

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**LA NECESIDAD DE TIPIFICAR EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL DEL
PATRIMONIO AJENO PARA LA EFECTIVIDAD E INTEGRIDAD DEL CAPITAL
SOCIAL EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO**

LUIS OMAR MEJÍA RIVERA

GUATEMALA, ABRIL DE 2013

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

LA NECESIDAD DE TIPIFICAR EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL DEL
PATRIMONIO AJENO PARA LA EFECTIVIDAD E INTEGRIDAD DEL CAPITAL
SOCIAL EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

LUIS OMAR MEJÍA RIVERA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, abril de 2013

HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V: Br. Rocael López González
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



*Lic. Carlos Enrique Aguirre Ramos Cava 0-60 Zona 4. Torre
Profesional IJ 8vo. nivel oficina 811 "A"
Tel. 23351618*

FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Guatemala 09 de abril del año 2012



Lic. Luis Efraín Guzmán Morales
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

Hago de su conocimiento que de conformidad con el nombramiento de fecha veintiséis de abril del año dos mil once, asesoré la tesis del bachiller Luis Omar Mejía Rivera, quien se identifica con el carné estudiantil 200511046 y elaboró el trabajo de tesis intitulado: **"LA NECESIDAD DE TIPIFICAR EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL DEL PATRIMONIO AJENO PARA LA EFECTIVIDAD E INTEGRIDAD DEL CAPITAL EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO"**; manifestándole lo siguiente:

1. La tesis abarca un amplio contenido científico y técnico, relacionado con la importancia del capital social para el desarrollo del país y de la necesidad de tipificar el delito de administración desleal del patrimonio ajeno.
2. Se utilizaron los siguientes métodos de investigación: analítico, con el cual se estableció la importancia del derecho penal; el sintético, dio a conocer el delito de administración desleal del patrimonio ajeno; el inductivo, señaló sus características y el deductivo, indicó la efectividad e integridad del capital. Las técnicas empleadas fueron la documental y de fichas bibliográficas, mediante las cuales se obtuvo la información legal y doctrinaria relacionada con el tema investigado.
3. La redacción empleada durante el desarrollo de la tesis es la apropiada y el trabajo de tesis constituye un aporte de interés para estudiantes y profesionales.
4. La tesis es constitutiva de una contribución científica para la sociedad guatemalteca, siendo el desarrollo, análisis y aportaciones sustentadas, de importancia y valederas dentro de la asesoría prestada.
5. Las conclusiones y recomendaciones son acordes al desarrollo de los capítulos. Al sustentante le sugerí modificar sus márgenes e introducción. Los objetivos generales y específicos se alcanzaron al indicar los mismos la problemática actual.



Lic. Carlos Enrique Aguirre Ramos Cava 0-60 Zona 4. Torre
Profesional IJ 8vo. nivel oficina 811 "A"
Tel. 23351618

6. Por el contenido objeto de desarrollo, análisis y aportaciones sustentadas, la tesis se califica de importancia y valedera dentro de la asesoría prestada; circunstancias académicas que desde todo punto de vista deben concurrir y que permiten la comprobación de la hipótesis formulada, relacionada con los fundamentos jurídicos que informan el delito de administración desleal del patrimonio ajeno para la efectividad e integridad del capital social.
7. La bibliografía utilizada tiene relación con las citas bibliográficas y con el desarrollo de los capítulos de la tesis.

La tesis efectivamente reúne los requisitos legales del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite correspondiente, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Deferentemente.

Carlos Enrique Aguirre Ramos
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Carlos Enrique Aguirre Ramos
Asesor de Tesis
Colegiado 3426



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, doce de abril de dos mil doce.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) **ERIC NEPTALI GODINEZ MIRANDA** , para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **LUIS OMAR MEJÍA RIVERA**, CARNÉ NO.200511046, intitulado: "LA NECESIDAD DE TIPIFICAR EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL DEL PATRIMONIO AJENO PARA LA EFECTIVIDAD E INTEGRIDAD DEL CAPITAL SOCIAL EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO"

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y las técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estime pertinentes".

M. A. LUIS EFRAÍN GUZMÁN MORALES
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc. Unidad de Tesis
LEGM/emrl.

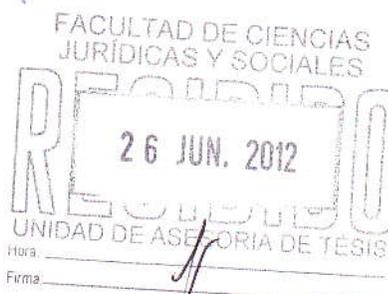




Lic. Eric Neptalí Godínez Miranda
Abogado y Notario

Guatemala 20 de junio del año 2012

Lic. Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Respetable Licenciado:

Le doy a conocer que de acuerdo a resolución emitida por el despacho a su cargo de fecha doce de abril del año dos mil doce, se me nombró revisor de tesis del bachiller Luis Omar Mejía Rivera, que se denomina: **“LA NECESIDAD DE TIPIFICAR EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL DEL PATRIMONIO AJENO PARA LA EFECTIVIDAD E INTEGRIDAD DEL CAPITAL SOCIAL EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO”**.
Después de la revisión llevada a cabo, le indico:

- a) Al desarrollar la tesis se empleó un contenido técnico y científico acorde y relacionado con el tema investigado, mediante la obtención de la información jurídica y doctrinaria adecuada. También, se utilizó un lenguaje apropiado; mediante la utilización de los pasos del proceso investigativo.
- b) Fueron empleados los métodos de investigación siguientes: analítico, con el que se señaló el capital social; el sintético, estableció sus funciones; el inductivo, dio a conocer la administración desleal; y el deductivo, indicó lo fundamental de la efectividad e integridad del capital social
- c) Se emplearon las siguientes técnicas de investigación: documental y de fichas bibliográficas, y con las mismas se recopiló la información legal y doctrinaria relacionada con el tema de tesis que se investigó.
- d) La redacción tiene relación con los capítulos de la tesis, y se adapta a los capítulos desarrollados. La hipótesis formulada, se comprobó al señalar la necesidad de que se tipifique el delito de administración desleal del patrimonio ajeno en la legislación penal guatemalteca.
- e) En relación a su contenido, la misma señala la importancia del capital social. Los objetivos dieron a conocer, lo esencial de analizar jurídicamente la efectividad e integridad del capital social



Lic. Eric Neptalí Godínez Miranda
Abogado y Notario

- f) La tesis contribuye científicamente a la ciudadanía guatemalteca y es de útil consulta para estudiantes y profesionales.
- g) Las conclusiones y recomendaciones, fueron redactadas de forma sencilla y constituyen supuestos valederos.
- h) La bibliografía es adecuada y actualizada. Al sustentante le sugerí la necesidad de realizar varias correcciones a su introducción, índice, capítulos y bibliografía; encontrándose de acuerdo en llevar a cabo las correcciones.

La tesis desarrollada por el sustentante cumple efectivamente con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Deferentemente

Lic. Eric Neptalí Godínez Miranda
18 calle 18-29 zona 10 sexto nivel
Tel. 56240218
Colegiado 5166
Revisor de Tesis

Lic. Eric N. Godínez Miranda
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 14 de febrero de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante LUIS OMAR MEJÍA RIVERA, titulado LA NECESIDAD DE TIPIFICAR EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL DEL PATRIMONIO AJENO PARA LA EFECTIVIDAD E INTEGRIDAD DEL CAPITAL SOCIAL EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/iyf.

A handwritten signature in dark ink, appearing to be 'BAMO/iyf'.

Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO

A large, stylized handwritten signature in dark ink, likely belonging to Lic. Avidán Ortiz Orellana.



Rosario



DEDICATORIA

A DIOS: Por ser la razón de mi existir y mi inspiración divina, que me motiva a vivir al máximo mis días. A quien le debo todo en la vida, y que nunca me ha dejado de dar su amor y su fuerza.

A MI MAMÁ: El regalo más grande que Dios me pudo dar. Por ser mi ejemplo a seguir, ya que siempre me enseñó a no rendirme, y a luchar en todo momento, y que a pesar que su tiempo junto a mi no fue en gran cantidad, me queda claro que si fue de mucha calidad, por lo que te mando esta dedicatoria hasta el cielo con todo mi amor y toda la ilusión que te sientas orgullosa de mi.

A MI PAPÁ: Por ser una persona que me ha dado grandes enseñanzas para la vida, y que ha sido mi gran amigo de siempre, con quien he compartido, y luchado siempre, en las buenas, y en las malas, al cual le tengo un gran amor, admiración y respeto, porque se que siempre me ha dado lo mejor.

A MI ABUELITA ANITA: Porque siempre estuviste a mi lado dándome todo tu amor, comprensión y consejos, los cuales me harán recordarte el resto de mis días y extrañarte cada uno de ellos.

A MI ABUELITA

PAULITA: Porque siempre me has dado tu amor, y has velado porque siempre me dirija por el camino correcto en la vida.

A MIS TÍOS Y TÍAS: Odi, Jose, Rome, Toño, Tina, Ana, César, Mery, Saúl y María Teresa por su cariño, consejos y apoyo en todo momento.



A MI NOVIA:

Porque siempre ha estado en todo momento a mi lado dándome su amor, apoyo y comprensión haciéndome mas liviana la carga de los problemas que se me han suscitado y haciendo mas alegres los acontecimientos que me han dado dicha a mi vida, por lo que dedico y agradezco a ella y a su familia su gran apoyo incondicional durante los años que hemos estado juntos.

A TODA MI FAMILIA:

Porque a pesar que no los he podido nombrar a todos, se que siempre han sido parte fundamental en mi vida, y se que lo seguirán siendo.

A MIS AMIGOS:

Porque siempre nos hemos apoyados unos con otros, y por los grandes momentos que hemos vivido siendo casi como unos hermanos.

A:

Usted especialmente, gracias por permitirme este momento.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala, y especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Derecho penal.....	1
1.1. Definiciones.....	2
1.2. Misión.....	4
1.3. Fuentes.....	4
1.4. Evolución histórica.....	6
1.5. Partes.....	9
1.6. Ramas.....	10
1.7. Fines	11
1.8. Características.....	12

CAPÍTULO II

2. Delito de administración desleal del patrimonio ajeno.....	17
2.1. Insuficiencia de los tipos penales clásicos.....	22
2.2. Elementos típicos del delito de administración desleal del patrimonio ajeno.....	25
2.3. Acción delictiva.....	32
2.4. Formas de administración desleal del patrimonio.....	34
2.5. Creación del tipo penal	35

CAPÍTULO III

3.	Efectividad del capital social.....	37
3.1.	Importancia de proteger el patrimonio y el capital social.....	38
3.2.	El patrimonio suficiente y el capital mínimo.....	43
3.3.	Concepto de derecho penal económico.....	43
3.4.	Daños, efectos y características de la delincuencia económica.....	44
3.5.	Teorías criminológicas.....	46
3.6.	Factores personales.....	48
3.7.	El delito económico.....	49
3.8.	Normativa penal económica.....	53
3.9.	El delito genérico y el delito societario.....	57
3.10.	Bien jurídico tutelado en el delito económico.....	57
3.11.	Bien jurídico protegido en el delito societario.....	58
3.12.	Bien jurídico protegido en el delito genérico de administración desleal del patrimonio ajeno.....	59

CAPÍTULO IV

4.	Importancia de tipificar el delito de administración desleal del patrimonio ajeno para la efectividad del capital social	61
4.1.	Elementos del tipo.....	62
4.2.	Bien jurídico tutelado	63



Pág.

4.3. Sujetos del delito.....	64
4.4. Elementos de la conducta típica.....	67
4.5. Otros delitos.....	68
4.6. Conductas que pueden tipificarse como administración desleal.....	69
4.7. Beneficios propios o de un tercero.....	71
4.8. Abuso de confianza y de los poderes conferidos.....	72
4.9. Perjuicio económico.....	73
4.10. Relación de causalidad e imputación objetiva del delito.....	74
4.11. Derecho penal especial para las personas jurídicas.....	77
4.12. Autoría y participación.....	77
4.13. La pena para los responsables individuales.....	78
4.14. Necesidad de regular el delito de administración desleal del patrimonio ajeno.....	79
CONCLUSIONES.....	87
RECOMENDACIONES.....	89
BIBLIOGRAFÍA.....	91



INTRODUCCIÓN

Es de importancia el estudio jurídico de que cada vez con mayor frecuencia, se ve claramente en los tribunales de Guatemala, un elevado número de litigios que derivan de la administración desleal fraudulenta de patrimonios ajenos.

En el delito en estudio, los administradores de patrimonios por cualquier título llevan a cabo abusos aprovechándose de la función que tienen asignada afectando con ello el patrimonio confiado a su administración, muchas veces con graves lesiones a bienes jurídicos de terceros; que la legislación actual no alcanza a proteger. Los objetivos señalados, dieron a conocer que los pocos procedimientos sancionadores con los cuales se cuenta en la actualidad, son aquellos que especifican exclusivamente la normativa civil y mercantil, las cuales son insuficientes.

Además, al incluir este tipo de delitos en la legislación actual, quedaría la administración fraudulenta en el ámbito del derecho penal y los aspectos de pura mala administración quedarían en el derecho civil y mercantil.

Se comprobó la importancia de sancionar las conductas de administración fraudulenta que se producen al interior de las personas jurídicas, especialmente las sociedades mercantiles, a través de un tipo penal genérico de administración fraudulenta, cuyo bien jurídico protegido es el patrimonio.

(i)



El delito de administración desleal nace como una laguna que existe para la aplicación de los delitos de estafa, de apropiación indebida y de falsedad.

La división se llevó en cuatro capítulos: el primer capítulo, señala el derecho penal, su definición, misión, fuentes, evolución histórica, partes, ramas, fines y características; el segundo capítulo, indica el delito de administración desleal del patrimonio ajeno, la insuficiencia de los tipos penales clásicos, los elementos típicos del delito de administración desleal del patrimonio ajeno, la acción delictiva, las formas de administración desleal del patrimonio y la creación del tipo penal; el tercer capítulo establece la efectividad del capital social, la importancia de proteger el patrimonio y el capital social, el patrimonio suficiente y el capital mínimo, concepto de derecho penal económico, daños, efectos y características de la delincuencia económica, teorías criminológicas, factores personales, el delito económico, normativa penal económica, el delito genérico y el delito societario, bien jurídico tutelado en el delito económico, bien jurídico protegido en el delito societario y el bien jurídico en el delito genérico de administración del patrimonio ajeno; y el cuarto capítulo, analiza jurídicamente la importancia de tipificar el delito de administración desleal del patrimonio ajeno para la efectividad del capital social.

La metodología de la tesis abarca el método descriptivo, para señalar los elementos característicos del delito de administración del patrimonio ajeno, el método histórico, para indicar los cambios en el capital social, y el inductivo y deductivo para llevar a cabo comparaciones entre sus ventajas y desventajas.



CAPÍTULO I

1. Derecho penal

Con origen en el vocablo latino *directum*, el derecho es referente a los postulados de justicia que conforman el orden normativo de una sociedad. Basándose en las relaciones sociales, el mismo consiste en el conjunto de normas que ayudan a la resolución de los conflictos derivados de la conducta humana.

El derecho penal, es la rama del derecho que establece y regula el castigo de los crímenes o delitos; a través de la imposición de ciertas penas como la reclusión en prisión.

Es posible distinguir entre derecho penal objetivo o *ius poenale*, que es referente a las normas jurídico-penales en sí, con derecho penal subjetivo o *ius puniendo*, que contempla la aplicación de una sanción a aquellos que actualizan las hipótesis que se encuentran previstas por el derecho penal objetivo.

El derecho se encarga de regular las actividades de los seres humanos que viven en sociedad, y que mantienen relaciones con el resto de los hombres. De esa forma, el derecho busca brindar protección para la paz social, con normas que son impuestas por la autoridad, quien, a su vez cuenta con el monopolio del uso de la fuerza.

“El principal objetivo del derecho penal es promover el respeto a los bienes jurídicos, y para ello prohíbe las conductas que están dirigidas a lesionar o poner en peligro un bien jurídico. Lo que no puede hacer el derecho penal, es evitar que sucedan ciertos efectos”.¹

El Estado guatemalteco, dispone de dos herramientas para reaccionar frente al delito: las medidas de seguridad que buscan la prevención, y las penas que suponen el castigo. La pena, por ende implica una restricción a los derechos del responsable.

1.1. Definiciones

El derecho penal es el saber jurídico, que determina los principios para la creación, interpretación y ejecución de la aplicación de las normas penales.

Se encarga de proponerle a los jueces, un sistema orientador de sus decisiones, que contiene y reduce el poder punitivo para el impulso del progreso del Estado constitucional de derecho en el país.

“Derecho penal es el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho; a la pena como legítima consecuencia”.²

¹ Muñoz Conde, Francisco. **Derecho penal**, pág 56.

² Mir Puig, Santiago. **Derecho penal**, pág 34.

“El derecho penal es la rama del derecho, que se encarga de regular la potestad pública relacionada con el castigo y establece lo que es punible y sus consecuencias jurídicas, así como también aplica una sanción o una medida de seguridad a los autores de infracciones punibles”.³

“Derecho penal es el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora”.⁴

El derecho penal, se define como el conjunto de normas jurídicas que se encuentran determinadas y establecidas mediante el Estado, que definen las conductas delictivas y las penas o medidas de seguridad que hay que aplicar a sus infractores; en relación a la normativa lesionada.

“Derecho penal es la rama del derecho público interno relativa a los delitos, a las penas y medidas de seguridad; que tienen por objeto inmediato la creación y conservación del orden social”.⁵

³ **Ibid**, pág 39.

⁴ Muñoz. **Ob. Cit.**, pág 68.

⁵ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág 456.

“El derecho penal es el conjunto de normas pertenecientes al ordenamiento jurídico de determinado Estado, cuya finalidad primordial es la regulación de conductas punibles, consideradas como delitos; con la aplicación de una pena”.⁶

1.2. Misión

La misión del derecho penal, no se reduce únicamente al listado de las conductas tomadas en consideración como delitos y a la pena que a cada uno corresponde; sino que fundamentalmente consiste en brindar protección a la sociedad.

Ello, se alcanza mediante medidas que por una parte llevan a la separación del delincuente peligroso por el tiempo necesario, a la par que se reincorpora al medio social a aquellos que no lo son mediante el tratamiento adecuado en cada caso para alcanzar esa finalidad.

1.3. Fuentes

La fuente del derecho, es aquello de donde emana, dónde y cómo se produce la norma jurídica. La única fuente del derecho penal en los sistemas en los que impera el principio de legalidad es la ley, de la cual emana el poder para la construcción de las demás normas y su respectiva aplicación, por ende; solamente ésta puede ser la creadora y fuente directa del derecho penal.

⁶ Mir. **Ob. Cit.**, pág 121.

La costumbre no es fuente del derecho penal, ni en su vertiente positiva ni en los sistemas penales denominados continentales, es decir, en aquellos en los que impera el principio de legalidad; aunque pueda serlo de otras ramas del derecho.

“Algunos autores admiten la adecuación social, como causa de exclusión de la tipicidad. Según este argumento, se afirma que en determinados casos, una conducta que pareciera típica, sin embargo, por fuerza de la actividad social se le considera atípica; o permitida”.⁷

La jurisprudencia es la reiteración de decisiones sobre un mismo asunto de forma similar, no es una sola decisión, tiene que ver con una actividad plural de decisiones que consolidan una tendencia para la solución de un caso.

“La doctrina no es fuente del derecho penal, aunque cumple importantes funciones de cara a la creación e interpretación de la ley penal”.⁸

Los principios generales del derecho, no pueden ser considerados fuente del derecho penal, aunque cumplen otras funciones al orientar y limitar la actividad legislativa; la interpretación o la aplicación de la ley penal.

⁷ **Ibid**, pág 124.

⁸ **Ibid**, pág 129.

1.4. Evolución histórica

Cada sociedad, históricamente ha creado y crea sus propias normas penales, con rasgos y elementos características según el bien jurídico que en cada caso se busque proteger.

En los tiempos primitivos, no existía un derecho penal estructurado, sino que había toda una serie de prohibiciones basadas en conceptos religiosos, cuya violación traía consecuencias no solamente para el ofensor; sino también para todos los miembros de su familia, clan o tribu.

Cuando se responsabilizaba a alguien por la violación de una de estas prohibiciones, el ofensor quedaba a merced de la víctima y sus parientes, quienes lo castigaban causándole a él y su familia un mal mayor. No existía relación alguna entre la ofensa y la magnitud del castigo.

“La Ley del Talión, las primeras limitaciones a la venganza como método de castigo surgen con el Código de Hammurabi, la Ley de las XII Tablas, que intentan establecer una primera proporcionalidad entre el daño producido y el castigo. Es el famoso ojo por ojo, diente por diente”.⁹

⁹ Muñoz. **Ob. Cit.**, pág 90.

En los casos en que no existía daño físico, se buscaba una forma de compensación física.

A esta misma época, corresponde la aparición de la denominada composición, consistente en el reemplazo de la pena por el pago de una suma dineraria; por medio de la cual la víctima renunciaba a la venganza.

En la actualidad, se está introduciendo la remisión de la pena a cambio de servicios a la comunidad.

a) Derecho romano: el extenso período que abarca lo que habitualmente se denomina derecho romano, puede ser básicamente dividido en épocas; acordes al tipo de gobierno que cada una de ellas tuvo.

“A partir de la Ley de las XII Tablas se distinguen los delitos públicos o crímenes, de los delitos privados o delitos en sentido estricto. Los primeros, eran perseguidos por los representantes del Estado en interés de éste, en tanto que los segundos, eran perseguidos por los particulares en su propio interés”.¹⁰

Es de destacar, que la ley anotada no establecía distinciones de clases sociales ante el derecho.

¹⁰ **Ibid**, pág 99.

Con el correr del tiempo, los delitos privados pasaron a ser perseguidos por el Estado y posteriormente sometidos a penas públicas.

Durante la época de la República, solamente van quedando como delitos privados los más leves. El derecho penal romano, comienza a fundarse en el interés del Estado; reafirmandose de este modo su carácter público.

Esta característica, se ve claramente en la época del Imperio. Los tribunales llevaban a cabo sus actuaciones por delegación del emperador, y el procedimiento extraordinario se convirtió en jurisdicción ordinaria; en razón de que el ámbito de los crímenes contra la majestad del imperio se fue ampliando cada vez más.

Con el desarrollo del período imperial, no se buscaba tutelar públicamente los intereses particulares; ya que todos eran intereses públicos. La pena en esta etapa, recrudesció su severidad.

b) Edad Media: durante la Edad Media, desaparece el Imperio romano. Las invasiones de los bárbaros, trajeron costumbres jurídico-penales diferentes; contrapuestas muchas de ellas a los principios del derecho del Imperio romano.

A medida que el señor feudal fortalece su poder, se va haciendo más uniforme el derecho, como fruto de la unión del antiguo derecho romano y de las costumbres bárbaras.

De esa forma, cobra fuerza el derecho canónico, proveniente de la religión católica que se imponía por ser la religión por razón de las personas; y por razón de la materia llegando a ser un completo y complejo sistema de derecho positivo.

El delito y el pecado, representaban la esclavitud y la pena la liberación, y se opusieron a las ordalías y afirmaron el elemento subjetivo del delito.

Es muy debatido si se distinguía el delito de pecado, pero la mayoría coinciden en que aunque haya existido una distinción teórica; en la práctica la misma se desvanecía.

1.5. Partes

El derecho penal o ciencia del derecho penal, como también se le denomina para el estudio de su contenido relativo al delito, delincuente, penas y medidas de seguridad, de manera tradicional se ha dividido en dos partes; que son coincidentes también con la división de la mayor parte de códigos penales.

a) Parte general: se ocupa de las diversas instituciones, conceptos, principios, categorías y doctrinas relacionadas con el delito, delincuente, penas y medidas de seguridad, tal es el caso del Libro Primero del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

b) Parte especial: se ocupa de los ilícitos penales propiamente dichos, como lo son los delitos y las faltas, las penas y medidas de seguridad que tienen que aplicarse a quienes los cometen, tal es el caso del Libro Segundo y Tercero del Código Penal.

1.6. Ramas

Desde un punto de vista amplio, el derecho penal se ha dividido para su estudio en tres ramas:

a) Derecho penal material o sustantivo: es referente, a la sustancia misma que integra el objeto de estudio de la ciencia del derecho penal, como es el delito, el delincuente, la pena y las medidas de seguridad, y que legalmente se manifiesta contemplado en el Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala que es el Código Penal vigente y otras leyes penales de tipo especial.

b) Derecho penal procesal o adjetivo: se encarga de buscar, la aplicación de las leyes de derecho penal sustantivo a través de un proceso, para llegar a la emisión de una sentencia, y consecuentemente a la deducción de la responsabilidad penal imponiendo una pena o medida de seguridad; ordenando para el efecto su ejecución. Es referente pues, al conjunto de normas y doctrinas encargadas de la regulación del proceso penal en toda su sustanciación, convirtiéndose en el canal que tiene que utilizar y aplicar el derecho penal sustantivo o material, y que de forma legal se manifiesta mediante el Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala que

es el Código Procesal Penal vigente.

c) Derecho penal ejecutivo o penitenciario: es referente al conjunto de normas y doctrinas, tendientes a la regulación de la ejecución de la pena en los centros penales o penitenciarios destinados para ese efecto.

Tanto el derecho penal sustantivo, como el derecho procesal penal o adjetivo, gozan de autonomía, y como disciplinas independientes cada una tiene sus propios principios, métodos y doctrinas, lo cual no tiene que entenderse como una separación absoluta entre ambas; ya que una es indispensable para la aplicación de la otra.

1.7. Fines

El derecho penal, ha tenido de forma tradicional como fin el mantenimiento del orden jurídico previamente establecido y su restauración a través de la imposición y la ejecución de la pena; cuando es afectado por la comisión de un delito.

En ese orden de ideas, le corresponde al derecho penal o criminal el castigo de los actos delictivos que lesionan o ponen en peligro los intereses individuales, sociales o colectivos; de ahí el carácter sancionador del derecho penal.

Pero, el derecho penal moderno con aplicación de las discutidas medidas de seguridad ha tomado otro carácter, el de ser también preventivo y rehabilitador, incluyendo para

ello entonces dentro de sus fines últimos, la objetiva prevención del delito y la efectiva rehabilitación del delincuente para devolverlo a la sociedad como un ente útil a ella.

1.8. Características

Las características del derecho penal son las siguientes:

a) Es una ciencia social y cultural: tomando en cuenta que el campo del conocimiento científico, se encuentra dividido en dos clases de ciencias que son las ciencias naturales por un lado y las ciencias sociales por el otro, es necesario ubicar a la disciplina en estudio en uno de ambos campos; ya que los dos tienen características distintas.

“Las ciencias naturales, tienen como objeto de estudio lo psico-físico, mientras que las ciencias sociales consisten en el producto de la voluntad creadora del hombre. El método de estudio de las primeras es experimental; mientras que el de las segundas es racionalista o especulativo”.¹¹

En las ciencias naturales la relación entre fenómenos es causal, mientras que en las ciencias sociales es teleológica.

¹¹ *Ibid*, pág 109.



Las primeras, son ciencias del ser mientras que las ciencias sociales o culturales son del deber ser, de forma que el derecho penal es una ciencia social, cultural o del espíritu, debido a que no se encarga del estudio de los fenómenos de la naturaleza enlazados por la causalidad, sino que se encarga de la regulación de conductas; en atención a un fin que se tiene que tomar en cuenta como valioso.

b) Es normativo: el derecho penal, como toda rama que pertenezca al derecho, se encuentra integrado por normas tanto jurídicas como penales, que son preceptos que contienen mandatos o bien prohibiciones encaminadas a la regulación de la conducta humana, o sea; a normar el deber ser de las personas dentro de una sociedad jurídicamente organizada.

c) Carácter positivo: debido a que es fundamentalmente jurídico, y el derecho penal vigente es únicamente aquél que el Estado ha promulgado con ese carácter.

d) Perteneciente al derecho público: debido a que siendo el Estado el único titular del derecho penal, solamente a él le corresponde la facultad de establecer delitos y las penas o medidas de seguridad correspondientes.

El derecho penal es indiscutiblemente derecho público interno, debido a que el establecimiento de sus normas y su aplicación, se encuentra confiado en forma exclusiva al Estado; investido de poder público.

La represión privada, solamente puede considerarse como una forma histórica definitivamente superada.

e) Es valorativo: toda norma, presupone una valoración y esta cualidad de toda norma es particularmente manifiesta en las leyes penales, ya que carecerían de todo sentido las amenazas penales; si no se entendiera que mediante ellas son protegidos ciertos bienes e intereses jurídicamente apreciados.

Es decir, que el derecho penal se encuentra subordinado a un orden valorativo en cuanto que califica los actos humanos con arreglo a una valoración, ya que valorar la conducta de los hombres es tarea fundamental del juez penal.

f) Es finalista: por que siendo una ciencia teleológica, su fin primordial es resguardar el orden jurídicamente establecido, a través de la protección contra el crimen.

La ley, se encarga de la regulación de la conducta que los hombres tienen que observar con relación a esas actividades, en función de un fin colectivamente perseguido; y de una valoración de esos hechos.

g) Es fundamentalmente sancionador: el derecho penal se ha caracterizado, como su nombre lo indica, por castigar, reprimir, imponer una pena con carácter retributivo a la comisión de un delito



La pena era la única consecuencia del delito, con la incursión de la Escuela Positiva y sus medidas de seguridad, el derecho penal toma un giro diferente, y a pesar de ello, se considera que mientras exista el derecho penal, no puede dejar de ser sancionador porque jamás podrá prescindir de la aplicación de la pena; aún y cuando existan otras consecuencias del delito.

h) Debe ser preventivo y rehabilitador: con el apareamiento de las aún discutidas medidas de seguridad, el derecho penal deja de ser eminentemente sancionador y da paso a una nueva característica, la de ser preventivo, rehabilitador, reeducador; y reformador del delincuente.

O sea, que además de sancionar debe pretender la prevención del delito y la rehabilitación del delincuente.

En la actualidad, se ha determinado la existencia de tres grandes principios en torno a los cuales se estructura la intervención penal: los de protección de responsabilidad y de la sanción. El primero, está contenido en tres fundamentales, el de lesividad, el de neutralización de la víctima; y el dogma del bien jurídico protegido.



CAPÍTULO II

2. Delito de administración desleal del patrimonio ajeno

En la actualidad la persona jurídica ocupa un lugar de importancia, para el desarrollo de la sociedad, debido a que la imposibilidad de poder satisfacer de manera individual las necesidades de la vida moderna es fundamentalmente económica.

Por ello, se ha obligado a que cada vez más las personas naturales y jurídicas puedan lograr la consecución de sus fines, sea para la consecución de fines extra-patrimoniales o patrimoniales. Las personas jurídicas, que se encuentran constituidas para el logro de fines extrapatrimoniales, no necesariamente deben intervenir en el mercado.

Ello, es para poder lograr sus objetivos, y se observa claramente en las fundaciones y asociaciones en las cuales sus miembros aportan de forma mensual una cantidad de bienes para la consecución de sus metas altruistas.

“Las personas jurídicas constituidas para la consecución de finalidades patrimoniales, necesariamente participan en el mercado para la consecución de sus metas; ellas ofrecen bienes o servicios para recibir a cambio una contraprestación”.¹²

¹² Bacigalupo, Silvina. **Derecho penal económico**, pag 89.



El mercado, les posibilita la obtención de un mayor número de beneficios económicos. Las personas jurídicas, en la actualidad se encuentran protegidas jurídico-penalmente, fundamentalmente por el significado y la función que desempeñan en las sociedades modernas; así como por el papel que dentro de ellas le corresponde desempeñar a sus órganos de administración y gestión.

La intervención de las personas jurídicas en el tráfico mercantil, es bastante común en la sociedad guatemalteca y consecuentemente; estas personas jurídicas son cada vez más relevantes en el derecho penal económico.

Lo anotado, demuestra el gran protagonismo que tiene la persona jurídica en la sociedad, ya que de ella depende, por un lado, la consecución de fines altruistas que queda de por sí para que colaboren al desarrollo y a la buena convivencia social y, por otro lado; de las personas jurídicas que depende un gran sector del desarrollo económico del país.

La sociedad exige, de forma cada vez intensa, la protección de las mismas, y específicamente, ante daños que pudieran ocasionar sus administradores al abusar de las facultades que se les confiere, generando un perjuicio económico no solamente a la persona jurídica; sino también a personas vinculadas a la misma.

Una vez conformada la persona jurídica, y con ella su patrimonio, ninguna de las personas que permitieron su conformación tiene el derecho sobre los bienes de la

misma. Además, es de importancia diferenciar claramente el patrimonio de sus integrantes del patrocinio social. Es ante esa situación, que los miembros de la persona jurídica deciden nombrar, en base a criterios de confianza y lealtad; a un administrador del patrimonio de la persona jurídica.

Por ende, el administrador juega un rol de importancia dentro del desarrollo de la persona jurídica; pues será el encargado de llevar a cabo todas las relaciones comerciales de la persona jurídica.

El derecho penal, tiene que intervenir dentro de este ámbito social, pues la sociedad exige la seguridad de que los administradores no defrauden las expectativas normativas de una adecuada y leal administración del patrimonio ajeno.

“Los delitos societarios, como conductas desaprobadas tanto socialmente como económicamente, nacen debido a que se tiene que sancionar las formas más graves de defraudación del capital social, por parte de los administradores y directivos de sociedades, quienes dado el extraordinario poder que ostentan en estos momentos sobre todo en las grandes empresas en las que prácticamente es imposible el control, con incontables fórmulas económicas; podrían menoscabar el capital social enriqueciéndose ilícitamente”.¹³

¹³ Silva Sánchez, José María. **La expansión del derecho penal**, pág 93.

Otro problema, es el relativo a la criminalidad llevada a cabo por la empresa, con efectos de tipo perjudicial para la sociedad guatemalteca, y en ese contexto se encuentra la actitud criminal colectiva por medio de la cual lo decisivo para el delito no es la mala voluntad del individuo, es decir, el espíritu de grupo, establecido en una colectividad de personas y, por ende, también en una empresa económica, la cual dispone en base a esa cohesión, a defraudar diversas expectativas normativas.

Por otra parte, la dificultad que plantea el problema de la imputación jurídico-penal al no coincidir, derivado de la estructura de repartición de funciones, la acción ejecutiva, el poder de decisión y la base e información, lo cual se desarrolla por diversos órganos de la sociedad, es derivado de la misma naturaleza de actuación de las personas jurídicas; para un adecuado desarrollo de sus actividades.

Es por ende, que dentro del ámbito de la sociedad se encuentra la generación de peligros tanto internos como externos, entendiendo los primeros a los hechos que lesionan o ponen en riesgo la vigencia misma de la persona jurídica; y por los segundos, a los hechos que lesionan o ponen en peligro el ámbito en el cual se relaciona la persona jurídica.

Es de importancia el estudio de la criminalidad de la empresa, entendiendo por ella, a la criminalidad de los órganos contra la persona jurídica, que se configura cuando el órgano, en abuso de sus facultades, ocasionan un peligro para el patrimonio de la persona jurídica.

La conducta se encuentra dirigida a defraudar la expectativa social, de que el administrador no lesionará o pondrá en peligro los bienes patrimoniales de la misma persona jurídica, perjudicándola económicamente, así como también a los accionistas y terceros relacionados a ella.

Por ende, la conducta delictiva del administrador no está dirigida a defraudar expectativas de que la persona jurídica no ocasionará un daño a su entorno social, tratando de evadir su responsabilidad penal, a través del aprovechamiento de la compleja estructura de la persona jurídica sino que, aprovechan las facilidades dadas por el propio sistema de funcionamiento de la persona jurídica, y la confianza que se le ha depositado, para actuar de forma desleal, y lesionan los propios intereses de la persona jurídica; generándole grandes perjuicios económicos.

“No son delitos de empresa cometidos desde la sociedades, aprovechándose sus autores de la compleja organización societaria, sino que, bien al contrario, se realizan en el seno de la empresa y desde el interior de la sociedad, contra los propios intereses de sociales, de los socios y de los terceros acreedores, por personas vinculadas a la misma por medio de relaciones orgánicas basadas en la lealtad y en la confianza, que, en otro caso; quedarían impunes como consecuencia del aludido vacío normativo”.¹⁴

¹⁴ Paz Arias, Cándido. **La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo**, pág 13.

La actuación del *ius puniendo*, se encuentra limitada por el verdadero conocimiento de estos delitos. Pocos de estos delitos son efectivamente conocidos, perseguidos y reprimidos judicialmente.

Otro problema, para la persecución de este tipo de delitos, se encuentra en la poca preparación por parte de los representantes del Ministerio Público para combatir de forma adecuada estas conductas, y ello básicamente por el hecho que en la práctica se observa la deficiente tipificación del acto de administración desleal como delitos de hurto, apropiación ilícita, y estafa entre otros.

Es la importancia de una correcta administración sobre el patrimonio de la persona jurídica, la que ha llevado a realizar un análisis jurídico relacionado a las conductas desleales de los administradores.

2.1. Insuficiencia de los tipos penales clásicos

La doctrina penal guatemalteca, solicita la creación de un tipo penal específico relacionado a la conducta desleal del patrimonio ajeno, específicamente del patrimonio de la persona jurídica, ya que los tipos penales clásicos no fueron capaces de englobar el desvalor de esas conductas.

Antes de que existiera una regulación penal específica del delito de fraude en la administración de personas jurídicas, se trataba de manera ineficaz, de encajarles en el

delito de estafa; el cual no cubría de manera adecuada los elementos constitutivos de una administración desleal.

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

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

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

El tipo penal de la estafa requiere que el autor induzca al sujeto pasivo, mediante engaño, a realizar una disposición patrimonial perjudicial, en la que no hay engaño sino

defraudación de una relación de confianza respecto de un sujeto que no tiene que efectuar ninguna disposición patrimonial pero que ha otorgado, en confianza, poderes a otro para que las realice.

Ambos delitos, defraudan distintas expectativas normativas, y los delitos societarios por el contrario, no precisan de tal engaño ni error, y por ende, tampoco son una posición patrimonial alguna. En los mismos, el sujeto activo, abusando de las funciones propias del cargo; ocasiona un perjuicio evaluable.

Cada uno de esos injustos anotados, se construye sobre las bases de los diferentes desvalores de acción.

En base a lo anotado, se encuentra que el bien jurídico protegido en ambos delitos es distinto, siendo que en el delito de estafa lo que se busca es proteger la expectativa que terceros, y entonces no los harán caer en error por medio del engaño, para apropiarse de sus bienes; generándoles perjuicios evaluables económicamente.

En el delito de fraude en la administración desleal del patrimonio ajeno de la persona jurídica, la expectativa protegida es la de que los administradores, aprovechándose de la confianza que se deposita en ellos, no abusarán de sus poderes generando perjuicios al patrimonio de la persona jurídica, de los accionistas o de terceros que se encuentren relacionados con ella.

2.2. Elementos típicos del delito de administración desleal del patrimonio ajeno

Es fundamental el estudio, y campo de actuación de las conductas desleales que se desarrollan dentro de una persona jurídica, la cual no necesariamente tiene que intervenir en el mercado, descartando de esa forma, su campo de aplicación, y a las personas jurídicas de derecho público, debido a que la conducta de administración desleal del patrimonio de persona jurídica es perteneciente al Estado y se tienen que sancionar penalmente los delitos contra la administración pública guatemalteca.

Previo a desarrollar cual es el bien jurídico protegido por la norma en estudio, se tiene necesariamente que aclarar que el delito de fraude en la administración de persona jurídica; no se limita a los delitos societarios.

Los delitos societarios, se encuentran pensados en la administración desleal del patrimonio de sociedades mercantiles en personas jurídicas que intervienen en el mercado de forma permanente, ya sea para ofrecer productos o comprar bienes.

Por ende, el bien jurídico protegido es el patrimonio de la persona jurídica. El desvalor de la conducta se encuentra en administrar de forma desleal un patrimonio ajeno; generando con ello un perjuicio para terceros.



Otro sector de la doctrina, considera como bien jurídico penal protegido, a parte del patrimonio social, al orden socioeconómico, ya que a su entender la conducta delictiva se enmarca dentro de una sociedad mercantil, proyectada al mercado; demostrando con ello su relevancia para el sistema económico.

El derecho penal, no protege directamente bienes jurídicos, sino expectativas de conductas institucionalizadas, es decir normas jurídico-penales; las cuales son esenciales para el desarrollo personal en sociedad.

Ello, debido a que cada tipo penal recoge una expectativa normativa de conducta básica para el funcionamiento del sistema social, que al mismo tiempo; solamente puede ser defraudada mediante una conducta que sea capaz de desautorizar la vigencia en la norma.

El derecho penal tiene como finalidad mantener la configuración social, lo cual se logra con la pena.

Las personas al interactuar en la sociedad tienen conocimiento, en base a las normas jurídicas, cuales son los deberes y derechos que tiene cada cual dentro de la sociedad, siendo el deber más genérico el de no dañar la esfera de libertad de terceros de esa forma, si un tercero comunica a la sociedad, en base a su delito; en donde el patrón de conducta señalado es el mensaje de su conducta.



Por ende, es responsabilidad de cada uno en cuanto persona, cumplir con lo establecido por la norma, debido a que gracias a la norma jurídica se pueden disfrutar verdaderamente de las libertades, y ello es una situación que no ocurre si se entendiera a la sociedad de forma cognitiva.

En base a lo anotado, se parte de una sociedad en la cual existen normas encargadas de la regulación de los deberes y derechos; los cuales son protegidos por el derecho penal.

Con ello, se protege con el tipo penal de fraude en la administración de la persona jurídica la expectativa de conducta de que el administrador no abusará de las facultades que le hayan sido conferidas, en base a la confianza que se deposita sobre él, para perjudicar patrimonialmente a la empresa; sus accionistas o a terceros relacionados con ella.

El derecho penal protege la configuración de una sociedad determinada, configuración que tiene su base en la expectativa de conductas institucionalizadas, que no son otra cosa que normas jurídicas, las cuales a su vez se dirigen a la sociedad; más no al individuo.

El derecho penal no puede proteger bienes jurídicos, porque su intervención no tendrá razón de ser, ya que cuando aparece el derecho penal los bienes ya se encuentran lesionados o puestos en peligro; no pudiendo restituir al estado anterior al delito.

Las normas jurídicas permiten la realización de los contactos sociales, interactuando en base a la vigencia de normas. Cuando una persona defrauda esa expectativa normativa aparece el derecho penal para reestabilizarla, es decir la pena no tiene ninguna incidencia sobre la persona, sino sobre la sociedad, debido a que le dice a la sociedad que las normas siguen vigentes; y son por las mismas por donde se deben conducir.

El administrador tiene que procurar que dentro del cumplimiento de sus funciones, no se derive ningún daño referente a las esferas de libertad de terceros; así como evitar que terceras personas lesionen el patrimonio de la persona jurídica.

Por otro lado, los deberes que pesan sobre las personas son de dos formas: deberes generales y deberes especiales. Los primeros, hacen referencia a lo antes señalado, o sea, a que las personas tienen toda la libertad de utilizar como quieran su ámbito de libertad; pero procurando no dañar las esferas de libertad de otras personas.

Mientras que los segundos, no solamente tienen el deber de no dañar a otros, sino que también en base al vínculo que nace con el bien, deben fomentar el desarrollo del mismo; así como también protegerlo de ataques a terceros.

El delito de fraude en la administración del patrimonio de la persona jurídica ha sido configurado como delito especial propio, entendiéndose por ello a que solamente determinados sujetos pueden llevar a cabo una conducta delictuosa, ello debido a la

cercanía que tienen con el objeto del delito; que consiste en el patrimonio del administrado.

Por ende, en principio solo los administradores pueden ser autores del delito en estudio. Siendo que los terceros, que no cuentan con los elementos especiales del tipo, no pueden ser partícipes.

Por ello, solamente pueden ser administradores las personas que posean ese estado en la persona jurídica, pudiendo de esa forma disponer de los bienes que conforman el patrimonio social, y se trata de sujetos con determinada capacidad para la toma de decisiones, y que, por ende, al llevar a cabo los comportamientos descritos incumplen con los deberes que tienen asignados como consecuencia de su estado en la sociedad.

La defraudación no puede ser cometida por cualquier persona, ya que el tipo penal se encarga de describir quienes son los únicos que pueden cometer el delito, haciendo con ello referencia al administrador o representante.

Siendo, originalmente, ellos los únicos que pueden cometer el delito, es decir que la redacción del tipo penal tiene como presupuesto los delitos especiales propios.

Los delitos especiales se encuentran fundamentados en condicionamientos formales establecidos por el legislador, y los fundamentos de punibilidad son los delitos de dominio y los delitos de infracción de un deber.

Por otra parte, en lo relacionado con el perjuicio patrimonial que se deriva de la administración desleal del patrimonio, el tipo penal no exige que la conducta del autor ocasione de forma material un perjuicio al patrimonio social; para que de esa forma se configure el delito.

Ello significa, que basta con poner en peligro el patrimonio, ya que el tipo penal solamente exige que se lleven a cabo las actuaciones en perjuicio de la persona jurídica o bien de terceros, pero el peligro no tiene que ser entendido como un peligro en abstracto, sino, en base a un derecho penal de *ultima ratio*, que con la acción delictiva; tiene que existir una posibilidad que sea real de lesión del patrimonio del administrado. Es decir, que el administrador tiene que ocasionarle un peligro concreto al patrimonio.

No basta con que el agente delictivo realice la acción delictiva, sino que tiene que existir un peligro real para el patrimonio del administrado. Si no se interpreta de esa forma, se está utilizando al derecho penal de forma irracional.

“Para la configuración del tipo penal, el administrador tiene que poner en peligro concreto o lesionar el patrimonio de la persona jurídica; o de terceros vinculados a ella. Este perjuicio, debe ser entendido no sólo como la disminución del patrimonio social, sino también con la posibilidad de haber tenido un aumento del patrimonio; es decir cuando el administrador haya dejado de obtener beneficios”.¹⁵

¹⁵ Mapelli Caffarena, Juan. **Las consecuencias jurídicas del delito**, pág 92.

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

Para la configuración del tipo penal, se requiere que el sujeto activo haya hecho uso del patrimonio de la persona jurídica; abusando de sus facultades.

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

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

El ejercicio de la acción penal en este delito es público, con lo cual se posibilita que cualquier persona, por medio de una acción popular; pueda efectivamente denunciar de manera directa el delito.

También, una vez comenzado el proceso penal, cabe la posibilidad de hacer uso del mecanismo de simplificación procesal del principio de oportunidad o del acuerdo reparatorio, los cuales de alguna manera permiten que el imputado y el agraviado

lleguen efectivamente a un acuerdo en relación a la reparación por el delito.

2.3. Acción delictiva

En relación al criterio material de imputación penal, existen en el derecho penal dos criterios de imputación, por un lado se encuentran los delitos de dominio, infracción del deber general de no lesionar las esferas de libertad de terceros, resumido en el respeto; y los delitos de infracción del deber, deber institucional de no lesionar o dejar que lesionen el bien puesto en custodia y, sobre todo, el deber de fomentar la relación con el bien.

La diferencia entre los delitos de dominio, y los delitos de infracción de un deber especial, se derivan de la base o estructura social sumida por la configuración penal correspondiente.

El criterio de imputación es el delito de dominio, siguiendo este aspecto básicamente con la teoría del dominio social típico. Esta posición señala que solamente podrán imputar al administrador el delito, cuando tenga un dominio sobre la afectación al bien jurídico-patrimonio.

Es decir, solamente cuando el administrador tenga un dominio sobre el hecho; y ello engloba perfectamente las características del criterio de imputación.

Ello, favorece a la persecución penal que versa en estos delitos, pues se puede imputar el hecho delictivo a los administradores que, en conocimiento, no han querido regularizar su estado jurídico con la persona jurídica, y de esa forma no aparecen propiamente como administradores formales; tratando de evitar así la acción de la justicia.

Con lo anotado, se posibilita que se pueda imputar la afectación del patrimonio de la persona jurídica a la persona que materialmente administra el patrimonio.

El otro criterio de imputación, se encuentra en la comisión del delito en base a la infracción de un deber especial. Al administrador, se le ha otorgado una facultad de uso y disposición sobre los bienes de la persona jurídica bajo la confianza especial de su uso; para la consecución de los fines sociales y no para los personales.

El administrador, se encuentra en dos posiciones distintas a la hora de administrar el patrimonio de la persona jurídica. El primero, es el caso de la relación del administrador con terceras personas distintas a la persona jurídica; y allí el administrador abusa de las facultades conferidas por la sociedad, para perjudicar a personas relacionadas con la persona jurídica, siendo el criterio de imputación la infracción del deber negativo, y del delito de dominio. En tanto que en el segundo caso, la conducta del administrador se fundamenta en la infracción de un deber de fidelidad patrimonial.

El administrador hace uso indebido del patrimonio de la persona jurídica para perjudicar a un tercero, no puede ser sancionado por el tipo penal en análisis, pues el desvalor de la conducta esta relacionada a la afectación directa del patrimonio de la persona jurídica.

Los delitos de infracción de deber, se caracterizan porque para poder asumir los deberes institucionales se tienen que hacer determinados actos formales regulados en normas extrapenales; por ello, el contenido de los deberes institucionales son establecidos a su vez por la misma norma extrapenal.

2.4. Formas de administración desleal del patrimonio

El delito es cometido por los posibles sujetos activos de delito, administrador o representante, pues propiamente comete este delito el administrador y no el socio, pues en puridad; el socio tiene como función tomar acuerdos.

Los delitos de administración desleal de patrimonio de la persona jurídica, han sido divididos en dos tipos: el tipo de abuso, que protege al patrimonio del administrado en las relaciones externas, es decir, en las relaciones jurídicas obligacionales contraídas por el administrador con terceros a cargo del patrimonio del administrado; y el tipo de infidelidad, que protege las relaciones internas, es decir, entre el administrador y la sociedad; frente a los perjuicios que pueda causar el administrador por infracción de sus deberes.

La jurisprudencia engloba a los delitos de apropiación indebida, como si fueran delitos de administración desleal. Para la configuración del ilícito penal de fraude en la administración de persona jurídica, uso indebido del patrimonio, basta con el abuso de funciones del administrador; y el consecuente perjuicio para la persona jurídica.

La relevancia de la delimitación del delito de administración desleal del delito de apropiación ilícita, no solamente permite resolver cuestiones dogmáticas, sino problemas prácticos.

2.5. Creación del tipo penal

La conducta delictiva del administrador, no tiene porque limitarse solamente a personas jurídicas, sino todo lo contrario al centro de imputación, administración desleal, y también puede llegarse a cabo sobre el patrimonio de un particular, lo cual es una situación que no se encuentra regulada en la legislación penal.

La administración desleal del patrimonio no es propiedad exclusiva de las personas jurídicas, aunque aquí es donde tiene un mayor desarrollo, sino que también del patrimonio de particulares.

No existe ninguna razón, para que la administración desleal no se haga sobre el patrimonio de una persona natural. La defraudación de expectativa pesa sobre la administración desleal del patrimonio; sea social o personal.

Esta limitación, lleva al inconveniente de que si el administrador al hacer un uso indebido del patrimonio de un particular, genera perjuicios patrimoniales y no puede ser sancionado penalmente, debido a que su conducta no se encuentra tipificada, primero, en el delito de apropiación indebida, porque no existe apropiación; y segundo, tampoco podría ser sancionado por el delito de fraude en la administración de persona jurídica, dejando así un vacío de punibilidad. Una solución al problema es, la propuesta de establecer un tipo penal general de administración desleal del patrimonio ajeno.

CAPÍTULO III

3. Efectividad del capital social

“La intervención de las personas jurídicas en el tráfico mercantil, es bastante común en la sociedad guatemalteca y consecuentemente, estas personas jurídicas son cada vez más relevantes en el derecho penal económico”.¹⁶

Debido a ello, una buena parte de tipos penales económicos se cometen mediante una persona jurídica, y por ende, en la legislación penal existen problemas para su aplicación; debido a que no siempre se adapta a las actividades delictivas de personas jurídicas.

Es fundamental, la observancia de los principios propios del derecho penal como lo son el principio de legalidad, de intervención mínima, de proporcionalidad y culpabilidad, así como una naturaleza fragmentaria de los mismos para proveer.

Es necesaria la existencia de una nueva normativa penal de suficiente fundamento político criminal que le garantice, suficiente autonomía dentro del derecho penal, de tal forma que se separe perfectamente de los actos ilícitos tanto de carácter administrativo como mercantil.

¹⁶ Guardiola Lago, María Jesús. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas**, pág 88.

El problema se centra, en definir quién es el autor y quiénes son los partícipes en esta clase de delitos, muy especialmente si se trata de una empresa transnacional, que tiene muchas sucursales, o bien es propietaria de otras sociedades. Las personas jurídicas, especialmente las sociedades, que son dueñas de las empresas y basan su actividad, entre otras, en los siguientes tres principios:

- a) Distribución del trabajo o nivel de competencias: la actividad delictiva de las organizaciones lícitas o ilícitas, es llevado a cabo por distintas personas, generalmente a través de actos parciales; que pueden ser o no sucesivos.
- b) Jerarquía: las empresas son organizaciones jerárquicas, o sea que tienen existencia personas que mandan y otras que obedecen; y esas órdenes no siempre son razonadas.
- c) Se comparte la información: el flujo de información que se comparte es bajo el principio de necesidad de saber, o sea que la información que fluye mediante los canales de mando, puede ser nula, parcial, total o inclusive no verdadera.

3.1. Importancia de proteger el patrimonio y el capital social

El Código de Comercio de Guatemala, contiene normas que aseguran la efectividad del capital social y la integridad del mismo a través de los siguientes artículos:

El Artículo 15 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Legislación aplicable. Las sociedades mercantiles se registrarán por las estipulaciones de la escritura social y por las disposiciones del presente Código.

Contra el contenido de la escritura social, es prohibido a los socios hacer pacto reservado u oponer prueba alguna".

El Artículo 17 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Registro. El testimonio de la escritura constitutiva, el de ampliación y sus modificaciones, deberá presentarse al Registro Mercantil, dentro del mes siguiente a la fecha de la escritura".

El Artículo 27 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Aportaciones no dinerarias. Los bienes que no consistan en dinero, aportados por los socios, pasan al dominio de la sociedad, sin necesidad de tradición y se detallarán y justipreciarán en la escritura constitutiva o en el inventario previamente aceptado por los socios, el que deberá protocolizarse.

Si por culpa o dolo se fijare un avalúo mayor del verdadero, los socios responderán solidariamente a favor de terceros y de la sociedad, por el exceso del valor que se hubiere asignado y por los daños y perjuicios que resulten, quedando asimismo obligados a reponer el faltante.

Son admisibles como aportaciones los bienes muebles o inmuebles, las patentes de invención, lo estudios de prefactibilidad y factibilidad, los costos de preparación para la

creación de la empresa, así como la estimación de la promoción de la misma, siempre que fueren expresamente aceptados en su justipreciación, conforme lo establece el primer párrafo.

No es válida como aportación la simple responsabilidad por un socio. Los socios quedan obligados al saneamiento de lo que aporten a la sociedad”.

El Artículo 30 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Responsabilidad de los socios. En las sociedades las obligaciones sociales se garantizan con todos los bienes de la sociedad y únicamente los socios responden con sus propios bienes en los casos previstos especialmente en este Código.

El nuevo socio de una sociedad responde, según la forma de ésta, de todas las obligaciones sociales contraídas antes de su ingreso, aún cuando se modifique la razón social o la denominación de la sociedad.

El pacto en contrario no producirá efecto en cuanto a terceros”.

El Artículo 35 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Utilidades no causadas. Queda prohibida la distribución de utilidades que no se hayan realmente obtenido conforme el balance general del ejercicio.

Aparte de las utilidades del ejercicio social recién pasado, también se podrán distribuir las utilidades acumuladas de ejercicios anteriores.

Los administradores que autoricen pagos en contravención de lo anterior y los socios



que los hubieren percibido, responderán solidariamente de su reintegro a la sociedad, lo que podrá ser exigido por la propia sociedad, por sus acreedores y por los otros socios”.

El Artículo 36 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Reserva legal. De las utilidades netas de cada ejercicio de toda sociedad, deberá separarse anualmente el cinco por ciento como mínimo para formar la reserva legal”.

El Artículo 71 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Aportación íntegra del capital. El capital de la sociedad debe ser aportado íntegramente al constituirse, por uno o más socios comanditarios o por éstos y por socios comanditados”.

El Artículo 81 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Aportación íntegra del capital. No podrá otorgarse la escritura constitutiva de la sociedad, mientras no conste de manera fehaciente que el capital ha sido íntegra y efectivamente pagado.

Si se otorgare la escritura constitutiva sin esa circunstancia, el contrato será nulo y los socios serán limitada y solidariamente responsables de los daños y perjuicios que por tal razón se causaren a terceros”.

El Artículo 89 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Capital autorizado. El capital autorizado de una

sociedad anónima es la suma máxima que la sociedad puede emitir en acciones, sin necesidad de formalizar un aumento de capital. El capital autorizado podrá estar total o parcialmente suscrito al constituirse la sociedad y debe expresarse en la escritura constitutiva de la misma”.

El Artículo 203 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Aumento o reducción de capital. El aumento o reducción del capital social deberá ser resuelto por el órgano correspondiente, en cada una de las sociedades en la forma y términos que determina su escritura social, cuya resolución incluirá el monto del aumento o reducción y la forma de pago”.

El Artículo 205 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “En sociedades de responsabilidad limitada. En las sociedades de responsabilidad limitada no podrá otorgarse la escritura de aumento de capital, si no consta de manera fehaciente que la ampliación del capital ha sido íntegra y efectivamente pagada”

El Artículo 206 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Registro del aumento. La resolución del aumento de capital se elevará a escritura pública y se inscribirá en el Registro Mercantil”.

El Artículo 211 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Inscripción. La resolución de reducción de capital

deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Para el trámite deberá presentarse acta notarial en la que se transcriba la respectiva resolución y la declaración de cumplimiento de la obligación mencionada en el segundo párrafo del Artículo anterior”.

3.2. El patrimonio suficiente y el capital mínimo

El principio de capital mínimo que rige al capital social, no tiene como función asegurar un patrimonio suficiente en atención al nivel de riesgo de las actividades de la sociedad, a excepción tal vez de las entidades bancarias y aseguradoras. La tendencia de actualidad, consiste en brindar protección al patrimonio social, no solamente a las actividades riesgosas desde la empresa hacia ámbitos externos, sino también de actividades de administración fraudulenta que se llevan a cabo dentro de la empresa, las cuales no solamente pueden afectar su patrimonio, sino pueden poner en riesgo a todas aquellas personas físicas o jurídicas que tienen acreedurías con la misma; o que son afectadas por su falta de solvencia financiera.

3.3. Concepto de derecho penal económico

“Es el conjunto de normas jurídico penales, que protegen el orden económico, entendido como la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía de un país”.¹⁷

¹⁷ Bacigalupo, Ob. Cit., pág 109.

El concepto de derecho penal económico, clasifica de acuerdo a los sujetos con quienes se relaciona. En su relación con el Estado u otros Estados, aparecen los delitos fiscales, el contrabando, y la defraudación tributaria, el blanqueo de capitales; y los de corrupción en transacciones comerciales internacionales.

En su relación con otras empresas, surgen los delitos contra la propiedad industrial, contra la propiedad intelectual, espionaje y revelación de secretos industriales.

Con los trabajadores, las empresas pueden incurrir en imposición de condiciones ilegales de trabajo, impedimento de sindicalización, inmigración ilegal y otros. En su relación con consumidores e inversores, afloran los delitos de publicidad engañosa, facturación fraudulenta, desabastecimiento, y delitos bursátiles.

En su relación con el entorno ambiental, se encuentran los delitos y faltas ambientales, contaminación, delitos urbanísticos, delitos contra el patrimonio histórico y cultural. Dentro de la empresa y hacia la empresa, los administradores y socios pueden incurrir en negocios fraudulentos en beneficio propio o de sus allegados, beneficios extra-abundantes en beneficio propio; y daño al patrimonio social.

3.4. Daños, efectos y características de la delincuencia económica

“Al fenómeno relativo a la delincuencia económica, se le denomina delincuencia del empresario, delincuencia de cuello blanco y delincuencia profesional, sin embargo estos

términos aunque se refieren a algunos delitos de carácter económico, no engloban a todas las conductas ilícitas que tienen su origen o su efecto en el orden económico”.¹⁸

a) Daños materiales: por una parte, se encuentran los daños materiales que se producen como consecuencia de su actividad en el campo económico y financiero, que en algunos países superan aquellos que se producen por toda la delincuencia combinada, siendo también el caso de la sociedad guatemalteca en donde la quiebra de bancos y de varias entidades financieras; han permitido la pérdida de bastante dinero tanto para el Estado como para los particulares.

También, es de importancia señalar el contrabando, la piratería, y otros delitos cuyos daños tienen su impacto en otros bienes jurídicos como la vida, la salud, la integridad, y ejemplo de ellos son los daños producidos por alimentos que se encuentran en mal estado o vencidos; así como medicinas falsas o de mala calidad.

b) Daños inmateriales: son aquellos difíciles de evaluar económica o patrimonialmente, pero que efectivamente existen y lesionan la vida de los miembros de la sociedad guatemalteca. Ello, es referente a la pérdida de la confianza en el tráfico mercantil, a la deformación del equilibrio del mercado y a la eliminación de la competencia.

c) Otros efectos dañinos: siendo los mismos, los que a continuación se dan a conocer:

¹⁸ Gómez Benitez, José Manuel. **Delitos societarios y derecho penal económico**, pág 77.

- Espiral: cuando en un mercado de fuerte competencia, se han agotado las posibilidades legales de lucha, el primero que delinque presiona al resto para contar con el mismo nivel de competitividad; y ello obliga a los demás competidores a delinquir para obtener iguales ventajas. Esa conducta se contagia, y los delitos económicos crecen tanto que la sociedad los ve como normales; y el transgresor ya no es visto como delincuente.

- Reacción en cadena: en un delito de elevados daños económicos, el perjudicado constituye el primer eslabón de una cadena de problemas que afectan el mercado, tales como la suspensión o retraso en los pagos; en las quiebras o en la recesión económica.

- Poder corruptor: el poder corruptor de los delincuentes económicos, abarca negativamente las raíces de la administración pública.

3.5. Teorías criminológicas

Es de importancia el estudio de las siguientes teorías:

- a) Teorías psicológicas: el delincuente económico es un individuo materialista, egocéntrico y narcista, dotado de un gran dinamismo y audacia, es inteligente, no es violento; pero es de gran peligrosidad social porque utiliza su inteligencia sin escrúpulos. En lo superficial, aparece como ciudadano honorable, pero carente de la conciencia de culpabilidad.

El delincuente en estudio, se ve asimismo como empresario exitoso y audaz; y en determinadas ocasiones el público en general lo ve de igual manera.

b) Teorías que parten de la orientación sociológica: se encuentran fundamentadas, en las teorías que parten del concepto de que el delito económico tiene sus raíces en la sociedad. Dentro de las mismas, es de importancia señalar las siguientes:

- Teoría de la asociación diferencial: esta teoría se separa por completo de las teorías psiquiátricas, así como a los delincuentes económicos de sus raíces socio económicas.

El delito se aprende a lo largo de un proceso de interacción con los demás, y la teoría se sustenta en los siguientes puntos: el comportamiento criminal se aprende, no se hereda y se aprende en un proceso de comunicación con los demás y por medio de relaciones personales; el aprendizaje comprende la técnica, los móviles, frecuencia, razones y actitudes; la asociación diferencial puede variar en intensidad, frecuencia, tiempo o prioridad; el proceso de formación criminal, es idéntico a cualquier otro proceso de formación; y el comportamiento criminal, no se explica solamente con las necesidades y valores.

- Teoría de la anomia: para esta teoría, el delito es algo normal en la sociedad. Lo anormal, consiste en la disminución o aumento brusco del mismo. “La anomia es el derrumbamiento de las normas jurídicas que se encuentran vigentes, en donde la

delincuencia económica, se explica en función de la intensidad de los fines individualmente perseguidos, del grado o intensidad con que se quieren realizar y las posibilidades legítimas o ilegítimas que tiene el sujeto para conseguirlos”.¹⁹

- Teoría del etiquetamiento: se basa, en que una vez un individuo es etiquetado como delincuente de forma pública en la sociedad guatemalteca, entonces el mismo continúa delinquir principalmente dentro de un grupo desviado en donde hace contactos, aprende nuevas técnicas para delinquir, racionaliza su conducta; y por último finaliza su carrera criminal.

3.6. Factores personales

Doctrinariamente, se pueden señalar los siguientes factores personales del delincuente económico:

- a) Pertenencia a altas capas sociales: siendo su imagen de honorabilidad la que se encarga de facilitar las relaciones de poder e influencia; las cuales se utilizan para la consecución de sus intereses.

- b) La inteligencia y habilidad: les ayudan a evitar ser descubiertos o perseguidos penalmente, presentando el hecho como persecución; o atribuyendo el hecho a terceros.

¹⁹ Neto Martín, Adán. **El delito de administración fraudulenta**, pág 95.

c) La peligrosidad: es proveniente tanto de la lesividad del hecho, como también de sus circunstancias personales. No se duda en la comisión del hecho, si se cree que se puede eludir la prisión.

d) Se encuentran conscientes de la ilegalidad de sus actos, pero no los toman en consideración, y se encargan de la creación de empleos o bien aumentan las exportaciones.

e) La situación económica o social del autor: le permite la obtención de los medios necesarios para poder evadir la justicia, o bien para defenderse en los tribunales de forma exitosa.

3.7. El delito económico

“Delito económico es la infracción que afecta a un bien jurídico patrimonial, y lesiona o pone en peligro, la regulación de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”.²⁰

“El delito económico es la infracción jurídico penal que lesiona o pone en peligro la regulación jurídica del intervencionismo en la economía”.²¹

²⁰ Bacigalupo. **Ob. Cit.**, 134.

²¹ **Ibid**, pág 137.

El derecho penal tiene como finalidad, la protección de bienes jurídicos, castigando la lesión a los mismos o cuando son puestos en peligro. Pero, con la denominación derecho penal moderno, se alude a las nuevas regulaciones jurídico-penales que se extienden a nuevos ámbitos o formas de conducta que difieren de los tradicionales contenidos en los códigos y leyes penales, inclusive adelantando la barrera de punición hacia condiciones de peligro concreto; e inclusive de peligro abstracto o presunto.

El derecho penal moderno, puede encontrarse en oposición con el derecho penal y con las garantías y principios básicos sentados por este derecho, entrando con ello en conflicto con los principios de subsidiariedad, *ultima ratio*, e intervención mínima del derecho penal.

Dentro del campo de la administración del patrimonio ajeno, es evidente que todo administrador tiene el deber de administrar con lealtad, no perjudicando el patrimonio cuya administración tiene encomendada. Los deberes generales que corresponden a los administradores, sean de personas jurídicas, o de personas individuales distinguen dos grandes grupos de deberes: los primeros, relativos a los deberes de diligencia o de cuidado; y segundo, los deberes de lealtad.

Solamente el incumplimiento de los deberes de lealtad reúne el suficiente grado de intorelabilidad por parte de la sociedad, como para merecer una respuesta penal.

La falta de cuidado en la gestión puede tener repercusiones en el patrimonio

administrado, pero por el principio de proporcionalidad, no es lógico que deba tener sanciones en el campo penal, sino más bien en el ámbito privado, o en el laboral.

El Código de Comercio de Guatemala, no distingue de forma clara entre unos y otros deberes, debido a que lo que hace es establecer un conjunto de deberes propios al cargo de administrador; pero sin aclarar cuales son los deberes de cuidado o de lealtad.

De esa forma, el Artículo 170 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Beneficios ajenos a los negocios sociales. Todo administrador que por razón de serlo derive alguna utilidad o beneficio personal ajeno a los negocios sociales, deberá manifestarlo al consejo de administración o a la asamblea general en el caso de ser administrador único, para que se tomen las resoluciones pertinentes. De no hacerlo podrá ser obligado a integrar al patrimonio de la sociedad tal beneficio o utilidad y además será removido de su cargo”.

El Artículo 171 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Responsabilidad general. El administrador responderá ante la sociedad, ante los accionistas y ante los acreedores de la sociedad, por cualquiera de los daños y perjuicios causados por su culpa. Si los administradores fueren varios, la responsabilidad será solidaria.

Estarán exentos de tal responsabilidad los administradores que hayan votado en contra de los acuerdos que hayan causado el daño, siempre que el voto en contra se consigne en el acta de la reunión”.

El Artículo 172 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Responsabilidad específica. Además, los administradores serán también solidariamente responsables:

1. De la efectividad de las aportaciones y de los valores asignados a las mismas, si fueren en especie.
2. De la existencia real de las utilidades netas que se distribuyen en forma de dividendos a los accionistas.
3. De que la contabilidad de la sociedad se lleve de conformidad con las disposiciones legales y que ésta sea veraz.
4. Del exacto cumplimiento de los acuerdos de las asambleas generales”.

El Artículo 183 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Solidaridad de administradores y gerente. Aunque el gerente haya sido designado por la asamblea general, corresponde a los administradores la dirección y vigilancia de su gestión y responderán solidariamente con él de los daños de que su actuación ocasione a la sociedad, si hubiere negligencia grave en el ejercicio de esas funciones”.

“Derivado del principio de legalidad, es necesario saber con razonable exactitud, qué deberes pueden dar lugar, en caso de incumplimiento; a una eventual responsabilidad penal”.²²

²² Muñoz. **Ob. Cit.**, pág 156.

El régimen de responsabilidad de los administradores, tiene que configurarse de forma que sea tan severo con las infracciones del deber de lealtad como indulgente con las infracciones del deber de diligencia.

El deber de cuidado o deber de diligencia, exige que los administradores desplieguen un nivel de pericia en la gestión o supervisión del patrimonio para de esa forma maximizar la producción de valor; mientras que el deber de lealtad; requiere que los administradores antepongan los intereses de los accionistas a los suyos.

La infracción del deber por administradores es grave si se persiguen de forma exclusiva los fines personales, estando justificada de esa manera la intervención del derecho penal; si se produce un perjuicio al patrimonio administrado.

3.8. Normativa penal económica

El concepto de derecho económico constitucional, consiste en un conjunto de normas fundamentales que se encuentran destinadas a proporcionar un marco jurídico esencial, para la estructura y para el funcionamiento de la actividad económica, y para el orden y proceso económico del país.

La expresión de derecho económico constitucional anotada es reciente, debido a que las constituciones liberales del siglo XIX contenían solamente escasas referencias al derecho de propiedad; dejando el resto de la vida económica al juego natural de las fuerzas del mercado.



La Constitución Política de Guatemala, recoge el derecho constitucional en forma general; en la regulación del derecho de propiedad.

La Constitución Política de la República de Guatemala regula en el Artículo 39: “Propiedad privada. Se garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana. Toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley.

El Estado garantiza el ejercicio de este derecho y deberá crear las condiciones que faciliten al propietario el uso y disfrute de sus bienes, de manera que se alcance el progreso individual y el desarrollo nacional en beneficio de todos los guatemaltecos”.

La Constitución Política de la República de Guatemala regula en el Artículo 41: “Protección al derecho de propiedad. Por causa de actividad o delito político no puede limitarse el derecho de propiedad en forma alguna. Se prohíbe la confiscación de bienes y la imposición de multas confiscatorias. Las multas en ningún caso podrán exceder del valor del impuesto omitido”.

La normativa citada, incorpora también un apartado específico para el régimen económico y social del país, normando en el Artículo 118 y es el relacionado con los principios de justicia social en que se funda el mismo e indicando que es obligación del Estado orientar la economía nacional para de esa forma incrementar la riqueza, tratar de lograr el pleno empleo y la equitativa distribución del ingreso nacional.

La Constitución Política de la República de Guatemala regula en el Artículo 119:

“Obligaciones del Estado. Son obligaciones fundamentales del Estado:

- a. Promover el desarrollo económico de la Nación, estimulando la iniciativa en actividades agrícolas, pecuarias, industriales, turísticas y de otra naturaleza.
- b. Promover en forma sistemática la descentralización económica administrativa, para lograr un adecuado desarrollo regional del país.
- c. Adoptar las medidas que sean necesarias para la conservación, desarrollo y aprovechamiento de los recursos naturales en forma eficiente.
- d. Velar por la elevación del nivel de vida de todos los habitantes del país procurando el bienestar de la familia.
- e. Fomentar y proteger la creación y funcionamiento de cooperativas proporcionándoles la ayuda técnica y financiera necesaria.
- f. Otorgar incentivos, de conformidad con la ley, a las empresas industriales que se establezcan en el interior de la República y contribuyan a la descentralización.
- g. Fomentar con prioridad la construcción de viviendas populares, mediante sistemas de financiamiento adecuados a efecto que el mayor número de familias guatemaltecas las disfruten en propiedad. Cuando se trate de viviendas emergentes o en cooperativa, el sistema de tenencia podrá ser diferente.
- h. Impedir el funcionamiento de prácticas excesivas que conduzcan a la concentración de bienes y medios de producción en detrimento de la colectividad.
- i. La defensa de consumidores y usuarios en cuanto a la preservación de la calidad de los productos de consumo interno y de exportación para garantizarles su salud, seguridad y legítimos intereses económicos.
- j. Impulsar activamente programas de desarrollo rural que tiendan a incrementar y

diversificar la producción nacional con base en el principio de la propiedad privada y de la protección al patrimonio familiar. Debe darse al campesino y al artesano ayuda técnica y económica.

- k. Proteger la formación de capital, el ahorro y la inversión.
- l. Promover el desarrollo ordenado y eficiente del comercio interior y exterior del país, fomentando mercado para los productos nacionales.
- m. Mantener dentro de la política económica, una relación congruente entre el gasto público y la producción nacional.
- n. Crear las condiciones adecuadas para promover la inversión de capitales nacionales y extranjeros”.

Estos intereses, son los que el derecho penal económico protege con el nombre de bienes jurídicos.

Gran parte de esos intereses son de la categoría de los intereses colectivos difusos, debido a que en varios de esos intereses se acentúa la función social.

En el ámbito económico penal, son esos intereses colectivos difusos, los que cobran relevancia representados en la protección que la Constitución Política de la República de Guatemala proporciona a la familia, empresarios, trabajadores, consumidores de bienes y servicios, deudores, acreedores, etnias sociales, inversores y ahorrantes.

3.9. El delito genérico y el delito societario

Uno de los fines primordiales de la norma penal, es el de su función protectora, ya que solamente debe proteger aquellos intereses que el Estado cree que son merecedores de protección y tienen que ser tutelados a través de la norma penal, o sea, que el Estado, derivado del principio de *ultima ratio*, solamente interviene en los casos más graves de ataque a dichos intereses, que se les conoce con el nombre de bienes jurídicos.

“La autorrealización humana necesita de presupuestos existenciales que, en tanto son de utilidad para el hombre, se denominan bienes, y concretamente, en tanto son objetos de protección por el derecho”.²³

Los bienes jurídicos, son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social. A los presupuestos mínimos de desarrollo de la persona individual, se les conoce como bienes jurídicos individuales, y los que lesionan a una colectividad, se les denomina bienes jurídicos de carácter colectivo.

3.10. Bien jurídico tutelado en el delito económico

El delito económico tiene que proteger el orden económico, en el sentido estricto que se plantea en la definición correspondiente. O sea, que el Estado se encarga de

²³ *Ibid*, pág 168.

proporcionar una protección especial al orden económico como se encuentra establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, en virtud de que es un interés para que pueda desarrollarse la persona humana.

Solamente se concibe como bien jurídico, aquel que protege los intereses de los actores del orden económico y social que la Constitución Política de la República de Guatemala pretende defender tal y como lo serían los intereses particulares, colectivos y difusos.

3.11. Bien jurídico protegido en el delito societario

Los delitos societarios, son aquellos perpetrados en una sociedad comercial por sus administradores, gerentes, directores y fiscalizadores internos contra la sociedad, sus socios o terceros.

Bajo el referido término, se engloban figuras de diverso alcance, que afectan a bienes jurídicos de diversa naturaleza, y que no ofrecen más elementos en común que el de realizarse en el ámbito de actividades societarias; o de servirse de las estructuras asociativas para su ejecución.

Se trata, no de delitos cometidos mediante o a través de la sociedad, como puede ser en la utilización de la sociedad para defraudar o estafar a terceros, sino de delitos cometidos dentro de o contra la sociedad.

El Estado, se interesa en la protección del patrimonio social por el impacto que tiene en la economía, y en la persona jurídica, así como todos los elementos con los cuales ella se relaciona.

3.12. Bien jurídico protegido en el delito genérico de administración desleal del patrimonio ajeno

Este delito es el encargado de proteger el patrimonio tanto individual como social. Es decir, que el bien jurídico protegido patrimonio es referente tanto al patrimonio social como al patrimonio particular.

La normativa penal económica de la sociedad guatemalteca, se encuentra contenida principalmente el Código Penal, pero también existen leyes más específicas como lo son el Código Tributario, la Ley de Áreas Protegidas, la Ley de Lavado de Dinero y Otros Activos, Ley de Narcoactividad, Ley de Protección Ambiental, Ley de Caza, Ley Forestal, Ley contra la Defraudación y Contrabando Aduanero, Ley de Fortalecimiento a la Administración Tributaria, y de ellas se puede inferir que se ocupan de proteger determinados bienes jurídicos como lo son la fe pública y la economía nacional, el medio ambiente, y la administración pública.

Pero, no existe en el Código Penal guatemalteco tipos penales que contengan las conductas típicas del delito de administración desleal o fraudulenta que protejan el patrimonio ajeno, ya sea de patrimonios individuales o colectivos administrados por

terceros.



CAPÍTULO IV

4. Importancia de tipificar el delito de administración desleal del patrimonio ajeno para la efectividad del capital social

El delito de administración desleal del patrimonio ajeno, lo comete quien administre o supervise la administración de patrimonio ajeno o de sus frutos, sea como persona individual, o como órgano de representación de persona jurídica, o como miembro de tal órgano, sea de hecho, o de derecho, ya sea por disposición legal, por negocio jurídico, por comisión de una autoridad, por relación de confianza, o por cualquier otro título, o que de cualquier forma que se encuentre autorizado para contraer obligaciones en nombre de otro, o de disponer de sus bienes o de sus frutos; y que, abusando de la confianza o de las facultades y poderes conferidos, con conocimiento, llevan a cabo cualquier tipo de operación perjudicial al patrimonio del titular o de sus frutos, en beneficio propio o de un tercero, ya sea directa o indirectamente, o que para tal fin, lleve a cabo entre otras, cualquier de las siguientes acciones:

- a) Que contraiga obligaciones en detrimento del patrimonio.
- b) Que disponga en forma contraria al deber del dinero, de los bienes administrados o de sus frutos o de los medios y objetos que le hayan sido administrados para el cumplimiento de su mandato.

- c) Que altere las cuentas o las condiciones de los contratos.
- d) Que haga aparecer operaciones o gastos que no existen, o exagere los verdaderos.
- e) Que oculte o retenga valores.
- f) Que emplee o distraiga valores o bienes o sus frutos indebidamente.

Si el patrimonio ajeno es administrado por personas jurídicas, sin perjuicio de las penas aplicadas de conformidad con la responsabilidad individual de los administradores, socios u órganos de fiscalización, se pueden aplicar a las personas jurídicas las penas de cancelación temporal o definitiva de la personería jurídica; la cancelación temporal o definitiva de la patente de comercio; la suspensión parcial o total de actividades; el pago de costas procesales; la publicación de la sentencia; y la multa hasta por el triple del perjuicio económico causado.

4.1. Elementos del tipo

El delito de administración desleal del patrimonio ajeno tiene inmersos cuatro elementos de carácter general que lo caracterizan, siendo los mismos los siguientes:

- a) Infracción del deber de vigilancia y salvaguarda que debe tener el administrador

sobre el patrimonio que administra.

- b) Abuso de la confianza o de los poderes que hayan sido conferidos.
- c) El perjuicio patrimonial causado a la sociedad o a particulares.
- d) El conocimiento de que no está favoreciendo al patrimonio que administra.

4.2. Bien jurídico tutelado

Consiste en el patrimonio, o sea en el conjunto de bienes, derechos y obligaciones. Además, es necesario que el patrimonio ajeno sea realmente afectado por el administrador, ya sea debido a que se dispuso de bienes o frutos, o porque se dejó de percibir los que hubieran podido percibirse; o por haberse contraído obligaciones que no debieron haberse contraído.

La norma penal, se encarga de proteger la integridad de los derechos de contenido patrimonial de todos y cada uno de los titulares del patrimonio administrado, y además, el patrimonio de la colectividad, de forma que se comete el delito de administración desleal del patrimonio ajeno, cuando se perjudique, sea a la colectividad o a todos; o a alguno de los dueños del patrimonio.

4.3. Sujetos del delito

Los sujetos del delito en estudio, son los que a continuación se explican de forma breve:

a) Sujeto activo: por lo general, la ley no limita el campo de los posibles sujetos activos, sino que solamente se refiere a toda persona que lleva a cabo la acción típica.

En otras ocasiones, el Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala es el encargado de llevar a cabo la selección de determinadas personas como únicas que pueden ser sujetos idóneos del tipo, limitando de esta manera el ámbito de los posibles autores, a un grupo de personas que poseen determinadas características de tipo especial que se necesitan por la ley. Esas personas son seleccionadas por encontrarse; en especial la situación de deber en relación a los bienes jurídicos o de las conductas.

“La normativa específica que el sujeto activo es quien administra o supervisa la administración del patrimonio ajeno, permite determinar que se trata de un delito de carácter especial propio, en el cual el sujeto activo tiene que ser la persona física o jurídica que ejerza funciones de administradores o supervisor del administrador del patrimonio ajeno”.²⁴

²⁴ Castro Moreno, Abraham. **El delito societario de administración desleal**, pág 56.



El administrador puede ser ya sea de hecho o de derecho, o por disposición legal, del negocio jurídico o por comisión de una autoridad, por relación de confianza o por cualquier otro título o que de cualquier forma, el que se encuentra autorizado para contraer obligaciones en nombre de otro o de disponer de sus bienes.

Las obligaciones del administrador, son las de conducirse como empresario ordenado y como representante legal, y tienen su fundamento en la relación especial de confianza que media entre éste y el patrimonio que administra, y desde el mismo momento en que acepta su nombramiento asume el deber de fidelidad hacia su mandato.

Dentro de la normativa mercantil y la doctrina, existen administradores de hecho, quienes se definen como quien señala serlo de derecho. Se tiene que abarcar, de forma exclusiva a aquel administrador de derecho cuyo nombramiento hubiere caducado por transcurso del plazo legal.

No es suficiente para la ley penal el concepto mercantil de administrador de hecho, sino que tiene que agregarse como administrador de hecho, a quienes se encargan de gestionar patrimonios ajenos a través de las fiducias, sociedades instrumentales o personas interpuestas, y tienen que incluirse también como administradores de hecho a aquellas personas en quienes concurren las características y se encuentran encargados de garantizar el bien jurídico no sea lesionado; como los son los apoderados especiales o generales.



El administrador de derecho reza la norma en relación al administrador, que puede ser de derecho, por disposición legal, por negocio jurídico o por comisión de una autoridad, o por cualquier otro título.

La disposición anotada abarca, todas aquellas circunstancias por las que una persona puede administrar patrimonio ajeno.

En cuanto a los administradores de sociedades de derecho, tienen que remitirse a las normas mercantiles, al Código Civil, al Código Procesal Civil y Mercantil, a la Ley del Organismo Judicial y otras.

Las normas anotadas incluyen a los albaceas, tutores, fiscales y síndicos en el procedimiento de de concursos mercantiles, liquidadores de una sociedad que haya sido disuelta, administradores de los bienes del ausente, a los padres que ejercen la patria potestad y administren los bienes que pertenecen a los demás hijos, administradores de los bienes del ausente; a los padres que ejercen la patria potestad y administran los bienes que pertenecen a sus hijos, mientras sean menores de edad que no se encuentren emancipados, los padres adoptivos, los depositarios, mandatarios, los síndicos de la quiebra, administradores, tanto de personas individuales o jurídicas.

a) Por disposición legal: tal es el caso de los tutores, albaceas, mandatarios y liquidadores.

- b) Por negocio jurídico: si administran bienes ajenos derivados de negocios jurídicos.
- c) Por comisión de autoridad: depositarios, liquidadores y síndicos de quiebra.
- d) Por relación de confianza: aquellos que nacen por relaciones de confianza.
- e) Por cualquier otro título, que no se encuentren detallados en los anteriores.

4.4. Elementos de la conducta típica

“La conducta típica se consuma en el momento en que se produce un perjuicio en el patrimonio ajeno administrado por los sujetos pasivos, ya sea de persona física o jurídica y se obtiene beneficio para sí mismo o para terceros, siendo ello consecuencia de abuso de confianza; o de abuso de poder y facultad conferida al administrador”.²⁵

Existen dos supuestos o modalidades de acción, o sea dos verbos típicos o rectores, siendo los mismos el de contraer y disponer. En el primer caso, contraer obligaciones en nombre de otro y en el segundo caso, disponer de los bienes o de los frutos del patrimonio administrado. Esa opción, es la que permite distinguir que lo fundamental es la causación del perjuicio patrimonial. En la norma propuesta, se tienen que agregar los frutos del patrimonio y el supuesto que está contenido en la acción.

²⁵ Martínez Buján, Carlos. **El delito societario de administración desleal**, pág 65.

Disponer, consiste en incorporar la cosa ajena al patrimonio propio pero no en el sentido de la acción de devolver o en la significación del acto de disposición de la estafa, sino en el entendimiento de incorporación de la cosa sin ser definitivo el incumplimiento de entregar o devolver o con el ánimo de devolver o entregar.

Dentro de los actos de disposición, no tienen que entenderse solamente los que se conocen como actos dominicales o de enajenación, sino además los de posesión, uso y disfrute, que son facultades del dueño y que de forma equivocada algunos doctrinarios les asignan el nombre de usos ilícitos no dominicales, o sea, usos ilícitos a título de no dueño.

4.5. Otros delitos

El delito de administración desleal del patrimonio, se puede confundir con los siguientes delitos:

a) Delito de apropiación indebida: en la apropiación indebida, el incumplimiento de la obligación de entregar o devolver es definitiva, mientras en el delito de administración desleal, el ánimo consiste en devolver o entregar, eso sí, después de haber usado o abusado de los bienes ajenos.

Lo anterior, quiere decir que en el delito en análisis no existe obligación de entregar o devolver, o si existe, el sujeto actúa desde el principio con la finalidad de entregar o



devolver.

b) Delito de estafa: el delito de administración desleal del patrimonio ajeno, se diferencia del delito de estafa, en el sentido de que quien dispone del patrimonio ajeno es el administrador desleal que actúa en nombre de la entidad o de la persona física y por ende no puede engañarse a sí mismo.

Diferente es el caso cuando después de haber consumado el delito de administración desleal, se lleven a cabo conductas que con engaño pretendan ocultar el perjuicio patrimonial causado y que éstas a su vez, causen un perjuicio patrimonial ulterior en los términos tipificados en el delito de estafa.

4.6. Conductas que pueden tipificarse como administración desleal

Existen conductas, que pueden ser tipificadas como de administración desleal del patrimonio ajeno:

a) Comisiones pagadas a los administradores por terceros: para ellas no existe una norma contractual que obligue al administrador a devolver o entregar la comisión, por lo que no se tipifica la apropiación indebida, razón por la cual esta conducta se reduce a una deslealtad del administrador.

b) Otorgar créditos a terceros: ello es un ejemplo de administración desleal, debido a que en virtud de que el administrador no tiene la obligación de entregar o devolver tampoco; por lo que se tipifica el delito de administración indebida.

Pero, en virtud de que el patrimonio o la entidad quedan obligados y eventualmente perjudicados, por extralimitación del administrador, se tipifica el delito de administración desleal.

c) Préstamo mutuo y contrato irregular de cuenta corriente: el autopréstamo fuera de las facultades del administrador en el que desde el inicio existe intención de devolver o entregar, o de pagar, no puede tipificarse como apropiación indebida, debido a que el prestario no tiene la obligación de entregar o devolver, debido a que se convierte en propietario del dinero, teniendo como única obligación la de pagar en cantidad equivalente.

Además, no existe dificultad en subsumirlo en la conducta de disponer de manera fraudulenta el patrimonio administrado, muy especialmente cuando no se pactan intereses a los mismos; y son inferiores a los del mercado.

d) Los usos temporales que no supongan pérdida o deterioro de la cosa y las desviaciones temporales del dinero: no implican el incumplimiento definitivo de entregar o devolver, por lo que se asevera que dicha acción se convierte en delito de administración desleal; siempre y cuando hubiera perjuicio para el patrimonio

administrado.

e) Contraer obligaciones a cargo del patrimonio administrado: esta conducta tiene que entenderse, en el sentido que debe ser con abuso de las funciones propias de su cargo; en beneficio propio y en perjuicio social.

La conducta anotada tiene coincidencia con la disposición de bienes del patrimonio administrado, como gravar un bien por hipoteca o prenda, y ello constituye una modalidad de disponer del bien, mientras que los casos en que la entidad queda en calidad de deudora; constituye la conducta de contradicción de cargas.

4.7. Beneficios propios o de un tercero

En relación a la descripción que tiene que ser en beneficio propio o de un tercero, existe una implicación de ánimo de lucro, pero no únicamente y necesariamente en beneficio del administrador del patrimonio ajeno, sino que el beneficiario de la conducta puede ser una tercera persona; ya sea real o interpuesta.

Algunos administradores interponen personas en los negocios que llevan a cabo, debido a que saben que están perjudicando el patrimonio ajeno y que existe la posibilidad de que se les descubra beneficiándose a sí mismos.

En otras oportunidades, los administradores o sus allegados son dueños de otras empresas o sociedades y contratan negocios o contraen obligaciones en beneficio de sus empresas o sus allegados y en perjuicio del patrimonio que administran.

“El criterio de bienes, tiene que ser entendido a través del concepto de bienes que tiene la doctrina, en el sentido de que se trata de bienes patrimoniales en el que se tienen que incluir no únicamente los derechos de propiedad, de uso o de disfrute, sino además todos aquellos derechos de crédito, derechos de propiedad intelectual, de propiedad industrial, derechos de arrendamientos y derechos de llave”.²⁶

El cobro de comisiones por parte del administrado en operaciones de compra o venta, es salvo pacto en contrario, un acto de disposición de bienes en la sociedad guatemalteca, que ve encarecer o abaratar, dependiendo de la posición en el que se encuentre, el precio de la operación, con el enriquecimiento de su administrador. Además, de no haber mediado esa comisión, el precio de la compra hubiese sido menor y el de la venta hubiese sido mayor, con un impacto positivo o negativo en el patrimonio.

4.8. Abuso de confianza y de los poderes conferidos

Dentro del orden jurídico, se comete el abuso de confianza cuando alguien aprovecha la confianza que otro le otorga por la particular relación o vinculación que entre ellos existe, para inferirle un daño o perjuicio personal o patrimonial.

²⁶ Mayo Calderón, Belén. **La tutela de un bien colectivo por el delito societario de administración fraudulenta**, pág 81.



Deriva de la consecuencia de las relaciones jurídicas que se le imponen a una de las partes, al confiar que la otra cumplirá con la obligación que haya sido pactada. En la apropiación o retención indebida, se entrega la cosa confiando en que se tiene que cumplir con la obligación de devolver en la administración.

El abuso de los poderes conferidos, es la forma de ejercer el poder público consistente en desviarse de la finalidad que inspiró las facultades conferidas. Lo que caracteriza a las funciones del cargo, consiste en el ejercicio de los poderes de representación más allá de los límites internamente establecidos, límites que se configuran por encima del objeto social, y por la contrariedad de la operación con los intereses sociales que los administradores tienen que satisfacer y salvaguardar.

4.9. Perjuicio económico

El perjuicio económico es la privación de utilidad, provecho o lucro lícito y seguro, o al menos muy probable, causada en el patrimonio de una persona por un acto u omisión imputable a otras.

Consiste en el acto llevado a cabo, con la finalidad de causar un perjuicio a un patrimonio ajeno administrado.

Ese balance entre activo y pasivo, se lleva a cabo en todo caso, para la determinación resultante de la cuantía del perjuicio económico causado al patrimonio administrado, y no debe valorarse sobre la base de una operación aislada; sino que tiene que hacerse tomando en consideración el conjunto de todas aquellas gestiones y operaciones.

Las mismas, tienen que ser llevadas a cabo de esa forma y donde se pueda efectivamente establecer de manera explícita y con claridad, si la operación puede ser considerada de manera aislada.

También, puede existir perjuicio económico tanto en los casos en que efectivamente exista una disminución económica valuable del saldo contable; cuando exista ausencia del incremento patrimonial esperado, o cuando haya probabilidad alta de esperar ganancias y ellas no lleguen al patrimonio; o cuando el patrimonio aumenta, pero no en la cantidad o en el porcentaje que debió haber aumentado.

4.10. Relación de causalidad e imputación objetiva del delito

Para poder imputar un delito a una persona, es necesaria la determinación del momento en que la acción sea desplegada por el sujeto que ha ocasionado el resultado descrito, o no ha desarrollado una conducta que haya impedido que el suceso acaezca, debiendo haberlo hecho, o sea, cuándo ese resultado acontecido en tanto ha modificado el mundo exterior.



Como en todo delito de resultado, es necesario que exista una relación de causa efecto entre la conducta y el perjuicio o disminución patrimonial de los sujetos pasivos.

Dentro del ámbito del derecho penal, la responsabilidad penal se atribuye a quien despliega de una manera efectiva el comportamiento delictivo, de ahí que imputar la comisión del delito de administración desleal del patrimonio ajeno, al administrador único o unipersonal, no representa ningún problema, pues ellos desempeñan su cargo con autonomía y bajo su propia responsabilidad, pero, cuando la administración es colegiada o solidaria, por su composición no ocurre lo mismo; ya que se atiende exclusivamente a la condición formal de miembro de una administración colegiada.

Se puede pensar que todos sus integrantes son autores del delito, sin embargo, conforme los principios generales del derecho penal, solamente responderán penalmente por su misma conducta como autores los administradores que hayan participado en cualquiera de las etapas de su ejecución, debido a que la responsabilidad penal es individual, sin descartar que los administradores, que teniendo conocimiento de su comisión, y sin haber participado en los hechos reputados como delictuosos, no los denuncian; y responden como encubridores.

La base principal para sustentar el principio *societas delinquere non potest*, es la imposibilidad de afirmar la capacidad de acción, la culpabilidad, y la capacidad de sufrir penas por parte de las personas jurídicas.



Las condiciones de la capacidad de obrar de las corporaciones, en materia penal, no son fundamentalmente distintas de las exigidas por el derecho civil, ya que cualquier sociedad puede contratar, puede también celebrar contratos dolosos o leoninos; o no cumplir con los contratos de los que se derivan de obligaciones de dar.

La jurisprudencia ha reconocido que la acción o la omisión en el mundo de los negocios, es a menudo la de la empresa porque es ella quien vende el producto peligroso; o quien omite tomar las medidas de seguridad.

Para el efecto de la capacidad de acción de las personas jurídicas, se establecen modelos de responsabilidad: por actos u omisiones de los órganos y representantes legales jurídicamente cualificados para actuar en nombre de la empresa; responsabilizar a la persona jurídica por los actos de toda persona que actúe en nombre de la empresa o a favor de ella; el modelo ecléctico, que limita la responsabilidad; descartando las acciones que no tienen ningún poder de decisión.

Siempre será necesario que exista un hecho de conexión, ya sea en forma alternativa o cumulativa, que contemple la necesidad ya sea de que el acto cometido para la satisfacción del interés social; o que el acto haya tenido lugar en nombre y por cuenta de la persona jurídica.

4.11. Derecho penal especial para las personas jurídicas

Existe un sector doctrinal, que indica que es fundamental crear un sistema especial de responsabilidad de las personas jurídicas, por la necesidad político-criminal de dar respuesta desde el derecho penal a conductas delictivas llevadas a cabo por personas jurídicas.

Para el efecto, el sistema de imputación establece los criterios de imputación en función de una teoría de elevación de riesgo específico dentro del ámbito de la empresa, comprobando la existencia de una posición de garante de control, estableciendo que hubo una actividad de riesgo defectuosa y la realización de un riesgo típico del ámbito de la empresa; sin importar el comportamiento individual erróneo.

4.12. Autoría y participación

Es fundamental el estudio de la autoría y participación de las personas individuales o físicas y de los órganos colegiados.

a) De las personas individuales o físicas: respecto de la autoría y participación, se tienen que regir por lo indicado para los delitos especiales, propios en los que la punibilidad de la conducta se basa en la especial posición del administrador de patrimonio ajeno respecto del bien jurídico protegido.



b) De los órganos colegiados: el problema que se plantea, es cuando los sujetos activos que llevan a cabo el delito, son las sociedades que actúan como órganos colegiados.

En virtud de que la doctrina penal y mercantilista, no acepta el concepto del delito, en virtud de que el principio de culpabilidad conlleva el concepto de que la responsabilidad penal debe ser estrictamente personal, entonces deben aplicarse las reglas de autoría y la participación, en las cuales se da relevancia a la aportación individual de cada interviniente, y no excluye el que puedan ser coautores todos o algunos de los integrantes del órgano de administración.

4.13. La pena para los responsables individuales

La pena que se establece para este delito, consiste en una pena mixta de pena de prisión, multa y otras penas accesorias. En el caso de la pena privativa de libertad, se homologa al delito de hurto agravado, en virtud de que el hecho delictivo se comete por abuso de confianza.

El límite inferior de la pena, es superior a la contenida en los delitos de estafa y de apropiación indebida, y la multa es en base al triple de los perjuicios ocasionados al patrimonio.

El Artículo 42 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula como penas accesorias la inhabilitación absoluta, inhabilitación especial, comiso, expulsión de extranjeros, pago de costas y gastos procesales, publicación de la sentencia y todas aquellas que otras leyes señalen.

4.14. Necesidad de regular el delito de administración desleal del patrimonio ajeno

Es de importancia el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las cuales como cualquier persona física, pueden ser perseguidas y sancionadas penalmente por aquellos supuestos donde expresamente la ley lo prevea.

Esos supuestos, incluyen imputaciones de aquellos delitos que hayan sido cometidos en su nombre o por su cuenta y en su provecho, por quienes tienen la representación legal de la misma, así como por la responsabilidad de no haber ejercido la persona jurídica el control debido sobre sus empleados.

La responsabilidad penal de la persona jurídica, puede declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física.

Las principales penas para las personas jurídicas, prácticamente se añaden a las actuales consecuencias accesorias, incluyendo multas como regla general, tanto por cuotas como de manera proporcional, cuando pelagra la estabilidad o existencia de la



persona jurídica y por ende afecta el interés general y la inhabilitación para obtener subvenciones y subsidios o ayudas públicas y prohibición para contratar con la administración pública; y gozar de incentivos fiscales o de seguridad social.

Existen, supuestos para la atenuación de la responsabilidad penal de esas personas jurídicas, tales como la confesión, la reparación del daño y el establecimiento de medidas de control dentro de la entidad las cuales tienden a impedir que se vuelva a cometer.

En Guatemala, la parte general del Código Penal, determina las responsabilidades para los funcionarios de las personas jurídicas en el Artículo 38 en donde establece lo relativo a que las personas jurídicas tienen como responsables de los respectivos delitos a los directores, gerentes, ejecutivos, representantes, administradores, funcionarios o empleados de ellas, que hubieren intervenido en el hecho y sin cuya participación no se hubiese realizado éste.

El delito de administración desleal puede llevarse a cabo de manera omisiva, cuando por su omisión provoca el perjuicio sin la mediación de otra persona, o cuando otra persona, lleva a cabo la acción típica con la aquiescencia del omitente, que además de ser garante el bien jurídico lesionado; tiene la responsabilidad de evitar el resultado con su actuación.



No existen en la normativa penal guatemalteca tipos penales que protejan efectivamente el patrimonio de los abusos y excesos cometidos por los administradores de patrimonio ajeno en el ejercicio de su gestión.

Ante la falta de desarrollo del derecho penal económico, la opción de incluir un tipo genérico de administración desleal del patrimonio ajeno, tiene la posibilidad de proteger tanto los patrimonios sociales como individuales.

Por ende, para garantizar una mejor técnica y coordinación entre la parte general y la parte especial del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, es recomendable incluir entre el apartado de penas, y de la parte general, las correspondientes a las penas para las personas jurídicas y llamarlas consecuencias accesorias.

Puede que lleguen a existir casos, en los cuales exista dificultad en relación a dilucidar dónde comienza el ejercicio abusivo de las facultades de contraer obligaciones, cuál es el límite del deber de cuidado y dónde comienza el deber de lealtad, tal y como ocurre en las operaciones económicas de riesgo.

La regla tiene que dejar en el ámbito penal a las operaciones que involucren el ánimo de lucro y dejen por completo afuera, las que aunque son derivadas de negocios riesgosos; son ejecutadas en beneficio probable para el patrimonio administrado.

Al exigir un elemento subjetivo especial, como el ánimo de lucro, se evita la posibilidad de incluir la pura mala administración, ya que se necesita el enriquecimiento del sujeto pasivo.

El contenido criminal del delito de administración desleal del patrimonio ajeno, se da íntegramente con el conocimiento del perjuicio que se causa, y el ánimo de lucro que existe, siendo indispensable su regulación legal en la legislación penal guatemalteca; para así sancionar a los responsables de su comisión, para asegurar la efectividad del capital social.

El tipo penal de administración desleal del patrimonio ajeno, por su propio contenido es uno de los que se deben consignar en artículos especiales, porque el mismo reviste múltiples formas que basándose en el artificio, la astucia y la diversidad de medios de que se hace para lograr el enriquecimiento ilícito del sujeto activo de este ilícito.

El elemento subjetivo de la administración desleal, sea cual sea el medio empleado, es la actividad engañosa la cual debe haber sido desplegada intencionalmente, por lo que debe consistir en una maniobra subjetivamente dirigida al fin de engañar a los que poseen un patrimonio por el sujeto activo, lo cual le permite a éste tener una disposición patrimonial viciada, a partir que el engaño debe ser buscado como medio para el logro de un provecho ilícito.

Por eso es que, analizando la concreción del ilícito de administración desleal del patrimonio ajeno, la sola existencia de documentos por sí solos no son suficientes para fundamentar el fallo de condena sino es necesario entrar a conocer si se configuran los requisitos que tipifican éste tipo de ilícito.

Aunque el ilícito de administración desleal del patrimonio ajeno, es una figura dentro de las diversas formas comprendidas dentro de los delitos contra el patrimonio, para que se tipifique al igual que otros de esta clase es necesario que exista un perjuicio patrimonial; es decir que todos los hechos que entrañen la deslealtad en la administración del patrimonio ajeno impliquen, de parte del sujeto activo, maniobras o actividades ilícitas, que tienen como propósito la obtención de un provecho injusto para sí o para un tercero, en perjuicio del patrimonio ajeno; asimismo se debe configurar el ánimo de lucro y el uso de medios engañosos o fraudulentos para sorprender la credulidad o buena fe ajenas.

Tradicionalmente los elementos descriptivos que permiten determinar el tipo penal, se conciben como aquellos términos que extraen su significado directamente de la realidad de la experiencia sensible, es decir, que reproducen determinados datos o procesos corporales o anímicos y que son verificados de modo cognoscitivo por el juez.

En otras palabras, términos que contienen descripciones asequibles a la percepción sensorial y que no requieren de un juicio valorativo para su conocimiento y comprensión, porque se conocen por mera observación.

Además, si se consigue una mayor determinación y una configuración cerrada de los tipos, los elementos descriptivos permitirán una mejor delimitación de la gravedad de las conductas proscritas. De este modo, se acomodan mejor las bases para un juicio de proporcionalidad y se restringe el espacio de concreción del mismo, favoreciendo un trato igualitario de los diversos supuestos sometidos a su decisión.

En definitiva, los tipos debidamente establecidos, por ser más precisos, ofrecen una mayor seguridad jurídica, lo que no ha de sorprender, pues si el tipo contiene la descripción del hecho voluntario al cual se asociará una pena, resulta lógico que el legislador se sirva preferentemente de ellos.

Entre los delitos contra la propiedad, tal como están tipificados en el Código Penal, se aprecia una significativa tendencia a emplear elementos descriptivos, lo cual trae como resultado, encontrar argumentaciones y esfuerzos interpretativos para incluirlos en el tipo, no sin forzar el contenido descriptivo de los términos legales, o incluso, interpretándolos directamente como elementos normativos para ampliar su ámbito de aplicación.

Desde esta perspectiva, se puede tipificar el delito de administración desleal del patrimonio ajeno como aquella práctica realizada por el sujeto activo de llevar a cabo acciones, negociaciones, contratos, compras o ventas con el patrimonio del sujeto pasivo, pero en detrimento de éste y a favor del enriquecimiento de aquél. En este caso, el bien jurídico protegido será el patrimonio, por eso es que se plantea que se incluya,



por adición, este delito y a través de una reforma por el Organismo Legislativo en el Capítulo VI del Título VI del Código Penal guatemalteco así: Artículo 273 bis DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL DEL PATRIMONIO AJENO. Comete este delito la persona que por su calidad tenga la administración de bienes ajenos y en ejercicio de su función cause perjuicio en el patrimonio de otra persona individual o jurídica, o se apropiaren o distrajeren dinero, o cualquier otro bien mueble o inmueble que se haya comprado con los frutos del patrimonio que hubiere recibido en administración. Al actor de este delito se le sancionará con prisión de tres a diez años y multa de tres a cien mil quetzales.



CONCLUSIONES

1. La problemática de los litigios derivados de la administración desleal del patrimonio ajeno se potencializa debido a que no existen normas encargadas de que se sancione específicamente las conductas más graves en esta clase de delitos económicos en donde los administradores de patrimonios de persona físicas o jurídicas abusan de sus funciones.
2. La falta de normas en el ámbito penal encargadas de la imposición de sanciones a la administración fraudulenta del patrimonio ajeno en la sociedad guatemalteca, permite que en la actualidad se vulneren los derechos constitucionales como la propiedad privada, la libertad de empresa, el debido proceso y la presunción de inocencia.
3. El delito de administración desleal del patrimonio ajeno no se comete en forma imprudente, por la exigencia del elemento subjetivo de lo injusto que es fundamental para que se determine el ámbito de lo punible y para que se desarrolle de forma sistemática el derecho penal económico mediante la integración de las normas dispersas.
4. No existe una propuesta legal que incluya el delito de administración desleal del patrimonio ajeno en su versión de delito genérico en la normativa penal de



Guatemala de forma que incluya las conductas fraudulentas o desleales en contra de patrimonios individuales o colectivos que hayan sido cometidos tanto por administradores individuales como colectivos que adquieren dicho encargo por cualquier título.

RECOMENDACIONES

1. El Organismo Judicial en coordinación con el Ministerio Público, tienen que señalar los litigios que derivan de la administración desleal del patrimonio ajeno al no existir normas penales que se encarguen de sancionar las conductas de esta clase de delitos económicos en donde los administradores de patrimonios de personas físicas o jurídicas abusan de sus funciones.
2. Que el Congreso de la República de Guatemala mediante los diputados, se encargue de promulgar normas jurídicas en el campo penal que impongan sanciones a la administración fraudulenta del patrimonio ajeno en el país, para evitar la vulneración de los derechos constitucionales como lo son la libertad de empresa, el debido proceso y la presunción de inocencia.
3. Que las autoridades guatemaltecas, den a conocer las formas de comisión del delito de administración desleal del patrimonio ajeno, para determinar el elemento subjetivo de lo injusto y determinar el ámbito de lo punible para desarrollar sistemáticamente el derecho penal económico a través de la integración de la normativa dispersa.
4. El gobierno de Guatemala mediante el Organismo Legislativo, tiene que llevar a cabo propuestas legales que incluyan el delito de administración desleal del



patrimonio ajeno en su versión de delito genérico en la normativa penal para así sancionar las conductas penales o desleales en contra del patrimonio individual o colectivo, que se cometan por los administradores individuales o colectivos que adquirieren ese encargo por cualquier título.



BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Silvina. **Derecho penal económico**. Barcelona, España: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.
- CASTRO MORENO, Abraham. **El delito societario de administración desleal**. Madrid, España: Ed. Marcial Pons, 1998.
- GÓMEZ BENITEZ, José Manuel. **Delitos societarios y derecho penal económico**. Madrid, España: Ed. Dykinson, 2001.
- GUARDIOLA LAGO, María Jesús. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Valencia, España: Ed. Tirant lo Blanch, 1990.
- MAPELLI CAFFARENA, Juan. **Las consecuencias jurídicas del delito**. Madrid, España: Ed. Civitas, 1996.
- MARTÍNEZ BUJÁN, Carlos. **El delito societario de administración desleal**. Valencia, España: Ed. Tirant lo Blanch, 1996.
- MAYO CALDERÓN, Belén. **La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta**. Madrid, España: Ed. Colmares, 2005.
- MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**. Barcelona, España: Ed. Jurídica Diké, 2005.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal**. Barcelona, España: Ed. Tirant lo de Blanch, 2007.
- NIETO MARTÍN, Adán. **El delito de administración fraudulenta**. Barcelona, España: Ed. Praxis, 1996.



OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1982.

PAZ ARIAS, Cándido. **La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo.** Madrid, España: Ed. Tirant lo de Blanch, 1995.

SILVA SÁNCHEZ, José María. **La expansión del derecho penal.** Madrid, España: Ed. Civitas, 1999.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Penal. Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, 1973.

Código de Comercio de Guatemala. Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, 1970.