones previstas en el artículo 198 del código penal, esto es, fundador, miembro del directorio, del consejo de administración o del consejo de vigilancia, gerente, administrador o liquidador de una persona jurídica; no teniendo el imputado dicha condición, no se dan los presupuestos del delito (Baca y otros 1999: 337 - 338).

Uno de los aspectos abordados dentro de la jurisprudencia es el referente a la atipicidad en casos de inexistencia de balances, es así, que en el caso penal “Imputaciones a Coordinador de Proyecto Autogestionario Villa El Salvador - PAVES”, siendo que, en el Exp. 1276-98 de fecha 23 de junio de 1998, se indica que “al no haberse formulado balance o partida contable en la que pueda haber recaído las acciones materiales a que se contrae el tipo penal en referencia, ha quedado establecido que en la conducta del encausado no se evidencia los elementos constitutivos del tipo penal” (Baca y otros 1999: 339-340).

También dentro de la jurisprudencia se habla de la simple sindicación en el caso penal “imputación contra Presidente del Consejo de Administración de la Asociación Pro Niño Hidrocefalico Señor de los Milagros” Exp. N° 1788-98 de fecha catorce de agosto de 1998, en donde se indica que existiendo en autos sólo la sindicación a nivel policial de un socio de la entidad agraviada, la cual no contó con la presencia del Ministerio Público, ella resulta insuficiente para fundamentar un sentencia condenatoria, por lo que absolvieron al procesado por el delito de fraude en la administración de personas jurídicas (Baca y otros 1999: 341).

Otro de las jurisprudencias ubicadas es la referente al ocultamiento de la verdadera situación de la empresa en el Exp. 813-98 en el caso penal “imputaciones contra el Presidente y Tesorero de la Asociación de Empresarios Fleteros - TRANSERVI”, de fecha 10 de julio de 1998, en donde se indica que “el ocultamiento de la verdadera situación de la empresa se encuentra acreditado el delito como la responsabilidad penal de los acusados, toda vez que no existe una contabilidad completa y los estados financieros se reducen a un simple cuadro de ingresos y egresos sin sustento técnico, los mismos que arrojan faltantes de dinero que no han sido justificados por los inculpados, no reflejando la situación real de la entidad agraviada” (Baca y otros 1999: 342.343).

Finalmente otro de los aspectos analizados es el referente al uso del patrimonio de la persona jurídica en provecho propio, siendo que es analizado en el Exp. 1004-98 de fecha 17 de junio de 1998, en el caso penal “imputaciones contra Presidente de Cooperativa de Vivienda las Flores”, en donde se indica que se encuentra acreditado el delito como la responsabilidad penal del inculpadado, por cuanto éste ha reconocido haber prestado dinero de la cooperativa a terceros, obteniendo beneficio económico indebido (Baca y otros 1999: 344.345).

Como se puede apreciar en los pronunciamientos antes mencionados en ninguno se aborda el bien jurídico que sería objeto de protección en el delito de fraude en la administración de personas jurídicas, por lo que, queda claro es un punto a tratar dentro de nuestra jurisprudencia, ya que si se revisa otros pronunciamientos se puede apreciar que la jurisprudencia ha sentado una posición sobre cuál debería ser el bien jurídico protegido en otros delitos como por ejemplo en el delito de apropiación ilícita, estafa, usurpación entre otros, delitos; por lo que, consideramos importante mostrar cuales serían los pronunciamientos sobre el bien jurídico en algunos delitos.

- **Diferencias con otros tipos delictivos según la jurisprudencia.**

La jurisprudencia ya ha marcado una posición respecto a la diferencia que puede tener este tipo delictivo respecto a otros tipos penales, por lo que en

este apartado vamos a buscar mostrar esas diferencias que puede presentar respecto a algunos tipos delictivos.

***A).- Respecto al delito de Estafa.***

Antes de poder diferenciar ambos delitos es necesario saber cómo es que la jurisprudencia nacional define el delito de estafa y es así que tenemos el Exp. N° 1347-97, Lima resolución de fecha 19 de enero de 1998, en cuya resolución se indica “que, respecto al delito de estafa, tal como está previsto en el artículo 196 del Código Penal, se debe tener en consideración que lo que se reprocha al agente es conseguir que el propio agraviado le traslade a su esfera de dominio su propio patrimonio: es decir, el aspecto objetivo de este delito requiere que el agente obtenga un provecho ilícito, para lo cual debe de mantener en error al agraviado por medio de engaño, astucia o ardid; es decir, se requiere de una conducta engañosa con ánimo de lucro propio o ajeno, que determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar una disposición, consecuencia de la cual es un perjuicio en su patrimonio o de un tercero” (Pizarro 2006 : 33-34).

Ahora que se ha podido apreciar cómo es que la jurisprudencia define la estafa se nos hace más sencillo el poder diferenciar del delito de fraude en la administración de personas jurídicas, sin embargo, la jurisprudencia ya ha realizado un análisis y a diferenciado a ambos delitos, es así que, aborda el problema del concurso aparente de leyes que existe entre el delito de estafa y fraude en la administración de personas jurídicas, siendo que en el Recurso de Nulidad N° 1052-97, Lima de fecha 31 de agosto de 1998, sostienen que lo que en la doctrina general se denomina concurso aparente de leyes entre los delitos de estafa, defraudación y fraude en la administración de personas jurídicas, el mismo que se resuelve al amparo del principio de especialidad a favor del delito de fraude en la administración de personas jurídicas cuya descripción típica absorbe a los otros delitos (Rojas 1999: 192 - 195).

## ***B).- Respecto al delito de falsificación de documentos.***

Antes de abordar las diferencias es necesario saber cómo define la doctrina el delito de falsificación de documentos, es así que tenemos la Ejecutoria Superior de Lima del 05 de setiembre de 1997 en donde se indica que “En el caso del artículo 427 si no se da el perjuicio resultante del acto delictivo y siendo inexistente la condición objetiva de punibilidad, es decir, el perjuicio ocasionado al agraviado, el hecho consumado no constituye delito y por ende no es justiciable penalmente (...), en esta mismo sentido también traemos a colación la Ejecutoria Suprema del 01 de diciembre del año 1997 en donde se manifiesta que ”También “No obstante ser típica, antijurídica y culpable la conducta de la acusada, sin embargo, estando a la condición objetiva de punibilidad contenida en el art. 427 del C.P., así como por razones de política criminal, para la punibilidad de la referida conducta se requiere que del uso de documento resulte un perjuicio, caso contrario esta no se castigará (...)” (Arenas :2016).

Para un adecuado análisis es necesario poder saber cuál es el momento en que se consuma este tipo delictivo, por lo que, según la jurisprudencia en el Recurso de Nulidad 4036-2004-Lima, la jurisprudencia indica que “En el delito de falsificación de documentos, el momento de la consumación se produce desde que el sujeto conociendo la falsedad del documento realiza un acto material de utilización del mismo (...)”(Arenas :2016).

Corte Superior de Justicia, Sala Penal Permanente, Queja núm. 1678-2006, Lima, Precedente Vinculante, fundamentos del 4 al 6. El texto que señala en su fundamento 5. “(...) el delito de falsedad es de comisión instantánea y se consuma, en todo caso, cuando a sabiendas se utiliza el documento falso, un supuesto típico distinto de la confección, alteración o modificación falsaria del documento y que, asimismo, puede concurrir con él y ser perpetrado por el propio autor de la elaboración del documento falso o por un tercero (...)”(Arenas :2016).

Luego de haber mostrado cual es la posición de la jurisprudencia respecto al delito de falsificación de documentos, es oportuno mostrar el pronunciamiento de la jurisprudencia en lo referente al concurso aparente de delitos entre el delito de fraude en la administración de personas jurídicas y el delito de falsificación de documentos, por lo que según la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 821-03 de fecha 21 de julio de 2003, sostiene que debe tenerse en cuenta que el delito de fraude en la administración de personas jurídicas subsume el delito de falsificación de documentos, puesto que el tipo penal del artículo 198 del Código Penal establece como una modalidad de fraude la falsificación de balances, siendo así el delito de falsificación de documentos resulta ser un medio subsidiario del delito de Fraude en la administración de Personas Jurídicas o administración desleal (Rojas 2005: 154 - 155).

***C).- Respecto al delito de apropiación ilícita.***

Respecto a este delito es importante traer a colación la casación N°311-2011 Lambayeque emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de fecha 04 de octubre del año 2012 cuya adopción o postura jurisprudencial la adopta en su fundamento octavo, siendo que en su fundamento 8.1 indica que “es claro que cuando una persona entrega a otra un bien mueble con un encargo específico y éste último queda en calidad de depositario, (en custodia legítima del bien), lo expolia y lo agrega a su dominio patrimonial, la víctima o sujeto pasivo resulta siendo quien entregó la cosa”, en ese mismo sentido en su fundamento 8.2 agrega “ cuando la cosa mueble se entrega en pago al autorizado de facto o formalmente (con conocimiento del acreedor conforme a las reglas del Código Civil), el que paga se desliga del bien entregado y éste se incorpora a la esfera del patrimonio (en propiedad) del antes acreedor, en cuyo nombre el agente cobrador o recaudador lo recibió”

En esa misma línea argumentativa la corte suprema en el fundamento 8.3 expresa “que es preciso distinguir entre el cajero que opera en la sede domicilio del acreedor, del recaudador que cobra en el domicilio del deudor o recibe en su propio y particular domicilio el bien en pago total o parcial del crédito”, en ese mismo sentido indica en el fundamento 8.4 “en los dos últimos casos, no es

factible asumir que el recaudador sustrae los bienes recibidos para apropiárselos – lo que es característico del hurto-, sino que, simplemente decide quedárselos para sí, incumpliendo el deber de entrega al propietario, cuya confianza defrauda” (la negrita y cursiva es nuestro).

Esta misma casación también indica en el fundamento 8.5 “que mayor abundamiento, el legislador nacional ha previsto el delito de apropiación ilícita irregular en el artículo ciento noventa y dos del Código Penal, que sanciona a quien se apropia de un bien perdido, de un tesoro, o de un bien ajeno en cuya tenencia entró el agente por error, caso fortuito u otra causa independiente de su voluntad. Siguiendo la línea de la regla jurídica interpretativa “ad maioris ad minus” si quien se apropia de un bien que carece de dueño merece sanción penal por delito de apropiación indebida irregular, con mayor motivo, tiene que serlo quien se apropia de bienes ajenos que pertenecen a dueño cierto” y finalmente en el fundamento 8.6 “ No hay por tanto en el asunto sub judice, ni vacío legal ni posibilidad de aplicación del tipo de hurto, en cuyo caso extraordinario, tampoco cabría – como lo señala el Ministerio Público en el presente proceso penal – una absolución; ocurre que el tipo de apropiación indebida o ilícita, comprende como agraviado, en principio, al dueño de la cosa apropiada, cuando éste fuera quien recibe el bien, en los casos de recibo de pago total o parcial situación que la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia del Perú ha adoptado”.

En esta misma línea argumentativa, también existen otros pronunciamientos de la jurisprudencia respecto a este delito, es así, que traemos a colación Exp N° 3114- 97 – Lima en donde se indica que “El delito de apropiación ilícita consiste en negarse a devolver, entregar o dar el uso destinado a un bien mueble que previamente había recibido el procesado por parte del sujeto pasivo; significando que la exigencia de entrega, devolución o uso determinado surge paralelamente a la recepción del bien, por lo que el núcleo probatorio debe de girar en torno a la relación jurídica existente entre el objeto materia de apropiación y el agente.” (El Código penal en su jurisprudencia: 303.).

Como se puede apreciar ya se aclara un poco mejor cual es la tendencia sobre cuál es la posición de la jurisprudencia respecto a este delito, sin embargo,

debemos indicar que si bien es cierto no hace una diferencia entre el delito de fraude en la administración jurídica, sin embargo, si realiza respecto al delito de estafa, por lo que es importante dar a conocer el Exp. N<sup>o</sup> 3367-98-Lima “Cabe señalarse la diferencia entre las figuras de apropiación ilícita y estafa, pues mientras en la estafa el agente recibe el bien como producto del engaño inducido al agraviado; en la apropiación ilícita el bien es recibido sin engaño, es decir de manera lícita, convirtiéndose en ilícita la conducta al no entregar, devolver o hacer un uso determinado”. (El Código penal en su jurisprudencia: 307).

Si bien es cierto la jurisprudencia deja sentada su posición respecto a cuál es la diferencia con respecto al delito de estafa, sin embargo, respecto al delito de apropiación ilícita no existe un pronunciamiento respecto a las diferencias que pueden existir y se puede incluso indicar que la casación 301-2011 antes mencionada en su fundamento sexto indica que existen dos posiciones dentro de la doctrina, siendo que incluso la posición minoritaria se asemeja al bien jurídico que protege el delito de fraude en la administración de personas jurídicas, por lo que, creemos que es muy importante que la jurisprudencia pueda delimitar las diferencias entre estos tipos delictivos. Por todo lo antes manifestado traemos a colación el fundamento sexto de la casación 301-2011, que indica que “según una posición mayoritaria se castiga los actos de expropiación en estado puro, caracterizados por la privación definitiva de la propiedad, sin embargo, una posición minoritaria también sostiene que el bien jurídico protegido por este delito también incluye determinadas lesiones del patrimonio de modo que no solamente es la propiedad lo que se protege sino también el derecho de los acreedores a ver satisfecho su crédito de modo que las deslealtades o irregularidades más graves del acreedor, unidos a su insolvencia, colmarán el plus de desvalor material que justifica la tipificación y la sanción de tales conductas.

### 3.- Problemas ubicados en la experiencia comparada.

- **En Italia**

En el derecho italiano, se puede ubicar la referencia más remota en la ley de las XII tablas, donde se buscaba la satisfacción del acreedor otorgándole un derecho personal sobre su deudor, esto es, que el acreedor podía tomar en satisfacción de su deuda, la persona misma del acreedor, tal cual fuera de su propiedad – manos *injectio*–; de esta manera, el deudor debía prever el cumplimiento de su obligación, en tanto era consciente que ante su incumplimiento podía perder sus derechos y su naturaleza de persona libre. (Noguera 1998: 25)

De lo anterior, es claro que lo que se busca más es una satisfacción de carácter civil, más no una sanción de carácter penal, por lo mismo no existe una referencia clara a la pena, y si bien la privación de la libertad o de la vida parecieran denotar una sanción penal, es claro que solamente se busca el cumplimiento de una deuda contraída por el deudor hacia el acreedor, no se encuentra la función resocializadora ni redistributiva propias del derecho penal.

Lo importante es señalar que la intención es buscar una solución al fenómeno de la quiebra del deudor, sin embargo, no se puede dejar de mencionar que existían medidas penales muy difundidas entre los quebrados los cuales se caracterizaban por ser muy severas propias del derecho estatutario que se traducían en diversas penas como pasando por la pena capital, pérdida de ciudadanía, inhabilitación para el ejercicio del comercio, e incluso medidas de carácter procesal tales como el arresto (Noguera 1998: 28). Este sistema estatutario italiano se difunde paulatinamente en todo Europa, principalmente por las rutas abiertas por el propio tráfico comercial de las ciudades italianas, es así que Alemania llega a ingresar por las ciudades de Bremen,

Hamburgo y Lubeck; a Francia a través de la plaza de Lyon, en Holanda se traduce en las ordenanzas de Ámsterdam de 1673 y se proyecta en la ordenanza francesa de 1673 y culmina con la legislación napoleónica de 1807 (Noguera 1998: 25).

En la actualidad, podemos señalar los estatutos renacentistas italiano y venecianos 1,435, genovés, 1,498 y boloñés 1,599, sin embargo fue el Código de Comercio Francés de 1807 que marcó un hito y estableció la quiebra como se le conoce actualmente, estableciendo en su libro III (Noguera 1998: 30).

Por otro lado, pese a los desarrollos antes mencionados en el derecho Italiano existía un vacío de punibilidad en el cual se planteó la posibilidad de colmar a través de la apropiación ilícita, sin embargo, la situación era y es clara en el sentido de que no era posible subsumir en el artículo 646 del Código Penal, pues, como apuntaba Pedrazzi, el administrador desleal por regla general no se apropia las cosas administradas, sino sólo las administra en su calidad de tal, “no se comporta como propietario respecto de los bienes sociales, más aun reconoce y respeta el dominio de la sociedad”, siendo esta una opinión que era compartida por una gran parte de la doctrina mayoritaria. (Hernández 2005: 201)

Finalmente en el año 2002 se produjo una profunda reestructuración general de los delitos societarios en el Código Civil italiano, es así que se incorpora un nuevo tipo genérico de administración desleal (*infidelita patrimoniale*) artículo 2634 del código civil italiano, que sanciona a los “administradores, los directores generales y los liquidadores que, teniendo un interés en conflicto con los de la sociedad, con el fin de procurarse, para sí o para otro, un beneficio injusto u otra ventaja, cumplan o concurran a deliberar acto de disposición de los bienes sociales,

ocasionando intencionalmente un perjuicio patrimonial” (Foffani 2005: 57), es así que en esta reforma se sanciona con una pena de seis meses a tres años, por lo tanto, como se puede apreciar la legislación italiana no tiene mucha experiencia en el ámbito penal ya que su reforma es reciente y no es muy antigua.

- **En Alemania**

El tipo penal Untreue Alemana (§ 266 StGB) que representa el modelo original y más antiguo dentro del derecho penal referente a la administración desleal, el cual fue imitado y adoptado por numerosas legislaciones europeas y extraeuropeas (Foffani 2005: 113). Es así que de países con gran influencia germánica como por ejemplo Austria y Suiza, se ha expandido a otros sistemas como Grecia y Portugal y posteriormente a países de Europa del Este, en este mismo orden de ideas otro modelo que sirvió de referencia es el Francés el tipo penal *abus des biens sociaux*, contenido hoy en el artículo L 241-3 del *Código de Commerce*, en la versión efectuada por la orden N° 2000-912 del 18 de setiembre de 2000.

Las autoridades alemanas han comprendido que el tipo de administración desleal se ha convertido en el delito económico característico de nuestros días (García 2007: 136) y una manifestación ejemplar lo constituyen los numerosos casos que parecen cambiar la tendencia del derecho penal, cambiando la idea del derecho penal de las clases inferiores de baja condición económica para prestar la atención en las clases superiores cambiando su forma tradicional de ver los delitos, entendiendo que los delitos no solo se comenten en las en las clases sociales bajas, entendiéndose que se pueden producir en cualquier estrato social.

Por otro lado el Tribunal Superior Alemán ha restringido la realización del tipo administración desleal a supuestos de infracción “graves” del deber, especialmente en los supuestos de administración desleal de los órganos societarios en los que se conceden créditos o donaciones (García 2007: 137), es pertinente mencionar la observación que realiza HELLMUCH MAYER, ningún Tribunal Fiscal sabe ya si concurre o no el artículo 266 del Código Penal alemán (García 2007: 137) en aquellos supuestos donde no se subsuman en los clásicos supuestos tradicionales antes mencionados, como se puede observar dentro de la dogmática alemana existen en la actualidad múltiples problemas, por otro lado, no se puede dejar de mencionar otros problemas como por ejemplo el que se da dentro de la praxis el cual es respecto a un orden de carácter patrimonial es decir al deber y daño patrimonial (García 2007: 137).

- **En España**

Esta figura es nueva y existe muy poca experiencia en la jurisprudencia española a diferencia de otros países donde constituye una figura importante en sus códigos penales , ya que existía una laguna punitiva sobre la administración desleal, es producto de esta inexistencia punitiva que el Tribunal Supremo desarrollo a lo largo de los años noventa una interpretación subsumiéndolo dentro de la apropiación indebida, primero en el artículo 535 del Código Penal de 1973, y con posterioridad del artículo 252 del Código Penal de 1995, que permite cubrir adecuadamente esta deficiencia (Buján 2005: 112).

Esta incorporación se produjo por el reclamo de la doctrina española que durante muchos años reclamo la incorporación al Código Penal español, para hacer frente a determinadas conductas societarias que difícilmente se podían subsumir en los clásicos delitos de apropiación indebida y estafa (Buján 2005: 112), es así que se llega a incorporar esta nueva figura delictiva

en el siguiente sentido: **Artículo 295 Disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad** *“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 triplo del beneficio obtenido”*.

Por otro lado, pese a que no existía una regulación referente a esta materia en el derecho español, hasta antes de 1995, eso no significa que no existían sentencias emitidas al respecto, es así que se puede observar algunas sentencias que condenaban con mucha dureza por ejemplo el caso *Argentia Trush*, utilizando para ello figuras clásicas como la apropiación indebida artículo 252 del Código Penal español, es así que el Tribunal Supremo español venía interpretando el artículo 252 sosteniendo que la apropiación indebida contenía el delito de la administración desleal, en su modalidad de infidelidad o ruptura de la lealtad, para posteriormente pasar a diferenciar ambos delitos, ya que en la actualidad hace una clara diferencia entre ambos delitos. En ese orden de ideas a partir del año 2006 el Tribunal Supremo ha realizado una rectificación en el rumbo de su interpretación en dos importantes sentencias BSCH Y BBVA, en donde realiza una interpretación restrictiva similar a la doctrina alemana.

- **En Chile**

En el Código Penal Chileno no contiene una disposición que contenga la administración desleal, es decir, una figura penal que reprima per se la administración desleal, es por esta razón que se han intentado cubrir esta deficiencia a través de figuras como la

estafa, la insolvencia punible y la apropiación indebida, figuras que han intentado cubrir este vacío pero que no terminan por cubrir por completo esta falencia en el Código Chileno.

Es así que se habla de la estafa como una figura clásica del derecho penal que podría cubrir esta deficiencia, es en esta línea de ideas se habla del artículo 468 del Código Penal y que textualmente indica lo siguiente “incurrirá en las penas del artículo anterior el que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o crédito supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante” y de manera residual se indica e artículo 473 que indica “el que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores de este párrafo, será castigado con presidio o relegación menores en sus grados mínimos y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales”.

Pero como se puede apreciar en la conducta de administración desleal no contiene el núcleo esencial de la estafa cual es el engaño y que produce un error y producto de este error la persona se desprende de su bien y esta acción genera un perjuicio patrimonial, por lo tanto, existe una clara diferencia respecto a la estafa ya que en la figura de administración desleal no se necesita engañar a nadie para obtener una disposición patrimonial (Hernández 2005: 210), ya que quien realiza la disposición patrimonial es el propio agente y actúa libre de error y no podría engañarse a si mismo (García 2007: 234).

Por otro lado también se ha intentado utilizar la figura de insolvencia punible establecido en el artículo 466 del Código Penal que de manera textual indica lo siguiente: “el deudor no

dedicado al comercio que se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores o que se constituya en insolvencia por ocultación, dilapidación o enajenación maliciosa de esos bienes, será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados. En la misma pena incurrirá si otorgare, en perjuicio de dichos acreedores, contratos simulados”.

Pero esta figura tampoco cubre de manera adecuada ya que este tipo penal se aplica solo en ámbitos de quiebra y requiere una previa declaración de quiebra, por otro lado, la administración desleal se da en situaciones de solides de la empresa.

Finalmente se ha intentado usar la figura de apropiación indebida contenida en el artículo 470 inciso 1 del Código Penal chileno y que de manera expresa indica “Art. 470. Las penas del artículo 467 se aplicarán también: 1.- A los que en perjuicio de otro 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 obligación de entregarla o devolverla”, pese a los intentos de cubrir con esta figura aún no existe una completa claridad en la jurisprudencia.

Como se puede apreciar en el ordenamiento chile carece de una figura de administración desleal, y pese a los intentos de poder cubrir esta falencia hasta ahora has sido infructuosos.

- **En Colombia**

La legislación colombiana se ha visto en aprietos por la creciente delincuencia empresarial, esto es, las conductas criminales realizadas desde y a través de las organizaciones empresariales; pues las figuras tradicionales no alcanza a proteger muchas conductas perjudiciales realizadas en las empresas, a diferencia de otras legislaciones, como por ejemplo la española, en la que

existen una serie de delitos dirigidos a proteger los intereses de los socios, de las actuaciones de otros socios o de los administradores. Los delitos societarios no se encuentran tipificados en la Ley colombiana, por lo que se hace uso de los tipos penales tradicionales como el hurto, el abuso de confianza y la estafa, para proteger los intereses de los socios por la mala administración de los recursos sociales que hagan los administradores de una empresa.

La Ley comercial colombiana, siempre ha abierto la posibilidad de incoar otras acciones judiciales entre ellas la penal en caso de presentarse un delito. Para la mayor parte de la jurisprudencia y la doctrina colombiana, el administrador o representante legal que disponga de los bienes de la sociedad para su propio beneficio o de un tercero, incurre en el delito de abuso de confianza. En cambio, cuando se trata de un trabajador que tiene ciertos dineros de su empleador a su cargo y dispone de ellos para su beneficio o de un tercero, estaría incurriendo en el delito de hurto agravado por la confianza. Esta dualidad de punición entre estos dos comportamientos muy parecidos ha sido muy poco controvertida.

En primer lugar, la diferencia conceptual entre el abuso de confianza y el hurto agravado por la confianza, de la siguiente manera: mientras el abuso de confianza consiste en “apropiarse de la cosa de la cual el sujeto agente tiene la posesión a nombre de otro (mera tenencia), o sea en incorporar al dominio del sujeto activo la cosa que es del pasivo; es convertir arbitrariamente en dominio lo que es una mera tenencia, para transformar una relación posesoria legítima (mera tenencia) en ilegítima (dominio o posesión)” . El hurto agravado por la confianza consiste en el apoderamiento de cosa mueble ajena, pero donde “el agente tiene acceso a la cosa en virtud de alguna función que deba desempeñar, pero no por título alguno que le dé cierta autonomía en su manejo. Abusa de la confianza del derechohabiente, al

apoderarse de la cosa, a la que tiene acceso, siendo por tanto más fácil el desapoderamiento, mereciendo por ello mayor sanción". (Abello 2010: 181-183)

Posteriormente el delito de Administración desleal es incorporado por el artículo 17 de la ley 1474 de 2011:

Artículo 250-B. Administración desleal.

El administrador de hecho o de derecho, o socio de cualquier sociedad constituida o en formación, directivo, empleado o asesor, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraiga obligaciones a cargo de está causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

## **CAPÍTULO II.- EL OBJETO DE PROTECCIÓN DEL DELITO DE ADMINISTRACION FRAUDULENTA**

### **1.- La protección penal del patrimonio.**

#### **1.1.- Aspectos preliminares.**

Desde la aparición del concepto de bien jurídico ya han transcurrido más de 150 años (Lascurain 2007: 119 ), siendo dos las corrientes de opinión, entre las que han oscilado y oscila el bien jurídico, siendo la primera la corriente formalista y la segunda materialista (Nakazaki 1990: 32 ), siendo que a esta primera también se le puede llamar metodológica, dogmática o inmanente al sistema; y otra que se le ha catalogado como material, crítica, liberal, político-criminal o transcendental al sistema, sin embargo, ambas corrientes desarrollan dos conceptos diferentes sobre el bien jurídico (Polaino 1974: 31 y ss.).

Siendo que el presente trabajo no busca realizar un análisis minucioso del bien jurídico, sino simplemente aspira a dar rasgos concretos y generales sobre dicho concepto a continuación repasamos de modo sintético las corrientes más importantes y sus planteamientos generales. Así para la corriente formalista, representada principalmente por Binding el bien jurídico es una creación del derecho establecida por el legislador, es decir que, para esta corriente de pensamiento, la voluntad del legislador es el criterio de determinación de los bienes jurídicos (Nakazaki 1990: 32); por otro lado, el concepto que maneja la corriente material, representada por Von Liszt, señala que es la realidad social la que permite determinar a los bienes jurídicos, es decir, les da un contenido prejurídico, manifestando que el objeto jurídico es el interés de vida (condición de vida) que el derecho no crea, sino encuentra y la eleva a la categoría jurídica (Stratenwerth 1982: 3).

Ahora, debemos indicar que estas dos corrientes antes mencionadas han sufrido cambios y han evolucionado, siendo que modernamente, la corriente formalista tiene una nueva versión en la corriente constitucional, siendo representado en la obra de Walter Sax, quien a finales de los años 60, señala que el orden de los valores que reconoce la constitución es el que permite establecer a los bienes jurídicos (Mir 1982: 132); posteriormente Rudolphi, en los años 70, también vincula el concepto del bien jurídico a la Constitución, dado que aquél sería una “valiosa unidad social de función” irrenunciable en toda sociedad respetuosa de la constitución y para garantizar la posición y libertad de todo ciudadano que viva en tal sociedad (Rudolphi 1970: 164).

Por otro lado, la corriente material ha tenido versiones más modernas en el neokantismo y en la corriente sociológica, es así, que la teoría sociológica agrupadas encuentran su base en la idea de que el derecho penal tiene como finalidad proteger a la sociedad. Desde este punto de vista, las diferencias entre los autores radican en la forma en que dicha finalidad -en relación con criterios polímicriminales, principios y fundamentos del estado de derecho o requisitos de legitimidad suprapositivos- se ve reflejada en un concepto de bien jurídico. Así, mientras que Rudolphi, Mir y Bustos definen al bien jurídico como proceso de interacción social, o relación o función social; Kindhauser y Silva lo relacionan con las propiedades o medios que permiten participar en procesos sociales o políticos. Gimbernati y Maurach, por su lado, recurren al concepto de interés. De esta forma, el primero -recogiendo la idea de "interés reconocido y elevado" de von Liszt- lo define como interés legítimo no opuesto al derecho subjetivo; y el segundo, lo hace depender de las convicciones generales de la comunidad (Szczeranski 2012).

### **1.2.- Las distintas definiciones de bien jurídico.**

En la actualidad, el bien jurídico penal debe ser observado y visto desde el prisma de un Estado de derecho social y democrático y que por su propia naturaleza permite una revisión constante de los bienes jurídicos (Paredes 2000:18), es decir, el derecho penal en un Estado social, democrático y de derecho, ha de justificarse como un sistema de protección de la sociedad. Los intereses sociales que por su importancia pueden merecer protección del

derecho se denominan “bienes jurídicos” (Mir 2005: 129); en este orden de ideas, la exclusiva protección de bienes jurídicos se ha convertido en un límite del *ius puniendi*, siendo que un Estado social y democrático de derecho, sólo debe amparar como bienes jurídicos condiciones de vida social, en la medida en la que afecten a las posibilidades de participación de individuos en la vida social (Mir 2005: 129).

Bajo esta misma lógica, el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal Peruano expresa esta lógica e indica que: “la pena necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados por la ley”, por lo que, el bien jurídico no es un dato cualquiera sino uno sustancial unido al principio de legalidad (Urquiza 1998 : 811).

Dentro de la doctrina, existe una enorme diversidad de concepciones del bien jurídico, así solo para mostrar como dicha diversidad y falta de consenso se aprecia también en la doctrina peruana para Bramont-Arias Torres, Luis Miguel “el Bien Jurídico es el interés jurídicamente protegido, es aquello que la sociedad establece como su fundamento básico para lograr un desarrollo económico y pacífico. Todo tipo del delito debe incluir un comportamiento humano capaz de provocar la puesta en peligro-real, claro e inminente – o la lesión de un bien jurídico – de conformidad con el Art. V del Título Preliminar del Código Penal. Principio de Lesividad” (Bramont-Arias 1998: 87).

En este mismo sentido, debemos indicar la necesidad de tomar postura sobre una definición del bien jurídico a fin de evitar distorsiones en el planteamiento metodológicos y de fondo del presente trabajo, así se busca evitar sustentarlo en una visión parcial del bien jurídico, como la que mantienen las corrientes materialistas y formalistas en su planteamiento originario; una conclusión aceptada en la doctrina dominante es que el bien jurídico es visto como el punto de encuentro entre “injusto” y “política criminal” (Abanto 2006: 2), de tal manera que el Derecho penal solamente debe tener como tarea proteger bienes jurídicos y los tipos penales deben ser interpretados en el sentido que aquellos brindan (Abanto 2006: 2).

Como ya se mencionó anteriormente, la intención de dar un concepto exacto y único de bien jurídico ha sido infructuosa y no tiene resultados positivos hasta el momento; sin embargo, en la actualidad se utiliza un concepto mínimo de contenido, es decir, se hace referencia a “algo” sobre el cual existe un consenso. Ese “algo” es definido de distintas formas: “intereses sociales”, “valores”, “relaciones reales de la persona con unidades sociales de función”, etc. (Abanto 2006: 2).

### **1.3.- Clases de bienes jurídicos.**

En doctrina, existen varias posiciones que buscan clasificar los bienes jurídicos, que parten de un sector que reduce su protección a bienes jurídicos individuales “teoría monista” y otro sector que sostiene y defiende que, también se debe proteger bienes jurídicos universales, colectivos o supraindividuales a la que se le denomina “teoría dualista” (Abanto 2006: 4); sin embargo, en referencia a los delitos económicos, podemos encontrar delitos que tutelan o protegen bienes jurídicos de naturaleza individual, y otros tipos delictuales que buscan proteger bienes jurídicos de naturaleza supraindividual, lo cual permite apreciar que, en la actualidad la teoría monista no tiene cabida en el Perú.

En este punto, es preciso adelantar que cuando se habla de la protección de bienes jurídicos colectivos, dentro de estos, se busca proteger también bienes jurídicos de naturaleza individual, pero de modo mediato; de forma similar cuando se protege un bien jurídico supra individual, pero de modo éste a su vez puede tener una proyección mediata sobre un bien jurídico más genérico, vinculado más al orden económico (Martínez - Bujan 2007:164), a continuación profundizamos en estas definiciones.

- ***Bienes jurídicos Individuales.***

Los bienes jurídicos individuales son, aquellos bienes jurídicos que buscan proteger de manera directa al individuo, son derechos intersubjetivos propios de la persona humana. Y serán individuales puesto que, ante la vulneración de estos bienes jurídicos se afectaría de manera directa a la persona titular de este bien jurídico (CITA).

- ***Bienes jurídicos supra individuales o colectivos.***

En opinión del profesor español Carlos Martínez Buján, existe una distinción básica dentro de los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos: de un lado, hay bienes jurídicos sociales generales, que se caracterizan por ser intereses pertenecientes a la generalidad de las personas que se integran en la comunidad social, es decir, cuya titularidad corresponde por igual a los miembros de la comunidad; de otro lado, hay bienes jurídicos que se denominan difusos, que, a diferencia de los anteriores, no son intereses que afectan a la totalidad de las personas (Martínez-Buján 2007: 165 revisar pagina), siguiendo al mismo profesor, podemos encontrar dentro de los bienes jurídicos colectivos unos intereses sociales generales, es decir, que son de interés de todos, pero también, podemos encontrar intereses sectoriales o difusos que son propios de un sector o grupo amplio y determinado de sujetos y que puede oponerse a otros grupos de sectoriales (Martínez-Buján 2007: 166).

De todo lo antes dicho, se puede decir que existen bienes jurídicos colectivos, universales o supraindividuales. Estos bienes jurídicos se sub dividen en dos categorías: a) unos que protegen un interés social o general y b) otros que protegen un interés sectorial o difuso.

#### **1.4.- Toma de postura sobre el concepto de bien jurídico.**

Como ya hemos mencionado, no es objetivo de este trabajo desarrollar un debate conceptual en torno al bien jurídico; sino que, vamos a tomar una postura operativa de bien jurídico, esto es, una posición con la cual vamos a trabajar y desarrollar la presente investigación.

De lo anterior, debemos señalar que. concordamos con la concepción de bien jurídico que utiliza el profesor Claus Roxin, que define a los bienes jurídicos como:

“[C]ircunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social, global

estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema" (Roxin 1997:56).

Este es el concepto de bien jurídico que tomaremos como punto de referencia, y será conforme lo señalado, el punto de partida y la base angular sobre la cual gira el posterior desarrollo de este trabajo.

Es imperioso aclarar que la definición otorgada, al atender a "circunstancias dadas y finalidades" en vez de a "intereses" de modo general, quiere expresar que este concepto de bien jurídico abarca tanto los estados previamente hallados por el Derecho, como los deberes de cumplimiento de normas creados sólo por el mismo; es decir, no se limita a la primera alternativa. De tal forma que, el concepto de bien jurídico, le viene previamente dado al legislador penal, pero no es previo a la Constitución (Roxin 1997:56).

### **1.5.- El patrimonio como bien jurídico**

#### ***A. El patrimonio en el código penal***

Dentro de nuestro Código Penal peruano, los delitos contra el patrimonio, se encuentra dentro del libro segundo de la parte especial del Código Penal peruano de 1991, en el título V como "delitos contra el patrimonio", por otro lado, en otros Códigos Penales, estos delitos tienen la denominación de "delitos contra la propiedad" (Paredes 2000:25).

Sin embargo, tenemos que indicar que la actual denominación no siempre ha sido la misma, por lo que tenía el término de "delitos contra la propiedad" en el Código Penal de Santa Cruz de 1836, en el Código Penal de 1863, el proyecto de 1919; sin embargo el legislador de 1924 prefirió la denominación de "delitos contra el patrimonio", el cual se ratifica hasta la actualidad en los proyectos y anteproyectos de código penal sucesivos, siendo que se mantiene esta denominación en nuestro Código penal vigente |(Paredes 2000: 25).

En este orden de ideas, como indica el profesor Bramont Arias, quien indica que "nuestro legislador ha sido consiente de las múltiples dificultades que conlleva el termino de propiedad, por lo que ha mantenido la misma

denominación del código penal de 1924”, siendo que en la actualidad tanto en el ámbito civil como en el penal se utiliza el termino mas apropiado que es el de “Patrimonio” (Bramont 1998: 283).

### ***B. El patrimonio y la propiedad en la Constitución.***

Dentro de nuestra carta magna, no existe una alusión al vocablo patrimonio, la única mención que se puede observar es la referente al patrimonio cultural de la nación establecida en el artículo 21 de nuestra constitución política, sin embargo, sí trata en términos expresos y enfáticos, sobre la propiedad, a la que trata en un capítulo expreso (Rojas 2000:36).

Si bien es cierto, el vocablo patrimonio no se encuentra aludido en la constitución, sin embargo, no se puede deducir que no se brinda reconocimiento constitucional a los derechos patrimoniales en sentido amplio (económico, intelectual, industrial, etc.), sucede que en una visión tradicionalista la propiedad, como derecho real por excelencia, domina los aun conservadores paradigmas legislativos constitucionales de nuestros constituyentes. La propiedad se convierte así en el núcleo matriz que engloba por comprensión la tutela constitucional del patrimonio en sentido amplio (Rojas 2000:36-37).

Como lo indicamos anteriormente, la propiedad está ampliamente desarrollada en nuestro ordenamiento jurídico y en ese mismo sentido, es importante analizar que dice el Tribunal Constitucional sobre el derecho a la propiedad, así en la sentencia del Tribunal Constitucional N° 00008-2003-AI/TC, ha establecido “que en los incisos 8) y 16) del artículo 2° de nuestra Constitución, es concebido como el poder jurídico que permite a una persona **usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien**. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades **en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley**; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno”.

En esta misma lógica el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 00043-2007-PA/TC, indica que “el derecho de propiedad privada, reconocido por el artículo 2, inciso 17, de la Constitución, constituye un derecho fundamental cuyo ámbito de protección o contenido garantiza las facultades de uso, usufructo y la libre disposición del bien. Pero, la comprensión constitucional de la propiedad es más amplia y, prima facie, comprende además la garantía de indemnidad o conservación de la integridad del patrimonio de la persona. La “inviolabilidad” de la propiedad a la que se refiere el artículo 70° de la Constitución debe interpretarse no sólo como prohibición de intervenciones en el libre ejercicio o goce de los mencionados atributos clásicos del derecho de propiedad, sino también como garantía de indemnidad. Así las cosas, el derecho de propiedad garantiza la conservación de la integridad del patrimonio de la persona y, por consiguiente, prohíbe la indebida detracción del mismo. Por esto, desde la perspectiva constitucional, todo cobro indebido a una persona, proceda del Estado o de particulares, constituye una afectación del derecho de propiedad”.

#### **1.6.- Diversas tendencias del concepto de patrimonio en el campo penal.**

En el campo penal, sobre el concepto de patrimonio, se sostienen diversas posiciones que tratan de esclarecer su significado, fundamentalmente, son cuatro las tesis planteadas en torno al concepto de patrimonio (Bramont 1998: 283):

- ***Concepción jurídica del patrimonio***

Debemos partir indicando que esta teoría ha sido propugnada por Binding y seguida en la dogmática alemana, por Merkel y Nauche y entre los italianos podemos mencionar a Delogu, Angeloni, Vannini, entre otros (Buompadre 2005: 6 ).

Esta tesis planea, que el patrimonio se encuentra constituido por valores reconocidos como derechos subjetivos, siendo que muchos autores realizan críticas a esta teoría, entre ellos podemos mencionar a Fernández Miguel, quien indica que esta percepción de jurídica de

patrimonio corresponde a una época ya superada de pan- civilismo en la que se quiso convertir al derecho en un ente acéfalo de carácter dependiente; actualmente esta tesis no tiene aceptación en la doctrina (Paredes 2000:26).

En esta tesis considera que el aspecto jurídico es exclusivo, decisivo y totalizador y juega en el ordenamiento jurídico concretamente determinado para conceder rango de derecho patrimonial a la relación persona- objeto. Esta posición asume el criterio en el sentido que el patrimonio es el conjunto de relaciones jurídicas (derechos y obligaciones) en el marco conceptual de los derechos subjetivos de la persona (Rojas 2000:54).

El patrimonio, para esta teoría, está integrado únicamente por aquellos valores que son reconocidos como derechos subjetivos patrimoniales por el derecho privado o por el derecho público (Martos 1990: 21) por consiguiente, el daño patrimonial está entendido como daño en sentido jurídico, es decir, como pérdida o limitación de un derecho (Mantovani: 15).

Las consecuencias que puede generar esta tesis son dos: a) que el patrimonio no requiere necesariamente poseer valor económico y b) radica en el hecho de que el daño patrimonial es entendido como daño en sentido jurídico, es decir, formalmente, como pérdida o limitación de un derecho (Rojas 2000:54).

Dentro de la doctrina hay autores que muestran las desventajas de esta tesis entre ellos Huertas Tocillo, quien indica que sus desventajas residen en las obvias dificultades de definir el sentido de los derechos

patrimoniales subjetivos, lo que nos puede llevar a efectuar interpretaciones excesivas o deficitarias en la comprensión del patrimonio ( Bramont Arias y Garcia Cantizano 1997: 283).

En esta misma línea argumentativa, como plantea Mantovani, los puntos vulnerables de esta tesis son dos, **a) por exceso**, porque al conceder sic et simpliciter la tutela al derecho subjetivo como tal conduce a una exagerada subjetivización del valor cosa y, por consiguiente, a considerar componentes del patrimonio a derechos sobre cosas privadas de un real valor patrimonial: y asimismo por la desmaterialización del daño patrimonial (delitos sin lesión patrimonial); **b) por defecto**, porque al considerar componentes patrimoniales tan solo a las situaciones jurídicas preconfiguradas, es decir, los derechos subjetivos perfectos, excluye de la tutela patrimonial a las situaciones no concretizadas o no completamente concretizadas en verdaderos y propios derechos subjetivos (Rojas 2000:54).

- **Concepción económica del patrimonio**

Entre los seguidores de esta tesis, podemos mencionar a Hegler, Mezger, Maurach-Schröder en Alemania y en Italia encontramos a Marsico y Bettiol, para esta teoría como explica Mantovani, es el complejo unitario de los bienes económicos valiables y pertenecientes, de derecho o de hecho, a un sujeto. Consecuentemente, indica el profesor de Florencia, el daño patrimonial viene entendido como daño en sentido económico, como efectiva disminución del patrimonio en su unidad económica, que puede consistir en la reducción del activo como en el incremento del pasivo (Mantovani: 16 y ss).

Para esta teoría el patrimonio, es el conjunto de bienes valorados económicamente e ingresados o ingresables al tráfico comercial y pertenecientes a una persona, con presidencia de si se hallan

reconocidos jurídicamente o tan solo existe vinculación de hecho o fáctica (Rojas 2000:54) y que trae como consecuencia que el daño patrimonial es entendido en sentido económico, es decir, como efectiva disminución del patrimonio de la persona afectada.

Antes de mencionar las desventajas creemos que es importante mencionar las ventajas, el cual radica en enfatizar el necesario principio de ofensividad material, en permitir reconocer el momento de la consumación de los delitos patrimoniales ya sea en el apoderamiento (o trasvase de las esferas de dominio), ya en el acto de disposición material; además de otras ventajas puntuales referidas a específicas especies delictivas (Rojas 2000:56).

Son varias las críticas que se hacen a esta concepción, entre ellas podemos mencionar, que resulta muy amplia y existen situaciones que tienen contenido económico, pero que no pueden ser protegidos por la norma penal (Galves 1998: 9); otra de las críticas es la vaguedad de concepto de “valor económico”, de la cual parte, pues de cara a la norma penal, la inseguridad que ostenta lo hace desdeñable (Paredes 2000:26).

Como indica el profesor Fidel Rojas Vargaz, en este mismo sentido los puntos vulnerables radican en las siguientes desventajas (Rojas 2000:55-56):

- No permiten la punición de los ilícitos que no comporten una real disminución del patrimonio afectado.
- Descarta de plano la tutela penal a los objetos que un simple valor afectivo (cartas, fotografías, figuras reputadas valiosas, manuscritos, etc.) para el sujeto afectado.

- No explica una tutela penal de los bienes jurídicos que solo implica un usufructo o uso de la cosa. Por ejemplo la turbación de la posesión de inmuebles.
- Deja sin posibilidad de tutela penal a las partes y órganos del cuerpo humano, declarados por la ley de trasplantes de órganos sin valor económico, ni susceptibles de ingresar al tráfico comercial.
- Su aceptación como criterio dominante en materia penal implicaría legitimar la tutela penal a patrimonios adquiridos ilícitamente.

#### • **Concepción personal del patrimonio**

Esta concepción ha sido propugnada por Bockelmann, Harwing, Otto, Kindhauser, Eser, Schmidhauser, entre otros en Alemania; en España es seguida por la Mata Barranco y Asua Batarita, y en Italia por Moccia (Buompadre 2005: 7).

Esta concepción personal del patrimonio toma como punto de partida a los presupuestos de la concepción mixta, es decir, jurídico – económica, pero esta tesis postula un plus inherente a las sociedades democráticas: la idea de que se trata de un conjunto unitario de bienes económicos pertenecientes a una persona en base a relaciones jurídicamente tutelables y funcionales al desarrollo de la personalidad de la misma en el plano económico (Boukelmann citado por Fidel Rojas), y donde tanto el valor monetario de cambio como el de uso (incluido aquí el afectivo determinan el concepto de patrimonio).

Esta tesis el patrimonio es una garantía objetiva para el desarrollo subjetivo, destacando principalmente el valor de uso de las cosas sobre

el valor económico, en ese mismo sentido Otto Harro sostiene que según esta tesis, el concepto de patrimonio depende de la opinión del sujeto pasivo de la infracción, es así, que para Otto lo que se pretende es asegurar y posibilitar el desarrollo de la personalidad del individuo (Bramont Luis Alberto 1998: 284-285).

La doctrina actual, en su gran mayoría, se muestra partidaria de la concepción mixta jurídico- económica, cuyas líneas directrices se orientan en dos direcciones bien definidas: por un lado, se limitan los bienes patrimoniales a aquellos que poseen valor económico, y por otro, se consideran bienes patrimoniales sólo a aquellos que gozan de reconocimiento jurídico (Gutierrez 1991: 220).

Sobre esta última cuestión, adquiere importancia el tema relacionado con las cosas poseídas ilícitamente (por eje., la estafa al ladrón), por cuanto si no integran el concepto de patrimonio- por no tener reconocimiento jurídico-, entonces su apropiación por parte del agente no puede originar ningún perjuicio de naturaleza económica y, por tanto, no se daría el tipo de estafa (Buompadre 2005: 7).

Finalmente debemos mencionar que una de las críticas a esta teoría esta sostenida por el profesor Bramont- Arias Torres, Luis Alberto, quien al comentar esta tesis indica lo siguiente “se concede una sobrevaloración al momento subjetivo de la infracción, lo cual puede llevar a soluciones injustas, puesto que no existe ningún parámetro objetivo de valoración” (Paredes 2000:27).

- **Concepción mixta o jurídico económica del patrimonio**

Esta es la teoría que actualmente preponderante, es así que la siguen en Alemania Litz- Schmidt, Frank, Sauer, Gallas, Samsom, Welzel, etc. En Italia es seguida por Angelotti, Ranieri, Mantovani y otros. En España, Antón Oneca, Bajo Fernández, Rodríguez Devesa, Vives Antón, Valle Muñoz, Zugaldía Espinar, Huerta Tocildo, Gonzáles Rus, entre otros (Buompadre 2005: 6 ).

Para esta concepción el patrimonio se halla constituido por el conjunto de bienes con valor económico y que además son objeto de derecho, es decir, que se hallan protegidos jurídicamente o con palabras de Mantovani “han sido adquiridos de modo no desaprobado por el derecho” (Rojas 2000:56).

Según esta concepción, el patrimonio es la suma de las relaciones jurídicas, es decir, de derechos y obligaciones relativos a las cosas, en cabeza de una persona (Buompadre 2005: 6 ), o bien como dice Welfel, es la suma de los valores económicos puestos a disposición de alguien bajo la protección del ordenamiento jurídico (Buompadre 2005: 6).

Lo que caracteriza al concepto penal de patrimonio es tanto el valor económico del bien como la protección jurídica que se brinda a la relación de una persona con el bien (Paredes 2000:27).

## **2.- Las tendencias doctrinarias sobre el bien jurídico protegido en el tipo penal previsto en el artículo 198 del Código Penal.**

La mayoría de los autores consideran a este delito como un delito económico, argumentando su posición en el sentido de proteger tanto intereses individuales como supraindividuales (Mayo 2005: 10). La discusión y las diferencias se encuentran en torno a los intereses supraindividuales, ya que algunos sostienen que se protege junto a un bien jurídico individual, un bien jurídico supraindividual. Otros recurren a figuras como el bien jurídico intermedio con

función representativa (que supone la negación de la categoría de bien jurídico colectivo); hay también otro sector de la doctrina que utiliza el término bien jurídico colectivo como un motivo de criminalización o político criminal (Mayo 2005: 10).

En este orden de ideas, el reconocimiento del patrimonio como bien jurídico protegido por el delito societario es una opinión absolutamente mayoritaria en la doctrina española (Castro 1998: 138), en ese mismo sentido, la doctrina alemana considera que, en el ámbito de las sociedades anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada, la doctrina considera de forma unánime que el bien jurídico es el patrimonio (Mayo 2005: 24); sin embargo, la doctrina se plantea si junto al patrimonio de la sociedad, también se protege el patrimonio de los socios, acreedores y trabajadores (Mayo 2005: 24).

En el ordenamiento francés, debido a que el delito de abuso de bienes y del crédito de la sociedad exige elementos subjetivos de lo injusto de obrar con fines personales, la cuestión se resuelve satisfactoriamente, en tanto que, si un negocio no es contrario al interés social no sería punible sino no se logra constatar un interés personal (Mayo 2005: 28), este elemento subjetivo permite definir de manera más clara este delito.

- **Teoría patrimonial del bien jurídico.**

Es indiscutible el importante papel que tiene el reconocimiento y desarrollo del bien jurídico dentro del derecho penal, y por lo mismo se tiene que, por un lado permite una adecuada interpretación del tipo penal y por otro lado permite entender las razones que llevaron al legislador a su criminalización, es decir, cumple una función interpretativa como institución dogmática en el seno de un concreto tipo de acción, se concibe al mismo tiempo como una razón o conjunto de razones que permiten justificar la intervención penal (Bujan 2007: 151), es por estas razones, que dentro de la doctrina se han desarrollado diversas propuestas sobre el bien jurídico que protege el delito de administración fraudulenta establecido en el artículo 198 del código penal.

Ahora bien, en un primer momento, abordaremos una primera posición, la cual sostiene que, el bien jurídico protegido es la propiedad, para luego pasar a

abordar las demás posiciones que también tienen importancia dentro de la doctrina penal pero que, a los efectos de la investigación nos parecen menos precisas. En este orden de ideas, el patrimonio como bien jurídico protegido por el delito societario es una opinión absolutamente mayoritaria en la doctrina española (Castro 1998: 138) como ya lo señalamos, con lo cual se reafirma más la importancia de ésta teoría en el delito que venimos abordando.

Dentro de la posición patrimonial podemos encontrar dos posturas opuestas, una primera que sostiene una única y que exclusivamente protege el patrimonio. Es decir, no se protege ningún otro bien jurídico; y encontramos otra posición que sostiene que además del patrimonio se protegen otros bienes jurídicos.

Siguiendo con el estudio, dentro de la primera postura existen dos posturas más: a) una primera posición que consideran que el único bien jurídico protegido es el patrimonio de los sujetos enumerados en el precepto legal, pero no se protege el patrimonio social, b) una segunda posición que considera que el bien jurídico protegido es el patrimonio de los sujetos enumerados en el precepto legal, pero también, se protege el patrimonio social.

- **Posición patrimonial que excluye al patrimonio social como objeto de protección.**

Para este sector de la doctrina, el bien jurídico protegido es el patrimonio de los sujetos enumerados en el precepto legal, es decir, “los socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren”, siendo por tanto el interés tutelado el patrimonio individual; y además, se debe entender que el patrimonio social no sería objeto de protección por parte del tipo penal.

Así, para Daniel Carrera, de acuerdo con la economía legal, constituye un delito contra la propiedad. Además, propiedad en el sentido material o inmaterial es una relación jurídica fundamentadora de pertenencia, valorable económicamente, sea atribuida a una o más personas (P. Carrera 1973: 42). Como se puede observar en esta posición no se hace mención al patrimonio social.

Del mismo modo, Martínez-Buján Pérez, pese a sostener en un primer momento que el bien jurídico protegido residía en el patrimonio de la sociedad o de cualquiera de los sujetos que se enumeran en el precepto (Martínez-Buján 1995: 502), en un momento posterior, sostiene que el único bien jurídico protegido sería el patrimonio de los sujetos enumerados de forma explícita, reduciendo el ámbito de protección (Martínez-Buján 2011: 440).

En la misma línea, Nieto Martín (Nieto 1996: 254 y ss.) considera que el patrimonio social queda excluido de la conceptualización del bien jurídico protegido del artículo 295 CP español; según señala, la protección del patrimonio social equivaldría a la protección de intereses inherentes al buen desenvolvimiento de la gestión societaria, que ya quedaban protegidos a través de la tipificación de otras conductas delictivas (Gálvez 2015: 17).

Entonces, es por demás aceptado en la doctrina mayoritaria española que, el objeto de protección en este tipo de ilícitos es, el patrimonio de los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que se administra, dejando completamente inerte frente a estos ataques al patrimonio social (Gálvez 2015: 18).

Como se puede apreciar, los autores mencionados consideran que el bien jurídico protegido es el patrimonio de los sujetos expresamente enumerados en el precepto legal, siendo por tanto objeto de protección el patrimonio individual; cabe hacer la salvedad que, para este sector de la doctrina considera que no sería objeto de protección el patrimonio social, pero tal afirmación deja una interrogante abierta ¿qué sentido tiene la incorporación al Código Penal de un delito que prevea la administración desleal en el ámbito societario y no considere protegido el patrimonio social?, pues si la intención del legislador era solo proteger bienes individuales hubiera bastado con la redacción del delito de administración desleal del patrimonio ajeno (Gálvez 2015: 18).

- **Posición patrimonial que sostiene la protección del patrimonio social como objeto de protección.**

La doctrina considera que, a través del delito de administración desleal no solo se busca tutelar de forma directa el patrimonio de los sujetos enumerados en el precepto, sino también, de forma indirecta el patrimonio de la sociedad (Gómez 2010: 523), es decir, el bien jurídico protegido sería el patrimonio de la sociedad conjuntamente con el patrimonio individual de los sujetos que enumera el texto legal.

En este sentido, para Muñoz Conde, el bien jurídico protegido en el art. 295 del Código Penal español es, por tanto, un conjunto de derechos. Por un lado, los de los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital; por otro, los de la sociedad, de cuyos bienes se dispone fraudulentamente o a cuyo cargo se contraen obligaciones. Por «bienes de la sociedad» hay que entender las «propiedades sociales» y el «patrimonio de afectación»; también se mencionan expresamente los «valores» y el «capital» (Muñoz 2007: 529).

También, para Carlos Suárez González (Bajo 1998:587-588), el bien jurídico tutelado lo conforma, aparentemente, el patrimonio social, si bien de acuerdo con la dicción legal el patrimonio social sólo constituye el objeto material de las acciones típicas.

Por su parte, Ríos Corbacho recoge la protección del patrimonio individual de los sujetos numerados, y del patrimonio social; considerándolos como patrimonios diferentes: “el interés social no tendrá que coincidir con el de alguno de los socios” (Ríos 2012:142).

Del mismo modo, para Gonzalo Quintero Olivares el bien jurídico protegido incluye el patrimonio de los socios, depositarios, cuenta partícipes y también de la propia sociedad. Eso obliga al intérprete a analizar lo que comprende el patrimonio de los socios y el social y en qué consiste el perjuicio (Quintero: 31).

En la misma línea, sostiene Alonso R. Pena Cabrera Freyre, quien manifiesta que la conducta típica contenida en el artículo 198° del CP, tiende a tutelar los intereses patrimoniales –societarios de los accionistas, de los acreedores de la persona jurídica, de los trabajadores, cuando se cometan este tipo de conductas, que ponen en riesgo la marcha normal de la empresa (Pena: 409).

- **Teoría funcional valorativa del bien jurídico.**

Estas posiciones mantienen como bien jurídico protegido al patrimonio, sin embargo, combinan al patrimonio con otros bienes jurídicos más, es decir, consideran que también estarían enmarcados dentro de este tipo penal otro bien jurídico adicional. Así tenemos la posición que considera que se protege el buen funcionamiento del sistema económico, el buen funcionamiento de la empresa y finalmente la confianza depositada en el administrador.

- **Teoría que protege el buen funcionamiento del sistema económico.**

En esta posición se considera que se protege de manera indirecta al orden socio económico, sin embargo, no se deja de lado la postura de la protección del patrimonio, es decir, se limitan a considerar que se protegería de manera directa el patrimonio y de forma indirecta el sistema socio económico (Gómez 2010: 523).

Así, Ferré Olive indica que, el bien jurídico protegido en el artículo 295 son el orden económico y el propio patrimonio de los socios (Ferré 1997: 21 y ss.).

En ese orden de ideas, Silva Sánchez, sostiene que el bien jurídico protegido en el artículo 295 del Código Penal español, además del patrimonio, pretende proteger también el orden económico en su conjunto, aunque esta protección sea de modo indirecto o mediato. Asimismo, el citado autor manifiesta que no solo protegen intereses particulares (socios, acreedores), sino también busca proteger bienes jurídicos supraindividuales, entendido como el buen funcionamiento, transparente y leal de tales entidades como garantías del correcto funcionamiento del mercado y, por añadidura, del sistema económico en su conjunto (Silva : 72 y 76.).

- **Teoría que protege el buen funcionamiento de la empresa.**

Esta teoría mantiene características similares a las anteriores posiciones, ya que considera que se estaría protegiendo el patrimonio, pero también considera que se protegería el buen funcionamiento de la empresa o de la sociedad, ergo, esta postura sostendría que el delito de administración

fraudulenta busca proteger el patrimonio y el buen funcionamiento de la sociedad.

Por su parte, Valle Muñiz, considera que el bien jurídico protegido por el artículo 295 del Código Penal español es doble, puesto que, junto al patrimonio de los titulares de los bienes administrados se protege el buen funcionamiento de la sociedad (Cobo del Rosal 2005: 617), es decir, los delitos societarios toman en cuenta los intereses patrimoniales de la sociedad, de los socios, de los acreedores y de los eventuales inversores, con incidencia en el mercado, en la competencia, en el sistema crediticio y en la misma protección de los consumidores (Cobo del Rosal 2005: 610 y 611), lo que les otorga una dimensión socioeconómica que resulta prevalente, pero en la que no están ausentes los intereses estrictamente patrimoniales (Cobo del Rosal 2005: 611). A juicio de este autor, el interés político-criminal al que responden este tipo delictivo es el de asegurar el adecuado funcionamiento de las sociedades, lo que constituye una garantía para el patrimonio social y el de los socios, pero también, y sobre todo, para la estabilidad y buen orden del sistema económico en su conjunto, que necesita garantizar la confianza de accionistas, inversores y ciudadanos en general en que sus bancos, entidades financieras, sociedades, empresas, cooperativas, etc. desarrollan su actividad conforme a sus objetivos sociales y con respeto a las normas legales. (Cobo del Rosal 2005: 611).

La posición que sostiene la profesora Corcoy Bidasolo, se fundamenta en concebir el bien jurídico protegido como el “correcto funcionamiento de las empresas, en defensa de sus participantes menos protegidos, como pueden ser los socios minoritarios”, en este orden de ideas, la citada autora indica que este delito se debe entender en el sentido que al proteger el buen funcionamiento del sistema económico y del mercado, se busca garantizar también la participación en situación de igualdad de los ciudadanos en el sistema económico, indicando además que estaríamos ante la protección de bienes jurídicos supra individuales (Corcoy: 209 y 210).

Para Juan José Gonzales Rus, el bien jurídico protegido en el artículo 252, sería “el patrimonio de los titulares de los bienes administrados junto con el

buen funcionamiento de la sociedad”, es decir, se protegería ambos bienes jurídicos de manera conjunta (Cobo del Rosal 2005: 530).

- **Teoría que protege la permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico-económico.**

Esta posición sostiene que el objeto de protección estaría constituido por dos bienes jurídicos, uno individual “patrimonio” y otro colectivo “la permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico-económico” (Mayo 2005: 222).

Además, la profesora Belén Mayo Calderón, que es una de las precursoras de ésta teoría, sostiene que el artículo 295 del Código Penal español regula un delito pluriofensivo, y a su vez, tutela junto al bien jurídico colectivo “la permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico-económico” el bien jurídico “patrimonio”, cuyos portadores son los socios y terceros (Mayo 2005: 223). Sosteniendo además que respecto al bien jurídico colectivo debe interpretarse como un delito de peligro concreto, mientras que con respecto al objeto del bien jurídico (el patrimonio de la sociedad) es un delito de resultado material. (Mayo 2005: 223).

- **Teoría funcional que protege la confianza al administrador.**

Otra posición, es la que orienta el delito bajo estudio, en el sentido de proteger la confianza que se le brinda al administrador, cuyo actuar ilícito destruiría la confianza y la buena fe depositada en él.

Es así que, a criterio de William Díaz Giraldo, sobre la protección que se persigue, expresa que “no sólo deben ser el patrimonio o la sociedad los cuales deben ser protegidos, sino la confianza brindada al administrador, Gerente u otro que ejecutivamente responde por la empresa, siendo éste el sujeto activo que vence y destruye la confianza y buena fe que los socios o propietarios han depositado en éste, entonces también habría un bien jurídico que proteger en esta clase de delitos, que sería la confianza y buena fe que se deposita en los funcionarios, ejecutores, los integrantes o propietario de una persona jurídica;

agravándose la situación jurídica del sujeto activo, por cuanto éste de no ser el propietario, es una persona que por la función que desempeña, es una persona preparada o profesional, lo que agrava su accionar delictivo, puesto que obra con conocimiento de causa. Entonces, los bienes jurídicos en estos casos están referidos a las relaciones de una persona con una institución, siendo fácilmente delimitados (Díaz: 183 y 184).

- **Teoría funcional normativa del bien jurídico**

Esta posición, es una posición sui generis, ya que es la única posición que se aparta de todas las anteriores y sostiene que, en el delito de administración fraudulenta no se buscaría proteger el patrimonio, cambiando de enfoque de protección y sosteniendo que se protege la expectativa normativa (García 2005: 32-34).

Esta posición es la sostenida por el profesor Percy García Cavero, quien sostiene que mediante el artículo 198 del Código Penal Peruano el derecho penal no protege el patrimonio de la persona jurídica o terceros, sino la expectativa normativa de conducta de que los directivos o administradores de una persona jurídica no abusarán o incumplirán sus facultades de administración, perjudicando patrimonialmente a esta o a terceros (García 2005: 32-34). El delito de administración fraudulenta de personas jurídicas defrauda esta expectativa normativa de conducta siendo la función de la pena devolver la vigencia de esta norma infringida (García 2007: 362-363).

### **3.- Delimitación entre el derecho penal y el derecho administrativo**

Respecto a este tema, debemos indicar que existen diversas teorías que buscan realizar una delimitación y diferenciación entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, es así que tenemos a la teoría unitaria que sostiene que la diferencia es cualitativa, por lo que, no existiría una diferencia sustancial o de materia entre el derecho administrativo sancionador y el

derecho penal, por lo que, traemos a colación la postura de la profesora Laura Zuñiga quien indica:

“En España resulta rotundamente mayoritaria la postura de identificación de ilícitos, considerando que simplemente existen diferencias de grado, cuantitativos entre la infracción penal y la administrativa, donde las más graves deben pertenecer al sistema penal y las más leves al ordenamiento administrativo sancionador” (Zúñiga 2001: 1425).

Otra de las teorías, es la tesis diferenciadora, que sostiene que el ámbito sancionador administrativo tiene una existencia sustancialmente diferente y autónoma de las infracciones penales (Rojas 2015: 113), la cual es sostenida por múltiples penalistas, entre los que podemos mencionar al profesor Percy García Cavero y al profesor Jesús María Silva Sánchez, así este último profesor indica:

“(…) Lo decisivo aquí vuelve a ser el criterio teleológico, la finalidad que persiguen, respectivamente, el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. El primero persigue proteger bienes concretos en casos concretos y sigue criterios de lesividad o peligrosidad concreta y de imputación individual del injusto propio. El segundo persigue ordenar, de modo general, sectores de actividad (reforzar mediante sanciones, un determinado modelo de gestión sectorial). Por eso no tiene por qué seguir criterios de lesividad o peligrosidad concreta, sino que debe más bien, atender a consideraciones de afectación general, estadística; asimismo no tiene por qué ser tan estricto en la imputación, ni siquiera en la persecución (regida por criterios de oportunidad y no de legalidad) (Silva 2001: 125).

Debemos indicar que también existen posiciones mixtas o eclécticas, que sostienen que la diferencia es cuantitativa, pero trae consigo una diferencia cualitativa (Rojas 2015: 109).

Frente a esta postura surge la pregunta, entonces frente a todas estas posiciones y posturas, ¿Cuál es la postura que predomina en el Perú?, por lo que, para poder resolver este problema recurrimos a lo que sostiene el profesor Héctor Rojas (Rojas 2015: 116) quien indica “a diferencia de lo que ocurre en Alemania, la normativa nacional no establece un criterio definitivo en cuanto a este debate, pero es posible indagar qué tesis rige en nuestro ordenamiento jurídico, a partir de las normas vigentes y los pronunciamientos de nuestros tribunales”, manifestando la siguiente afirmación:

Afirmar la unidad entre el ilícito penal y el administrativo no conlleva a concluir que la diferenciación radica en criterios cuantitativos. Como hemos visto, los parámetros numéricos o cuantitativos no son un criterio suficiente para diferenciar ambas clases de infracción. Ello es patente cuando se constata, por ejemplo, que en sede sancionadora extrapenal existen sanciones que pueden resultar mucho más trascendentes para la vida de las personas que las sanciones que podría imponer el Derecho penal. Piénsese, en la inhabilitación *de por vida* que impone la no ratificación de magistrados por parte del Consejo Nacional de la Magistratura, por citar apenas un ejemplo. Tampoco puede afirmarse tajantemente que una tentativa de homicidio o lesiones, pueda diferenciarse claramente, mediante criterios cuantitativos, de una infracción administrativa que proteja esos mismos bienes jurídicos (por ejemplo, una infracción a la normativa sobre salubridad en establecimiento de comida) (Rojas 2015: 127-128).

En efecto, no es posible obtener una diferencia sustancial entre el ilícito penal y administrativo. La diferencia entre el ilícito penal y administrativo es más una opción de política criminal que corresponde al legislador, bajo ciertos parámetros (Rando 2010: 9 y ss).

### **CAPÍTULO III.- REDEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO EN EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTE: LA CONFIANZA DEPOSITADA EN EL ADMINISTRADOR COMO BIEN JURÍDICO.**

#### **3.1.- Insuficiencia del patrimonio como bien jurídico protegido por el art. 198 del Código Penal.**

Luego de haber realizado en los capítulos precedentes un análisis completo del estado de la cuestión referente a la problemática del bien jurídico protegido en el artículo 198 del Código Penal, es decir, luego de haber mostrado las distintas posturas tanto de la doctrina como de la jurisprudencia y los alcances que nos brindan sobre la determinación de los contornos de dicho bien jurídico, debemos indicar que la opinión mayoritaria de la doctrina tanto alemana (Mayo 2005: 24) como española (Castro 1998: 138) es clara cuando identifican como bien jurídico protegido al patrimonio. No hay duda de que lo buscado por el legislador en los delitos con contra la administración fraudulenta es proteger el patrimonio, por lo que, si bien es cierto estamos de acuerdo con la postura patrimonialista, es decir, estamos de acuerdo con que el bien jurídico protegido es el patrimonio, sin embargo, nos diferenciamos de esta postura porque creemos que es insuficiente ver solo al patrimonio como el único bien jurídico protegido. Así, en el presente capítulo, explicamos las razones de nuestro punto de vista, desde una perspectiva dogmática, describiendo las razones por

las cuales es insuficiente considerar meramente el patrimonio como bien jurídico protegido en dichos delitos.

- **La verificación de la cantidad exacta del perjuicio patrimonial**

El primer argumento que vamos a exponer es un argumento empírico, ya que en la práctica resulta problemático verificar con certeza el perjuicio patrimonial, es decir, no se puede determinar de manera exacta el perjuicio patrimonial producido a la persona jurídica.

Como se puede apreciar en este tipo delictivo, muchas veces incluso el dinero puede seguir dentro de la empresa, sin embargo, el administrador infiel “utiliza arbitrariamente” el patrimonio social sin el conocimiento de la Junta General o Asamblea de Socios, siendo irrelevante su ratificación por estos, pues aun estando el dinero dentro de la empresa, el administrador infiel se puede beneficiar utilizando el dinero de la empresa en préstamos, o utilizando el dinero para alguna inversión económica momentánea (devolver el dinero o de tratar de compensar el daño causado no elimina el delito); en este mismo orden de ideas, el administrador infiel puede tratar de conseguir mayores beneficios económicos para la empresa, por ejemplo, a través de actos de corrupción, para buscar mayores beneficios económicos, pero con dichos actos genera el riesgo de provocar sanciones y multas en la empresa (incluso, no solo podría no generarse ninguna sanción en contra de la empresa, sino hasta producirle beneficios económicos).

Si solo se analiza este tipo de criminalidad desde la óptica puramente patrimonialista, es decir, desde la pura afectación económica al patrimonio de la empresa, quedarían impunes aquellos actos en los que no se afecta el patrimonio empresarial, a pesar de ser ilegales, como por ejemplo en los actos de corrupción (privada o pública), que pueden generar grandes ganancias económicas, pero no por eso deben dejar de sancionarse como administración desleal, toda vez que el acto corrupto es contrario a las bases de un sistema democrático y de derecho. Estos ejemplos podrían resultar incluso más complejos si la empresa es una

multinacional, o son muchos los socios perjudicados, de modo que, el perjuicio económico podría resultar de difícil rastreo (por la complejidad y el tamaño de las empresas); o cuando se trata de los actos de corrupción cometidos en beneficio económico de la empresa, que son realizados en diversos países, pues en dichos casos, incluso el beneficio económico ilícito puede ser “escondido”. En todos esos casos, centrar el análisis de la lesividad de la administración fraudulenta solo en el impacto patrimonial en el (valga la redundancia) patrimonio de la persona jurídica, resulta insuficiente. Desde el punto de vista político criminal dejar impunes los supuestos antes señalados también resultaría absolutamente insatisfactorio.

Los problemas descritos se pueden apreciar en la jurisprudencia, ya que los jueces tienen dificultades a la hora de delimitar la figura de apropiación indebida y administración desleal societaria. Así lo encontramos en la sentencia emitida en el Caso hermanos Winter Zuzunaga:

*“12:6 ...él debía recibir la suma de quinientos mil dólares mensuales, suma que no les correspondía a los hermanos Winter, sino al canal y no tenemos registro del ingreso de dichos dineros al canal, entonces acaso no resulta válido establecer que ese patrimonio de la empresa fue usado en provecho propio...12.12: El delito de Administración Desleal en la modalidad que estamos evaluando está referido a la utilización en provecho propio del patrimonio de la empresa y conforme ya deslindamos anteriormente las mensualidades de quinientos mil dólares no fueron ingresadas al patrimonio de la empresa y los procesados utilizaron [apropiaron] dicha suma en provecho propio, ...han incurrido en el delito de Administración Fraudulenta, habiendo perjudicado a la empresa y a los socios de la empresa y en todo caso será al momento de fijar la reparación civil donde se descontará la suma que ya se comprometieron a devolver al Estado, lo que no los exime de responsabilidad penal en agravio de la*

*persona jurídica...en este caso resulta evidente que ha habido desmedro en el patrimonio de la empresa, ya que según el contrato ascendía a quinientos mil mensuales, pero no fue así habiéndose beneficiado con este patrimonio de la empresa procesada ...es beneficiarse personalmente de esos dineros que le corresponden a la persona jurídica (BARANDIARÁN - NOLASCO 2006:).”*

Como se puede apreciar, el fallo no permite identificar la diferenciación entre un delito y otro.

- **La concepción que se maneja del patrimonio**

Otro argumento se refiere a la concepción que se maneja del patrimonio, ya que como se ha podido hacer mención en el capítulo II, la concepción mixta del patrimonio es la preponderante en el derecho penal moderno: “según esta concepción el patrimonio se halla constituido por el conjunto de bienes con valor económico y que además son objeto de derecho, es decir, que se hallan protegidos jurídicamente, o, con palabras de Mantovani: han sido adquiridos de modo no desaprobado por el derecho” (Rojas 2000:56), sin embargo, esta posición también tiene dificultades para realizar una adecuada protección del bien jurídico, ya que el patrimonio es entendido como el conjunto de bienes que posee una persona, siempre que estos sean susceptibles de valoración económica, es decir, valorables en dinero (Pizarro 2006: 102), sin embargo, en el delito de fraude en la administración de personas jurídicas, nos hallamos ante una situación particular, pues existen afectaciones que no se pueden traducir en un valor económico concreto, como por ejemplo el supuesto previsto en el inciso 3 del artículo 198, que sanciona el promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones; en este supuesto, no puede identificarse un daño patrimonial a la empresa como presupuesto de la lesividad del tipo penal.

Como se puede ver, la afectación no necesariamente se da en términos económicos o patrimoniales, sino que se ven involucrados otros aspectos, como la reputación empresarial, la imagen, el prestigio ganado como empresa, además del quebrantamiento de deberes de lealtad y probidad del administrador infiel, que si bien podrían verse traducidos en términos económicos o incluso patrimoniales, no son el núcleo de la ilicitud del delito analizado; por lo que, pensar que el único bien jurídico protegido en el artículo 198 es el patrimonio, implica asumir una posición cerrada y alejada del tipo, que, si bien protege en algunos aspectos el patrimonio, esto no ocurre en todos los casos, como hemos mostrado.

• **Incertidumbre sobre quién es realmente el sujeto pasivo del delito.**

Otro de los argumentos en contra de la tesis patrimonialista, es la incertidumbre sobre quién es realmente el sujeto pasivo del delito, existe incluso confusión sobre si la sociedad y por tanto el patrimonio social, es también sujeto pasivo del delito (Villalba 2014: 12). Si nos guiamos por la literalidad del precepto, el tipo penal describe a diversos sujetos intervinientes en la acción típica del administrador infiel (sujetos pasivos de la acción) como los accionistas, socios, asociados, auditor interno, auditor externo y terceros interesados, los cuales no son titulares del patrimonio empresarial, de modo tal que solo se puede encontrar sentido a la conducta ilícita descrita y penalizada (alcance de la prohibición) si se atiende a los casos específicos descritos en cada uno de los ocho incisos del Art. 198CP.

Esta dificultad se agudiza debido a que el tipo penal únicamente menciona la realización de una conducta perjudicial (*“realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes”*), describiendo una serie de supuestos, pero sin indicar de qué tipo de perjuicio se habla en cada uno de ellos. La citada norma tampoco

resuelve el cuestionamiento acerca de si el perjuicio que se requiere implica un desmedro patrimonial solo en la persona jurídica, de un tercero o de los otros sujetos mencionados en el tipo.

Asimismo, en el rubro genérico de los delitos contra el patrimonio, en el que el legislador ha ubicado a estas figuras penales, encontramos conductas como el hurto, el robo, la apropiación ilícita, la receptación, la estafa, la extorsión, que permiten identificar el sentido respectivo en el que cada tipo penal protege el patrimonio; así, se puede apreciar que el legislador busca proteger, entre otros, las siguientes conductas: la sustracción, el apoderamiento, el aprovechamiento, el adueñamiento o la disposición engañosa de bienes muebles, valores, dinero, ventaja económica, etc., que pase a manos del autor del delito o de un tercero.

En el caso de los delitos de fraude societario, no existe un parámetro interpretativo cercano a este tipo penal, que nos indique su finalidad propia, lo que dificulta la identificación de la víctima.

Esta confusión también se puede apreciar en otras legislaciones, como la española, en la que autores como Martínez-Buján Pérez, pese a sostener en un primer momento que el bien jurídico protegido reside en el patrimonio de la sociedad o de cualquiera de los sujetos que se enumeran en el precepto (Martínez-Buján 1995: 502), en un momento posterior, sostiene que el único bien jurídico protegido sería el patrimonio de los sujetos enumerados de forma explícita (Martínez-Buján 2011: 440); por su parte, Muñoz Conde, sostiene que el bien jurídico protegido en el art. 295 del Código Penal español es un conjunto de derechos: por

un lado, los de los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital; por otro, los de la sociedad, de cuyos bienes se dispone fraudulentamente o a cuyo cargo se contraen obligaciones. Por «bienes de la sociedad» hay que entender las «propiedades sociales» y el «patrimonio de afectación»; también se mencionan expresamente los «valores» y el «capital» (Muñoz 2007: 529).

Como podemos apreciar, existen dentro de las misma corriente patrimonialista posiciones contrapuestas, lo que abunda en la confusión de cara a la aplicación práctica del precepto, siendo que, decantarse por una u otra posición, trae en la práctica consecuencias divergentes, con resultados contrapuestos.

• **Los delitos de Informes de auditoría distorsionados artículo 198-A y fraude contable artículo 199 no van en el mismo sentido que el artículo 198 fraude en la administración de personas jurídicas.**

En el Perú, la Resolución CONASEV de Gerencia General N° 096-2003-EF/94.11 del 27 de noviembre del 2003 reguló, respecto a las sociedades anónimas emisoras de valores inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores, la exigencia de presentar “Información sobre el cumplimiento de los Principios de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas” y, en el ámbito penal, se dictó la Ley N° 28755, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 6 de junio del 2006, mediante la cual se modificaron los artículos 198 y 245 del Código Penal para incorporar a los auditores (internos y externos) como sujetos activos de los delitos de administración fraudulenta y de ocultamiento, omisión o falsedad de

información, respectivamente (Echaiz: artículo “la responsabilidad legal de los auditores”).

El delito incorporado por el Artículo 2 de la Ley N° 29307, publicada el 31 diciembre 2008, es el Artículo 198-A referido a Informes de auditoría distorsionados, e indica textualmente: “será reprimido con la pena señalada en el artículo anterior el auditor interno o externo que a sabiendas de la existencia de distorsiones o tergiversaciones significativas en la información contable-financiera de la persona jurídica no las revele en su informe o dictamen”.

Como se puede apreciar, la ilicitud en este caso se orienta a penalizar una inveracidad respecto a la información que revelan los auditores, es decir, se trata de una contrariedad a la honestidad que debe regir en los negocios, por lo que, según señala Edgardo Donna, comentando el delito de balance e informes falsos o incompletos —figura parecida a la nuestra en la legislación penal argentina, pero incorporada como delito contra la fe pública, —, la cuestión se refiere (...) a proteger la buena fe depositada en lo que se presume una actividad correcta: se trata de la confianza del público en general respecto de la honestidad que debe regir en los negocios y relaciones comerciales (Donna 2004\_322-323). En esa misma lógica, Carlos Fontán precisa que, situado ahora el precepto en el capítulo de los fraudes al comercio y a la industria (arts. 301 y 302 Código Penal Argentino), el delito requiere que se lesione la fe pública (Fontán 2002: 999-1001).

En el caso de la legislación española, un sector doctrinal vincula la relevancia penal de estas conductas a su idoneidad para proteger el patrimonio social. Así, Fermín Morales Prats, José Valle Muñiz y

Gonzalo Quintero Olivares (Valle y otros 2005: 893), comentando el delito de “falsificación de las cuentas anuales” previsto en el artículo 290 del Código Penal español precisan que dicho delito societario tutela los intereses patrimoniales de la entidad, sus socios o terceros que con ella se relacionen, añadiendo que “las conductas falsarias previstas en el artículo 290 tan solo adquirirán relevancia penal en la medida en que sean idóneas para causar un perjuicio económico a la sociedad, a alguno de sus socios o a un tercero (acreedor o no). En similar sentido, Juárez señala que la tutela penal de la veracidad de la información “social” deviene, por tanto, claramente instrumental de la protección de los intereses patrimoniales de la entidad, sus socios o terceros que con ella se relacionen” (Juárez 2016: 192). No obstante debe tenerse presente, como ya hemos mencionado anteriormente, que en el CP peruano, la tutela penal del patrimonio de la persona jurídica no es un criterio suficientemente amplio para determinar la relevancia penal de las conductas que se pretende proteger a través del precepto previsto en el Art. 198-A, pues no estarían abarcados los casos en los que no se verifica un menoscabo en el patrimonio, sino, al contrario, un aumento o incremento indebido (por ejemplo, en los casos de corrupción privada o pública a los que antes hemos hecho mención y que la legislación española si prevé dentro de su CP: Art. 286bis y siguientes del CP español). En tales casos, si solo se entiende al perjuicio económico como el efecto de la conducta prevista por este tipo penal, se estaría negando relevancia penal de las inveracidades del auditor (interno o externo) que se encuentren destinadas a incrementar o proteger indebidamente el patrimonio de la persona jurídica. Ello, repetimos, resulta político criminalmente insatisfactorio.

De lo visto, entonces, se puede apreciar que el tipo penal previsto en el Art. 198-A CP, nos brinda una clave de interpretación del Art. 198CP, que traduce una mayor amplitud en el bien jurídico protegido, que el mero patrimonio, conforme estamos pretendiendo demostrar.

En la misma lógica, el delito establecido en el artículo 199CP, referente a la contabilidad paralela, que textualmente indica “el que, con la finalidad de obtener ventaja indebida, mantiene contabilidad paralela distinta a la exigida por la ley, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año y con sesenta a noventa días-multa”, debemos indicar que este delito tiene mucha semejanza, con el delito establecido en el artículo 5 del Decreto Legislativo 813 Ley penal tributaria, que indica que “será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de 2 (dos) ni mayor de 5 (cinco) años y con 180 (ciento ochenta) a 365 (trescientos sesenta y cinco) días-multa, el que estando obligado por las normas tributarias a llevar libros y registros contables:

- a) Incumpla totalmente dicha obligación.
- b) No hubiera anotado actos, operaciones, ingresos en los libros y registros contables.
- c) Realice anotaciones de cuentas, asientos, cantidades, nombres y datos falsos en los libros y registros contables.
- d) Destruya u oculte total o parcialmente los libros y/o registros contables o los documentos relacionados con la tributación.

Al respecto, algunas posiciones doctrinales indican que lo que se protege en el delito previsto en el Artículo 199CP es “(...) el interés público a la llevanza, por parte de los sujetos pasivos obligados a ello, de una contabilidad en regla, que permita conocer la auténtica realidad de la empresa”, es decir, “(...) la exactitud y veracidad

contable, en relación con la Hacienda Pública” (Pérez 1986.: 202 y 206) o la corrección contable (correcta contabilidad); mientras que otros consideran que lo que se protege es “(...) la efectiva realización de las previsiones de recaudación tributaria de acuerdo con la normativa de cada tributo individual (...)” (Gracia 1990:84 - 85).

No obstante, la ubicación sistemática del Artículo 199CP, entre los delitos de administración fraudulenta no arroja claridad sobre el alcance de la protección del bien jurídico específico, más todavía si en su tipicidad no encontramos un parámetro objetivo que diferencie esta conducta de la prevista en el Art. 5 del D. Leg. 813. Ante ello, debemos recurrir a la función interpretativa del bien jurídico, a fin de deslindar si una conducta puede ser considerada como un delito de contabilidad paralela, sin que necesariamente configure a la vez un delito tributario. Ello a fin de descartar si la solución interpretativa es que se trata de un concurso aparente de normas (es decir, la aplicación simultánea de ambos supuestos quebrantaría el *ne bis in idem*), o si se trata de algún descuido del legislador al diseñar dos tipos penales idénticos.

Al respecto, debemos señalar que el Art. 199CP no es un tipo especial similar al Art.5 D.Leg.813, puesto que el primero hace una mención genérica al sujeto activo (“el que”), mientras que el segundo limita el círculo de autores a los casos en los que el sujeto activo está obligado por Ley a llevar libros y registros contables. En tal sentido en el Artículo 199CP puede identificarse autores no abarcados por el segundo de los tipos penales mencionados. Ello permite deducir que el Art. 199CP puede estar referido a aquellos casos en los que la contabilidad paralela se produce en ámbitos organizacionales en los

que la toma de decisión sobre la comisión del delito no permite atribuir responsabilidad penal por el delito tributario a determinados centros de decisión al interior de la persona jurídica.

Por otro lado, los supuestos específicos previstos en ambas normas son diferentes: mientras que en el Art. 199CP se sanciona a quien mantiene una contabilidad paralela, es decir, junto con la contabilidad “oficial” de la persona jurídica se mantiene una segunda contabilidad (alcance del término “paralelo”), en el Art. 5 D.Leg. 813, se prevén cuatro supuestos distintos al que se acaba de mencionar:

- en el inciso a) se sanciona el incumplimiento total de la obligación de llevar contabilidad (no hay contabilidad oficial y menos paralela).
- en el inciso b) se sanciona la no anotación de actos, operaciones o ingresos en los libros y registros contables; es decir, no asentar datos en la contabilidad oficial.
- en el inciso c) se sanciona la realización de anotaciones de cuentas, asientos, cantidades, nombres y datos falsos en los libros y registros contables oficiales.
- y en el inciso d) se sanciona la destrucción u ocultamiento total o parcial de los libros y/o registros contables o los documentos relacionados con la tributación.

En tal virtud, se puede identificar una autonomía de la afectación del delito previsto en el Art. 199CP respecto de la vulneración a un bien jurídico relacionado con el pago o la identificación de los tributos por pagar.

A partir de ello, el sentido interpretativo de este tipo penal debe vincularse con la protección de los delitos de administración fraudulenta, conforme a su ubicación sistemática en el CP. Ello nos lleva a plantear que dicha ilicitud se basa en la deslealtad del administrador en relación con sus deberes de correcta gestión al interior de la persona jurídica, en estricta consonancia con el sentido interpretativo que venimos planteando respecto del bien jurídico que subyace a las conductas previstas en los Art. 198 y 198-A del CP.

Como se aprecia en este último caso, una interpretación basada en la pura afectación al patrimonio de la persona jurídica, no resultaría suficiente para dar coherencia a las normas previstas en el CP.

### **3.2.- La confianza depositada en el administrador como bien jurídico en el delito previsto en el art. 198 del Código Penal.**

Respecto a los supuestos previstos en el artículo 198CP, estos son los siguientes:

- **ocultar** la verdadera situación de la empresa,
- **proporcionar** datos falsos,
- **promover** falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones,
- **aceptar** títulos de la misma persona jurídica,
- **fraguar** balances para reflejar o **distribuirse** ganancias inexistentes,
- no **comunicar** la existencia de intereses propios,
- **asumir** préstamos y
- **usar** en provecho propio el patrimonio de la persona jurídica,

Ahora bien, estas conductas deben entenderse en consonancia con lo establecido en la legislación societaria, en la que existe un **deber de veracidad**

**de la información** que es exigible a los administradores de la persona jurídica, es decir, el sujeto activo tiene deberes que son incumplidos cuando se materializa este delito, en ese sentido tenemos que el artículo 175 de la Ley General de Sociedades (LGS), señala textualmente que *“el directorio debe proporcionar a los accionistas y al público las informaciones suficientes, fidedignas y oportunas que la ley determine respecto de la situación legal, económica y financiera de la sociedad”*; en esa misma dirección el artículo 221 de la LGS indica que *“finalizado el ejercicio, el directorio debe formular la memoria, los estados financieros y la propuesta de aplicación de las utilidades en caso de haberlas. De estos documentos debe resultar, con claridad y precisión, la situación económica y financiera de la sociedad, el estado de sus negocios y los resultados obtenidos en el ejercicio vencido”*.

Por otro lado, el inciso 2 del artículo 198 indica “Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica”, en este contexto, nuestra Ley General de Sociedades prevé el derecho de información de los accionistas en el artículo 224 que indica “ a partir del día siguiente de la publicación de la convocatoria de la junta general, cualquier accionista puede obtener en las oficinas de la sociedad, en forma gratuita, copias de los documentos a que se refiere los artículos anteriores”, es decir las memorias, preparación y presentación de informes financieros y todo lo referente a la información financiera de la empresa.

Es así que para que se pueda configurar este tipo delictivo infringiendo este inciso *in comento*, se tiene que dar por medio de informes periódicos o eventuales, en donde se proporciona información falsa o inexacta, se tendrá que infringir lo que establece en la Ley General de Sociedades en su inciso 190.3 que indica que el gerente es responsable sobre “la veracidad de las informaciones que proporcione al directorio y a la junta general ”, en concordancia con lo que se establece en el artículo 175 del mismo cuerpo normativo que textualmente indica *“El directorio debe proporcionar a los accionistas y al público las informaciones suficientes, fidedignas y oportunas que la ley determine respecto de la situación legal, económica y financiera de la*

*sociedad*”, ergo existe un deber del gerente de proporcionar información fidedigna a su directorio y junta general, pero ocultan o falsean la información, debiendo esta información generar cuando menos un peligro potencial de afectación patrimonial.

Sin embargo la información inexacta dirigida a los órganos de dirección o administración de la persona jurídica, incluido los terceros relacionados con la empresa (acreedores o quienes tengan interés en contratar o comprar las acciones de la empresa) deben ser particulares no pudiendo ser públicos ya que de lo contrario estaríamos ante lo que establece el tipo penal establecidos en los artículos 242 y 427 del Código Penal.

Finalmente analizaremos el inc. 3 indica “promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones”, siguiendo el mismo análisis, para tener un mayor alcance debemos revisar lo que dice la Ley General de Sociedades, y que se hace referencia a este tema en el Artículo 84 que se hace mención a la emisión de acciones y que textualmente indica “Las acciones sólo se emiten una vez que han sido suscritas y pagadas en por lo menos el veinticinco por ciento de su valor nominal, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente. En la emisión de acciones en el caso de aportes en especie se estará a lo dispuesto en el artículo 76. Los derechos que corresponden a las acciones emitidas son independientes de si ellas se encuentran representadas por certificados provisionales o definitivos, anotaciones en cuenta o en cualquier otra forma permitida por la Ley. Por lo tanto, cuando se emite con un valor inferior al nominal o cuando se emite en un número superior al acordado en asamblea general, asimismo, cuando se lanzan al mercado emisiones sin que hayan sido totalmente pagadas, se configura este tipo delictivo.

Otro artículo a tomar en cuenta es el Artículo 76 de la Ley General de Sociedades en lo referente a la revisión del valor de los aportes no dinerarios y que textualmente indica

*“Dentro del plazo de sesenta días contado desde la constitución de la sociedad o del pago del aumento de capital, el directorio está obligado a revisar la valorización de los aportes no dinerarios. Para adoptar acuerdo se requiere mayoría de los directores. Vencido el plazo anterior y dentro de los treinta días siguientes, cualquier accionista podrá solicitar que se compruebe judicialmente, por el proceso abreviado, la valorización mediante operación pericial y deberá constituir garantía suficiente para sufragar los gastos del peritaje. Hasta que la revisión se realice por el directorio y transcurra el plazo para su comprobación no se emitirán las acciones que correspondan a las aportaciones materia de la revisión. Si se demuestra que el valor de los bienes aportados es inferior en veinte por ciento o más a la cifra en que se recibió el aporte, el socio aportante deberá optar entre la anulación de las acciones equivalentes a la diferencia, su separación del pacto social o el pago en dinero de la diferencia. En cualquiera de los dos primeros casos, la sociedad reduce su capital en la proporción correspondiente si en el plazo de treinta días las acciones no fueren suscritas nuevamente y pagadas en dinero”.*

En este artículo se regula las aportaciones no dinerarias, esta conducta estaría subsumida dentro de este tipo delictivo, ya que constituirá un abuso de sus facultades de administración con la finalidad de perjudicar a la persona jurídica o a las personas interesadas en adquirir acciones, participaciones o títulos.

Por lo que, coincidimos con el profesor Bacigalupo en cuanto refiere que el carácter fraudulento de la administración desleal consiste en la defraudación de la confianza depositada en la administración (Bacigalupo 2000: 151), por lo que estos perjuicios económicos se pueden dar por incumplimiento a sus deberes, es decir, **a la confianza depositada en el administrador**, pero que sin embargo, la afectación patrimonial es como consecuencia del incumpliendo en esa confianza depositada, por lo que, lo que se debe proteger es la confianza depositada y de manera indirecta el efecto económico que puede generar esta afectación a la confianza depositada en el administrador, es así que, coincidimos con la idea que sostiene la profesora Carmen Salinero, quien

indica que es una cuestión reconocida en la doctrina y la jurisprudencia que en la administración desleal el bien jurídico tutelado no es tanto la propiedad como el patrimonio. El propio legislador lo tiene claro cuando tipifica la conducta de quien teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno o parte de él se exceda de tales facultades causando un perjuicio al patrimonio del administrado (Terradillos 2016: 421).

### **3.3.- Alcances del art. 198 del Código Penal a la luz de la propuesta de la redefinición del bien jurídico.**

Antes de realizar cualquier análisis, partimos por tomar la posición del profesor Terradillos Basoco, al afirmar que cuando se trata de identificar el bien jurídico protegido, es necesario acudir a los tipos en concreto más que contemplar el conjunto de intereses afectados, porque esos intereses alcanzan relevancia penal en la medida en que sean incorporados al objeto jurídico de protección (Terradillos 2001: 276), por lo que, vamos a dejar de lado quienes serían el conjunto de intereses afectados, por lo que, nos vamos a centrar en analizar el tipo penal en concreto.

Antes de tomar una postura, sobre cuál es el bien jurídico protegido en el artículo 198 del Código Penal, debe indicar que basamos nuestra postura en el derecho societario y los verbos rectores que protege este tipo penal, siendo estos verbos los siguientes: ocultar la verdadera situación de la empresa, proporcionar datos falsos, promover falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones, aceptar títulos de la misma persona jurídica, fraguar balances para reflejar o distribuirse ganancias inexistentes, comunicar la existencia de intereses propios, asumir préstamos y finalmente usar en provecho propio el patrimonio de la persona jurídica, por lo que, si analizamos los verbos rectores hacen más una alusión a una protección a la confianza depositada en el administrador, cuyo quebrantamiento de la confianza puede generar el proporcionar datos falsos, así como el ocultar la verdadera situación de la empresa, o aceptar títulos de la misma empresa, etc.

Sin embargo, debemos indicar que, estamos de acuerdo con la posición de la doctrina mayoritaria alemana (Mayo 2005: 24) y española (Castro 1998: 138)

cuando afirman que, el bien jurídico protegido es el patrimonio. No hay duda que, lo buscado por el legislador en los delitos contra la administración fraudulenta es proteger el patrimonio.

En ese mismo sentido, concordamos con la posición de la doctrina que sostiene que, se protege el patrimonio individual, pero también el social (Gómez 2010: 523), siendo necesario realizar algunas precisiones en torno al bien jurídico protegido. Desde nuestro punto de vista, se protege el patrimonio individual “de los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren”, así como el patrimonio social, pero de manera indirecta, es decir, sí aceptamos que se protege el patrimonio, entendido en un sentido individual y colectivo, pero de manera indirecta.

Ahora, es necesario indicar, que esta posición respecto a la confianza depositada en el administrador, es atinada, sin embargo, tampoco es muy satisfactorio, ya que muchas veces queda como un concepto vago y no puede determinarse de manera concreta en qué casos o bajo que parámetros se puede considerar que se está afectando la confianza depositada por parte del sujeto activo, por lo que, incluso este concepto esta inconcluso y falta concretarse en algo más concreto.

Por lo que, luego de haber desarrollado todo el análisis en relación al bien jurídico protegido en este tipo delictivo, es momento de tomar posición y esgrimir nuestra postura personal, sin embargo, es necesario indicar de manera previa que cuando una persona (natural o jurídica) invierte capital en la creación de una persona jurídica (sociedad) lo hace con una expectativa de ganar dinero lícitamente. Por lo tanto, espera que esa inversión esté rodeada de una serie de garantías y seguridades que otorga el mercado a fin de que su inversión no esté sujeta a riesgos diferentes a los que surgen del riesgo del propio negocio. ***Por lo que la posición que sostengo es que en el artículo 198 del Código Penal, pretende proteger esa expectativa de una inversión libre de riesgos no negociales, distintos a riesgos previstos en otros tipos penales (hurtos, estafas, robos, apropiaciones indebidas, etc.).***

Es necesario realizar una precisión, para establecer a que nos referimos cuando hablamos de “riesgos no negociales”, cuando hablamos de este término estamos haciendo referencia a riesgos que no son propios del giro del negocio, que de por sí ya generan un riesgo, como por ejemplo, la oferta, la demanda, la dinámica propia del mercado, sin embargo, este riesgo se refiere a riesgos que no son propios del negocio, pero que sin embargo, pueden ser producidos, por un mal manejo de la empresa y que dichos actos no se encuentran en otros tipos penales, siendo, que estas acciones afecta a la expectativa de una inversión libre de riesgos.

Por ello, el bien jurídico adquiere una triple dimensión:

- Patrimonio individualizado de la persona jurídica (compuesto por el capital social + activos y pasivos).
- Expectativa de socios y capitalistas.
- Expectativa de terceros interesados.

La expectativa antes mencionada se genera no solo a futuro (por quienes quieren o desean invertir en una persona jurídica), sino en quienes ya invirtieron (socios, asociados, socios de capital) y en la propia persona jurídica, en el sentido de que sus dependientes con nivel de dirección (se incluye aquí al auditor interno) actúen en su beneficio en todos los casos (y de quienes la auditan de manera externa).

En esta misma lógica y para ser más precisos en la protección de este bien jurídico, es necesario indicar, “**que la expectativa de una inversión libre de riesgos no negociales, distintos a otros riesgos penales que hemos descrito, se puede afectar mediante el quebrantamiento de deberes de veracidad en la entrega de información, o el quebrantamiento de la buena fe en los negocios, o mediante actos de mera deslealtad en el correcto manejo del patrimonio social** (uso del patrimonio en provecho propio o de terceros), por lo que, la verificación de cualquiera de estos tres supuestos, de menare concreta y practica en la realidad, genera una afectación al bien jurídico protegido, es decir, genera una afectación a **la expectativa de una**

***inversión libre de riesgos no negociales, distintos a otros riesgos penales.***

Así, en los ejemplos que hemos analizado anteriormente, este replanteamiento del alcance de protección del bien jurídico, puede brindar respuestas más coherentes: en el caso del administrador infiel que utiliza arbitrariamente el patrimonio social sin el conocimiento de la Junta General o Asamblea de Socios; como hemos dicho, aun manteniéndose el dinero dentro de la empresa, el administrador infiel se puede beneficiar utilizando el dinero de la empresa en préstamos, o utilizando el dinero para alguna inversión privada momentánea. En estos casos, ya hemos evidenciado que la reducción de la afectación al patrimonio de la persona jurídica resulta insatisfactorio; sin embargo, cuando se analiza este supuesto desde el punto de vista de la expectativa de quien invierte en la creación de una persona jurídica, sí se aprecia claramente la afectación, ya que el administrador infiel quebranta su deber de lealtad no solo con el correcto ejercicio de sus funciones de gestión, sino que está materializando un riesgo del cual el inversor no tiene cómo protegerse, sino a través de la normativa sancionadora. Así, aun cuando el administrador devuelva el dinero o el patrimonio societario que ha utilizado para fines privados, ello no mengua la comisión del delito.

Esta alternativa planteada incluso permite explicar los casos en los que el administrador infiel, consigue beneficios económicos para la empresa, por ejemplo a través de actos de corrupción, pero que con dichos actos puede provocar sanciones para la empresa, y, sobretodo, su descrédito (téngase en cuenta la afectación que han sufrido los socios no intervinientes en los delitos cometidos por empresas como Odebrecht).

Ahora, la indebida administración no solo puede acarrear el delito de fraude en la administración de personas jurídicas, sino que puede conllevar delitos como los de corrupción, lavado de activos, encubrimiento real, entre otros, los cuales pueden generar grandes daños a la empresa y a su reputación, debiendo tomarse en cuenta que la mayoría de las empresas se deben a su imagen ante la sociedad, siendo que es lo que les permite trabajar, por lo que un daño público en su reputación o imagen puede generar muchas veces la quiebra de

la sociedad, que equivale a la muerte de la empresa. Nuevamente, en estos casos, resulta coherente identificar como bien jurídico la expectativa de una inversión libre de riesgos no negóciales, distintos a otros riesgos penales, puesto que si el administrador societario incurre en alguno de los supuestos previstos en el 198 Código Penal y como consecuencia de ello afecta la imagen de la sociedad y causa un desmedro en esta expectativa, podríamos estar ante la configuración del delito de fraude societario.

Finalmente, tenemos que indicar que esta posición es coherente con el derecho societario, ya que permite proteger lo que dentro de la normativa societaria se pretende proteger, me refiero al deber de veracidad en la entrega de información, así como la buena fe en los negocios, por otro lado, también es coherente y permite proteger los delitos de Informes de auditoría distorsionados artículo 198-A, ya que si no informa sobre estas distorsiones o tergiversaciones en el informe contable y financiero estaría faltando a su deber de veracidad en

la entrega de la información y estaría afectando **la expectativa de una inversión libre de riesgos no negóciales, distintos a otros riesgos penales**, en esta misma lógica el delito de contabilidad paralela, se produce cuando para obtener una ventaja indebida, mantiene una contabilidad paralela distinta a la exigida por ley, en este tipo delictivo también estaría faltando a su deber de veracidad en la entrega de la información y la buena fe en los negocios, por lo que, se estaría afectando **la expectativa de una inversión libre de riesgos no negóciales, distintos a otros riesgos penales**, finalmente, debemos indicar que resuelve el problema de si protege o no protege el capital social, ya que realizamos una diferencia entre los tipos de capitales que se deben identificar, siendo que es más coherente con lo que se establece en el tipo penal.

## CONCLUSIONES.

§1.- La jurisprudencia ha marcado una posición respecto a la diferencia que puede tener este tipo delictivo de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas respecto a otros tipos penales, siendo que ha establecido las diferencias respecto a la estafa y la falsificación de documentos, sin embargo, respecto al delito de apropiación ilícita no existe un pronunciamiento respecto a las diferencias que puedan existir.

§2.- Dentro del derecho comparado, ha existido un vacío en la punibilidad respecto al delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, siendo que este vacío se ha pretendido subsumir en los clásicos delitos de apropiación indebida y estafa, sin embargo, este intento de subsumir estas conductas dentro de los delitos antes mencionados ha sido infructuosos, por lo que, han tenido que incorporar dentro de su ordenamiento jurídico esta figura delictiva, pese a ello, hay países como Chile que aún no cuentan con este delito dentro de su ordenamiento jurídico, situación que les genera múltiples problemas.

§3.- En el campo penal, sobre el concepto de patrimonio, se sostienen diversas posiciones que tratan de esclarecer su significado, fundamentalmente, son cuatro las tesis planteadas en torno al concepto de patrimonio, siendo estas posturas la concepción jurídica del patrimonio, concepción económica del patrimonio, concepción personal del patrimonio y concepción mixta o jurídico económica del patrimonio, siendo que esta última tesis mencionada es la que prevalece actualmente respecto a las demás, debido a que combina las ideas de las anteriores tesis, ya que sostiene que el patrimonio se halla constituido por el conjunto de bienes con valor económico y que además son objeto de derecho, es decir, que se hallan protegidos jurídicamente.

§4.- La doctrina mayoritaria reconoce que el patrimonio es el bien jurídico protegido en el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas; sin embargo, la doctrina se plantea si junto al patrimonio también se protege otros bienes jurídicos, por lo que, ahí es donde se genera la discusión, siendo que existen posturas que sostienen que junto al patrimonio también se protegerían

otros bienes jurídicos como el buen funcionamiento de sistema económico, el buen funcionamiento de la empresa, se protege la permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico-económico y la confianza depositada en el administrador.

§5.- Si bien es cierto, estamos de acuerdo con la doctrina mayoritaria que reconoce que el patrimonio es el bien jurídico protegido en el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, sin embargo, la posición que sostengo es que en el artículo 198 del Código Penal, pretende proteger esa expectativa de una inversión libre de riesgos no negóciales, distintos a riesgos previstos en otros tipos penales (hurtos, estafas, robos, apropiaciones indebidas, etc.).



## BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VASQUEZ, Manuel, Acerca de la teoría de bienes jurídicos. En: Revista Penal, n.º 18, Huelva (España) 2006.
- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública, Grijley, Lima, 2004.
- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, Responsabilidad penal de los entes colectivos: estado actual y reflexiones preliminares, Vol.1, Gaceta Jurídica, Lima: 2015.
- ABELLO, Jorge, El Abuso de Confianza y el Hurto Agravado por la Confianza en la Responsabilidad Penal Empresarial en Colombia, Volumen XIII, N° 25, Enero – Junio, Bogotá, 2010.
- ARENAS, Lila, En qué momento se consuma el delito de falsedad documental, 2016, Artículo publicado En: <http://legis.pe/en-que-momento-se-consuma-el-delito-de-falsedad-documental-legis-pe/>.
- BACA CABRERA, Denyse, ROJAS VARGAS, Fidel y NEIRA HUAMÁN, Marlene, Jurisprudencia Penal Procesos Sumarios, Gaceta Jurídica, Editores S.R.L., Primera Edición, Julio, 1999
- BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal Económico, Administración desleal y apropiación indebida, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.
- BARANDIARÁN DEMPWOLF, Roberto / NOLASCO VALENZUELA, José, Palestra Editores S.A.C., Lima, 2006.
- BRAMONT - ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA .CANTIZANO, María del Carmen, Manual de Derecho Penal - Parte especial - tercera edición, San Marcos, Lima, 1997.
- BRAMONT- ARIAS TORRES, Luis Alberto, Manual de Derecho Penal, parte Especial - 4ta Edición, San Marcos, Lima, 1998.
- BUOMPADRE, Jorge, Estafas y otras defraudaciones - 1era Edición, LexisNexis, Buenos Aires, 2005.

- BUSTOS RAMIREZ, Juan, Política Criminal e injusto, Tomo I, Editores, Lima, 2004.
- CARO CORIA, Carlos, Sobre la moderna teoría del bien jurídico – penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jacobs, Revista Themis. N° 35, Lima, 1997.
- CARO, Carlos, La reputación corporativa en el proceso penal, revista uno: numero 22, En: <http://www.revista-uno.com/numero-22/la-reputacion-corporativa-en-el-proceso-penal/>
- CASTRO MORENO, A., El delito societario de administración desleal (art.295), Marcial Pons, Madrid, 1998.
- CLAUS, Roxin, Derecho Penal Parte General - Fundamentos: la estructura de la Teoría del Delito, Tomo I, Civitas, Madrid, 1997.
- DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal - Parte Especial, Tomo IV, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004.
- ECHAIZ MORENO, Daniel, artículo: la responsabilidad legal de los auditores (A propósito de la Ley N° 29307 que modifica el Código Penal), En: <http://www.derechocambiosocial.com/revista016/responsabilidad%20legal%20de%20auditores.htm>
- FOFFANI Luigi y NIETO Adán, Corporate Governace y administración desleal, Casos y problemas de derecho comparado Europeo, Revista Penal N° 15, 2005.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, Derecho Penal - Parte Especial, actualizado por Guillermo A. C. Ledesma, decimosexta edición actualizada, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2002.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, Separata de Derecho Penal, Universidad Inca Garcilaso de la Vega convenio con el Colegio de Abogados del Callao, Lima, 1998.
- GARCÍA CAVERO, Percy, Fraude en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios”, Palestra Editores, Lima, Perú. 2005.

- GARCÍA Domingo, Sociedad anónima y delito, Studium, Lima, 1985.
- GARCÍA Percy y otros, La administración desleal de los órganos societarios, Ara Editores, Lima, 2007.
- GRACIA MARTÍN, Luis, La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho Penal, Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid, 1990, En:
- GUTIERREZ FRANCES, Luz M., Fraude informático y estafa, centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- HERNÁNDEZ Héctor, La administración desleal en el Derecho Penal Chileno, publicado originalmente en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXVI (2005-I) Chile-Valparaíso, 2005.  
[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20130208\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20130208_01.pdf)
- JUÁREZ MUÑOZ, Alberto, Análisis y comentario del delito de administración fraudulenta, LEX N° 17 - AÑO XIV - 2016 - I / ISSN 2313 – 1861.
- MANTOVANI, F., Diritto penale - 4ta. Edición, Padova, 2001.
- MARTÍNEZ - BUJAN PÉREZ, Carlos, Derecho Penal Económico y de la empresa - Parte General - 2da Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- MARTÍNEZ-BUJAN, Carlos, Derecho Penal Económico y de la Empresa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, El perjuicio patrimonial en el delito de estafa, Civitas, Sevilla, 1990.
- MAYO CALDERÓN, Belén, Tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta- estudio del art. 295 del código penal español y propuesta de lege ferenda, Comares, Granada, 2005.
- MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal Parte General – 7ma. Edición, Reppertor, Barcelona, 2005.
- MIR PUIG, Santiago, Introducción a las bases del Derecho Penal, Concepto y Método, Bosch, Barcelona, 1982.

- NAKAZAKI SERVIGÓN, Cesar A., Bases sobre una teoría general sobre el bien jurídico, En: Revista Advocatus, N° 1, Lima, 1990.
- NOGUERA Iván, Delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios – Quiebras usura libramientos indebidos, Librería y Ediciones Jurídicas, Lima, 1998.
- PAREDES INFANZÓN, Jelio, Delitos contra el patrimonio: análisis sistemático de los tipos delictivos - 2da Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2000.
- PÉREZ ROYO, Fernando, Los delitos y las infracciones en materia tributaria, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1986.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, Delitos contra el patrimonio- Estudios de Derecho Penal Parte Especial- 3era Edición, Motivensa, Lima, 2021.
- PIZARRO GUERREO, Miguel, Delitos de apropiación ilícita – Cuestiones Sustantivas y Procesales, Jurista Editores, Lima, 2006.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, El bien jurídico en el derecho penal español - Anales de la universidad Hispalence, Series: Derecho N° 19, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974.
- RANDO CASERMEIRO, Pablo, El modelo penal de la seguridad ciudadana en el derecho administrativo sancionador, en Indret. Revista para el análisis del derecho 1/2010, Barcelona, 2010. En : [www.indret.com/pdf/rando\\_casermeiro.pdf](http://www.indret.com/pdf/rando_casermeiro.pdf).
- ROJAS RODRÍGUEZ, Héctor Fidel, Fundamentos del derecho administrativo sancionador, Instituto Pacífico, Lima, 2015.
- ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos contra el patrimonio, Grijley, Lima, 2000.
- ROJAS VARGAS, Fidel, Jurisprudencia Penal Comentada 2001-2003, Procesal Penal, Disciplinaria, Penitenciaria y Penal Militar, Tomo II, Idemsa, Lima, 2005.
- ROJAS VARGAS, Fidel, Jurisprudencia Penal, Gaceta Jurídica, Primera edición, Julio, Lima, 1999.

- ROJAS VARGAS, Fidel. Estudios de derecho penal- doctrina y jurisprudencia, Jurista Editores, Lima, 2004.
- SEHER, Gerhard, La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- SILVA SANCHEZ, Jesús María, la expansión del derecho penal - Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales, 2º, ed., Madrid, 2001.
- SILVA SANCHEZ, Jesús María., Los delitos societarios en el Derecho comparado, el Derecho vigente y el nuevo código penal, en el código penal de 1995, Parte especial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- STRATENWERTH, Günter, Derecho Penal- Parte General, Edersa, Madrid, 1982.
- SZCZARANSKI VARGAS, Federico León, Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra, En :Polít. crim. vol.7, N°.14, Santiago de Chile, 2012.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María, Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, Tomo III, Segunda Edición, Editorial Iustel, Madrid, 2016.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María, Los delitos societarios. En: Del Rosal Blanco, B., Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- URQUIZO OLAECHEA, José, El Bien Jurídico, En: Revista Peruana de Ciencia Penales, Año III, N°. 6, GC - Ediciones; Lima, 1998.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín, Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, primera parte, quinta edición, Navarra, 2005.
- VILLALBA PRIETO, Elena, El delito de Administración desleal y su delimitación con el delito de apropiación indebida art. 252 del CP., Universidad de Barcelona, 2014-2015.

- VIRGOLINI, Julio, Los delitos de cuello blanco, En una nueva tendencia en el derecho penal económico, Universidad de Cadiz, 2008.
- ZUNIGA RODRIGUEZ, Laura, Relaciones entre el Derecho penal y Derecho administrativo sancionador: ¿hacia una administrativización del derecho penal o una penalización del derecho administrativo sancionador? , en Libro Homenaje al Dr. Mariano Barbero Santos. In Memoriam, Universidad Castilla- La Mancha/ Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.

**Cuerpos Legales:**

- Código Penal Peruano de 1924.
- Código Penal Peruano de 1991.
- Código Penal Chileno.
- Código Penal Colombiano.
- Casación 301-2011, sentencia del cuatro de octubre, Lima, 2012.
- Sentencia 11 de noviembre de 2003, Tribunal Constitucional, Exp. N° 00008-2003-AI/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00043-2007-PA/TC.