"Análisis de la administración desleal y la corrupción en el sector privado a la luz de la legislación colombiana y el derecho comparado"

Director

Profesor. Doctor Diego Eugenio Corredor Beltrán

Fabio Orlando Ballesteros Correa

Candidato al Título de Magister en Derecho Penal

Universidad Santo Tomas

Bogotá D.C., 2.017.

Contenido

Introducción (Justificación, planteamiento del problema, metodología).....	4
1. La administración desleal y la corrupción privada como comportamientos ilícitos en el ordenamiento penal colombiano.	16
<i>1.1. Antecedentes legislativos de los delitos de corrupción en el sector privado y de administración desleal.</i>	16
<i>1.2. El bien jurídico protegido en los ilícitos de administración desleal y corrupción privada. Referencia doctrinal y jurisprudencial sobre el concepto de bien jurídico.</i>	24
<i>1.3. Nuestra posición.</i>	47
<i>1.4. Breve referencia al concepto de patrimonio económico como bien jurídico protegido por el legislador colombiano.</i>	52
2. Análisis del delito de administración desleal.	63
<i>2.1. El ilícito en la legislación colombiana.</i>	63
2.1.1. Elementos del tipo objetivo y características fundamentales del tipo penal. Análisis desde la jurisprudencia y doctrina extranjera.	66
2.1.2. El tipo subjetivo de la administración desleal.....	109
2.1.3. El bien jurídico protegido en el ilícito de administración desleal.	111
2.1.4. Razones que justifican el carácter supraindividual de la administración desleal. Planteamiento del problema.....	117
2.1.5 Análisis de ilícito de administración desleal desde la perspectiva del derecho penal económico, ¿patrimonio económico u orden económico y social como bien jurídico protegido?.....	133
<i>2.2. El ilícito de administración desleal en otros ordenamientos jurídicos.</i>	172
2.2.1. El ilícito en la legislación española.	172
2.2.2. El ilícito en la legislación peruana.....	193
2.2.3. Otros ordenamientos jurídicos.(Alemania, Italia, Francia, México, Costa Rica, Argentina).....	197
3. El ilícito de corrupción en el sector privado.	213

3.1. Una mirada al tipo penal de corrupción privada en la legislación y doctrina extranjera. Bien jurídico tutelado y elementos del tipo penal.	214
3.2. El tipo penal de corrupción privada en la legislación colombiana. Bien jurídico tutelado y elementos del tipo penal	227
3.2.1. Antecedentes del tipo penal.	227
3.2.2. Elementos del tipo objetivo.	231
3.2.3. Elementos del tipo subjetivo.	246
3.3. Consideraciones generales sobre el fenómeno de la corrupción y particular importancia del combate a este fenómeno en el sector privado. Discusión en torno a la tipificación de la corrupción como conducta punible.	247
4. Conclusiones y propuesta de lege ferenda.	266

Introducción

Es frecuente escuchar a nuestros gobernantes e importantes líderes de opinión decir que la “corrupción es el peor de los males de las sociedades”; y es que, sin temor a equivocarnos, no debe existir en el mundo un solo país que no haya sido víctima de este fenómeno, que, sin ser nuevo ni propio de nuestra cultura latinoamericana, cada vez es más perceptible no solo en el sector público sino también en el sector privado, el cual cada vez se ve más comprometido con los grandes escándalos a nivel nacional e internacional.

La acepción más generalizada del término es la que la Real Academia Española (RAE) nos ofrece en los siguientes términos: “*En las organizaciones, especialmente en las públicas, es la práctica que consiste en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores*”¹.

En esta misma línea, otras instituciones desarrollan el concepto haciendo especial énfasis en el factor: Abuso del Poder. Por ejemplo, la más grande organización internacional contra la corrupción (Transparency International) define este fenómeno como “... *el abuso del poder encomendado para el beneficio privado....*”²

En una campaña³ de Transparency International, en diciembre del año 2015, se expusieron los quince casos de corrupción más graves del mundo en los que podríamos destacar tan solo unos pocos como el del ex presidente Mohamed Hosni Mubarak -quien fue acusado de desviar mil millones de dólares de fondos oficiales egipcios-, o el de Ricardo Martinelli, expresidente de Panamá -acusado de desviar 100 millones de dólares de dinero oficial, a la par de violar derechos humanos-; o en el que podríamos identificar también otros casos del sector privado, como el del

órgano rector del fútbol mundial, FIFA, cuyos altos funcionarios fueron acusados de robar millones (existen 81 casos detectados de lavado de dinero), o como el del gigante petrolero Petrobras del cual se reportan alrededor de 2 mil millones de dólares en sobornos a políticos.

Estos ejemplos tan visibles nos enseñan que el problema del que hablamos empaña por igual a todos los sectores de la sociedad, aunque principalmente sea el sector público y los efectos negativos al erario los que nos generan mayor indignación, ya sea porque los ciudadanos perciben que el dinero que pagan por impuestos se desvía para satisfacer intereses particulares, o porque simplemente no se destina para el cumplimiento de los fines estatales. Tal vez sea esa la razón por la que, es el sector público en el que el Estado ha concentrado sus mayores esfuerzos a través del derecho penal, principalmente a través de los delitos contra la administración pública.

Pensando en ello, es que de una forma acertada el historiador económico Joel Mokyr señaló en la X Conferencia Figuerola en la Fundación Ramón Areces (Madrid, España) que *“La corrupción es el peor enemigo del desarrollo”*, y es que no hay posibilidad alguna de que la economía y el bienestar social crezcan para un país en la misma proporción en la que crece su corrupción. Es decir, mientras existan quienes arbitrariamente hagan uso de su poder para obtener beneficios para ellos mismos o para otros, habrá también pobreza, inseguridad, carencias en el sistema de salud, de transporte, de educación, entre otros, que fortalecerán cualquier forma de desigualdad social e impedirán un sano crecimiento nacional.

Colombia, por ejemplo, es tal vez uno de los países que más ha sufrido de los efectos de la corrupción⁴: además de sonados casos en la administración pública y en la administración de justicia, como el del Fiscal Gustavo Moreno, Agro ingreso Seguro, Odebrech, Trasmilenio, Saludcop, Colpensiones, por mencionar solo algunos, casos como el de la BMC, Estraval, Interbolsa o Petrotiger, son sólo unos pocos titulares que por meses han invadido nuestra prensa

nacional para recordarnos el doloroso panorama que está profundamente arraigado a nuestra realidad no solo en el sector público sino también en el sector privado.

Por esta y por muchas otras razones, casi todos Estados-Nación han estado siempre en busca de soluciones efectivas que disminuyan los casos de corrupción dentro de sus territorios; algunos casos de notorio éxito son los de Dinamarca, Finlandia, Suecia o Nueva Zelanda, quienes con mucha regularidad se disputan los primeros puestos en las mediciones de percepción de corrupción (IPC) o de desarrollo humano (IDH).

Lastimosamente, la preocupación por hacer frente a este fenómeno ha concentrado los esfuerzos del legislador, las autoridades y la sociedad para entender, prevenir, combatir y sancionar la corrupción en el ámbito público, como si el fenómeno, hasta ahora, careciera de importancia en el sector privado. Con razón lo señala Miguel Gómez Martínez (Portafolio, abril 2012), profesor de Colegio de Estudios Superiores de Administración; la corrupción, sea pública o privada, es un desangre, pues genera ineficacia, costos ocultos, pérdida de productividad, no siendo cierto que los únicos que roben sean los funcionarios públicos, lo que refleja que la crisis ética y moral de la sociedad es total. Por ello, escándalos tan grandes a nivel mundial como el de Stanley Morgan, Enron, Satyam Computer, Volkswagen, y para no ir tan lejos Petrotiger, han dejado ver la necesidad de castigar la actuación de administradores y empleados que, utilizando su cargo, y con propósitos económicos, trasgreden sus deberes.

Justamente, la “cuarta encuesta nacional sobre prácticas contra el soborno en empresas colombianas” llama la atención sobre la corresponsabilidad que tiene las empresas en la lucha contra la corrupción, y cómo el fenómeno de la corrupción en el sector privado es un problema estructural e inherente al estado al que se debe prestar atención, pues a pesar de las políticas, leyes y normas destinadas a una política integral de lucha contra la corrupción, y especialmente los

esfuerzos regulatorios para prevenir el fenómeno en el sector privado, no se evidencian resultados, con datos preocupantes sobre la forma en que se llevan a cabo y cierran negocios en el sector privado.

En Colombia, a pesar de que el ordenamiento desde 1995 cuenta con un estatuto que consagró una serie de medidas para hacer frente al fenómeno de la corrupción, el legislador consideró necesario actualizar y fortalecer algunas de esas medidas existente en la ley 190 de 1995, y crear otras nuevas, justamente a raíz de diversos escándalos de corrupción que involucraron el manejo indebido y apropiación de recursos públicos. Es así como en el año 2011 se expide la Ley 1474, *“Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”*.

Esta normativa tuvo como propósito la consagración y el fortalecimiento de (1) medidas administrativas, (2) medidas penales, (3) medidas disciplinarias y, (4) medidas de control fiscal en la lucha contra la corrupción; además de los capítulos dispuestos a los organismos de control y regulación, y a las políticas institucionales y pedagógicas para prevenir la corrupción en el sector público.

La ley es una muestra latente del reclamo de los colombianos, y de la necesidad del país, de combatir la corrupción.

Pero, a pesar de que los antecedentes que impulsaron su expedición, como se advirtió, son producto de la grave afectación al erario, y las medidas consagradas parecieran estar dirigidas a combatir el fenómeno en el sector público, pasando de nuevo por alto la sanción del fenómeno en el sector privado, el estatuto consagró dos instrumentos penales que en el entender del gobierno y del

legislador estaban encaminados a la lucha de la corrupción en el sector privado, llamando la atención por primera sobre la necesidad de combatir este fenómeno con medidas punitivas.

Es así como surgen en Colombia dos tipos penales que hasta el momento no habían tenido ningún antecedente legislativo. Me refiero a los delitos de *corrupción en el sector privado y administración desleal “de sociedades”*, que se encuentran consagrados en los artículos 16 y 17 de la mencionada ley, y que fueron incorporados en los artículos 250-A⁵ y 250-B⁶ del Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000), dentro del capítulo de los delitos contra el patrimonio económico (Libro II Título VII).

La expedición de los mencionados tipos penales tiene su origen en la exposición de motivos del proyecto de Ley 142 (Senado), que junto con el proyecto de Ley 174 (Cámara) dieron como resultado la expedición de la ley 1474 de 2011, actual estatuto anticorrupción. El surgimiento de estos es **trascendental** en la legislación colombiana, ya que una de sus características esenciales es que la comisión de los mismos tiene como eje central el desarrollo de una conducta determinada en el ejercicio de una actividad societaria o empresarial.

No obstante, es importante destacar que, pese a la consagración de las citadas normas, la legislación penal colombiana no prevé un título especial para los delitos cometidos en desarrollo de una actividad organizada o empresarial (*delitos societarios*), tanto desde la empresa (*ad extra o criminalidad de empresa*) como al interior de la organización (*ad intra o criminalidad en la empresa*). Asimismo, el problema del alcance penal de la responsabilidad derivada del comportamiento negligente o doloso del empleador y los órganos de dirección de las empresas no ha sido tratado con profundidad en el derecho colombiano, como sí ha ocupado la atención de la doctrina alemana, española, italiana e inclusive peruana. Además, desde el punto de vista

dogmático, los trabajos existentes ofrecen diferentes posturas controversiales sobre la materia, y en Colombia existen pocos trabajos que se hayan ocupado del análisis de estos dos comportamientos.

Sin embargo, los motivos expuestos por el legislador, y el título seleccionado dentro del código penal en el que fueron ubicados los tipos penales, generan dudas en relación con las razones que tuvo el legislador colombiano a la hora de definir el bien jurídico a proteger, especialmente porque en el derecho comparado su creación ha sido producto de serios debates.

Y es que la experiencia en el contexto nacional nos ha demostrado que muchas veces las leyes que se promulgan no corresponden a un proceso legislativo verdaderamente consciente de la necesidad que se persigue, haciendo que los mecanismos o las soluciones que de allí se desprendan sean imprecisas y no remedien el fondo del problema. Ya desde 1985 el profesor Luis Martínez Zúñiga (p. 4) llamaba la atención, sobre la forma de abordar la parte especial del derecho penal, indicando:

“Mientras que la parte general ha logrado sistematizaciones ordenadas, profundas y científicas, sobre la norma penal, el delito, el sujeto, las consecuencias, y ha elaborado teorías orgánicas sobre aspectos tan interesantes como la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, la imputabilidad, la finalística de la acción, el estudio de la parte especial ha tendido a ser menos orgánico, más superficial”

De esta manera, **el problema** que guiará el desarrollo de este trabajo consistirá *en establecer, mediante un análisis de las fuentes nacionales y del derecho comparado, si fue correcta la ubicación de los delitos de corrupción en el sector privado y administración desleal en el bien jurídico “Patrimonio Económico”, como consecuencia del proceso legislativo seguido a los proyectos de ley 174 Cámara y 142 Senado, o si existía una alternativa más adecuada que efectivamente cumpliera el fin perseguido por el proponente del proyecto.*

Nuestra **hipótesis** inicial será que el bien jurídico “*Patrimonio económico*” no solo es minúsculo de cara al propósito del legislador, ya que las razones que guiaron la tipificación de los delitos - combatir la corrupción privada en el país-, parecen no ser coherentes con los intereses y el alcance del bien jurídico en el que finalmente resultaron ubicados, existiendo la posibilidad de una mejor ubicación dentro de un valor (bien jurídico) que permita entender el verdadero impacto de los comportamientos, y abarcar otras situaciones que el bien jurídico patrimonio económico no permite sanciona.

El **objetivo general** de este trabajo radicará en una amplia revisión de las fuentes legales, doctrinales y jurisprudenciales del derecho nacional y del derecho comparado, con el propósito de comprender el alcance del concepto de “Patrimonio Económico”, como bien jurídico en el que fueron ubicados los tipos penales (*corrupción en el sector privado y administración desleal*) por parte del legislador Colombiano, y analizar mediante un estudio de los elementos objetivos de los tipos penales, a nivel nacional e internacional, si la selección del patrimonio económico como bien jurídico objeto de tutela fue una decisión acertada de cara a los motivos por los cuales el ejecutivo propuso su creación, o si por el contrario existe un bien jurídico de mayor envergadura al que se ajusten dichos comportamientos delictivos desde la óptica del fin para el que fueron ideados, es decir la lucha contra la corrupción en el sector privado.

Es importante tener claro esto, porque como lo destaca Muñoz Conde (1999), recordando a Mezger, “el concepto de bien jurídico sirve en la Dogmática jurídico penal para esclarecer dos cuestiones fundamentales: el contenido material del injusto y la interpretación de cualquier tipo delictivo” (p. 38). Además, “no debe olvidarse que el criterio de agrupación de los delitos en la parte especial se construye en torno al bien jurídico protegido, nexo común a todos ellos y factor aglutinante” (p. 39)

Como **objetivos específicos**, nos proponemos:

(i) ¿Identificar cuál es el alcance del actual ilícito de administración desleal, desde sus elementos objetivos y subjetivos del tipo?. Para ello, será preciso llevar a cabo un análisis detallado de los elementos estructurales del tipo objetivo y subjetivo diseñado por el legislador, comparándolos con la tendencia a nivel mundial para la tipificación de este tipo de comportamiento. No obstante, como la tarea de este trabajo de investigación es generar un aporte a la ciencia jurídica, a partir del análisis del tipo penal nos proponemos indagar en las siguientes cuestiones: ¿qué significa administrar deslealmente una sociedad?, ¿qué comportamientos abarca la administración desleal de una sociedad?, ¿cuáles son los deberes del administrador de una sociedad?, ¿quiénes tienen facultades y deberes de administrar una sociedad?, ¿comprende la administración desleal de una sociedad únicamente actos de disposición patrimonial no autorizados?, ¿es realmente la administración desleal de sociedades un fenómeno de corrupción privada?, ¿qué relación existe entre administrar deslealmente una sociedad y el concepto de corrupción?, ¿qué relación existe entre el concepto de patrimonio económico y el concepto de corrupción privada?, y si, el patrimonio como bien jurídico tutelado por el legislador ¿es suficiente para combatir el fenómeno de la corrupción?, ¿qué relación existe entre un acto de corrupción y el concepto de patrimonio económico?, y finalmente, ¿cómo han implementado otros ordenamientos jurídicos, a través del derecho penal, el delito de administración desleal?.

El desarrollo de estos interrogantes nos permitirá determinar si el patrimonio económico, como concepto empleado por el legislador para designar al bien jurídico en el que actualmente se encuentra el delito de administración desleal, es suficiente e idóneo, primero para proteger el bien jurídico dentro del cual ha sido ubicado el ilícito, y segundo para combatir el fenómeno que motivó su creación.

(ii) Un segundo objetivo de este trabajo consistirá **indagar sobre el alcance del tipo penal de corrupción privada, mediante un entendimiento de sus elementos objetivos y subjetivos**. Para cumplir tal propósito nos proponemos investigar las siguientes cuestiones. ¿Cuál es la tendencia a nivel internacional sobre la tipificación penal de este fenómeno?, ¿Cuál es el contenido de la disposición que sanciona la corrupción privada en Colombia, y que elementos abarca?, ¿por qué surge la necesidad de sancionar el fenómeno a través del derecho penal?, ¿cuál es la relación entre corrupción privada y patrimonio económico?, ¿es realmente la corrupción privada un comportamiento autónomo?.

(iii) Finalmente, **buscamos evaluar la relación y/o diferencia entre los elementos típicos de los dos tipos penales, con el objetivo de determinar si se trata de figuras que superponen, siendo innecesario alguno de los comportamientos**.

El propósito de este trabajo es brindar a la academia, y por qué no a la judicatura y al legislador, herramientas que permita identificar problemas y soluciones a la hora de aplicar los tipos penales tal y como quedaron consagrados. Igualmente, se busca a través del mismo presentar los argumentos por los cuales desde el punto de vista del investigador existen razones de peso para que dichos comportamientos delictivos encuentren una ubicación idónea en otro bien jurídico diferente al patrimonio económico, como lo es el orden económico y social, además de persuadir al lector sobre la necesidad que tiene el legislador colombiano de ahondar en los temas societarios desde la perspectiva del derecho penal, y mostrar la importancia de estos dos ilícitos recientemente incluidos en nuestra legislación, para la realidad social y económica nacional.

Para el desarrollo del presente trabajo, hemos trazado un plan de contenidos que, en primer lugar, presenta al lector una primera aproximación sobre los antecedentes legislativos de estas figuras,

que por primera vez tiene lugar en nuestro ordenamiento jurídico a partir de su consagración en el vigente Estatuto Anticorrupción, siendo en consecuencias tipos penales muy jóvenes. En segundo lugar, y dado que uno de los objetivos del trabajo es la discusión sobre la ubicación de los tipos penales en el bien jurídico patrimonio económico, nos concentraremos en analizar el concepto, la importancia y el alcance del concepto de bien jurídico, y la función que cumple. En tercer lugar, sentaremos nuestra posición sobre el alcance del concepto de bien jurídico, con el fin de determinar si este concepto es importante a la hora de ubicar un determinado tipo penal en una específica parte del código penal. Determinado el alcance e importancia del concepto de bien jurídico, analizaremos el alcance del concepto de “patrimonio económico”, como bien jurídico dentro del cual quedaron ubicados los recientes delitos consagrados y responderemos a las cuestiones señaladas. En cuarto lugar, entraremos a analizar los elementos objetivos y subjetivos del delito de administración desleal, con el propósito de determinar si el tipo penal se corresponde con el interés que se buscó tutelar desde el proyecto de ley, y si el bien jurídico seleccionado responde a ese interés, o existe uno de mayor importancia. De la misma manera procederemos con el delito de corrupción privada, respecto del cual nos ocuparemos desde la óptica de sus elementos típicos, la relación entre el concepto de corrupción y el ilícito de corrupción, para finalmente formular una propuesta de lege ferenda de cara las conclusiones a las que hemos arribado del estudio de dichas figuras delictivas.

La presente investigación doctrinal-teórica, sigue una **metodología analítica y crítica**, teniendo en cuenta que la preocupación que debe tener un jurista es saber qué significa el texto de una norma o normas, y qué casos resuelve esa norma, pero también determinar cuál es la respuesta adecuada a otros problemas que escapan a ella. Por eso, el fin práctico de este trabajo, ya que el conocimiento por el conocimiento no tiene ningún sentido, consiste en determinar si el legislador Colombiano

tenía la posibilidad, para cumplir su fin último de combatir el fenómeno de la corrupción en el sector privado a través de herramientas punitivas con tipos penales como los de administración desleal y corrupción privada, de un bien jurídico de mayor amplitud e importancia, y estructurar sus elementos objetivos de diferente manera a como finalmente quedaron consagrados, y en segundo lugar cuales eran.

Así, para el desarrollo de los objetivos, partimos la búsqueda de los antecedentes y debates legislativos de los tipos penales de corrupción privada y administración desleal. Paralelamente, se emprendió la búsqueda de bibliografía colombiana sobre los tipos penales en mención, pero debido a los escasos textos sobre los ilícitos fue necesario hacer una búsqueda a nivel de doctrina y jurisprudencia extranjera, principalmente española, teniendo en cuenta que el proyecto de ley que les dio nacimiento a los delitos en mención trae como referente la legislación española. Igualmente, se recurrió a textos en castellano sobre el tratamiento del delito de administración desleal en Alemania, toda vez que la doctrina española se ocupó bastante de su antiguo delito de administración desleal a la luz de lo que es dicho comportamiento en el derecho alemán. Al mismo tiempo, y debido a la importancia de hacer una sustancial investigación sobre estos delitos, se consultaron textos sobre el tratamiento de los delitos en legislaciones como la peruana, la argentina, la italiana, entre otras, remitiéndonos a la fuente legal de varios ordenamientos, es decir consultando la normatividad de otros países para determinar el bien jurídico en el que se encuentran ubicados y sus elementos típicos.

Por otro lado, se aprovecharon algunos estudios empíricos hechos por organizaciones no gubernamentales como Transparencia Internacional y Transparencia por Colombia, para conocer el impacto de dichos comportamientos en el sector empresarial.

Este trabajo se desarrolla de forma responsable por quien le elabora, consciente además de la utilidad teórica y práctica que puede tener para nuestro país, en la medida en que son escasos los textos que se han ocupado de estos delitos, al no existir pronunciamientos jurisprudenciales de altas cortes, es responsabilidad de la doctrina arar el camino para un entendimiento adecuado de los delitos, y de los problemas que sus elementos típicos pueden llegar a presentar a la hora de aplicarlos. De esta manera, se sugerirá al legislador una modificación de los tipos penales.

1. La administración desleal y la corrupción privada como comportamientos ilícitos en el ordenamiento penal colombiano.

Para el desarrollo del presente trabajo hemos trazado un plan de contenidos que, en primer lugar, presenta al lector una primera aproximación sobre los antecedentes legislativos de estas figuras que por primera vez tiene lugar en nuestro ordenamiento jurídico a partir de su consagración en el vigente Estatuto Anticorrupción, siendo en consecuencias tipos penales muy jóvenes. En segundo lugar, y dado que uno de los objetivos del trabajo es la discusión sobre la ubicación de los tipos penales en el bien jurídico patrimonio económico, nos concentraremos en analizar la importancia y el alcance del concepto de bien jurídico desde las distintas teorías, sin entrar a analizar aún los ilícitos de administración desleal y corrupción privada desde el interés tutelado. En tercer lugar, sentaremos nuestra posición sobre el alcance del concepto de bien jurídico. Finalmente, analizaremos el alcance del patrimonio económico, como bien jurídico dentro del cual quedaron ubicados los recientes delitos consagrados.

1.1. Antecedentes legislativos de los delitos de corrupción en el sector privado y de administración desleal.

Como se presentó en el anteproyecto de este trabajo, y se reiteró al inicio del mismo, los delitos de corrupción en el sector privado y administración desleal encuentran sus antecedentes en la exposición de motivos de los proyectos de Ley 174 Cámara y 142 Senado, que terminaron con la expedición de la Ley 1474 (2011), donde aparecen por primera vez, para posteriormente ser incorporados en los artículos 250-A y 250-B como ilícitos contra el patrimonio económico (Libro II, Título VII, Ley 599 de 2000, Código Penal Colombiano).

Con ocasión del proyecto de Ley 142 de 2010 (Senado), el ejecutivo colombiano, modificando algunas disposiciones de distintas ramas del ordenamiento legal y creando otras, buscó implementar nuevas herramientas y fortalecer las ya existentes para hacer frente a los problemas de corrupción que desde antaño afligen a nuestra sociedad, con hondas repercusiones en lo social, político y económico,⁷ tanto en el sector público como en el privado.

En la exposición de motivos del mentado proyecto de ley, se indicó:

La corrupción es uno de los fenómenos más lesivos para los Estados modernos, pues a través del mismo se vulneran los pilares fundamentales de la democracia y se desvían millonarios recursos en perjuicio de las personas menos favorecidas. Por esta razón, Colombia ha ratificado tratados y convenios internacionales en desarrollo de los cuales se han aprobado leyes y decretos tendientes a perseguir este flagelo^[8]

Sin embargo, en el Barómetro Mundial de la Corrupción del año 2009 de Transparencia Internacional, Colombia ocupó el puesto 74 entre 184 países objeto de estudio, situación que demuestra claramente que pese a que se han realizado esfuerzos importantes para la reducción de este fenómeno, los mismos deben aumentarse y focalizarse, orientándose en sectores específicos, para el diseño de una política pública eficaz para la lucha contra la corrupción.

Es importante resaltar que las medidas adoptadas en nuestro país para la lucha contra la corrupción han desarrollado experiencias con resultados satisfactorios, pero también que aquel es un fenómeno dinámico cuyas manifestaciones varían con el transcurso del tiempo, haciéndose cada vez más sofisticadas y difíciles de descubrir.

Esta situación ha sido reconocida por todos los sectores de nuestra sociedad y, por ello, la presente ley es fruto de un diálogo propositivo y de la colaboración entre el Gobierno Nacional, la Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, la Auditoría General de la República, la academia, la sociedad civil y organizaciones no gubernamentales dedicadas a la lucha contra la corrupción, lo cual ha permitido la elaboración de medidas administrativas, disciplinarias, penales, fiscales y educativas que desarrollan una política integral del Estado en contra de este fenómeno.

Por las consideraciones expuestas, *el presente proyecto de ley busca introducir nuevas disposiciones que se ajusten a las necesidades actuales que la lucha contra la corrupción exige*, propendiendo subsanar e integrar aquellos aspectos en los cuales se requiere una acción contundente.” (p. 1) *[la cursiva es nuestra]*

Y más adelante se agrega:

“La corrupción constituye en la mayoría de sus eventos un fenómeno criminal, el cual puede estar descrito no solamente como un delito contra la Administración Pública, sino también como un crimen que afecta el patrimonio del Estado e incluso el patrimonio público, en aquellas situaciones en las cuales se afecte a una empresa por un acto de desviación de recursos o soborno [las cursivas son nuestras]. En este sentido, este proyecto plantea una política de cero tolerancia a la corrupción a través de diversas medidas que permitan al Estado no solamente ejercer una represión del fenómeno, sino también hacer un llamado preventivo general a que las personas que piensan incurrir en un acto de corrupción desistan de tal finalidad: (...) D. *Se consagran nuevas conductas punibles relacionadas con la corrupción en el sector privado, es decir, los eventos en los cuales la*

desviación de intereses mediante el abuso del cargo se presenta en relaciones entre particulares.

En este sentido, se consagra como nuevo tipo penal la corrupción privada y seguidamente el delito de administración desleal. El modelo para la consagración de estos delitos es la legislación española, pues en la misma se ha consagrado tradicionalmente el delito de administración desleal desde el Código Penal de 1995, mientras que el delito de corrupción privada está tipificado en la Ley Orgánica 010 de 2010 que reformó la legislación punitiva de ese país.

Ambos delitos tienen elementos restrictivos muy especiales, pues no solamente exigen para su configuración la existencia de un acto desviado, sino también la creación de un perjuicio al ente al cual se representa o en el cual se labora.

Igualmente, se agrava el delito de utilización indebida de información privilegiada, consagrado en el artículo 258 del Código Penal, y sancionado con multa, en cuanto a que tal conducta será sancionada con pena de prisión de 1 a 3 años. (p. 3-4?)

De la exposición de motivos se extraen las siguientes conclusiones, de una importancia fundamental para el desarrollo de este trabajo, pues estamos convencido que existen serios problemas de ubicación en cuanto al bien jurídico objeto de protección de los tipos penales de corrupción privada y administración desleal, principalmente porque ni el gobierno en la exposición de motivos ni el legislador en los proyectos de ley (Senado y Cámara) ni en los debates de los artículos, fundamentaron la importancia de estas figuras dentro de un marco normativo que principalmente está orientado a combatir el fenómeno de la corrupción en el sector público. Además, a la hora de establecer los elementos configurativos de los tipos penales, se realizó una copia a **gancho ciego** de la legislación española,⁹ sin tener en cuenta los problemas que estos, en

especial la administración desleal ha presentado en España, y que precisamente llevaron a la reforma del tipo penal, incluyendo su ubicación frente al bien jurídico objeto de protección. Las conclusiones a las que me refiero son las siguientes:

- (i) Aparecen como nuevos tipos penales la corrupción privada y la administración desleal, figuras traídas, como ya se ha dicho, de la legislación española sin que se explique la conveniencia, importancia y utilidad de traer como referente dicha codificación, omitiendo otras que, como la peruana, consagran el ilícito de administración desleal bajo una estructura típica diferente;
- (ii) El espíritu del proyecto de ley, claramente, es la protección del interés público, aunque el que se vea afectado, al mismo tiempo, sea el patrimonio privado de una persona. En dicho sentido, no se entiende la pertinencia de los ilícitos de administración desleal y corrupción privada, máxime atendiendo su ubicación final en el Código Penal colombiano, donde lo que busca es amparar el patrimonio de un particular que se vea afectado por un acto de corrupción de un tercero, de su propio administrador, de sus socios o de los miembros de la junta directiva;
- (iii) Desde nuestro punto de vista, en la misma exposición de motivos de lo que posteriormente se convertiría en el actual estatuto anticorrupción, y en los proyectos de ley (tanto en la Cámara como en el Senado) donde se les dio cuerpo normativo a las nuevas figuras delictivas, ya se encuentran elementos que limitan seriamente la aplicación de los ilícitos de corrupción privada y administración desleal, especialmente su ubicación como delitos contra el patrimonio económico, el perjuicio que debe sufrir la sociedad con el acto corrupto, o los socios con el acto desleal del administrador, requisitos exigidos por los tipos penales frente a los cuales profundizaremos en el capítulo correspondiente, pues de no existir estos requisitos no se podría afirmar que existe conducta típicamente delictiva;

(iv) La exposición de motivos establece una clara relación entre las conductas punibles de corrupción en el sector privado y la administración desleal, estableciendo que se trata de comportamientos entre particulares en los cuales se *abusa del cargo* para desviar intereses.

En virtud de estas observaciones iniciales a las que llegamos, y que surgen de una lectura de la exposición de motivos y de los posteriores proyectos de ley en lo que tiene que ver con las conductas punibles de corrupción privada y administración desleal, atendiendo fundamentalmente que dichos comportamientos tienen como eje principal el ejercicio de una actividad societaria, nos atrevemos a afirmar anticipadamente que el objeto de protección del bien jurídico no puede descansar en un puro interés particular, es decir en el simple patrimonio de la sociedad o de los socios.

Esta aseveración se desprende de un análisis preliminar del ilícito de corrupción privada, respecto del que pensamos que por tratarse de un fenómeno que puede llegar a permear todos los sectores de la sociedad, así el que directamente se vea afectado sea el patrimonio de un particular, resultan diversos los daños colaterales que se llegarían a generar con dicho comportamiento, daños a los que haremos referencia en detalle en el capítulo correspondiente.

Por otra parte, respecto del ilícito de administración desleal, aunque el proyecto no tiene unos motivos específicos frente a dicho comportamiento, pareciera que la justificación no es diferente a la planteada para el ilícito de corrupción privada, a través del cual se busca proteger diversos intereses —relacionados con la lucha contra la corrupción— al sancionar las conductas de abuso del cargo en el ejercicio de una actividad societaria.

Aunque en general el cuerpo normativo del actual estatuto anticorrupción desde sus orígenes buscó una protección del interés público, a través de diferentes figuras para combatir la corrupción pública, no podemos desconocer que al mismo tiempo *la intención, tanto del gobierno como del legislador, fue la de combatir un fenómeno (la corrupción en un sentido genérico) que finalmente afecta el interés general (sin diferenciar si se trata de corrupción pública o privada)*, y desde ese punto de vista se podría afirmar de entrada que los nuevos ilícitos encuentran una ubicación errónea dentro de la legislación penal como delitos contra el patrimonio privado, dentro del capítulo denominado abuso de confianza. *[las cursivas son nuestras]*

Lo anterior, desde luego, no es irrelevante puesto que la ubicación de un delito dentro del Código Penal debe guardar íntima relación con el interés que busca proteger, razón por la cual creemos que no solo es conveniente sino pertinente abordar el presente trabajo, que tiene como objetivo el análisis de los tipos penales de administración desleal y corrupción privada desde la óptica del fenómeno de la corrupción, partiendo de un estudio sobre el concepto de bien jurídico y de la importancia de este concepto de cara a la correcta o incorrecta ubicación de los tipos penales señalados en el título denominado “Patrimonio Económico”. Sobre el particular, cabe destacar lo considerado en la sentencia del 12 de octubre de dos mil 2006, en la que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia señaló:

1.1.1. El bien jurídico.

Constituye uno de los objetos de protección de la norma penal, razón por la cual corresponde a una estructura delimitadora de interpretación en punto de la órbita de protección de los preceptos que cobija, pues si bien el legislador dentro de su libertad de configuración normativa tiene la facultad de agrupar determinados tipos penales bajo un

capítulo o título dentro del estatuto penal, según su criterio, no hay duda que una tal sistemática no puede ser arbitraria y caprichosa, sino que debe permitir al intérprete desentrañar el ámbito protector de cada disposición, esto es, identificar el bien jurídico objeto de tutela estatal para emprender a partir de allí el estudio de la antijuridicidad que pueda o no predicarse de la conducta analizada. (Corte Suprema de Justicia, 2006)

En otra importante providencia, del tres de junio de dos mil nueve, el mismo tribunal señaló:

(...) en materia penal el bien jurídico cumple funciones de sistematización, en cuanto permite ubicar y clasificar los distintos tipos penales en relación con el bien jurídico que pretenden tutelar; de criterio orientador para la interpretación normativa, en cuanto permite excluir del tipo penal aquellos comportamientos que efectivamente no lesionen o pongan en peligro el bien jurídico; y de limite al órgano legislativo, en cuanto solamente puede tipificar como delitos aquellos comportamientos que pongan en riesgo bienes sociales considerados de suma importancia para la convivencia. (Corte Suprema de Justicia, 2009) *[la cursiva es nuestra]*

Siguiendo estos criterios, entraremos a examinar el concepto de bien jurídico y, a partir de este, analizaremos los ilícitos de administración desleal y corrupción privada, con el fin de sentar una posición sobre la correcta o incorrecta ubicación de los delitos objeto de estudio en este trabajo respecto al bien jurídico que tutelan, por cuanto —revisadas las actas de debate de los mencionados proyectos de ley¹⁰ que por primera vez traen a nuestro ordenamiento jurídico los mencionados delitos— no se encontró motivo alguno para que tales comportamientos fueran ubicados en el capítulo de delitos contra el patrimonio económico, si precisamente se trata de herramientas que buscan combatir un fenómeno que afecta un interés general, a pesar de que se desarrolle dentro del entorno del sector privado.

1.2. El bien jurídico protegido en los ilícitos de administración desleal y corrupción privada.

Referencia doctrinal y jurisprudencial sobre el concepto de bien jurídico.

Aunque este trabajo no pretende abordar exhaustivamente el tema del bien jurídico, consideramos que es necesario referirnos al concepto acogido por el ordenamiento Colombiano, y analizar lo que sobre el mismo han considerado la doctrina y la jurisprudencia; esto con objeto de determinar si en el caso de los delitos de administración desleal y corrupción privada el órgano ejecutivo, como promotor de la inclusión de estos ilícitos en el ordenamiento interno, y el legislativo, como órgano representativo del pueblo encargado de materializar y llevar a la realidad la penalización de los precitados, acertaron en la ubicación de los mismos dentro del Código Penal, en cuanto al bien jurídico digno de protección (patrimonio económico).

Nos remitiremos, sin embargo, en este acápite a recoger las diferentes posiciones doctrinales, jurisprudenciales y la normativa colombiana sobre el concepto de bien jurídico. Posteriormente, analizaremos esta información a la luz de los comportamientos de administración desleal y corrupción en el sector privado en los capítulos siguientes, donde estudiaremos cada uno de los comportamientos delictivos, dedicando un capítulo a cada una de las figuras, y analizando, en uno posterior, si de acuerdo a sus elementos se trata efectivamente de comportamientos que afectan el patrimonio económico.

La primera aproximación al tema del bien jurídico aparece en el artículo 9º del Código Penal colombiano, que al señalar los requisitos de la conducta punible expresa:

Artículo 9º. Conducta punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad” (Código Penal, 2000).

A su turno el artículo 11, del mismo estatuto, indica qué se entiende por comportamiento antijurídico, y señala que “Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal ” (Código Penal, 2000).

Estos mismos requisitos ya los había expresado el legislador con la expedición del Decreto-Ley 100 de 1980, promulgado al amparo de la Constitución de 1886, al condicionar la conducta punible a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado por la ley (arts. 3º y 4º). La ley penal colombiana, entonces, destaca como un requisito de existencia de la conducta punible el que se lesione o ponga en peligro un bien jurídico tutelado.

No obstante, cuando se habla de bien jurídico, la pregunta que cabe responder es ¿a qué hace referencia el término bien jurídico?, ¿qué es lo que la ley penal quiere proteger cuando se presenta su lesión o puesta en peligro? y ¿por qué razón?

Dado que la ley sustancial no da un concepto sobre lo que significa el término “bien jurídico”,¹¹ es preciso remitirnos entonces a lo que la doctrina y la jurisprudencia han señalado sobre tal concepto.

Para abordar este tema, es preciso destacar que no existe una posición unitaria de lo que se denomina bien jurídico, pues tanto la doctrina nacional como la extranjera y la jurisprudencia

colombiana han adoptado diferentes posiciones. Es por esto que nos proponemos llegar a una aproximación del concepto mayoritariamente aceptado.

Antes de llevar a cabo esta labor, es importante advertir que no es una tarea sencilla de emprender como ya lo ha señalado Hassemer (1995, p. 9). Este autor afirma que, a pesar de ser la misión del derecho penal la protección de bienes jurídicos, no resulta fácil saber en qué radica el concepto de bien jurídico, respecto del cual la doctrina desde antaño no ha sido precisa —situación que no ha variado en los actuales tiempos en los que ahora se discute si el derecho penal puede proteger bienes jurídicos universales—. Y en el mismo sentido Schünemann (2007, p. 200), utilizando palabras de Stratenwert, advierte que “hasta hoy no se ha conseguido aclarar el concepto de bien jurídico ni siquiera aproximadamente”.

Para Hassemer (1995) la función de la doctrina de los bienes jurídicos tuvo cierta claridad desde el inicio, en el entendido que el derecho penal solo tenía y aún tiene que tener por objetivo la protección de bienes jurídicos, toda vez que comportamientos contra la moral, valores sociales o contra el soberano deben quedar excluidos de la órbita de protección del derecho penal mediante la formulación de conductas delictivas. Sin embargo, para conseguir tal objetivo, el concepto de bien jurídico ya debería estar definido desde hace mucho tiempo; no obstante, para el autor la doctrina ha fracasado en esta tarea al limitarse a señalar la función que debe cumplir el derecho penal, pero no a delimitar el concepto.

Según Hassemer (1995, p. 13) la imprecisión del concepto ha llevado en la actualidad a una crisis del derecho penal, que se ha preocupado por generar un efecto simbólico¹² a través de la protección de dudosos bienes jurídicos de carácter universal y a la anticipación de la lesión mediante la consagración de delitos de peligro abstracto.

Creemos que el planteamiento de Hassemer podría estar llamado a ser aceptado, en cuanto no tendría fundamento la discusión actual sobre la validez, o no, de proteger a través del derecho penal bienes jurídicos supraindividuales, cuando ni siquiera se ha podido adoptar un concepto unitario del bien jurídico.

Incluso, esta visión fortalece teorías como la de Jakobs, para quien la función del derecho penal no está en la protección de bienes jurídicos sino en reafirmar la vigencia de las normas. El profesor de la escuela de Bonn cree que “la pena no asegura bienes, y mucho menos aún los repara, sino que asegura la vigencia de la norma” (Jakobs, 2003, p. 9), siendo en todo caso la protección de bienes jurídicos un resultado mediato. Para sustentar su postura, Jackobs cree dos cosas.

La primera de ellas, es que la tesis de bienes jurídicos comporta la existencia de bienes previos al derecho, o creados por este, a los que el ordenamiento les debe prestar atención, pero que en muchas ocasiones su lesión es producto de procesos que carecen de relevancia jurídico-penal, e incluso de procesos inevitables. Además, entiende que un bien jurídico no existe por sí mismo, ni los bienes jurídicos fluctúan libremente, sino solo cuando el ordenamiento lo ha configurado como un derecho de un titular; así, no es el bien, sino su titular el que puede exigir que el bien no sea lesionado.

La segunda, es que la tesis de protección de bienes jurídicos exige que el ordenamiento mantenga condiciones de preservación “sin las cuales carecen de valor o al menos están en riesgo”; entonces, la salud solo se puede proteger como bien jurídico si existen centros hospitalarios, y la propiedad “sólo es una propiedad segura en un Estado que tienen una administración de justicia que funcione”.

Por último, Jakobs encuentra que quienes sostienen la idea de protección de bienes jurídicos se contradicen en sí mismo, al objetar la idea de delitos de peligro abstracto frente al concepto de bien jurídico que en dicho caso consideran se mantienen solo en un plano formal, pues para el profesor de la escuela de Bonn, si lo categórico es la protección de bienes jurídicos, no hay nada más efectivo que intervenir cuanto antes, y precisamente los delitos de peligro abstracto pueden ser vinculados a la idea de protección de bienes jurídicos.

En Colombia esta visión, denominada funcionalista del derecho penal, ha sido acogida por la Corte Constitucional en sentencias como la famosa SU-1184 de 2001, sobre la base de la imputación de delitos por infracción de roles.

Esta posición sobre la afirmación de la vigencia de las normas, favorece la sanción de ilícitos como el de la administración desleal en función de la inobservancia del rol de administrador, sin necesidad de vincularlo con la afectación del patrimonio de la persona jurídica como actualmente lo exige la norma y lo pregonan un amplio sector de la doctrina. No obstante, advertimos que la inobservancia del rol, la observancia de deberes y la reafirmación de la vigencia de las normas se justifica solo en la medida en que exista un interés legítimo que justifique la imposición de la pena, pues en todo caso, al igual que Muñoz Conde (1999, p. 38), creemos que Jakobs y su doctrina funcionalista no prescinde del concepto de bien jurídico, sino que “hace recaer el acento en que la pena asegure la aceptación por parte de los ciudadanos de las normas (que protegen esos bienes jurídicos)”

La doctrina, por lo menos la mayoritaria, no prescinde de tal concepto, y sostiene que el derecho penal solo se legitima en la medida en que su propósito sea la protección de bienes jurídicos. De suerte que la sanción de un comportamiento punible solo se justifica en razón de la lesión o puesta

en peligro de un bien jurídico, y por su puesto en la medida en que el legislador haya considerado previamente la necesidad de proteger ese bien jurídico a través del derecho penal. Por eso, la labor del legislador no puede ser caprichosa, sino que debe tener un propósito vinculado al concepto de bien jurídico.

En este sentido, considera Roxin (2013, p 4), que el cometido del derecho penal, y la función limitadora de este, está, precisamente, en que se reconozca que su finalidad es la protección de bienes jurídicos pues, aunque reconoce que no es un tema pacífico porque existen concepciones como la de Jakobs, estima que el derecho penal carece de sentido sin ese fin, ya que “la estabilización de la norma no es un fin en sí mismo, sino que está destinada a contribuir a que en el futuro no se produzcan lesiones reales, individuales o sociales”.

La acepción de bien jurídico se le atribuye al alemán Johann Michael Franz Birnbaum, quien con el mismo buscaba enfrentar la concepción individualista de la “lesión de derechos” de Paul Johann Anselm Feuerbach, que identificaba el objeto de protección con los intereses estrictamente privados de la víctima que se veían lesionados en cada caso; el propósito era ofrecer un concepto natural del delito a partir del cual se pudiera explicar el interés de toda la colectividad y no solo de la víctima de un comportamiento. (Abanto, 2006, p. 1)

Abanto considera, al igual que Hassemer, que si bien “desde el inicio, se ha presentado el problema de buscar un ‘concepto’ de bien jurídico y ‘criterios’ manejables para su delimitación” la importancia de este radica en sus funciones (Abanto, 2006, p. 2):

La importancia del concepto “bien jurídico” se manifiesta en las funciones que usualmente le atribuye la doctrina mayoritaria. La más importante de ellas, aunque la más polémica (y en mi opinión la decisiva en la confrontación con el normativismo radical) es la llamada

función crítica: desde una perspectiva del “ideal del principio democrático” el penalista estaría en condiciones de discutir la legitimidad de aquellos tipos penales creados o por crearse que no cumplan con proteger bienes jurídicos. Ése es el motivo por el cual no deberían perseguirse penalmente las concepciones morales o éticas de las minorías. (...) Por otro lado, el concepto “bien jurídico” también tendría una *función interpretativa o dogmática*, pues, al interpretar los elementos del tipo penal, deberá servir para descubrir los alcances de una determinada prohibición (p. ej., si en el delito de homicidio se protege la vida, no podrá haber delito cuando ya no hay vida humana que proteger), determinar luego si existiría una permisibilidad extraordinaria de la afección al bien jurídico ante la preeminencia de otros intereses sociales (causas de justificación), fijar los alcances de la imputabilidad individual por el hecho cometido (culpabilidad) y la punibilidad de la conducta, así como la magnitud de la pena. Finalmente, también se habla de una cierta *función sistemática* cuando se utiliza al bien jurídico para agrupar los delitos: p. ej., delitos contra la vida, delitos contra la integridad corporal, delitos contra el patrimonio. (Abanto, 2006, pp. 3-4)

Este autor critica las posturas que rechazan la idea de un concepto de bien jurídico como objeto de protección del derecho penal, pues considera que el concepto de bien jurídico “proporciona al menos una base real, aprehensible y controlable, a partir de la cual pueden trabajar (y vincularse) el Derecho penal y la Política Criminal sin perder de vista las características humanas de los destinatarios de las regulaciones” (Abanto, 2006, pp. 37-39). Por eso considera que:

La teoría de bienes jurídicos no ha dejado de ser la piedra angular de todo Derecho penal que aspire a considerarse como uno propio de un Estado de Derecho. No es raro, por eso que también en tradiciones jurídico-penales distintas, como la anglosajona, se maneje un principio que cumple similares funciones a las del “bien jurídico”. En efecto, bajo la

denominación de *harm principle* (principio del daño o perjuicio) se quiere dar a entender allí que, en principio, solamente debería prohibirse penalmente aquello que cause perjuicio a otros y que atente (mediante perjuicios directos o puestas en peligro) contra las condiciones de la coexistencia humana. Con ello, entre otras cosas, se quiere deslegitimar una política criminal que se circunscriba a proteger las “buenas costumbres”. (Abanto, 2006, pp. 39-40)

Desde nuestro punto de vista, aunque somos conscientes de la dificultad y problemática que ha suscitado el concepto de bien jurídico, consideramos que la cuestión radica principalmente en que se ha cargado de importancia el alcance semántico del concepto, y contrario a lo señalado por Hassemer, su cometido principal es el de servir de límite al derecho penal para que este no incrimine comportamientos carentes de justificación alguna, y no tanto en encontrar un significado unitario, el cual es casi imposible hallar en alguna categoría del derecho penal, pues entre otras cosas no es el de ser una enciclopedia inamovible.

Justamente, Gerhard Seher (2007, p.77) cree que el debate que gira en torno al concepto de bien jurídico ha estado equivocado, ya que la importancia no está en la definición de concepto sino en el contenido “acerca de cuál debe ser el alcance legítimo del Derecho penal”. Para Seher, un análisis que se centre solo en el concepto de bien jurídico, no solo desvía el verdadero discurso, sino que está llamado al fracaso, toda vez que un no es posible un concepto que pretenda abarcar los diversos problemas que se desprende de él. Precisamente, destaca el autor, el error de querer abarcar con un concepto, es el que lleva a que diversas cuestiones de suma importancia para el derecho penal sean excluidas de su órbita de acción, al no encajar en el concepto de bien jurídico de los distintos autores. Así, mientras Hassemer acepta la dañosidad del deterioro global del medio ambiente, termina rechazando los delitos ambientales, por no poderlos integrar a su concepto de

bien jurídico basado en el daño personal. Otro tanto ocurre con Stratenwerth, quien bajo un concepto individualista de bien jurídico termina aceptando la existencia de delitos sin bien jurídico.

Como Balcarce (2008), creemos que el concepto de bien jurídico, objeto de protección del derecho penal, está vinculado a la concepción filosófica imperante en cada momento histórico del Estado.

Así, por ejemplo, bajo una concepción iusnaturalista en el modelo de Estado liberal, al existir ciertas prerrogativas individuales anteriores al Estado, a este no le queda más que reconocerlas y protegerlas frente a los ataques que pudieran sufrir los individuos. Desde este punto de vista, la intervención Estatal solo sería legítima en cuanto se manifestara un resultado empírico de lesión o puesta en peligro de aquellas prerrogativas individuales reducidas a la vida, la libertad y la propiedad privada. Pero como destaca el autor, esta concepción en el modelo de Estado burgués sería insostenible, al existir ciertas situaciones que exceden al sujeto y se plasman como intereses de la colectividad y que requieren de una teoría normativa que las abarque del mismo modo que a los derechos subjetivos (Balcarce, 2008).

Desde esta perspectiva Balcarce (2008), citando a Jesús María Silva Sánchez, señala que “lejos de tener un nacimiento garantista, el bien jurídico tuvo una génesis expansiva” (p. 4), y que “a partir de este momento se distinguiría entre bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos generales o colectivos” (p. 4).

Así, la exclusión de ciertos grupos por el modelo de Estado liberal dio pie para que a finales del siglo XVIII con la renovación del pensamiento de la iglesia, con el nacimiento del Estado Social basado en el principio de prestación – con el cual los derechos de segunda generación aparecieron en escena –, la Constitución de Weimar de 1919, y la criminología del White collar crime de

Sutherland, se promocionara la protección de grupos determinados de la sociedad, con lo cual nacieron nuevos espacios de la legislación penal “destinados a la protección de quienes restringieran los derechos de los nuevos incluidos (delitos laborales, previsionales, tributarios, etc.)” (Balcarce, 2008, p. 6).

No obstante, explica Balcarce (2008) que la fuerte intervención del Estado degeneró en autoritarismo, llevando a la instalación de modelos totalitarios de gobierno que conducirían a la Segunda Guerra Mundial, la cual “dejaría como experiencia que el ser humano, como ciudadano, no solo requiere de autonomía sino también prestaciones” (p. 7), y que solo un Estado democrático tiene la capacidad para garantizar los derechos de participación. Así, el modelo de Estado social y democrático de derecho originó una renovada clasificación ampliatoria del bien jurídico, pues “ahora la división madre sería entre bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos supraindividuales. Los supraindividuales comprenderían los generales, provenientes de la tradición, y los difusos, destinados a proteger a aquellos grupos débiles de la sociedad” (Balcarce, 2008, p. 6).

En realidad, la idea de bien jurídico vino a adquirir importancia justamente a raíz de su vinculación con el concepto de constitución, como lo destaca Abanto (2006, p.6) pues antes se hacía referencia a él vinculado a la idea de derechos naturales del hombre o de las condiciones de existencia del soberano.

Uno de los máximos exponentes del concepto de bien jurídico vinculado a la constitución es Roxín, para quien “la misión del derecho penal está en asegurar a los ciudadanos una convivencia libre y pacífica, garantizando todos los derechos establecidos jurídico-constitucionalmente” (2013, p. 5), lo que implica que si a ello se le considera protección de bienes jurídicos, entonces por estos ha de

entenderse “todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad” (2013, p. 5).

Por el contrario, considera Roxin que las normas que sancionan comportamientos “son ilegítimas cuando tienen como objeto un comportamiento que no afecta ni al libre desarrollo del individuo ni a sus presupuestos sociales” (2013, p. 5). Para tal efecto, propone nueve directrices a la luz de las cuales considera las situaciones en las que una norma de criminalización no puede ser considerada como protectora de bienes jurídicos, a saber:

Las leyes penales arbitrarias, motivadas exclusivamente por la ideología o que vulneran derechos fundamentales no protegen bienes jurídicos; una conducta inmoral o reprochable no fundamenta ya como tal una lesión de un bien jurídico; la vulneración de la dignidad humana propia no es una lesión de un bien jurídico; la protección de sentimientos sólo puede ser reconocida como protección de un bien jurídico cuando concurren temores realistas de ser objeto de amenaza; la autolesión consciente, hacerla posible o auxiliarla no vulneran bienes jurídicos (ajenos); las normas jurídico-penales predominantemente simbólicas no tienen una función de protección de bienes jurídicos; los tabúes no son bienes jurídicos; los objetos de protección de tal abstracción que resulten inaprehensibles no pueden ser reconocidos como bienes jurídicos. Respecto de los bienes jurídicos colectivos, además, *Greco* recientemente ha elaborado una concepción convincente, conforme a la cual no está permitido “postular un bien jurídico colectivo como objeto de protección de un determinado precepto cuando la afectación de ese bien jurídico siempre implique simultáneamente la vulneración de un bien jurídico individual”. (Roxin, 2013, p. 11)

Es importante recalcar, sin embargo, que para este autor la existencia de un bien jurídico, y por ende su lesión o puesta en peligro, no constituye un mandato de criminalización para su respectiva protección, toda vez que para él el derecho civil, el público y, sobretodo, el administrativo sancionador también son ámbitos aptos para la protección de bienes jurídicos; por ello destaca que “la mayoría de la doctrina opina que una amenaza de pena, en cuanto sanción más grave, sólo entrará en consideración cuando las regulaciones menos gravosas no resulten suficientes” (Roxin, 2013, p. 14).

Esta visión de Roxin sobre la relación entre bien jurídico y constitución, encuentra cierto punto de convergencia en el análisis que sobre el concepto de bien jurídico han hecho autores como Cesano, Mir Puig, Villegas, Suarez López, y Alonso Álamo.

Para Cesano, “aquellos valores que, por su importancia, merecen la protección del Derecho se denominan bienes jurídicos” (2011, p. 1). No obstante, este autor considera que el hecho de que el derecho penal solo deba proteger bienes jurídicos, no significa que todo bien jurídico deba protegerse a través del derecho penal, y, por ende, considera que el concepto de bien jurídico es mucho más amplio que el concepto de bien jurídico penal. Y sobre esta base considera:

Para que determinado valor pueda ser elevado al selecto grupo de bienes jurídicos penalmente tutelados (merced al proceso de criminalización primaria) será necesario que satisfaga, al menos, dos exigencias: a) que sea merecedor de esta tutela jurídica más intensa por así considerarlo la generalidad de los componentes del grupo social (y no solo una minoría o sector determinado) y b) que se encuentre necesitado de resguardo en sede penal ante el fracaso de los medios que disponen las otras ramas del Derecho (V.gr. del Derecho administrativo, con su finalidad preventiva) (Reyna Alfaro, 180). (Cesano, 2011, p. 2)

Para este autor, aun cuando no es fácil determinar en qué momento un valor social adquiere una relevancia que reclame la intervención del derecho penal, lo cierto es que un parámetro obligatorio es el marco constitucional de cada Estado (Cesano, 2011). Lo anterior no quiere decir que los valores constitucionales sean un sinónimo de “apertura incondicionada de criminalización” (Cesano, 2011, p. 3).

En un punto de vista similar al de Cesano se manifiesta Mir Puig (1994). Para Mir, el derecho penal es necesario en la medida en que exija la protección de bienes jurídicos. Sin embargo, el solo concepto no es suficiente para determinar cuándo su protección es necesaria a través del derecho penal, pues no todo bien jurídico necesita de tutela penal y por ende no todo bien jurídico llegará a convertirse en un bien jurídico penal. (1994, p. 159), entendiendo por bien jurídico, en un sentido genérico, todo “interés socialmente relevante para el individuo” (p. 161)

En sentir del catedrático de Barcelona, “para que un bien jurídico (en sentido político-criminal) pueda considerarse, además, un bien jurídico-penal (también en sentido político-criminal), cabe exigir de él dos condiciones: *suficiente importancia social y necesidad de protección por el Derecho penal.*” (p. 162)

Entiende el autor que la primera condición se da en virtud de la “consonancia con la gravedad de las consecuencias propias del derecho penal”. Así, “al carácter penal de la sanción ha de corresponder un carácter también penal de la infracción”; para tal efecto, habrá que tenerse en cuenta los bienes fundamentales para la vida social, siendo un criterio relevante para ello su reconocimiento constitucional, sin que el mismo signifique un mandato de criminalización, porque resultaría contrario al principio de proporcionalidad. (p.163) Para determinar este grado, con el fin de elevar a la categoría de bienes jurídico-penales determinados intereses, el autor propone

comparar los bienes jurídicos tradicionales, los más “indiscutidos”, los que han calado hondo en la conciencia social y han perdurado a lo largo de los siglos.” (p. 164)

La segunda condición se da, cuando otros medios de defensa, menos lesivos, no son suficientes para la protección del interés. Sin embargo, reconoce que, aunque puedan llegar a existir otros medios de defensa, en algunos casos será necesario el derecho penal frente a determinados ataques especialmente peligrosos. (p. 166)

La postura de Mir es desarrollada por Villegas Paiva, para quien resulta indispensable establecer la diferencia entre bien jurídico y bien jurídico penal, pues en la sociedad, el Derecho en general tiene como misión la defensa de intereses que una vez asumidos por el ordenamiento jurídico se denominan bienes jurídicos. De tal suerte que los intereses, sociales o individuales, son muchos y los bienes jurídicos, en cambio, solo aquellos intereses sociales acogidos por el derecho para su protección; así, la tutela de bienes jurídicos es una tarea de todos los sectores del ordenamiento jurídico, entretanto, el bien jurídico-penal solo lo es del interés social que, siendo recogido por el ordenamiento para su protección, merece y necesita de la tutela jurídica reforzada, acudiéndose así al derecho penal para lograr tal cometido (p. 12).

Desde esta concepción para el autor:

La legislación penal no crea bienes jurídicos, solo eventualmente individualiza alguna acción que lo afecta de cierto modo particular grave, pero nunca puede otorgarle una tutela amplia o plena, dada su naturaleza fragmentaria y excepcional. El derecho penal recibe el bien jurídico ya tutelado y la norma que se deduce del tipo no hace más que anunciar un castigo para ciertas formas particulares y aisladas al mismo. Cuando ocurre esto al bien jurídico se le denomina bien jurídico-penal (Villegas, 2010, p. 13)

Sin embargo, enfatiza que un bien jurídico-penal exige dos condiciones adicionales: “que por su importancia merezca una protección penal y que además necesite de esa protección” (Villegas, 2010, p. 13).

Así, dado que se sostiene que el derecho penal solo protege aquellos bienes jurídicos indispensables para la vida social, y exclusivamente frente a los ataques más lesivos, “entonces el merecimiento de protección penal deriva del significado atribuido al bien (su importancia social) y la gravedad de sus diversas formas de ataque (intensidad de sus afecciones)” (Villegas, 2010, p. 13).

Considera este autor, sin embargo, que el problema radica “en la apreciación de cuándo un interés es fundamental para la vida social, es decir cuándo reviste la suficiente importancia social que lo haga merecedor de tutela jurídico-penal y cuándo no la tiene” (p. 13), destacando entonces que entre los criterios desarrollados por la doctrina se encuentra “aquel que afirma que la importancia del bien jurídico puede ser obtenida a partir de su plasmación en la constitución” (p. 14).

Concepción que en criterio de Villegas es razonable, “puesto que la norma fundamental suele recoger los bienes y valores más importantes de la sociedad, alrededor de los cuales hay un consenso social mínimo” (p. 14) y esta además “constituye el fundamento de todos los fines del aparato estatal” (p. 14), pero que, per se, no puede derivar una protección penal. Por ello, considera que “a la idea de plasmación constitucional se debe sumar —para determinar si un bien jurídico debe ser protegido penalmente— el criterio de la grave dañosidad social de la conducta” (p. 15). De tal suerte que solo será necesario acudir al derecho penal “para castigar los comportamientos más lesivos y dañosos que eliminan o afectan de manera inaceptable la capacidad de mantener la estabilidad y funcionalidad de la vida social” (p. 15).

Por último, considera que no basta tampoco que el bien jurídico que se busca proteger sea considerado importante e indispensable para el desarrollo de las condiciones sociales, pues de esto solo se puede determinar cuáles bienes ennoblecen una valoración penal positiva, pero sin que al mismo tiempo se pueda concluir que dichos comportamientos deban incriminarse por ser oportuna y útil la intervención punitiva “(lo que se logra mediante el juicio sobre la necesidad de la pena)” (p. 15):

En tal sentido uno de los mecanismos más importantes para determinar si hay necesidad de apelar a la sanción penal o, en caso contrario, saber acerca de su inutilidad, es averiguar si otros medios de control social formal o informal podrían asegurar la consecución de iguales o mejores resultados que los buscados con la pena. (Villegas, 2010, p. 16)

Finalmente, Balcarce considera que la relación entre derecho penal, constitución y bien jurídico, como instrumento crítico de aquel, requiere tener en cuenta dos conceptos: “la prohibición de exceso (*Übermaßverbot*) y la prohibición de defecto (*Untermaßverbot*)” (2008, p. 10).

Para explicar estos conceptos, el autor señala:

Como expresa Hassemer, en la *prohibición de exceso* se pone de relieve la tradición clásica de los derechos fundamentales como fundamento de derechos de defensa frente a las intromisiones estatales. Esta prohibición hace efectivo los límites a las intervenciones del Estado que sobrepasan la medida legislativa. La objetividad jurídica se inserta de modo trivial en este cartabón. Es una prohibición de criminalización para el legislador. Es un vector negativo, un límite.

La *prohibición de defecto*, por contra, establece que el legislador puede estar obligado en determinadas situaciones, por la Constitución, a proteger determinados intereses con

ciertos medios que no siempre han de provenir de la legislación represiva, pudiendo utilizarse el arsenal de herramientas que proceden de todos los sectores del ordenamiento jurídico. Pero puede ser, en alguna medida, un mandato de criminalización para el legislador. Es un cartabón positivo, una promoción de la regulación penal. (...) Si bien, la prohibición de defecto no exige que la protección del bien jurídico sea por vía penal (bien jurídico penal), brinda, sin lugar a dudas, un argumento de peso para justificar la criminalización de conductas. Si a ello le sumamos la alta flexibilidad que encierran los valores que contienen las cartas magnas, no hará falta mucho esfuerzo para encontrar bienes jurídicos hasta debajo de las piedras. La crítica al dogma del bien jurídico se debe también a que, tanto el legislador como parte de la doctrina, asignan un bien jurídico a cada nuevo tipo penal sin mayores miramientos, llevando a un debate sin orden ni concierto a la idea de confianza, a la seguridad pública, a la protección de instituciones o, incluso, al clima o a la lucha en escenarios de amenaza general. (Balcarce, 2008, pp. 10-11)

Pero como advertimos al principio de este capítulo, el ya discutido concepto de bien jurídico se ve todavía más empañado por la controvertida protección, a través del derecho penal, de los llamados bienes jurídicos supraindividuales o colectivos,¹³ como es el caso de los delitos económicos, frente a los cuales, como lo señala Cesano (2011), existe plena coincidencia al admitir dicho carácter (supraindividual) en el bien jurídico como uno de los rasgos distintivos de esta clase de delitos (p. 7).

No obstante, lo más probable es que la protección de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales a través del derecho penal no sea producto de un capricho, como algún sector de la doctrina lo pretende deslegitimar,¹⁴ sino precisamente consecuencia de múltiples factores que generaron una expansión inadvertida e incontenible del derecho penal, como lo señala Jesús María Silva Sánchez (2001) en su libro *la Expansión del derecho penal*,¹⁵ y que llevaron a los Estados a

hacer dinámico el derecho penal en la sociedad moderna, ya que este, sin duda, no podía permanecer estático para sancionar las tradicionales conductas contra la vida, el patrimonio y la libertad, al amparo del principio de *ultima ratio*.¹⁶

La posición de Silva Sánchez encuentra amplio respaldo en la doctrina actual. Al respecto, Villegas (2010, p. 1) considera que el constante progreso tecnológico y el marco económico versátil vuelven cada vez más compleja la sociedad actual, lo que genera que esta tenga un lado oscuro, que es, precisamente, la existencia de diversas y nuevas fuentes de peligro. Tal situación implica la configuración de nuevas realidades o la revaloración de realidades que ya existían, debido a los cambios que ameritan y requieren una protección penal efectiva, toda vez que el derecho penal no es estático y requiere adaptarse a los fenómenos históricos y culturales de cada momento. Este mismo autor considera, que las críticas que existen de un sector de la doctrina sobre la legalidad de los bienes colectivos, bajo la idea de un expansionismo injustificado, no tienen sustento, pues a pesar de que el derecho penal liberal fue articulado principalmente como instrumento de defensa de los llamados bienes jurídicos individuales, este no se circunscribió solamente a la tutela de ellos, sino que también brindó protección a bienes colectivos como la administración pública, la administración de justicia y la seguridad del Estado, razón por la cual no puede afirmarse que sean nuevos en la teoría del delito.

Y es que una de las críticas más severas que se le hace a los denominados bienes jurídicos colectivos, es justamente la falta de claridad de contenido, vinculando su existencia al denominado efecto simbólico del derecho penal; es decir, como instrumento de intimidación. Pero los defensores del moderno derecho penal, entre ellos Jiménez Díaz, critican los ataques emprendidos contra la modernización del derecho penal, recordando que:

Los propios críticos del mismo se han visto forzados a reconocer que una función simbólica es consustancial o inherente a toda la ley penal, lo que a su juicio no es sino la función pedagógica ético-social del Derecho penal, que constituye un refuerzo de la función instrumental de la protección de bienes jurídicos. (Jiménez, 2014, p. 17)

Pero además, como lo sostiene Abanto (2008, p. 12), citando al sector de la doctrina de la teoría del bien jurídico denominado “constitucionalista”, es que “el principio de *ultima ratio* no quiere decir que el Derecho Penal deba siempre y sin excepciones ser subsidiario”, pues podrían surgir mandatos de penalización que vayan más allá de la protección de bienes jurídicos individuales tradicionales, al existir un bien jurídico importante individual o supraindividual, eso sí siempre vinculado a derechos fundamentales, que se vean amenazados por conductas peligrosas (Abanto, 2008). Además, recuerda que:

Prácticamente todos concuerdan en que no puede mantenerse, para la vida moderna, un concepto de bien jurídico y un “principio de subsidiaridad” tal como se entendía en la Ilustración; la vida moderna exige que estos conceptos sean replanteados para afrontar las nuevas formas de ataque contra la pacífica coexistencia en sociedad. (Abanto, 2008, p. 34)

No debe olvidarse, además, como lo recuerda Balcarce, que, en la sociedad posmoderna, denominada sociedad de riesgo, se ha puesto en peligro la sobrevivencia de la especie, ya que contrario a lo que muchos piensan no se trata de una sociedad revolucionaria sino catastrófica, porque mientras en las sociedades del pasado se vivía bajo una constante amenaza de peligro natural, en las sociedades actuales los riesgos que existen tienen su origen, en su mayoría, en la propia actividad humana. Por ello, es necesario truncar el avance infinito de la ciencia y la tecnología, ya que intereses como el medio ambiente y los consumidores están en peligro (Balcarce, 2008, p. 9).

La Corte Constitucional de Colombia, en diferentes providencias, promulgadas desde su existencia, al ocuparse del concepto de bien jurídico-penal, en particular en las sentencias C-070 (1996), C-118 (1996), C-939 (2002), C-489 (2002), C-205 (2003), C-224 (2009), C-632 (2011), C-645 (2012) y C-909 (2012), ha señalado que efectivamente el objeto del derecho penal radica en la protección de bienes jurídicos que emanan de los derechos fundamentales trazados desde la constitución, y de los derivados del bloque de constitucionalidad, sin que en todo caso pueda afirmarse que existe un mandato de criminalización de conductas punibles a partir de la propia Carta Política, pues es al legislador a quien corresponde definir con cierto espacio de libertad las conductas punibles y los bienes jurídicos objeto de protección, siempre y cuando los mandatos de criminalización no se contrapongan a los fines de la Carta Política.

No obstante, no se delimita una noción de lo que se entiende por bien jurídico, como interés objeto de protección a través de la vía penal, aunque en la sentencia C-205 de 2003 se acoge un concepto dado por la doctrina en los siguientes términos:

Al respecto cabe señalar que por bien jurídico la doctrina contemporánea ha entendido aquellas “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social estructurado sobre la base de esa concepción o para asegurar el funcionamiento del mismo”^[17]. En tal sentido, el bien jurídico está llamado a cumplir una función social; y desde una perspectiva dogmática, constituye una importante guía para la interpretación de la norma penal y se erige en un criterio de medición de la pena a imponer, dado que la mayor o menor gravedad de la lesión al bien jurídico, o la mayor o menor peligrosidad de su ataque, influyen decisivamente en la gravedad del hecho. De allí que no se consideren como bienes jurídicos, objeto de tutela penal, las

conminaciones arbitrarias, las finalidades puramente ideológicas, las meras inmoralidades, y por supuesto, el ejercicio de una actividad constitucionalmente válida.

En otros términos, la absoluta necesidad de las leyes penales resulta condicionada por la lesividad para terceros de los hechos prohibidos, a la luz del principio *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria*. Así pues, en el presente caso, al criminalizarse un comercio cuando no se conservan las facturas pero que puede ser lícito, tal formulación no está protegiendo bien jurídico alguno. (Corte Constitucional, Sentencia C-205, 2003).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal de cierre en la jurisdicción ordinaria en nuestro país, y con función principal de unificar la jurisprudencia en materia penal,¹⁸ al ocuparse del concepto de bien jurídico ha señalado que este hace referencia a “intereses de tal entidad, que tengan importancia fundamental, si se trata de ponderarlos, tanto por el legislador como por el juez en los casos concretos, como garantía de vida social posible” (Corte Suprema de Justicia, Expediente 18609, 2005)

Con todo, para la Corte Suprema de Justicia el concepto de bien jurídico adquiere relevancia desde las funciones que cumple; así esta corporación diferentes providencias —dentro de las que cabe destacar Expediente 30148 (2010), Expediente 29655 (2009), Expediente 31362 (2009) y Expediente 18609 (2005)— ha indicado que: i) El derecho penal se justifica en la medida en que sea protector de bienes jurídicos; ii) Este concepto constituye un límite a la potestad punitiva del Estado; iii) Los bienes objeto de protección deben ser bienes indispensables para mantener las condiciones mínimas de convivencia social, pues no todo bien jurídico es menester que esté protegido por el derecho penal; iv) Como objeto de protección de las conductas descritas en las normas penales, al bien jurídico se le atribuye una función delimitadora de interpretación, según

la cual el legislador agrupa bajo un título o capítulo determinados tipos penales para permitir al intérprete encontrar el ámbito protector de cada disposición con fundamento en el bien jurídico protegido por el sistema penal, esto es, en la antijuridicidad o no de la conducta imputada; iv) Las actitudes frente a la vida, las formas morales de concebir el mundo y la sociedad, no pueden *per se* adquirir la calidad de objeto de protección punitiva.

Finalmente, y por la claridad de los argumentos señalados, es importante citar lo expresado en sentencia de 11 de febrero de 2015 con ponencia de Eyder Patiño Cabrera, que sobre el concepto de bien jurídico consideró:

Con ese fin, cada nación ha identificado unos especiales valores, cualidades o bienes objeto de protección jurídica, que responden a un querer mayoritario, visible en las normas de carácter sustancial que describen ciertas acciones u omisiones prohibidas y determinan unas sanciones —restrictivas de la libertad o de otros derechos o pecuniarias— frente a su eventual desacato (prevención especial).

Esos objetos de tutela legal —que en el derecho penal liberal eran escasos y básicos: la vida, el honor, la libertad, la propiedad, entre otros— no son necesariamente estáticos, pues los grupos sociales debidamente establecidos o constituidos en Estados, regidos por sus evoluciones o involuciones de naturaleza política, religiosa, científica, tecnológica, etc., han marcado, desde la llamada sociedad del riesgo (Ulrich Beck), las pautas para determinar qué interés en particular debe ser amparado y la forma de hacerlo.

Una de esas formas es el derecho penal, que al reconocer los objetos jurídicos concretos de protección —individuales o colectivos—, a partir, por supuesto, de referentes con asiento en la realidad, paralelamente determina cuáles son las actividades de los ciudadanos

que merecen ser reprobadas y reprimidas con alguna sanción, a efecto de garantizar la inmutabilidad de cada interés superior.

Y es que los tipos penales solo pueden alcanzar su ámbito de prohibición si verdaderamente afectan un bien jurídico, el cual debe justificar, necesariamente, la lesividad de la conducta, o al menos la dirección u orientación protectora que se le atribuye a la norma.

Así es que, al legislador, en función del principio de representación popular, le corresponde escoger entre la multiplicidad de acciones u omisiones humanas capaces de generar un juicio de desvalor, y consignar, en un estatuto punitivo, el correspondiente mandato de prohibición, de tal forma que se habilite una “relación de disponibilidad del sujeto con el objeto” —en los términos de Zaffaroni^[19]— como elemento de contención del poder punitivo.

Sobre la manera de definir los bienes jurídicos tutelados, la doctrina ha reconocido que, generalmente, el interés jurídico tutelado aparece instituido en los títulos y capítulos que agrupan los delitos, pero, en veces, es el intérprete quien debe identificarlo *acudiendo a un procedimiento de conjugación de las expresiones literales de los rubros de los títulos y los capítulos, que forman la Parte especial, con el “sentido” de la acción descripta en un determinado tipo (...). Y no pocas veces la forma de la acción indicará que, pese a la localización del bien jurídico enunciado por éste solo indirectamente se corresponde con el protegido según el tipo: por ejemplo, [en Argentina] el delito de violación (...) está inserto entre los “delitos contra la honestidad”, pero de su contenido se deduce, sin esfuerzos, que lo que en realidad protege es la “libertad sexual”*.

A veces ocurre que el tipo comprende más de un bien jurídico (p. ej. En el “secuestro” de una persona para pedir rescate (...) entran en juego los bienes jurídicos de la propiedad y de la libertad); en esos casos la tipicidad de la conducta que se examina (...) dependerá del bien jurídico preponderantemente afectado por la conducta del agente, lo cual será materia de interpretación en cada caso particular^[20].

Bajo las perspectivas señaladas anteriormente, pasaremos a plasmar nuestro concepto sobre la noción y alcance del significado de bien jurídico, con el fin de determinar si este concepto es importante a la hora de ubicar un determinado tipo penal en una específica parte del código penal, o si por el contrario carece de relevancia.

1.3. Nuestra posición.

Si bien, el concepto de bien jurídico penal genera controversias, particularmente respecto a su significado, alcance, y utilidad, no obstante ello, como acertadamente lo señaló Beatriz Suárez López (2009, p.6) en su artículo *¿Existe el bien jurídico-penal el S.XXI?*, confluyen puntos de encuentro entre las diferentes posiciones doctrinales más aceptadas, y que con mayor discernimiento se han encargado de fijar las pautas que deben guiar tanto la labor del legislador como de la dogmática penal frente al estudio de comportamientos elevados a la categoría de delito, o de aquellos que tienen la pretensión de serlo, que permiten entender qué, cuándo y por qué algo es digno de la tutela penal y, por su puesto, del merecimiento de una sanción ante su vulneración o ataque efectivo, y cuya integridad se pone en peligro precisamente a partir de las conductas catalogadas como desviadas y, por lo tanto, ilegales. Por eso, y en atención a lo anterior, nos permitimos establecer las siguientes consideraciones:

En primer lugar, eso a lo que se denomina bien jurídico no es algo diferente a los valores²¹ e intereses²² que atañen al ordenamiento por su importancia. Se suelen utilizar distintas acepciones, calificativos o adjetivos (fines, valores, realidades, intereses, objeto, bienes) para definir el concepto de bien jurídico, pero consideramos que este lo constituyen los valores o intereses que el ordenamiento jurídico, a través del legislador, reconoce como convenientes para la convivencia pacífica en una sociedad, pues en últimas este es el fin del derecho penal, que se materializa únicamente a través de la protección de bienes jurídicos.

En segundo lugar, a dichos valores, aun cuando pueden ser preexistentes a su reconocimiento por el ordenamiento, únicamente el legislador tiene la capacidad de elevarlos a la categoría de bien jurídico. Por otra parte, al lado de los valores preexistentes, existen intereses legítimos que el legislador determina como necesarios para la satisfacción de ciertas necesidades que se consideran vitales para la sociedad, pero que son una creación del derecho y surgen de las condiciones propias de cada sociedad —que tiene como característica la de ser cambiante—.

Lo anterior, nos lleva a reconocer, como ya lo ha hecho Cesano (2011), entre otros, que el concepto de bien jurídico es mucho más amplio que el de bien jurídico penal, dado que solamente cuando la afectación a los valores o intereses declarados por el legislador son lo suficientemente graves como para sancionar a su agresor con una pena, o amenazar a través de ella, las potenciales lesiones o puestas en peligro de los mismos, mediante la individualización de las conductas más reprochables con las que se les pueda afectar,²³ entonces, en dicho momento, es preciso hablar de un bien jurídico penal.

Como tercer aspecto, y aunado a lo anterior, es importante resaltar que no compartimos las concepciones que consideran los bienes jurídicos independientes a su reconocimiento por el

ordenamiento²⁴, es decir, que existen antes de que el legislador los declare. Si bien es cierto que existen realidades vitales para el ser humano, como la vida, la libertad, etc., sin su protección por el ordenamiento jurídico ellas solo constituyen ideales, que si bien son esenciales no dejan de ser meros deseos sin un instrumento con el cual hacerlos efectivos. No se habla aquí de una herramienta penal necesariamente, pero sin que el ordenamiento jurídico, a través de cualquiera de sus ramas, tutele dicho interés, no puede hablarse de un bien jurídico, y mucho menos de un bien jurídico penal.

Por lo tanto, cuando el legislador individualiza un interés o realidad social, está reconociendo la existencia de un bien jurídico que debe tutelar a través de cualquier rama del ordenamiento, y si el legislador individualiza esa realidad o interés y además las conductas más graves que lo afectan —que amenazan con desarticular las bases del Estado o sociedad en que convivimos— entonces se concreta la existencia de un bien jurídico penal cuya vulneración o puesta en peligro merece una sanción. Pero, además de lo anterior, y a diferencia de lo que consideran alguno de los autores a los que ya hemos hecho referencia, estamos en la capacidad de sostener que los bienes jurídicos, y específicamente los bienes jurídico penales, no nacen únicamente de las realidades sociales, sino que estos incluso pueden ser ideados por el legislador precisamente a partir de esas realidades elevadas a la categoría de bien jurídico tutelado por medio de cualquiera de las ramas del ordenamiento. En efecto, a partir de la tutela de una realidad por el legislador, puede surgir también para este la necesidad de proteger propósitos esenciales a lograr en una sociedad, y que necesitan de una tutela adicional.

En este sentido, preexisten realidades del ser humano incuestionables hoy en día como la vida, la libertad, la propiedad, la integridad, el medio ambiente, que son anteriores a la sociedad, y que no

son creadas, sino que son reconocidas por el legislador, y son elevadas a la categoría de bien jurídico por un acto superior de autoridad del mandatario del pueblo. Pero existen otro tipo de intereses que surgen con el desarrollo de la sociedad y que emergen de la tutela de otros bienes jurídicos, como ocurre, por ejemplo, la fe pública, la administración pública, la administración de justicia, el orden económico, y cuya tutela en algunos Estados se garantiza a través de diversos comportamientos que sancionan su ataque.

En cuarto lugar, debemos señalar que el concepto de bien jurídico parte de las necesarias preguntas: ¿de dónde? y ¿cómo surgen los valores o intereses que el legislador eleva a la categoría de bien jurídico, y más aún de bien jurídico penal? Sobre el particular, existe una posición mayoritaria de la cual no nos apartamos, en el sentido que el concepto de bien jurídico debe definirse y delimitarse **considerando** la Carta Política de cada Estado, dado que los valores e intereses elevados a la categoría de bien jurídico están vinculados necesariamente a la Constitución de cada sociedad; esto porque en dicho instrumento, que cada sociedad se da a través de sus representantes, se suelen recoger los bienes y valores más significativos.

Es importante, sin embargo, dejar claro, como igualmente lo proponen algunos de los autores que hemos venido citando, que la referencia al marco constitucional no significa que todos los valores o intereses consagrados en las Cartas Políticas tengan que ser tutelados a través del derecho penal, o que para su protección se criminalicen conductas tendientes a protegerlos, ni siquiera en el caso de los derechos fundamentales, pues de existir un instrumento menos restrictivo que el penal para hacer efectivo su goce, debe elegirse aquel.

La referencia a la Constitución simplemente constituye un límite válido, que al no existir en tiempos anteriores facilitó que el proceso de creación de los delitos obedeciera más a la voluntad

o interés del rey, emperador, o gobernador de turno, más que a un interés o valor cierto y necesario por proteger (bien jurídico). El marco constitucional entonces permite, dentro del catálogo de derechos (primera, segunda, tercera generación) e intereses consagrados en las cartas políticas de cada estado, identificar los valores e intereses más esenciales para el cumplimiento de los fines marcados en la propia Constitución, así como los comportamientos más graves que los afectan, a partir de los cuales se podrá, dentro de un ejercicio de proporcionalidad y ante la inexistencia o ineficacia de instrumentos menos invasivos para el ciudadano, consagrar así los distintos tipos penales enfilados a salvaguardar su lesión o puesta en peligro.

Finalmente, queremos destacar que además de su misión esencial, cual es la de mantener las bases del Estado y las condiciones pacíficas de convivencia, el bien jurídico cumple tres funciones de suma importancia que permiten comprender la importancia de dicho concepto como referente de la función del derecho penal: i) función *crítica*, como lo destacan varios de los autores referidos, a partir de esta función es indudable que la identificación de un valor o interés esencial (bien jurídico) permitirá al ciudadano y al juez constitucional discutir la legitimidad de los distintos tipos penales encaminados a proteger aquel; ii) la función *sistematizadora* permite que el legislador agrupe en un solo capítulo, de forma ordenada, los tipos penales y, por lo tanto, las conductas más graves que ponen en peligro o pueden lesionar el valor o interés esencial al que se le da la categoría de bien jurídico. Dicha función, cumple además un propósito frente al ciudadano, pues agrupadas las conductas reprochables, podrá saber con certeza qué debe abstenerse de hacer y por qué, lo cual garantiza, sin lugar a dudas, que el valor o interés objeto de protección sea menos susceptible de ser vulnerado y iii) la función *interpretativa* está encaminada a orientar al juez y al abogado para que en la práctica desentrañen los elementos de los diferentes tipos penales que se consagran para proteger un determinado valor o interés (bien jurídico), a fin de discutir los alcances de un

comportamiento y verificar si en una situación específica se han realizado los elementos de un tipo penal concreto y la lesión a un bien jurídico.

1.4.Breve referencia al concepto de patrimonio económico como bien jurídico protegido por el legislador colombiano.

Es importante señalar que dentro de este acápite se abordará lo concerniente al concepto de patrimonio económico como bien jurídico tutelado por el legislador colombiano en el Título VII del Libro II del Código Penal colombiano, con el propósito de saber qué es lo que se busca salvaguardar con las normas que castigan los diversos comportamientos que atentan contra este.

Antes de entrar en materia es preciso señalar que el actual Código Penal, así como el de 1980,²⁵ sanciona los ilícitos contra el patrimonio económico en un título independiente al del orden socioeconómico u orden social y económico;²⁶ esto se resalta dado que en legislaciones como la española —recientemente modificada (Ley Orgánica 1, 2015), pero incluso antes de que así lo fuera²⁷— el patrimonio económico es un bien tutelado al lado del orden social como un único interés objeto de protección, a diferencia de lo que ocurre en legislaciones como la argentina²⁸, uruguaya,²⁹ paraguaya,³⁰ mexicana,³¹ peruana,³² italiana,³³ ecuatoriana³⁴ y, como ya se ha dicho, colombiana.

El concepto de patrimonio como objeto de tutela fue incorporado a nuestra legislación con el código penal de 1980, ya que, en los estatutos penales anteriores a este, el bien jurídico tutelado era la propiedad, entendida esta como el derecho real sobre una cosa corporal para gozar y disponer de ella, no siendo contra la ley o contra el derecho ajeno (Art. 669 C.C).

Martínez Zúñiga (1985, p. 19) explica que la invocación se dio a partir del proyecto de reforma al código en el año de 1974, que en la exposición de motivos señaló: “la comisión consideró que la expresión “delitos contra el patrimonio económico es mucho más comprensiva de la naturaleza del bien jurídico que se pretende tutelar que la que utiliza el actual código”

Este concepto de patrimonio no fue compartido por la doctrina italiana, como lo destacan el autor referido y también Muñoz Conde (1999, p. 45), pues para la doctrina mayoritaria el patrimonio no está protegido como entidad autónoma, toda vez que la tutela penal se limita a las cosas singularmente consideradas que lo integran.

Sin embargo, autores como Mantilla Jácome (1988, p. 13), consideran que con la alusión al concepto de patrimonio económico se abarcan de forma más amplia las diferentes relaciones jurídicas susceptibles de ser lesionadas mediante comportamientos delictivos, de las cuales la propiedad es una de ellas más no la única. En este sentido, resulta oportuna la precisión de Muñoz Conde (1999, p. 40), quien recuerda que el término “propiedad” es un concepto del derecho civil, entendido en un sentido genérico como el más amplio derecho de señorío que se pueda tener sobre una cosa.

Sin embargo, el mismo Mantilla Jácome destaca que el concepto de patrimonio económico, al igual que el de propiedad, también es un concepto civilista, entendido como una universalidad jurídica comprendida por los derechos y obligaciones de una persona, cuantificables en dinero, por lo cual hacen parte de este el activo y el pasivo, lo presente y lo futuro. No obstante, considera el autor que este concepto no funciona para el derecho penal, pues dentro del mismo no es dable hablar ni de pasivo ni de bienes futuros, pues la función del derecho penal apunta solo al activo económico.

Justamente, la amplitud del concepto llevó a la doctrina a perfilar, inicialmente, tres criterios sobre los cuales interpretar el concepto de patrimonio para efectos del derecho penal, surgiendo así las teorías **jurídica**, **económica** y **jurídico-económica** (mixta). Posteriormente, un sector de la doctrina adoptaría una cuarta postura, denominada personal. (Suárez, 2013, p. 55) y (Muñoz Conde, 1999, p. 46)

De acuerdo con la primera de las concepciones, esto es **la jurídica**, el bien jurídico estaría compuesto por el grupo de derechos y deberes patrimoniales reconocidos por el derecho público o privado, independientemente de su valoración económica; lo importante entonces es la relación jurídica que vincula a la persona con la cosa (Donna, 2001 p. 11). Así, el perjuicio o daño sería producto del deterioro de un derecho subjetivo reconocido por el derecho civil, pero sin valorar la parte económica de la relación lesionada.

Este concepto, sin embargo, se critica porque deja por fuera de la protección penal situaciones o posesiones de hecho no reconocidas como derechos subjetivos patrimoniales, pero, además, porque resulta ser excesivamente amplia al proteger bienes sin valor económico y con un simple valor sentimental.

De esta concepción parece ser Encizo Vanegas (2011, p. 333), quien considera que en su condición de bien jurídico protegido, el patrimonio “es el conjunto de derechos (y deberes) patrimoniales de una persona (natural o jurídica) que gozan de protección jurídica” descartando la posibilidad que el derecho se convierta en instrumento de protección de intereses ilegítimos.

La segunda concepción, que surge de las críticas a la primera, es decir **la económica**, se concentra únicamente en lo económico del bien jurídico; de tal suerte que para la protección penal basta que

el objeto de protección tenga un valor económico evaluable, independientemente de que goce de protección por el ordenamiento civil. Pastor (2013, p. 3) explica que a esta concepción de patrimonio se llegó por parte de la jurisprudencia del tribunal alemán, que en un caso real de venta engañosa de abortivos inanes abandonó la concepción jurídica para punir aquellos casos de afectación económica al patrimonio de las personas, aunque la causa del negocio no fuera lícita.

La tercera concepción, denominada **mixta**, toma los aspectos positivos de las anteriores y los armoniza, por un lado, como lo destaca Pastor “porque resultaba insatisfactorio (...) otorgar la condición de patrimonio (...) a las *rei extra commercium*”. Así, es económica en la medida que solo los objetos y situaciones con valor pecuniario pueden ser atendidos como elementos del patrimonio, y es jurídica dado que le asigna un signo distintivo al dejar por fuera las relaciones contrarias al ordenamiento.

Suárez (2013, p. 59) destaca que, a pesar de lo anterior:

No hay unanimidad respecto de la clase de relación jurídica que debe obrar sobre el bien dotado de valor económico, porque se dan las siguientes posiciones: a. Una que afirma que todo bien o derecho con valor económico que ostente una real protección por parte del ordenamiento jurídico forma parte del patrimonio, y b. Otra que parte de considerar al patrimonio como conjunto de elementos de valor económico sometiénolo a límites jurídicos, de la cual un sector considera que pertenecen al patrimonio los elementos de valor que están a disposición de alguien sin la desaprobación del ordenamiento jurídico, otro entiende que el patrimonio debe gozar de la protección del ordenamiento jurídico bajo alguna de sus instituciones, y un tercero afirma que basta con que dicha situación tenga una sola apariencia jurídica de legalidad.

En contraposición a las anteriores teorías, el autor colombiano, al igual que autores como Pastor Muñoz, Asua Battarrita³⁵, entre otros y principalmente la doctrina alemana, defienden la idea del concepto personal patrimonio, y entiende este como “una unidad estructurada a una persona, cuya tutela se apoya en que dicho concepto engloba bienes que se destinan a la satisfacción de necesidades personales de su titular y que le permiten desarrollarse de manera libre como sujeto de derecho”(p.60), así los bienes que integran el patrimonio “no se protegen porque desde el punto de vista objetivo posean un valor monetario, sino porque dan a la persona un espacio de libre desarrollo” (p.60). Bajo esta concepción, “hay daño patrimonial si con la realización de la conducta típica se le impide al titular del bien o derecho atacado que dé al mismo la finalidad proyectada”. (p.61) Esta concepción fue acogida por el Tribunal Supremo Español³⁶ en el reconocido caso del aceite de colza, en la que destacó:

El daño patrimonial depende de la existencia de una disminución del patrimonio vinculada casualmente con la disposición patrimonial erróneamente motivada. En esta línea se ha sostenido que el concepto de patrimonio a los efectos de establecer tal disminución patrimonial, no se limite a los valores puramente económicos (concepto económico de patrimonio) ni a la integridad de los derechos patrimoniales del titular (concepto jurídico de patrimonio). Por el contrario, se debe (sic) de un concepto mixto de patrimonio respecto de la cual la disminución que constituye el daño que deberá afectar tanto a los valores económicos como a los derechos patrimoniales del titular. Desde este estrecho punto de vista es claro que cuando el sujeto pasivo del engaño ha recibido un valor económico equivalente al precio no habría sufrido mengua objetiva alguna de su patrimonio. Ni sus valores económicos ni sus derechos se habrían visto afectados.

Sin embargo, en la Doctrina moderna el concepto personal de patrimonio, según el cual el patrimonio constituye una unidad personalmente estructurada, que sirva al desarrollo de la persona en el ámbito económico, ha permitido comprobar que el criterio para determinar el daño patrimonial en la estafa no se debe reducir a la consideración de los componentes objetivos del patrimonio. El juicio sobre el daño, por el contrario, debe hacer referencia también a componentes individuales del titular del patrimonio. Dicho de otra manera: el

criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo-individual. De acuerdo con éste, también se debe tomar en cuenta en la determinación del daño propio de la estafa la finalidad patrimonial del titular del patrimonio. Consecuentemente, en los casos en los que la contraprestación, no sea de menor valor objetivo, pero implique una frustración de aquella finalidad, se debe apreciar también un daño patrimonial.

En el caso que ahora se juzga no cabe duda que la contraprestación ha resultado inservible en relación al fin contractualmente perseguido por los compradores del aceite, toda vez que éstos pretendían adquirir un comestible, pero a cambio recibieron un producto cuyo valor puede haber sido equivalente al precio pagado, pero que no era comestible. Desde el punto de vista del criterio objetivo-individual para la determinación del daño patrimonial, en consecuencia, el daño producido a los compradores del aceite es también patrimonial en el sentido del delito de estafa. (ROJ STS 20999/1992, N° Recurso 3654/1992, Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater)

Por otro lado, Kindhaüser (2002) habla de un concepto jurídico formal y material de patrimonio, noción que surge de la forma en que dicho autor entiende el concepto de bien jurídico. Para este, “bienes jurídicos son ciertos atributos de las personas, cosas o instituciones que facilitar y aseguran una libre e igual participación jurídicamente reconocida en la vida social.” Así, los derechos de un individuo que se protegen jurídico-penalmente se subdividen en dos grupos. Pertenecen al primero los que tiene como objeto el status de la persona, como la vida, la libertad, la honra. Al segundo pertenecen los derechos de bienes que facilitan a la persona la posibilidad de libre desarrollo, y no corresponden a la persona por el hecho de ser tal sino porque los ha adquirido. A este segundo grupo pertenece el patrimonio, entendido como “la totalidad de bienes que a una persona se le adjudica en virtud de derechos transferibles.”

Este concepto formal de patrimonio se torna en material, cuando los bienes asignados al derecho patrimonial de una persona susciben un valor. Kindhaüser cree, que “el valor común de todos los bienes del derecho patrimonial puede ser contemplado en la libertad de poder disponer el bien en

el marco del derecho correspondiente.” En este sentido, el patrimonio resultaría afectado, “si la libertad de disposición que corresponde jurídicamente a una persona sufre un menoscabo involuntario mediante una transformación, pérdida o retención de un bien.”

En Colombia, señala Suárez, para entender el concepto de patrimonio adoptado por el legislador, hay que tener en cuenta en primer lugar que “al utilizar el legislador la expresión ‘patrimonio económico’ desaloja del concepto del bien jurídico las relaciones posesorias sin contenido económico así le reporte a su titular la conservación de la cosa un valor sentimental o afectivo” (p. 61). Y considera que al no existir en el derecho civil un concepto de patrimonio preciso, ello conlleva la necesidad de abandonar la concepción jurídica por los problemas ya referenciados, pero sin que esto signifique aceptar la concepción económica, pues lo fundamental es dotar de contenido material al concepto. Para el autor, la tutela penal no recae sobre bienes, sino sobre relaciones posesorias y sobre la universalidad de bienes, incluyendo los derechos subjetivos que se tengan sobre aquellos, y aun sobre las meras expectativas. Y aunque se requiere que haya una relación voluntaria, material, corporal o incorporeal, y legítima del hombre con una cosa, el bien jurídico objeto de protección es el conjunto de relaciones posesorias legítimas sobre la cosa. (Suárez 2011, p. 795)

En este sentido, y, como quiera que el objeto de tutela son las relaciones posesorias, conforme a nuestro ordenamiento (arts. 762 y 775) las relaciones posesorias tienen dos vertientes, la propiedad o posesión en nombre propio y la posesión en nombre ajeno o mera tenencia.

Así, de acuerdo con lo anteriormente señalado, y con las reglas civiles, a efectos de protección penal de las relaciones posesorias se deben tener en cuenta tres elementos: “1. El contacto material y voluntario del hombre con la cosa; 2. El sujeto, y 3. El objeto” (Suárez, 2013, p. 66)

Por lo tanto, debe existir una relación material efectiva y consciente con la cosa o servicio de contenido económico, cuyo despojo a través de la conducta ilícita causa un perjuicio al titular de la relación. El hombre debe ejercer un señorío real “pues el patrimonio no es solo la suma jurídicamente reconocida de unos bienes disponibles de valor económico, lo cual constituye la razón de ser del patrimonio, pero no el objeto de tutela, que lo es la relación posesoria” (p.66). Aunque no es necesario ejercer constantemente actos materiales de contacto, “es importante que el titular tenga poder económico sobre ellas. De ahí que el concepto de patrimonio se extienda a bienes aún no existentes, es decir a expectativas de ganancia, porque pueden convertirse en objeto de una relación económica”.(p.67)

En toda relación posesoria, además, debe haber un sujeto que es el titular de la misma (relación posesoria), lo cual “determinará el sujeto pasivo y el activo del hecho punible”. (p.67)

En tercer lugar, “debido a que la relación posesoria se ejerce sobre lo que resulta útil al hombre y puede ser objeto de derechos patrimoniales” (p.68) el objeto de la relación posesoria, que es al mismo tiempo objeto material del delito, es de carácter real principalmente y, por excepción, fenomenológico.

Finalmente, “no basta una relación fáctica con la cosa, sino que se requiere de una relación tutelada por el ordenamiento jurídico, que está comprendida por la posesión, las deudas y obligaciones”, dado que “el derecho penal no puede salir en defensa de una relación ilegítima”. (p.70)

Este alcance que se le da al concepto de patrimonio económico en Colombia por parte de Suarez, no es compartido por autores como Muñoz Conde (1999, p. 49), quien afirma que determinadas situaciones económicas, no pueden encuadrarse en el concepto de patrimonio en su sentido jurídico

penal, como es el caso de la lesión a las llamadas expectativas, dada, entre otras, la dificultad de su valoración pecuniaria.

En igual sentido, Mantilla Jácome considera que el concepto de patrimonio económico hace referencia al “conjunto de relaciones jurídicas que tienen como objeto bienes sobre los cuales ejercen control las personas (naturales o jurídicas) y que son económicamente evaluables.” (1988, p. 13). Este autor, explica que los bienes no son más que la materia sobre la cual recaen los derechos, y que en la relación está la esencia del concepto, ya que comprende no solo los derechos subjetivos sobre los bienes, sino todo vínculo fáctico legalmente reconocido que se establezca sobre las cosas, como la posesión o la mera tenencia, agregando además que la relación jurídica implica que se descarta de la protección las situaciones derivadas de una posesión ilícita. El concepto de patrimonio económico de Mantilla Jácome, además resalta que lo que es objeto de protección debe tener un valor económico, no siendo objeto de tutela lo que no se puede justipreciar en términos pecuniarios. (1988, p. 15).

Sin embargo, a diferencia de lo señalado por Suarez, Mantilla considera que solo puede hablarse de patrimonio, en términos jurídico-penales, frente a los bienes presentes, y en relación con el activo de las personas, no haciendo parte del concepto ni el pasivo ni los bienes futuros, concepción que también es compartida por Pabón Reverend (2011, p. 426).

A pesar de la precisión que se buscó con el concepto “patrimonio económico” para abarcar en él no solo los ataques en contra de los bienes del pleno propietario, sino las demás conductas lesivas de las relaciones tuteladas por el ordenamiento jurídico vinculadas a los bienes y derechos que una persona pueda tener en relación con una cosa, como es el caso de los derechos reales de goce o disfrute, o los derechos reales de garantía, lo cierto es que no es un concepto unívoco, y a pesar

de que en nuestro ordenamiento existe desde hace varios años, la jurisprudencia nacional³⁷ no se ha ocupado de delimitar con precisión su alcance, trabajo que ha quedado en manos de la doctrina, en la cual las posiciones son disparejas.

Lo cierto es, como lo llegara a expresar la doctrina italiana, en la mayoría de los delitos contra el patrimonio el objeto sobre el cual recen las conductas prohibidas casi siempre recae en un bien o derecho individualizable, de carácter singular (mueble o inmueble), de carácter real, y en casos excepcionales fenomenológico.

Esto permite entender que el patrimonio no es objeto de ataque, sino que lo son los derechos o bienes que lo componen. Y es que justamente, no siendo posible hablar de un ataque al patrimonio en términos generales, es necesario siempre determinar una situación de ataque a los elementos que lo integran, que deben ser presentes y cuantificables. Y esto porque el eje central en los delitos patrimoniales, está en la lesión que se produzca a este, entendida ella como la disminución económica, para cuya determinación, conforme a la doctrina mayoritaria española según lo afirma Balamaceda Hoyos (2016, p. 28-29) debe valorarse el antes y el después del delito para conocer el valor económico de la lesión.

Bajo esta concepción, en el término <<patrimonio económico>> del código penal colombiano, no cabría un concepto personal del patrimonio, al que creemos se ha recurrido para estirar el concepto con el fin de llenar problemas que presenta algunos tipos penales que integran ese bien jurídico, más aun cuando la jurisprudencia nacional ha permanecido en silencio sobre el alcance que se le debe dar al concepto de patrimonio económico, siendo la doctrina mayoritaria, nacional y extranjera, la que se ha encargado de precisar que la teoría más adecuada es la teoría mixta.

En el caso de la administración desleal, como delito patrimonial, desde ya anticipamos, y solo de manera preliminar, que el concepto de patrimonio económico resulta insuficiente, además de otros problemas que se abordaran en el respectivo capítulo, para proteger el interés patrimonial de la sociedad, frente a ataques que aún no representa un activo o crédito, sino una expectativa de negocio. Incluso, siendo hipotéticamente considerada la posibilidad de abarcar dentro del concepto de daño patrimonial la frustración de expectativas económicas de la sociedad, la forma en que ha quedado redactado el tipo penal genera que actos con contenido patrimonial, lesivos a los intereses de la sociedad, no lleguen a ser punibles, pues para que se configure una conducta típica del administrador, que implique una disminución del patrimonio de la sociedad, este debe llevar a cabo actos positivos de disposición de los bienes de la sociedad, no siendo típicas conductas que comportan una disminución del activo, o no incremento del patrimonio societario, como consecuencia de actos desviados del administrador en los que éste no dispuso de bienes de la sociedad.

En el caso de la corrupción privada siendo un delito de peligro, como se explicará en el capítulo correspondiente, resulta cuestionable saber cuál sería la lesión patrimonial si la misma no es exigida.

En nuestro entender, la administración desleal, como delito societario, y también la corrupción privada, encuentran un mejor respaldo en el bien jurídico orden socioeconómico, no solo por la finalidad que el legislador buscó tutelar con la inclusión de dichos comportamientos delictivos, pues además de un interés en el patrimonio de las sociedades, detrás de estos lo que existe es un interés por tutelar la confianza en el tráfico jurídico, dado que las sociedades son un motor de

desarrollo, empleo y crecimiento económico de un país de libre mercado, y deben estar exentas de actos de administración fraudulenta, dentro de los cuales están abarcados los actos de corrupción.

2. Análisis del delito de administración desleal.

En este capítulo, nos centraremos en el análisis de los elementos del tipo penal. En primer lugar, analizaremos la estructura y alcance de los elementos del tipo penal de administración desleal en la legislación colombiana, y el alcance que, desde nuestro punto de vista, debe dársele a los mismos, adoptando como referente el desarrollo de los elementos de la figura en otras legislaciones —teniendo en cuenta que no existen antecedentes ni literatura sobre el mencionado delito en la legislación colombiana—. En este capítulo, igualmente nos ocuparemos del análisis del bien jurídico tutelado en el que, a nuestro juicio, debería estar ubicado el mencionado comportamiento delictivo a la luz de sus elementos típicos, razonando la figura desde la óptica del derecho penal económico. En segundo lugar, daremos un repaso a su consagración en otros ordenamientos jurídicos, con el propósito de dar a conocer al lector cómo se concibe este tipo penal en otros ordenamientos jurídicos.

2.1. El ilícito en la legislación colombiana.

La administración desleal, o administración fraudulenta como se le denomina en otras legislaciones,³⁸ fue incorporada en el Código Penal colombiano en el artículo 250-B, a través de la expedición y sanción presidencial de la Ley 1474 de 2011, denominada también como “Estatuto Anticorrupción”; desde allí fue catalogada como un delito contra el patrimonio económico (Título VII) dentro del capítulo atinente al abuso de confianza (Capítulo V). La norma promulgada señala lo siguiente:

Artículo 250-B. **Administración desleal.** El administrador de hecho o de derecho, o socio de cualquier sociedad constituida o en formación, directivo, empleado o asesor, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraiga obligaciones a cargo de esta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Lo primero que debe indicarse es que el legislador colombiano optó por sancionar el comportamiento desleal en la administración de sociedades, y no como parece sugerir el *nomen iuris* la “administración desleal” de cualquier patrimonio. A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, como en la recientemente reformada legislación española que ha optado por un tipo penal de administración desleal del patrimonio general, siguiendo la línea del Código Penal Alemán así como también lo tiene previsto la legislación de Argentina y el Código Penal de Costa Rica, Colombia, al igual que países como Perú, Italia, y Francia, a través de este tipo penal únicamente castiga el comportamiento infiel en la gestión societaria.

De esta forma, parcialmente acertada, el legislador colombiano quiso blindar a las sociedades de los actos indebidos³⁹ de aquellas personas que formal y materialmente, o de hecho, están encargadas de gestionar los negocios de una persona jurídica. Consideramos que para el legislador colombiano la gestión fiel y transparente⁴⁰ de una sociedad es tan importante que el comportamiento contrario a derecho de un administrador es considerado como un acto de corrupción privada en contra de la propia sociedad que deslealmente administra, y por ello fue reprochado por la vía penal en el denominado estatuto anticorrupción.

Sin embargo, señalamos anteriormente que la labor del legislador es parcialmente acertada, pues, no obstante considerar penalmente relevante el comportamiento infiel del administrador con la sociedad que gestiona, decide ubicar el tipo penal en el título referente a los delitos contra el patrimonio económico, limitando con ello la importancia del tipo penal a un interés netamente pecuniario, donde lo que interesa es el detrimento monetario a la sociedad, dejando en un segundo plano los deberes del administrador.

Lo anterior no es irrelevante si se tiene en cuenta la importancia que este tipo penal ha abarcado en otros países, como lo destaca Schünemann (2010):

La administración desleal es objeto de publicaciones habituales por parte de los abogados defensores, para quienes el ámbito de la delincuencia de cuello blanco —que es al que pertenece la administración desleal— ofrece mayores estímulos que los que se derivan del delito mixto del artículo 263 del CP alemán o, más aún, del típico delito de clase baja contenido en el artículo 242 del CP alemán. Esta constatación no supone, por supuesto, propagar que se “deshilache” el tipo de la administración desleal, ni mucho menos se tiene la insensata intención de criminalizar *a posteriori* una administración honrada que, no obstante, ha obtenido resultados desafortunados. (Schünemann, 2010, p. 84)

El hecho de que las autoridades encargadas de la persecución penal en Alemania hayan comprendido que el tipo de la administración desleal se ha convertido en el delito económico característico de nuestros días, así como que la administración desleal de los órganos societarios constituye su manifestación ejemplar, lo evidencian los numerosos procedimientos de los últimos años; procedimientos que parecen indicar un “cambio de tendencia de un derecho penal de las clases

inferiores a un derecho penal de las clases superiores”. (Schünemann, 2010, p. 136)

Trataremos de demostrar en las siguientes líneas cómo el bien jurídico tutelado en la administración desleal de sociedades no puede ser el simple patrimonio económico, y las dificultades que además se desprenden de la redacción del tipo penal de administración desleal en el derecho colombiano; para ello, analizaremos, en primer lugar, los elementos del tipo penal de cara a las exigencias señaladas por el legislador colombiano para la configuración de la conducta penal.⁴¹

2.1.1. Elementos del tipo objetivo y características fundamentales del tipo penal. Análisis desde la jurisprudencia y doctrina extranjera.

Es importante destacar que sobre estos elementos la jurisprudencia del Tribunal Supremo español se ocupó ampliamente en vigencia del artículo 295, que contenía la figura delictiva de administración desleal dentro del título de ilícitos societarios contemplados en el bien jurídico patrimonio y orden socioeconómico, llevando, sin embargo a una inaplicación de la disposición por encontrar comprendido en el delito de apropiación indebida del artículo 252, – *ilícito contra el patrimonio y orden socioeconómico pero ubicado en el título de defraudaciones* – una modalidad o subtipo de administración desleal que al entrar en conflicto con los elementos del contenido en el artículo 295 se aplicó en atención al principio de alternatividad.⁴²

No obstante lo anterior, Juan San José (2014) indica que los elementos del tipo de administración desleal societario del antiguo artículo 295, que viene a ser nuestro tipo penal vigente en la legislación colombiana, fueron definidos en sentencias de 15 de octubre de 2014 y 21 de febrero de 2013, así:

El sujeto activo debe ser administrador de hecho o de derecho —o los socios—, es decir con facultades de gestión con capacidad de obligar a la sociedad por el cargo que ocupa en ella.

Que exista un quebrantamiento del deber de lealtad, el tipo penal habla de abuso de sus funciones, es decir el acto basta con que sea abusivo, no es preciso que el acto sea ilegal porque lo abusivo y lo ilegal son dos cosas distintas (STS 91/2010).

Que como delito de resultado exista un perjuicio evaluable, perjuicio que aunque el tipo no exige que sea directamente a la sociedad, ya que se refiere a los socios, depositarios, cuenta-partícipes, etc., no cabe duda que tal concreción, integra y comprende un perjuicio a la sociedad concernida, y

Finalmente, se ha de originar como consecuencia de toda esta actividad un beneficio para el sujeto activo del delito o un tercero⁴³. (Sentencia del 15 de octubre de 2014 (ROJ: STS 4085/2014, N° Resolución 655/2014, N° Recurso: 243/2014, Ponente: Joaquín Giménez García, p.5)

(...)

La acción nuclear es doble: o bien la disposición fraudulenta de los bienes, o, también, la contracción de obligaciones a cargo de la sociedad.

Un elemento normativo del tipo, constituido por obrar con abuso de funciones propias de su cargo, lo que da entrada a la legislación mercantil de sociedades para su interpretación.

El resultado es un perjuicio económicamente evaluable a los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren. Ciertamente,

el tipo penal no se refiere directamente a la sociedad, lo que constituye un defecto legal en la redacción de la norma, pero no cabe duda que el perjuicio societario comprende la proyección de tal perjuicio hacia los socios.

Se ha de originar un beneficio propio del sujeto activo del delito, o de un tercero, incluyéndose jurisprudencialmente la simple desaparición de bienes, sin que se acredite a dónde se han dirigido: basta la despatrimonialización de la sociedad, no siendo necesario que se pruebe que el beneficio ha quedado incorporado al patrimonio del acusado, sino únicamente acreditar el perjuicio patrimonial de lo administrado como consecuencia de la gestión desleal infractora de los deberes de fidelidad inherentes a su función.

El tipo no conlleva necesariamente el *animus rem sibi habendi*, aunque tampoco lo excluya, y ordinariamente concurrirá, por lo que sólo precisa el dolo genérico que equivale al conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona al principal.

Este precepto requiere que la puesta en escena del mismo lo sea en el ámbito de una sociedad mercantil, constituida o en formación.

Finalmente, no exige el precepto una cantidad mínima que lo separe de una falta de similar tipología (como ocurre con la apropiación indebida, en la suma de 400 euros), sino que cualquier cuantía defraudada o distraída permite la incardinación de los hechos en este delito, y consiguientemente, se producirá su comisión.⁴⁴ (Sentencia del 21 de febrero de 2013 (ROJ: STS 1166/2013, N° Resolución 162/2013, N° Recurso: 327/2012, Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro, p.11) (Juan Sanjosé, 2014, párr.)

Visto lo anterior, entraremos a analizar estos elementos a la luz de la descripción típica, contemplada en el artículo 250B.

a) Los sujetos activos calificados

Se trata de un tipo penal de sujeto activo calificado, en la medida en que solo puede serlo determinada persona que actúe dentro de una sociedad⁴⁵ en calidad de (i) administrador de derecho o de hecho, (ii) socio, (iii) empleado (iv) directivo y (v) asesor, de una sociedad constituida o en formación.⁴⁶

La norma trae así un amplio número de sujetos calificados que pueden ser autores del delito, contrario a lo indicado en la derogada disposición del Código Penal español de 1995, de la cual el legislador colombiano tomó como referente el ilícito consagrado en nuestra ley sustancial, pues mientras que aquella únicamente hacía alusión al administrador de derecho o de hecho y a los socios, la norma penal colombiana permite atribuir el ilícito además al directivo, al asesor y a los empleados.

Sobre este primer aspecto es necesario, a efectos de precisar el alcance del ilícito, remitirnos a la legislación extrapenal, a través de la cual podemos establecer quiénes tienen la condición exigida por el tipo penal para ser autores del delito.

(i) El administrador

En términos generales, la doctrina ha indicado que son administradores las personas encargadas de “la gestión social”, lo cual incluye o “comprende las funciones de administrar los bienes y negocios de la sociedad y la representación de ésta frente a terceros” (Responsabilidad de los Administradores de Sociedades, 2001-2002, § 0001), precisando además que:

Las formas de administrar la sociedad son clasificadas por la doctrina^[1] de la siguiente manera: a) Administración ejercida por todos los socios, prevista en la ley para las

sociedades colectivas y de responsabilidad limitada, con la posibilidad de delegarla en otras personas, que pueden ser socios o extraños; b) Administración a cargo de sólo una categoría de socios, que es el caso de la sociedad en comandita, en la cual corresponde a los socios colectivos o gestores esta función, que podrán ejercer directamente o por sus delegados, y c) Administración por intermedio de gestores temporales y revocables, elegidos directa o indirectamente por los socios; esta tercera forma, que es propia de la sociedad anónima, también es adoptada en la práctica por los otros tipos de sociedad, cuando los socios que por ley tienen el derecho de administrar delegan esta función.⁴⁷

Sin embargo, es la propia la Ley 222 de 1995 la que señala quiénes ostentan la condición de administradores, determinando que son considerados como tales:

- a) El representante legal,⁴⁸
- b) Los miembros de juntas o consejos directivos,⁴⁹
- c) El factor,⁵⁰
- d) El liquidador,⁵¹ y
- e) Quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o tengan esas funciones.⁵²

El tipo penal de administración desleal por su parte, y para efectos de la atribución de la conducta punible, considera como sujeto activo calificado al administrador de hecho, concepto al que la Ley 599 de 2000 hizo referencia en el artículo 29⁵³ pero sin que precisara el contenido del mismo. No obstante, el mismo legislador al regular las disposiciones sobre el régimen de sociedades anónimas simplificadas señaló, en el párrafo del artículo 27, que “las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores”.

Sobre el particular es preciso advertir que en la doctrina española, desde la consagración de los ilícitos societarios que hicieron referencia al concepto de administrador de hecho en el Código Penal de 1995, recientemente reformado, se tejieron dos posiciones,⁵⁴ aunque actualmente una de ellas se ha impuesto con criterios adicionales que fueron desarrollados por la jurisprudencia, y que es preciso tener en cuenta, pues como lo indicó la Sala Penal del Tribunal Supremo español en sentencia de 25 de junio de 2010, con ponencia de Luciano Varela Castro, “La excesiva laxitud en la asignación del rol de administrador de hecho puede acabar por diluir la naturaleza misma del delito especial propio”.

Así, para efectos penales, señala la mencionada decisión:

Forzoso resulta establecer algunas pautas dirigidas a delimitar el concepto de administrador de hecho. Así no será obstáculo, para la transferencia de la calidad a efectos de ser considerados autores del delito, los que, habiendo ostentado formalmente el cargo, se vieran privados de su titularidad por nulidad de la designación o finalización del mandato, si, de hecho, siguen ejerciendo las mismas atribuciones. También pueden ser tenidos por administradores de hecho los que actúan como tales, sin previo nombramiento o designación, si su actuación como tales administradores, además, se desenvuelve en condiciones de autonomía o independencia y de manera duradera en el tiempo. Obstará a dicha consideración la existencia de administradores formales que efectivamente desempeñan su función con autoridad sobre los gestores, por lo que no se excluye la eventual concurrencia de responsabilidades si ambos actúan en colaboración sin jerarquía en su relación.

3.- A tal efecto será relevante la consideración de la concreta organización interna de la persona jurídica con la que se configura su específica estructura.

En consecuencia, indica Astraloea (2011, p. 6), que, en atención a lo considerado por el Tribunal Supremo, para determinar la existencia o no de la calidad de administrador de hecho en una persona será necesario “en todos los casos comprobar la existencia o no de permanencia en la gestión, y de manera especial, la existencia efectiva de tal autonomía o independencia, o por el contrario subordinación de los alegados administradores de hecho a los de derecho”, caso este último en el cual no podremos afirmar la existencia y aplicación del rol para efectos penales.

El mismo autor trae además a colación una sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña (núm. 312/2011, de 6 de julio JUR 2011/319319) en la que se explican elementos similares a los antes indicados, que deben concurrir para poder hablar de un administrador de hecho. Al efecto señala:

Nos dice la sentencia que las “notas definitorias del administrador de hecho son las siguientes: (a) elemento esencial es la autonomía o falta de subordinación a un órgano de la administración social, de tal modo que pueda razonablemente entenderse que esa persona, al margen de un nombramiento formal o regular, está ejercitando en la práctica cotidiana las funciones del poder efectivo de gestión, administración y gobierno de que se trate, asumiendo la sociedad los actos de esa persona como vinculantes para ella y por tanto, como expresión de la voluntad social; (b) la habitualidad en el ejercicio de tales funciones, permanencia o continuidad que excluyen una intervención puntual en la gestión de la sociedad; y (c) cierta calidad en el ejercicio de dichas funciones, con exclusión de este concepto a aquellos cuya actuación se quede en la esfera previa a la decisión, lo que no es sino consecuencia del requisito de la autonomía de decisión.

(ii) El socio

Respecto de los socios, y contrario a lo que pudiera creerse,⁵⁵ es importante señalar que no existe ningún reproche en que la norma los haya considerado como posibles sujetos activos del delito no solo por la posibilidad que tienen de ejercer actos positivos de representación o administración de hecho de la sociedad, en atención a los derechos que ostentan, sino porque tratándose de sociedades colectivas, de responsabilidad limitada y de sociedades en comandita hasta tanto los socios no deleguen esa facultad de representación en un tercero, les incumbe a todos y cada uno de ellos la representación, y, por ende, el cumplimiento de los deberes y obligaciones señalados en la ley.

(iii) Otros sujetos (empleado y asesor):

No puede decirse, sin embargo, lo mismo de dos sujetos a los que la norma hace referencia en el plano objetivo, al calificarlos como sujetos activos del delito. Nos referimos al asesor y a los empleados, respecto de quienes no es posible predicar los mismos deberes de los administradores de una sociedad, aun cuando sus actos puedan comprometer patrimonialmente a la empresa.

En primer lugar, debido a que los mismos no ejercen funciones de gestión ni representación de la sociedad, salvo que actúen como administradores de hecho o que los respectivos estatutos o el contrato que los vincula a la sociedad les otorgue dichas facultades, caso en el cual nos encontramos frente a verdaderos administradores.

En segundo lugar, y atendiendo el fin de protección de la norma, esto es el correcto funcionamiento de la sociedad y el uso del patrimonio social para el cumplimiento de su objeto social de forma transparente – *responsabilidad que recae en quienes se obligan a la dirección y representación de la persona jurídica* – ni los asesores ni los empleados son responsables de tal cometido, ni sus responsabilidades pueden ser equiparadas con las de dichos sujetos,⁵⁶ y al contemplarlos como

sujetos activos del ilícito de administración desleal se está extendiendo el ámbito de aplicación de la conducta punible a cualquier tipo de incumplimiento de obligaciones contractuales o extralimitación en las mismas en el ámbito societario, poniendo en un mismo plano a personas que cumplen roles diferentes.

En tal sentido, es preciso destacar, como acertadamente lo menciona Jorge Abello Gual, que si bien la escrupulosa administración del patrimonio empresarial es un tema vital en toda compañía, dado que el futuro económico y financiero de toda empresa dependen de su correcto manejo, la responsabilidad de una buena gerencia sobre el mismo está en cabeza de los órganos de representación, pues son ellos los encargados del objeto social de la empresa (Abello, 2015, p. 68). Así, los empleados son un instrumento importante en tal cometido, pero no son el cerebro de la compañía. Por dicha razón, su responsabilidad no puede equipararse a la de los órganos de administración.

Finalmente, a diferencia de lo que ocurre en la legislación peruana,⁵⁷ el tipo penal del artículo 250, y para efectos de la atribución del mismo a los sujetos antes mencionados, por expresa disposición del legislador solamente puede atribuirse a quienes actúan en el ámbito de sociedades mercantiles, pues al concepto de “sociedad”, en los términos del artículo 250B, no puede dársele un alcance extensivo, quebrantando así el principio de legalidad y contrariando la regla de analogía contenida en este, pues si el legislador hubiese querido extender la responsabilidad de los administradores a otro tipo de organización societaria lo habría señalado expresamente como lo consagró en el tipo penal contenido en el artículo 250A, en el que claramente se señala a las fundaciones y asociaciones. Se limita con ello la importancia y gravedad de este comportamiento, que puede ser realizado en el seno de otro tipo de organizaciones que conforman una persona diferente de sus

socios, y que desarrollan importantes funciones que repercuten en el cumplimiento de los fines del Estado.

b) Conductas reprochables: disposición fraudulenta de bienes de la sociedad – contracción de obligaciones a cargo de la sociedad

La conducta reprochada es alternativa y consiste bien sea en *disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad* o en *contraer obligaciones a cargo de la sociedad*.⁵⁸

(i) Disposición fraudulenta de bienes

La disposición fraudulenta de bienes, como lo destacan Luzón y Roso (2006, pp. 9-10), es un asunto complejo, y en relación con el derogado tipo penal español, tomado como referente por nuestro legislador, fue arduo el debate en la doctrina respecto del alcance del término disponer, pues mientras algunos entendieron que el concepto abarcaba todos los comportamientos de uso y explotación de los bienes sociales pero excluidos los de dominio definitivo, como la apropiación o distracción de bienes sociales, otro sector entendía que el verbo también comprendía estos últimos.

Como señalamos al principio de este acápite, durante la vigencia de la norma original del Código Penal de 1995, la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo español fueron de la concepción que dentro del tipo penal de apropiación indebida (art. 252)⁵⁹ existía, al lado del tipo de administración desleal societario del artículo 295, un tipo de administración desleal para aquellos supuestos de distracción de bienes, no abarcado en los verbos del tipo del artículo 295.

Como quiera que nuestra norma penal es una fiel reproducción del antiguo artículo 295 del Código Penal español, es preciso dilucidar el alcance del verbo disponer,⁶⁰ y el conflicto que podría presentarse frente a otras normas sustanciales del ordenamiento penal, como el abuso de confianza o el hurto agravado por la confianza, en las cuales se sanciona al sujeto activo del comportamiento por apropiarse y/o apoderarse de la cosa, con la que ha entrado en contacto ya sea en virtud de un título jurídico o fáctico, según el caso.

Sobre el particular indica Castro (1997, p. 2) que del significado disponer se pueden desprender varias concepciones, y de las mismas dependerá el alcance del término. Por un lado, puede entenderse que este hace referencia a comportamientos como “enajenar o gravar, pero también usar, utilizar o servirse de la cosa”; aunque por otro lado, y en un sentido más restringido, el término disponer se referiría únicamente a actos de apropiación o distracción de los bienes sociales, lo que en su criterio equivaldría a una apropiación indebida de bienes sociales.

En nuestro ordenamiento, el único tipo penal que emplea un verbo similar, tanto en la denominación jurídica como en la descripción de los elementos objetivos del tipo penal, es el ilícito de “disposición de bien propio gravado con prenda” (art. 255, C.P.). Respecto de dicho comportamiento punible, Suárez (2006, p. 763), señala que “disponer es cumplir cualquier acto de señorío sobre la cosa, diferente al de transferir el dominio”.

En consecuencia, ¿será entonces posible que el legislador del año 2011, bajo la denominación de administración desleal, y en lo referente al verbo rector “disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad” haya querido sancionar bajo este comportamiento todo acto de uso indebido pero sin ánimo de apropiación, o por el contrario en dicho verbo rector quedan incluidos todos los actos

de afectación sobre el uso, goce y disposición de los bienes que conforman el patrimonio de la sociedad?

En el delito de hurto agravado por la confianza el sujeto activo, que puede ser cualquier persona —y ello comprendería inicialmente al administrador de una sociedad—, sustrae la cosa mueble que detenta en virtud de un título fáctico y en razón de la buena fe depositada por el propietario, poseedor o tenedor, pero sobre la cual no tiene ningún derecho de poder ni disposición. Los elementos del tipo penal, y la interpretación que sobre los mismos ha desarrollado la jurisprudencia,⁶¹ descartarían que un administrador pueda ser autor del ilícito de hurto agravado por la confianza cuando se apodera de los bienes que conforman el patrimonio de la sociedad y que se le han entregado para administrar, pues sobre los mismos el administrador sí tiene disposición y ha entrado en contacto con ellos en virtud de un título legítimo.⁶²

El análisis anterior era necesario para determinar si el administrador que se apropia de bienes de la sociedad, que hacen parte del patrimonio entregado para administrar, incurre entonces en el tipo penal de abuso de confianza, o si por el contrario el verbo “disponer” fraudulentamente de los bienes de la sociedad del tipo penal de administración desleal comprende los actos de apropiación de bienes.

Para responder a dicha pregunta es importante señalar que en el delito de abuso de confianza la apropiación se presenta cuando el sujeto activo, es decir, la persona que ostenta la tenencia de una cosa mueble con la cual ha entrado en contacto por un título o nexo jurídico, desconoce el mejor derecho que otro tiene sobre la cosa, y ejerce sobre la misma actos de disposición para los que no está autorizado, arrogándose una facultad que no ostenta y mediante la cual inicia actos de apropiación (Pabón, 2011, p. 436). Este mismo autor considera, además, que los actos de

apropiación no implican, sin embargo, la adquisición de la propiedad de los bienes, y, citando a Barrera Domínguez, señala que los actos de apropiación que se desprenden del verbo rector del tipo penal de abuso de confianza son finalmente actos de disposición tales como la consunción, enajenación, distracción y retención, coincidiendo sobre el particular casi por completo con Suárez (2013, p. 364-365), y con lo dispuesto por nuestra honorable Corte Suprema de Justicia en múltiples jurisprudencias, dentro de las que se destaca la de diciembre de 2002 con ponencia del magistrado Yesid Reyes Bastidas.⁶³

Así, la consunción “consiste en consumir o destruir la cosa, o alterar la sustancia de la misma” (Suárez, 2013, p. 365); por su parte la enajenación, señala Pabón (2011, p. 437), contempla el intento de transferir el dominio mediante la entrega no autorizada del bien, pero también, indica Suárez (2013, p. 365), “la constitución de gravámenes o limitaciones del derecho de dominio que sólo puede hacer el propietario o poseedor”; la distracción se refiere a la utilización distinta a la consentida y la retención “radica en el hecho de quedarse el sujeto agente con la cosa al exteriorizar con actos positivos el deseo de no devolverla” (Suárez, 2013, p. 365).

En consecuencia, a pesar de que el tipo penal de abuso de confianza y el ilícito de administración desleal emplean verbos diversos, ambos ilícitos se refieren a la realización de actos de disposición sobre los bienes que le han sido entregados al sujeto activo, a título precario, y dentro de esos actos de disposición están contemplados la realización de “actos de señor y dueño sobre bienes, derechos de crédito, valores, y capital que pertenecen la sociedad” (Suárez, 2013, p. 398).

Entendemos que esos actos dispositivos en el abuso de confianza no están autorizados por el poseedor o titular del bien que sí tiene derecho a realizarlos, mientras en que en el ilícito de administración desleal lo que ocurre es que aun cuando el administrador puede disponer del

patrimonio y los bienes que conforman el mismo, la administración se hace de manera fraudulenta y excediendo las facultades otorgadas.

En este sentido, es importante resaltar el parecer de Gómez-Jara sobre la esencia del delito de administración desleal:

El órgano societario, como tal, no recibe dinero cuya propiedad adquiere con la obligación de entrega o devolución. Se trata, como su propio nombre indica, de una relación orgánica, en virtud de la cual se faculta al órgano para disponer, en ningún caso se le hace entrega de dinero u otros bienes fungibles. (...) La esencia de este delito no está, en contra de la doctrina científica mayoritaria, en tratarse de usos temporales ilícitos —la temporalidad resulta aquí irrelevante— sino en la disposición (con independencia de si es temporal o definitiva) abusiva de los bienes sociales causando a la sociedad un perjuicio. La administración desleal se estructura sobre la base de una infracción de los deberes de lealtad; la apropiación indebida sobre la infracción de la obligación de entrega o devolución. (Gómez-Jara, 2010, p. 207)

Para Antonio Moya Jiménez (2010, p. 149) es la relación administrador-sociedad el factor diferencial. Así, mientras en el ilícito de apropiación indebida el deber es disímil y mucho más visible en cuanto consiste en no devolver aquello que le fue entregado con la obligación de restituirlo, y esta obligación es la que permite advertir que lo que se protege es la propiedad sobre bienes concretos, en la administración desleal el objeto de protección es el patrimonio como universalidad el que se afecta, no por el hecho de haberlo facilitado a otro con la obligación de devolverlo sino por la gestión irregular en contra del propio titular, frustrando además la posibilidad de crecimiento y bonanza para la sociedad.

Entonces, desde nuestro punto de vista, en la administración desleal quedan subsumidos tanto los actos que tienen como propósito incorporar definitivamente al patrimonio los bienes que son de la sociedad,⁶⁴ como el uso no autorizado de los bienes que conforman el patrimonio de la persona jurídica.

Sobre este tipo de comportamiento, y refiriéndose al ilícito de uso indebido del patrimonio de la persona jurídica en el derecho peruano, Martínez indica que la conducta “debe recaer 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” (2010, p. 12). No compartimos esta visión, porque, como se señaló en líneas anteriores, al administrador se le entrega todo un patrimonio que deben administrar con fidelidad, y el mismo incluye la facultad de disponer de cualquier bien de la sociedad; así, desde el plano objetivo del tipo penal, no puede descartarse la realización de actos de deslealtad sobre cualquier bien de la sociedad, y ello tendría que analizarse desde la óptica de la antijuridicidad del comportamiento.

Pero adicionalmente, al lado de la simple disposición de bienes, la norma exige que la misma sea una disposición calificada, dado que debe ser “fraudulenta”.

Al respecto, es importante señalar que en criterio de Luzón y Roso (2011, p. 13) la acepción del término “fraudulentamente” tiene un carácter mixto (objetivo-subjetivo), pues la utilización de los bienes se realiza defraudando y perjudicando los intereses patrimoniales de la sociedad y los socios, pero también comprende un acto de mala fe ya que no se persigue un beneficio ni para la sociedad ni para los socios.

Otros autores como Juan Sanjosé (2014) consideran que el término fraudulento implica artificio o engaño, y es a partir del mismo donde se descarta la punibilidad de actuaciones meramente irregulares.

Por su parte, la Audiencia Nacional española en sentencia de 13 de abril de 2005 consideró lo siguiente:

La actuación con fraude es actuación con malicia defraudatoria, con engaño. La actuación fraudulenta del administrador supone en definitiva un quebranto del deber de lealtad establecido en el Artículo 127 de la Ley de Sociedades Anónimas en cuanto dispone: (...) El deber de lealtad se quebranta incumpliendo alguno de estos tres principios de actuación:

- a) El deber de transparencia.
- b) La observancia de un procedimiento que elimine los abusos en los conflictos de intereses.
- c) La inobservancia de la equidad en la actuación del administrador. (Audiencia Nacional, Procedimiento Abreviado Núm. 325/2002, 2005)

Una posición similar es la sostenida por el Tribunal Supremo Español Sala de lo Penal, en las sentencias de 21 de junio de 2007⁶⁵, 19 de mayo de 2009⁶⁶, y 15 de febrero de 2010⁶⁷, en las que el órgano explicó que el concepto de fraude hace referencia a la conducta, desplegada por el administrador, que se separa de los fines de la sociedad y causa un perjuicio a los sujetos señalados en la norma, mas no a una conducta calificada en particular como ocurre en el delito de estafa que requiere para su configuración que el perjuicio al patrimonio sea consecuencia de un comportamiento realizado con ardid o engaño.

Desde nuestro punto de vista, y compartiendo el criterio trazado por el órgano judicial de España, consideramos que en el ilícito de administración desleal las conductas reprochadas, esto es disposición de bienes y contracción de obligaciones, no requieren de una condición adicional a la realización de las mismas con perjuicio para la sociedad y en contra de los principio societarios que una administración transparente exige, como por ejemplo el despliegue de ardides o engaños, elemento propio del delito de estafa, pues el termino fraudulento empleado en el tipo penal está destinado a describir una característica de una de las conductas reprochadas con el ilícito, mas no a exigir de ella un requisito adicional.

(ii) Contracción de obligaciones a cargo de la sociedad

En cuanto a la conducta consistente en contraer obligaciones a cargo de la sociedad, se trata de aquellos comportamientos a través de los cuales se pone en situación de deudora a la sociedad, comprometiendo la integridad de su patrimonio a través de uno o varios negocios que claramente no podrá satisfacer la sociedad. Castro (1997, p. 3) destaca, sin embargo, que esta modalidad de conducta se puede interpretar en dos sentidos. Por un lado, como cualquier acto que signifique para la sociedad un tipo de carga obligacional, lo que en su criterio limita esta modalidad frente a la de disposición fraudulenta de bienes, haciéndola una modalidad de conducta residual. Por otro, si se interpreta en un sentido estricto, el concepto implica que la sociedad debe ponerse en condición de verdadera deudora.

Sobre esta conducta es importante hacer algunas precisiones. En el desarrollo del objeto social de la compañía, los representantes legales, y los miembros de junta directiva, no siempre son los encargados de celebrar los contratos o llevar a cabo los actos necesarios para el cumplimiento del objeto social. En algunos eventos, precisamente, la función de los empelados radica en ejecutar

los negocios necesarios para el cumplimiento del objeto social y la obtención de utilidades para la sociedad. Sin embargo, señalábamos en el acápite referente a los sujetos activos, que en el caso de los empleados veíamos incompatible su inclusión como sujetos activos ilícito, en la medida en que su responsabilidad no puede ser equiparada a la de los administradores, y en atención al fin de protección de la norma que es proteger el patrimonio de la sociedad a partir de una gestión transparente.

Un caso reciente, que ya cuenta con una sentencia de primera instancia,⁶⁸ la segunda⁶⁹ en Colombia sobre este delito, es el denominado caso Interbolsa. Uno de los hechos por los que se han imputado cargos a varios empleados de la sociedad comisionista de bolsa es el haber comprometido patrimonialmente a la sociedad, a través de la celebración de diversas “operaciones ‘repo’” que la colocaron en situación de deudora con los clientes de la comisionista y que posteriormente no pudo cumplir. Pues bien, este es un claro ejemplo de cómo un empleado puede comprometer el patrimonio de la sociedad mediante la celebración de contratos que ponen en condición de deudora a la sociedad.⁷⁰

Sin embargo, seguimos considerando que las conductas reprochadas por la norma solo deben ser atribuidas a quienes tienen la responsabilidad de gestión y representación de la sociedad, y que eventos como los ocurridos en el denominado caso Interbolsa, en donde los empleados resultan exponiendo el patrimonio de la sociedad a partir de compromisos en los que la comisionista se pone en condición de deudora, obedecen a un defecto organizacional donde los representantes y miembros de junta directiva son los que mediante una omisión de sus deberes permiten la celebración de ese tipo de operaciones, y, por ende, el resultado es atribuible a estos, que son

finalmente quienes tienen la capacidad de dar las directrices y orientaciones necesarias a los empleados para llevar a cabo dicho tipo de operaciones.

Así pues, es preciso citar un concepto (Consulta 006-2008) emitido por la Dirección de Asuntos Legales y Disciplinarios del Autorregulador del Mercado de Valores (AMV) de 6 de octubre de 2008, en el que esta entidad explica por qué un asesor comercial no puede ser considerado un administrador:

Funciones del Asesor Comercial

De conformidad con lo previsto en la Circular Externa 60 de 2007 de la Superintendencia Financiera de Colombia, se considera que la actividad de asesoría en productos o servicios relacionados con la intermediación de valores conlleva la formulación de recomendaciones o el suministro de explicaciones sobre las ventajas o desventajas de una o varias alternativas de inversión relacionadas con valores, derivados financieros, o productos de inversión colectiva, teniendo en cuenta el perfil de riesgo del cliente. El ejercicio de estas labores no conlleva necesariamente el ejercicio de funciones de administración.

Así pues, si de acuerdo con los estatutos de la sociedad el Asesor Financiero o Comercial no desempeña funciones administrativas, sino que ejecuta únicamente las que son propias de su labor de asesoría en los términos previstos en las normas citadas, dicho funcionario no se considerará como administrador para efectos de hacer aplicable el régimen de prohibiciones previstas en la ley a los administradores de una sociedad.

Por el contrario, si el Asesor en cuestión desarrolla funciones administrativas u ostenta la representación legal de la sociedad o es factor de la misma, se ha de considerar

administrador y por tanto cobijado por las prohibiciones de que trata, en este caso particular, el artículo 8 del Decreto 1172 de 1.980. (AMV, 2008)

c) Propósito especial

En tercer lugar, la norma exige actuar con un propósito especial, y consiste en realizar las conductas ya sea en beneficio propio o de un tercero. En virtud de esta exigencia, es claro que el autor del ilícito debe comprender lo que su comportamiento conlleva cierta o eventualmente, un perjuicio económico a los socios o miembros de la entidad y consecuentemente un beneficio a él o a un tercero, y, aunque la norma señala al mismo tiempo que se requiere la causación de un perjuicio en términos económicos, el beneficio de los administradores o de los terceros no tiene por qué serlo, pues basta la naturaleza material o pecuniaria, moral o profesional (Moya, 2010, p. 148).

Esta posición fue sostenida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, como lo recuerda Mayo (2007), en el caso Banesto —2002—. Señala la citada autora lo siguiente:

Esta conducta puede venir determinada —dice el Tribunal Supremo— “por el hecho de que terceros o normalmente competidores le proporcionen dinero o cualquier otro tipo de utilidad por faltar a los deberes propios de su cargo. En este caso nos encontraríamos ante una especie de cohecho pero cometido por particulares. La utilidad o ventaja puede tener cualquier otra forma o revestir diferentes modalidades, como puede ser el proporcionarle una colocación o empleo sustancialmente retribuido en otras empresas o actividades que directa o indirectamente hayan resultado beneficiados. También se puede hablar de beneficio propio cuando se busca una posición más ventajosa dentro del entramado

societario que se administra, pero sin que se produzca apropiación del patrimonio social.
(p. 23)

Castro (1997, p. 6) crítica la inclusión de este elemento subjetivo especial dentro del tipo objetivo, pues en su entender **lo que es digno de reproche no es el propósito de consecución de ventajas, sino el daño a la sociedad mediante el abuso de las facultades** que conlleva la condición de administrador; no obstante, el mismo autor reconoce que dicho elemento tiene una ventaja, pues a partir del mismo se podrán descartar aquellos eventos de falta de gestión y diferenciarlos de los verdaderos fraudes de gestión.

Es importante señalar que en la legislación argentina, el elemento subjetivo contenido en el tipo objetivo puede estar comprendido por el propósito de obtener un beneficio o también por la intención de causar un daño.⁷¹ Este elemento hace más amplio el margen de reproche al comportamiento del administrador.

d) El abuso de las funciones como elemento del tipo penal

La norma también exige que cualquiera de las dos conductas, es decir, la disposición fraudulenta de bienes o la asunción de obligaciones, sea consecuencia del abuso de las funciones propias del cargo,⁷² y que de las mismas se derive un perjuicio económico evaluable a los socios.

Sobre el particular es preciso señalar que el *abuso de las funciones propias del cargo* implica la verificación de las facultades otorgadas a los órganos de representación de conformidad con la naturaleza del contrato que los vincula a la sociedad, y lo dispuesto en los estatutos sociales. Esta exigencia del tipo penal, en nuestro concepto, podría en principio llevar a pensar que se trata de un ilícito que sanciona la simple inobservancia de las facultades de gestión societaria, y que resulta

incriminando por la vía penal el incumplimiento de una relación contractual entre el administrador y la sociedad administrada.

Sin embargo, y haciendo referencia al literal c) de este acápite, se indicó que el ilícito de administración desleal requiere de un propósito especial y así, como lo destaca Carrera (2002, p. 101) “para evitar la incriminación del simple incumplimiento de obligaciones contractuales (...) o que se entorpezca la agilidad de las relaciones comerciales” el legislador demanda el propósito de obtener una ventaja, siendo esto un elemento decisivo en orden a los alcances de la figura.

En sentido similar, García de Enterría señala que:

La exigencia de causación directa de un perjuicio, en concreto, ilustra de forma inequívoca, la conformación de un genuino delito de resultado, en el que la intervención penal no se vincula sólo —como ocurre en otros tipos— a la simple infracción de los deberes legales de los administradores sino también, y fundamentalmente, a la protección del patrimonio que gestionan”. (García de Enterría, 1996, p. 95)

El requisito del abuso de las funciones propias del cargo es una cuestión probatoria que habrá que determinar en cada caso concreto, y obliga a verificar, por un lado, las facultades conferidas al administrador por el máximo órgano (junta de socios, asamblea general de accionistas, junta directiva) y, por otro, si el sujeto activo a quien se le atribuye el delito se comportó conforme a los deberes que le son exigibles.

No obstante, es importante tener en cuenta que en pocas ocasiones se plasman con rigurosidad y detalle las facultades de gestión societaria de los diferentes órganos y miembros de administración y representación.⁷³ Por esta razón, la verificación del incumplimiento de las facultades asignadas

al administrador no resulta fácil de comprender en todos los eventos; ante tal circunstancia, debemos remitirnos a la legislación extrapenal que regula los deberes de los administradores para verificar si un actuar concreto trasgredió los deberes generales y/o específicos previstos en la legislación mercantil.

Una posición contraria es la sostenida por Schünemann (2010, p. 34), para quien el ilícito de administración desleal no castiga una infracción de deber jurídico-civil y, por ende, el derecho penal en este orden no es accesorio al derecho civil, ya que lo que importa es la lesión del patrimonio desde dentro hacia fuera, y es la posición de dominio la que fundamenta el deber jurídico-penal, frente al cual el deber jurídico-civil es accesorio y carece de influencia. Este autor señala:

“No obstante, también constituye un error mayúsculo hacer que la concurrencia del tipo dependa de la infracción de un deber jurídico civil que venga especificado en una legislación especial. A la relación de custodia patrimonial le es inmanente, también desde el punto de vista jurídico-civil, una prohibición de lesión; por lo tanto, a partir de la lesión dolosa se puede derivar sin problema la contrariedad al deber. (...) el abuso de una posición de dominio sobre el patrimonio ajeno —posición que se ha transferido al autor—, de forma que se pervierte el deber adquirido y se lesiona el patrimonio cuya custodia se ha confiado, rebasa sin más el límite el injusto jurídico-penal. (Schünemann, 2010, p. 84)

El tribunal alemán por el contrario, en algunos casos, ha considerado que la infracción de deberes jurídico-mercantiles es el fundamento del delito de administración desleal, a condición que se trate de deberes relevantes:

Dicha infracción se determina especialmente sobre la base de una observación global de los criterios jurídico-civiles. Así, resulta relevante la cercanía al objeto social, la inadecuación de la donación a la vista de la situación del patrimonio y del beneficio, la carencia de transparencia dentro de la empresa, así como la existencia de motivos desleales, como por ejemplo, la persecución de preferencias estrictamente personales. La conclusión, en cualquier caso, es que cuando se cumplen todos estos criterios, existe una infracción del deber relevante para la administración desleal. (Schünemann, 2010, p. 34)

Desde nuestro punto de vista, la determinación de deberes desde el plano civil y/o mercantil sí es necesaria para el entendimiento del tipo penal de administración desleal, sin que sea preciso afirmar que adicionalmente la infracción requiera la connotación de ser grave, pues la simple inobservancia junto con los demás requisitos exigidos por el tipo penal hacen que se estructure una conducta típica de administración desleal, por lo menos en el plano objetivo.

Nos adherimos entonces a la posición establecida por el Audiencia Nacional en sentencia de 13 de abril de 2005, en la que señaló que “La actuación con abuso de las funciones del cargo es un elemento normativo del tipo cuyo contenido no se encuentra en el Derecho Penal, sino en el Derecho Mercantil” (Audiencia Nacional, Procedimiento Abreviado Núm. 325/2002, 2005).

Es importante tener en cuenta dichos deberes para determinar si en un caso específico nos encontramos frente a una modalidad de administración desleal por abuso o por infidelidad, este último evento en los casos en los que el administrador obra en contravía de los deberes genéricos que le son exigibles, asunto al que nos referiremos más adelante.

En la Ley 222 de 1995, artículo 23,⁷⁴ y en la reciente Circular 100-000003 de 2015, capítulo V, es donde se establecen cuáles son los deberes de los administradores, dentro de los que cabe destacar: buena fe, lealtad y gestión de un buen hombre de negocios:

2. Principios y deberes que orientan la conducta de los administradores (...) A.

Buena fe

Es un principio de derecho que presume que las actuaciones de las personas son legítimas, exentas de fraude o cualquier otro vicio, es decir, que los administradores deben obrar satisfaciendo totalmente las exigencias de la actividad de la sociedad y de los negocios que esta celebre y no solamente los aspectos formales que dicha actividad demande. Se entiende como el obrar con la conciencia recta, con honradez y lealtad.

B. Lealtad

Es el actuar recto y positivo que le permite al administrador realizar cabal y satisfactoriamente el objeto social de la empresa, evitando que en situaciones en las que se presenta un conflicto de intereses, dicho administrador se beneficie injustamente a expensas de la compañía o de sus socios. Al respecto el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, reitera el deber de lealtad y expresa que las actuaciones de los administradores deben adelantarse en interés de la sociedad, y de los asociados, de manera que resulta claro que si los intereses de los asociados se apartan de los fines de la sociedad, deben prevalecer los intereses de esta última.

C. Diligencia de un buen hombre de negocios.

Hace relación a que las actuaciones de los administradores deben ejecutarse con la diligencia que tendría un profesional, un comerciante sobre sus propios asuntos, de manera

que su actividad siempre debe ser oportuna y cuidadosa, verificando que la misma esté ajustada a la ley y los estatutos, lo que supone un mayor esfuerzo y una más alta exigencia para los administradores en la conducción de la empresa.

La diligencia del buen hombre de negocios, lleva implícitos deberes como el de informarse suficientemente antes de tomar decisiones, para lo cual el administrador debe asesorarse y adelantar las indagaciones necesarias, el de discutir sus decisiones especialmente en los órganos de administración colegiada, y, por supuesto, el deber de vigilancia respecto al desarrollo y cumplimiento de las directrices y decisiones adoptadas.

Así mismo, en la Circular 100-006 de 25 de marzo de 2008, la Superintendencia de Sociedades recordó que al lado de los principios que deben orientar la conducta de los administradores existen unos deberes específicos, de los cuales es preciso destacar los siguientes:

3. DEBERES ESPECÍFICOS DE LOS ADMINISTRADORES

3.1. Realizar esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social

En desarrollo de este deber los administradores deben procurar la realización de las actividades comprendidas en el objeto social de la compañía, llevando a cabo las gestiones apropiadas para la consecución de los resultados perseguidos con la constitución de la sociedad, teniendo en cuenta las circunstancias y condiciones económicas y de mercado que la rodean.

3.2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.

Los administradores deberán observar y verificar el cumplimiento de las disposiciones de naturaleza laboral, fiscal, ambiental, comercial, contable, de protección al consumidor,

de propiedad intelectual, de promoción y respeto de la competencia, entre otras, que regulan el funcionamiento de la sociedad y sus relaciones con los distintos interesados.

Igualmente, deben acatar y velar por la observancia de las estipulaciones de carácter estatutario, como quiera que las mismas recogen la voluntad de los asociados y regulan sus relaciones entre sí y con la compañía.

Por lo tanto, tal y como lo ha señalado el órgano encargado de la inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles, las atribuciones de un administrador van hasta donde los estatutos sociales lo restrinjan, y su comportamiento debe estar circunscrito al objeto social de la empresa, de tal forma que a falta de disposiciones que señalen cuál es la competencia de los órganos de gestión y representación, debe entenderse que las personas que representan a la sociedad pueden celebrar contratos o ejecutar los actos comprendidos dentro del objeto social conforme a la naturaleza de cada sociedad (Superintendencia de Sociedades, 2009, p. 17).

El problema radica, lo advierte la misma superintendencia, cuando el objeto social pueda llegar a ser indeterminado, caso en el cual también lo será “la capacidad de la sociedad y el ámbito de las facultades de los administradores” (Superintendencia de Sociedades, 2013, p. 15).

e) ¿Tipo de abuso y/o tipo de infidelidad?

Esta distinción surge con relación al tipo penal de administración desleal contenido en el artículo 266 del STGB alemán, en relación con el cual la doctrina y la jurisprudencia han afirmado la existencia de dos tipos penales de administración desleal con diferente alcance. La norma señala lo siguiente.

§ 266. Abuso de confianza

(1) Quien abuse de las facultades que se le otorgan por medio de la ley o por un encargo de autoridad o por el negocio jurídico, para disponer sobre un patrimonio ajeno o para obligar a otro; o quien lesione el deber que le incumbe de salvaguardar los intereses patrimoniales ajenos derivados de la ley o de encargo de autoridad o por negocio jurídico o por una relación fiduciaria, y con ello le inflija desventaja a la persona cuyos intereses él debe cuidar, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.

(2) El § 243 inciso 2 y los §§ 247 y 248 rigen en lo correspondiente. (López, 1999)

Gómez (2014, p.1) explica que el primer aparte del mencionado artículo se denomina “tipo de abuso de poderes” o de confianza (*Missbrauchstatbestand*), identificado “porque el administrador abusa de los poderes de disposición o de contracción de obligaciones que la ley, la autoridad o un contrato le conceden”. Siendo la conducta típica por “abuso específico del poder de representación” que “tiene que concretarse” en “la disposición del patrimonio administrado, o bien en la contracción de obligaciones a su cargo”, con la exigencia que en cualquier caso debe causarse un daño al patrimonio administrado. No obstante, el mismo aparte del artículo contiene una modalidad delictiva adicional, intitulado “tipo de deslealtad o de ruptura de la fidelidad (*Treubruchstatbestand*)”, respecto del cual la conducta típica se identifica por trasgredir el deber de actuar en beneficio del peculio administrado, ocasionando así un daño a este. “El tipo (...) no se contrae al abuso de los poderes de disponer u obligar, sino que su contenido es mucho más extenso, pues se trata de una conducta de infidelidad, en general, al patrimonio administrado”.

Tanto Gómez (2014, p. 2) como Rojas (2009, p. 139), y otros, destacan que el tipo de quiebre de confianza es criticado por su indeterminación, llegando a cuestionarse su constitucionalidad. Empero esta es defendida por algunos autores como Seier, para quien el “tipo penal es imprescindible en la práctica para el combate de la criminalidad económica, justamente por su

flexibilidad y por ser abierto”. Destacando que “la corrupción económica (...) se controla esencialmente con el tipo del § 266 y apenas con el del § 299 StGB⁸”. (Sier citado por Rojas, 2009, p. 139).

En el caso del tipo penal colombiano, es importante cuestionarse por la conducta del administrador investido con un amplio poder de disposición, respecto de quien no es claro determinar si ha abusado de las funciones, bien por una ausencia de delimitación clara de estas o por la indeterminación del objeto social de la empresa, pero donde su actuación implica una afectación del patrimonio de la compañía o compromete a la empresa patrimonialmente como deudora, en su propio beneficio o en favor de un tercero.

Dado que resulta controvertible determinar si el administrador ha abusado de las funciones, la consecuencia necesaria sería la de negar un acto de administración desleal conforme al artículo 250B del Código Penal. Por este tipo de situaciones es necesario delimitar el concepto de abuso de funciones propias del cargo a que hace referencia el artículo 250B y darle alcance de acuerdo con lo dispuesto por la legislación extrapenal que delimita la actuación de los administradores, pues del alcance del concepto dependerá si nos encontramos simplemente ante un tipo penal de abuso o si, por el contrario, bajo una interpretación extensa del mismo puede afirmarse la existencia también del ilícito de infidelidad, como ocurre en la legislación alemana.

El concepto de abuso de funciones propias del cargo no implica, contrario a lo que de una lectura rápida del precepto pudiera considerarse, una extralimitación de las funciones del administrador o actos de administración que desbordan las facultades conferidas. Por el contrario, el concepto de abuso de funciones comprende únicamente aquellos comportamientos que el administrador realiza

dentro del ámbito de sus competencias, pero con un propósito que perjudica los intereses de la sociedad.

En este sentido, la jurisprudencia española ha entendido que el abuso de funciones propias del cargo hace referencia a un abuso intensivo y no extensivo de las facultades:

En el delito societario del art. 295 quien obliga a la sociedad o dispone de sus bienes lo hace en el ejercicio de una verdadera facultad jurídica, una capacidad de decisión que le está jurídicamente reconocida. El desvalor de su conducta radica en que lo hace de forma abusiva, con abuso de las funciones propias del cargo. Su exceso funcional no es de naturaleza cuantitativa, por extralimitación, sino de orden teleológico, por desviación del objeto perseguido y del resultado provocado. (Tribunal Supremo de España, sentencia de 13 de julio, 2015)

Si se tiene en cuenta este criterio a la luz de las disposiciones comerciales que rigen en nuestro país para el derecho de sociedades, podremos encontrar que el mismo no se opone a las normas que regulan la actuación de los administradores, pues en criterio de la Superintendencia de Sociedades la empresa está comprometida frente a terceros⁷⁵ por los actos que su administrador realiza dentro del desarrollo del objeto social. Por lo tanto, cualquier actuación que desborde el objeto social de la compañía compromete la responsabilidad del administrador, pero no es oponible por terceros a la sociedad, teniendo en cuenta además que en la celebración de contratos o de actos jurídicos los terceros están obligados a verificar el objeto social de la empresa.

Por lo tanto, para que pueda hablarse de abuso de funciones del cargo en el contexto del artículo 250B, los actos deben comprometer patrimonialmente a la empresa. Tal vez por ello es que la propia doctrina penal extranjera destaca que la modalidad de abuso en la administración desleal se

caracteriza por asumir el carácter de un acto o negocio jurídico que debe cumplir los requisitos de ser válido y eficaz frente al representado, acto o negocios que pudo pero no debió cometerse por ser el mismo desfavorable a los intereses de la empresa. (Carrera, 2002, pp. 100-120),

También en este punto, Schünemann señala lo siguiente:

3. La última cuestión de refinamiento dogmático, pero irrelevante político-criminalmente, es la relativa a la clasificación como tipo de abuso o tipo de infidelidad cuando el comportamiento jurídico-mercantil del órgano habilitado para la representación, de acuerdo con los principios desarrollados por los tribunales civiles sobre el abuso del poder de representación cognoscible por la otra parte contratante, no obliga al representado respecto de dicha parte contratante de mala fe. De acuerdo con una opinión muy extendida es de aplicación el tipo de infidelidad y no el tipo del abuso debido a que este último presupone una actuación que, si bien en la relación interna infringe un deber, en la relación externa resulta jurídicamente eficaz. (Schünemann, 2010, p. 22)

Sin embargo, consideramos que el concepto de abuso de las “funciones propias del cargo” empleado en artículo 250B no solamente limita, bajo la modalidad delictiva de administración desleal, los comportamientos que el administrador está en capacidad de realizar pero no debe efectuar por empleo indebido de las funciones, sino que también reprocha, ya no en la modalidad de abuso sino de infidelidad, aquellas conductas que los administradores llevan a cabo extralimitándose en sus funciones o por fuera del objeto social, así como aquellas contrarias a los deberes genéricos de buena fe, lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios que desde el ámbito mercantil les son exigibles a los administradores sociales, aunque desplegadas las mismas no pueda afirmarse si hubo un empleo indebido de las facultades estatutarias y una extralimitación del objeto social.

Desde nuestro punto de vista, la diferencia entre tipo de abuso y tipo de infidelidad no es vana, y tiene incidencia sobre el último requisito exigido por el tipo penal, esto es el perjuicio que debe ocasionar el comportamiento. Así, mientras en la modalidad de abuso el comportamiento debe perseguir un beneficio de cualquier naturaleza (propio o en favor de un de tercero) correlativo con un detrimento económico —*la norma exige que el mismo recaiga directamente en los socios*—, para la modalidad de infidelidad basta un propósito personal de cualquier índole en favor propio o de un tercero, sin que sea necesario un perjuicio correlativo para los socios o la sociedad, pues este se produce por el hecho de actuar.

Ello debido a que en la modalidad de abuso —que, como lo advertimos, debe revestir el carácter de un negocio o acto jurídico válido que comprometa a la sociedad— se deriva de ella que se trata de un negocio que aunque podía realizarse no debía llevarse a cabo, porque no le reportaba un beneficio a la representada compañía en atención a que el administrador perseguía un fin personal para sí o para otro. No obstante, como se trata de un acto que el administrador tenía la posibilidad de llevar a cabo en atención a sus facultades, por ser un acto válido del beneficio perseguido, debe demostrarse que con el mismo se produjo un perjuicio a la sociedad (socios), pues de lo contrario no tendría sentido que el derecho penal sancione comportamientos autorizados que no comportan un daño aunque sean indebidos.

No ocurre lo mismo en el caso de la administración desleal en la modalidad de infidelidad, dado que el administrador que obra extralimitando sus funciones, o contrariando los principios generales que deben regir su comportamiento, está, por ese simple hecho, trasgrediendo deberes que desde lo penal sí ameritan un reproche sin necesidad de un daño patrimonial adicional a la representada,

pues el mismo existe por el mero hecho de disposición infiel del patrimonio, disposición que ni es deseada ni es autorizada y, en tal sentido, la misma en sí representa un daño.

Por ello, exigir que además de demostrar un fin personal y una extralimitación de las funciones o un actuar contrario a los deberes generales de buena fe, lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, se deba acreditar que con la conducta del administrador se produjo un detrimento patrimonial, es permitir que el cargo de administración de una sociedad se convierta en un botín de avivatos. Un ejemplo claro de esto lo traen Luzón y Roso (2010, p. 12): se vende un bien de la sociedad a un precio justo, pero además fructuoso; no obstante, la sociedad no quería salir del mismo. El patrimonio de la sociedad no solo no se ha disminuido, sino que se ha incrementado. ¿Podría quedar el comportamiento del administrador impune a falta de un detrimento patrimonial?

Asimismo, en los casos de disposición patrimonial por fuera del objeto social, el acto realizado por el administrador no le es exigible a sociedad, y por ende, su patrimonio no queda comprometido. Sin embargo, ese hecho no puede pasar por alto una conducta contraria a unos deberes sagrados que se exigen para el cargo de gestión de una sociedad, y en casos donde el comportamiento del administrador infiel no ocasione un perjuicio directo al patrimonio de la sociedad o de los socios, pero se trate de un comportamiento que contrarió dichos deberes que puso en riesgo intereses de la compañía, se estaría dejando impune una conducta que merece el mayor reproche.

Sin embargo, debemos aclarar que para autores como Schünemann la imputación por el ilícito de administración desleal no puede estar basada en la contrariedad a cualquier tipo de deber. Por ello, el autor alemán explica lo siguiente:

Los deberes que se ubican fuera de los intereses patrimoniales del principal —esto es: aquellos deberes creados en interés público— no pueden fundamentar una contrariedad a deber relevante de cara a la administración desleal cuando hayan sido infringidos —por ejemplo, cuando, de conformidad con el § 299 StGB se abona un soborno (...). En el fondo, el propio tenor literal del artículo 266 StGB conlleva que este tipo de deberes no pertenezcan a los deberes típicos de salvaguardar los “intereses patrimoniales” del principal, y esta interpretación gramatical se ve apoyada por un análisis teleológico del bien jurídico protegido: puesto que el artículo 266 del StGB trata de proteger únicamente el patrimonio,⁽²⁷⁾ constituiría un “abuso” de este tipo penal utilizarlo para intentar penalizar la infracción de intereses generales. (Schünemann, 2010, p. 143)

Frente a dicho parecer, debemos indicar que en atención al bien jurídico tutelado es razonable el planteamiento esgrimido. Sin embargo, dado que consideramos que el ilícito de administración desleal abarca un interés superior a la simple protección del patrimonio de las sociedades, es imperioso desde ya rechazar la tesis que la contrariedad a otra clase de deberes no puede dar lugar a una imputación por administración desleal.

Por ello es indispensable un replanteamiento de la ubicación del ilícito de administración desleal societaria en nuestro ordenamiento jurídico, tema que será desarrollado en las próximas líneas.

f) El perjuicio económicamente evaluable a los socios:

Un tema álgido es el referente al *perjuicio económico* que debe ocasionar el autor del delito para estructurar la imputación del ilícito; ello puesto que la norma exige la verificación de este, no a

consecuencia del mero acto de abuso de funciones, sino de la disposición fraudulenta de bienes o asunción de obligaciones, las cuales deben ser producto del acto de abuso.

Pero, además, la norma exige que el perjuicio radique en cabeza de los socios, no de la sociedad, con lo cual se debe entender en principio, dada la literalidad del artículo, que en el delito de administración desleal no se está protegiendo a la sociedad, sino el patrimonio individual de los socios, siendo este el bien jurídico protegido mientras que el patrimonio de la sociedad sería el objeto material del delito.

La redacción del tipo penal en lo relacionado con este último requisito es verdaderamente problemática, pues con el mismo se está dando a entender que lo tutelado con el ilícito no es la sociedad, sino los intereses patrimoniales de los socios, lo cual no guarda coherencia con las disposiciones comerciales y civiles (Art. 98 Cod. Com – Art. 637 Cod. Civ.) que señalan que la sociedad forma una persona distinta de los socios, que el patrimonio de la sociedad es de esta y que lo que pertenece a la persona jurídica no pertenece ni en todo ni en parte a los individuos que la componen. Luego, si dada la ubicación del tipo penal (bien jurídico patrimonio económico) lo que se busca tutelar es el patrimonio de la persona jurídica, a partir de actos indebidos del uso de su patrimonio, no entendemos cómo el legislador exige que un empleo impropio de este deba afectar directamente a los socios y no a la sociedad, para la configuración de la conducta punible.

La doctrina, en relación con el antiguo artículo 295 del Código Penal español que presentaba el mismo problema, ofrece una alternativa ante la interpretación literal del artículo que llevaría serios problemas. Por una parte, entiende que el bien jurídico protegido es la sociedad, y que lo que se presenta es una mala técnica legislativa que debe obligar a entender que el perjuicio debe recaer en la sociedad. Otro sector considera que tanto el patrimonio de la sociedad como el de los socios

son el bien jurídico protegido, y en consecuencia el perjuicio debe recaer en cualquiera, sociedad o socios, con la salvedad que pasa a señalarse. (Luzón y Roso, 2010, p. 8)

Luzón y Roso (2010, p. 23) entienden que el requisito de causación de perjuicio pecuniario solo se requiere respecto de la segunda modalidad delictiva, en tanto que al exigirse que la disposición de bienes sea fraudulenta ya lleva este último concepto aparejado un perjuicio jurídico y no se requiere un perjuicio adicional, aunque sin descartar el perjuicio económico cuando este se produzca. No obstante, en el caso de la modalidad de contraer obligaciones, al emplear el tipo penal la expresión “directamente”, el perjuicio no solo debe ser económico, sino que el mismo debe afectar el patrimonio de los socios y no solo el de la sociedad.

Para nosotros, el perjuicio debe ser causado a la sociedad y no a los socios, amén de que sus intereses se vean afectados en el reparto de utilidades, o en la desvalorización de sus cuotas de interés o acciones. Lo cierto es que la imprudencia del legislador deja un escollo en la norma,⁷⁶ y la misma puede resultar siendo inaplicable si el juez en un determinado caso encuentra que un daño que se ha causado a la sociedad no ha ocasionado al mismo tiempo un perjuicio identificable a los socios diferente del que se ha causado a la persona jurídica.

Pero, ¿qué tipo de perjuicio? La norma señala claramente que debe tratarse de un perjuicio económico, y, por lo tanto, dada la ubicación del tipo penal debe tratarse de un perjuicio patrimonial, representado este en la disminución de activos o en el incremento del pasivo.

Juan Sanjosé (2014) indica que el concepto debe analizarse desde la óptica de los conceptos “perjuicio” y “económico”; así, por perjuicio se debe entender tanto la disminución patrimonial como la ausencia de un incremento posible y ciertamente esperado.

; y por económico, que la merma tenga una representación monetaria, lo que debe poderse determinar mediante el examen o un dictamen pericial.

En sentido similar, Rojas señala lo siguiente sobre la comprobación de este elemento del tipo objetivo:

El perjuicio patrimonial se determina mediante una comparación del patrimonio en su conjunto antes y después de la acción infractora del deber. De acuerdo con ello, existe perjuicio cuando el patrimonio después de la acción tiene un menor valor que antes de la misma. En cambio, no hay perjuicio cuando la acción misma provoca al mismo tiempo un aumento del patrimonio que compensa la pérdida. (Rojas, 2009, p. 27)

Se diferencia así nuestro ilícito del contemplado en la legislación peruana,⁷⁷ donde lo patrimonial pasa a un segundo plano y la infracción de deberes es lo principal.

Finalmente, sobre este elemento del tipo penal, Mayo (2005, p. 22) destaca que en el derecho alemán, precursor de este comportamiento, el concepto de perjuicio patrimonial se ha desarrollado al punto de considerar como tal, y con ello dar por cumplido este elemento del tipo penal, ciertas puestas en peligro concreto del patrimonio, “con el argumento de que en el tráfico económico determinados peligros que se ciernen sobre el patrimonio pueden ser considerados ya como una pérdida de valor”.

Así, al margen de dicho planteamiento se debate si bajo el precepto de administración desleal deben castigarse los denominados negocios de riesgo que pasaremos a señalar, haciendo énfasis en los actos de disposición del patrimonio con el fin de ser empleados en negocios contrarios a las costumbres y a la competencia, es decir, para la realización de actos de corrupción privada.

g) Los negocios de riesgo

Al hablar del tipo penal de administración desleal, la doctrina se ha cuestionado si bajo este precepto es sancionable la conducta del administrador que realiza comportamientos que de base rayan con la moralidad o las buenas costumbres, pero que, desde la óptica del daño a la sociedad, por lo menos desde el punto de vista patrimonial, la producción de los mismos parece cuestionable.

Aunque bajo la denominación “negocios de riesgo” se agrupan diferentes casos de contrariedad al deber en la administración de una sociedad, nos referiremos a dos especiales casos, dada la limitación que tenemos para el desarrollo de este trabajo: los negocios contrarios a la moral y los denominados *kick back*.

Autores como Schünemann destacan que la sola realización de conductas inmorales, en el caso de actos realizados por los administradores, la infracción de sus deberes a través de la realización de negocios contrarios a las costumbres no puede por ese solo hecho configurar un comportamiento calificable como administración desleal. Así, el autor alemán afirma lo siguiente:

De esta relación de imputación entre contrariedad a deber y perjuicio patrimonial se deduce que los deberes que se ubican fuera de los intereses patrimoniales del principal —esto es: aquellos deberes creados en interés público— no pueden fundamentar una contrariedad a deber relevante de cara a la administración desleal cuando hayan sido infringidos —por ejemplo, cuando, de conformidad con el § 299 *StGB* se abona un soborno, o cuando se hace lo propio en el extranjero conforme a la *IntBestG*—. En el fondo, el propio tenor literal del artículo 266 *StGB* conlleva que este tipo de deberes no pertenezcan a los deberes típicos de salvaguardar los “intereses patrimoniales” del principal, y esta interpretación

gramatical se ve apoyada por un análisis teleológico del bien jurídico protegido: puesto que el artículo 266 del *StGB* trata de proteger únicamente el patrimonio, constituiría un “abuso” de este tipo penal utilizarlo para intentar penalizar la infracción de intereses generales. De hecho, en el ámbito del derecho mercantil, se reconoce abiertamente que el órgano vulnera sus deberes para con la sociedad cuando comete un delito o una contravención en beneficio de la empresa. Ello es debido a que el riesgo de llevar a cabo negocios inmorales o legalmente prohibidos se ubica más allá de las consideraciones propias de un ordenado empresario y, por tanto, se sitúa fuera del ámbito de discrecionalidad del órgano. (Schünemann, 2010, pp. 143-144)

Resalta Schünemann, sin embargo, que el pago de sobornos o comportamientos contrarios a la moral no es que se consideren tolerables y no puedan nunca configurar el ilícito de administración desleal; lo que el autor señala es que es el daño patrimonial causado a la sociedad lo que permite afirmar que existe una contrariedad a sus deberes y no al contrario, es decir, que una simple contrariedad a los deberes se tome por el solo hecho de la inmoralidad del negocio como un acto de administración desleal o que de dicha infracción se pueda afirmar sin más un daño patrimonial (Schünemann, 2010, pp. 144-145).

Así, este autor considera que la doctrina se ha esforzado, en los denominados negocios de riesgo, en justificar la existencia del ilícito mediante la infracción del deber de los administradores, cuando en realidad lo problemático en estos reside en la inexistencia de un perjuicio patrimonial.

Como se advirtió, Schünemann (2010, p. 44) critica la posición de algunos autores como Wabmer, que derivan el perjuicio patrimonial de la misma contrariedad al deber en el caso de los negocios de riesgo bajo lo que denomina “perjuicio de riesgo”, que se presenta cuando los administradores

infringen la política de riesgo, aceptando así un riesgo no deseado de pérdidas como consecuencia de su inutilidad; en el sentir de Schünemann, de aceptarse esta posición, “todo el injusto de administración desleal se reduce a la contrariedad a deber” (2010, p. 44), cuando es una condición de punibilidad del ilícito el elemento típico del perjuicio patrimonial, pues, como ilícito de daño patrimonial, la administración desleal “no tiene encomendada la tarea de garantizar como tal el derecho o la moral en las relaciones políticas o comerciales” (2010, p. 46).

Schünemann celebra que el tribunal supremo alemán, con ocasión de la sentencia del escándalo de sobornos en la Bundesliga, haya fijado parámetros económicos para descartar que la sola contrariedad al deber constituya un factor determinante a la hora de afirmar la existencia de un supuesto de administración desleal, en el entendido que si un negocio de riesgo, por ser contrario a la moral, conlleva una compensación en patrimonial para la empresa, no podría afirmarse entonces la existencia de un daño, y ello ocurre cuando se presentan los siguientes supuestos:

[...]Cuando la probabilidad de que la otra parte se comporte conforme a lo acordado sea muy alta pese a la nulidad del acuerdo jurídico-mercantil; cuando el riesgo de ser descubiertos sea muy pequeño; y cuando la consecución del negocio vaya a proporcionar un mayor beneficio patrimonial o, en su caso, vaya a evitar un mayor perjuicio patrimonial inminente. (Schünemann, 2010, p. 46)

Sin embargo, Foffani y Nieto, consideran que la contrariedad a los deberes del administrador cuando se realizan actos de corrupción la contrariedad a los deberes del administrador puede constituir un acto de administración desleal si el acto corrupto persigue un interés personal y no empresarial, pues es en esa intención donde se configura el perjuicio para la sociedad. En este sentido, señalan los mentados autores:

*La corrupción activa en el ejercicio de la gestión de empresa pertenece también a la órbita de la Untreue: (...) de lo que se trata es de establecer la relevancia interna del comportamiento —entrega o promesa de una ventaja patrimonial— en el marco de las relaciones entre administrador —o dependiente o representante— y el titular del patrimonio en nombre del cual se efectúa la entrega o promesa ilícita. Bajo este ángulo, el pago de un soborno (*Schmiergeld*), o de cualquier otra tipología de dación *latu sensu* corruptiva, es considerado de forma pacífica como un caso de administración desleal cuando se trata de un comportamiento completamente extraño a toda lógica empresarial y realizado, exclusivamente, en atención a un interés individual —o de cualquier otro modo extrasocial— contrario al interés de la sociedad o del representado. Cosa bien distinta ocurre, en cambio, cuando no existe este conflicto y el soborno se inscribe por el contrario en una estrategia consistente en perseguir el interés social o del representado.*

Ante este tipo de supuestos, en la práctica, el pago ilícito de sobornos se asimila a un “negocio de riesgo” (*Risikogeschäft*), para a partir de aquí valorar la posible aplicación del § 266 CP alemán, utilizando criterios como el riesgo permitido (*erlaubtes Risiko*), la adecuación social (*Sozialadäquanz*) o la política de riesgos (*Risikopolitik*), esto es, la “violación de las reglas relativas a la política de riesgo establecidas con el fin de tutelar el patrimonio” que han sido determinadas o consentidas tácitamente por el titular del interés protegido. (...) nadie discute que operaciones de esta naturaleza son extrañas a los límites legales y estatutarios que fijan el poder de los administradores y dirigentes sociales. La cuestión es, más bien, otra: se trata de establecer si este tipo de gestión tan heterodoxo, en el caso concreto, supone una vulneración real del interés social, esto es, si efectivamente representa un riesgo anormal y grave para el patrimonio administrado.

La jurisprudencia examinada prescinde de este tipo de consideraciones, identificando de una forma bastante axiomática el abuso con la ilicitud genérica de los fines perseguidos

(...) el resultado del acto de gestión ilícito no podrá ser valorado “conforme a una óptica puramente patrimonial y sobre la base de un simple cálculo aritmético, como si se tratara de cualquier otro negocio, necesariamente se deberá tener en cuenta, en la ponderación de los costes y beneficios, el perjuicio social que eventualmente podría derivarse, a largo plazo, de una política de gestión corrupta. (Foffani y Nieto, 2006, pp. 24-27)

Aunque compartimos parcialmente la visión de estos autores, debemos apartarnos de la idea de rechazar la existencia de una administración desleal cuando el administrador realiza un acto de corrupción, disponiendo del patrimonio de la sociedad, que le reporta un beneficio a la misma. Consideramos que, en casos de corrupción activa como este, la contrariedad a los deberes de obrar con buena fe y como un buen hombre de negocios sí constituye un acto de administración desleal que se traduce en el denominado peligro de perjuicio reputacional de la empresa, que es uno de los intangibles más importantes en el mundo de los negocios. Así, salvo que se trate de una política empresarial, los actos de corrupción de los administradores en procura de mejores condiciones o resultados para su representada deben reprocharse como un acto de administración desleal que se traduce en una violación de los deberes del administrador, la puesta en peligro de las relaciones comerciales de la empresa y la afectación a la competencia leal que debe regir la relación comercial.

Esto porque en muchas ocasiones el interés directo de un administrador a partir de un acto de corrupción no es muy claro, incluso cuando la disposición del patrimonio para el pago de una coima no representa una disminución del haber social, sino que lo incrementa mediante la consecución de un contrato. Así, un acto de corrupción puede estar encaminado a mejorar el prestigio gerencial, la consecución de metas que

signifiquen reconocimientos personales o económicos, pero que se realizan por fuera de las políticas y objeto social de la empresa.

Por otra parte, en los denominados *Kick Backs*, su configuración consiste en lo siguiente:

“En que el representante, a la hora de cerrar un contrato en nombre y representación de su principal, acuerda con la contraparte que ésta le entregue en privado una parte del dinero que tendrá que abonar su principal” (Schünemann, 2010, p. 148).

La doctrina acepta que cuando para la realización del negocio, y a efectos del *Kick Back*, el monto del negocio aumenta, siendo la diferencia del aumento lo abonado al administrador, estamos sin duda en presencia de un ilícito de administración desleal, pues se causa indudablemente un perjuicio patrimonial por un pago en exceso que no se hubiera producido de no existir el acuerdo privado. El problema se presenta cuando la contraprestación no es de fácil determinación de cara al precio del negocio que se celebra en nombre de la empresa y por el cual el administrador recibe un pago de persona diferente a su representada.

Foffani y Nieto advierten, de acuerdo a lo señalado por la jurisprudencia alemana, que en este caso el ilícito de administración desleal se estructura también cuando el administrador no busca mejorar las condiciones contractuales del negocio. Al efecto indican lo siguiente:

El perjuicio característico de la administración desleal se produce, esencialmente, cuando debido a la provisión indebidamente percibida por el administrador o dependiente en una determinada operación, a la empresa contratante se le ocasiona un aumento de los costes o una reducción en sus beneficios, todo ello en comparación con los que hubiesen sido

apropiados en ese tipo de operación. La jurisprudencia camina además en otra dirección y establece el perjuicio del § 266 también en aquellos casos en los que, aunque existe en abstracto un equilibrio entre prestación y contraprestación, el autor debería haber utilizado en concreto la posibilidad de negociar con la contraparte una reducción ulterior del precio, u otras condiciones contractuales más favorables, en una medida equivalente a la entidad de la provisión indebidamente recibida o pactada. (...) La obligación del administrador o del dependiente consiste en realizar contratos que sean lo más ventajoso posibles para la sociedad o la empresa. Una vez que esta obligación se ha cumplido, o no puede establecerse la posibilidad concreta de negociar condiciones más favorables, no resulta suficiente para fundamentar la imputación por administración desleal el simple hecho de quedarse para sí las provisiones o los premios recibidos a título personal y cuya concesión no ha perjudicado de ningún modo a la empresa estipulante. (Foffani y Nieto, 2006, p. 21)

Es importante señalar desde ya cómo esta clase de negocios cuestionados por su oscuridad, al igual que los eventos de constitución de cajas negras, demuestran que, a pesar de la discutida causación de un diáfano daño patrimonial a la sociedad, el cumplimiento de determinados deberes y parámetros de comportamiento en el mundo de los negocios por parte de los administradores tiene un significado conspicuo que es necesario analizar más allá del daño económico que con ellos se pueda causar a la empresa.

2.1.2. El tipo subjetivo de la administración desleal.

No es necesario profundizar en este aspecto, dado que es claro que la única modalidad que se sanciona bajo el *nomen iuris* de administración desleal es la cometida con dolo, con toda justificación, pues llevar al ámbito penal el ejercicio imprudente de gestiones empresariales que afecten el patrimonio de la empresa por una decisión errónea del administrador significa extender

al ámbito penal comportamientos que desde la óptica de los fines de la pena no resultan proporcionales, y que, por el contrario, sí pueden llegar a truncar el avance económico de una sociedad, pues, por el temor de las consecuencias que una decisión mal tomada puede implicarles, los administradores sociales no se arriesgarían a realizar negocios lícitos que desde su resultado terminan siendo cuestionables.

Así, la única forma de atribuir esta modalidad delictiva es mediante la atribución dolosa del comportamiento del administrador infiel, que con conocimiento de la trasgresión de sus deberes y con voluntad de los mismos sabe que puede llegar a ocasionar un perjuicio a la sociedad, perjuicio que, en nuestro ordenamiento, dada la ubicación de la norma, debe ser económico. Se exige el saber y el querer este resultado como consecuencia de la inclusión de este elemento dentro del tipo objetivo; sin embargo, dado que consideramos que lo reprochable es la intención y voluntad del administrador de causar un daño a la sociedad, sin que el mismo deba ser estrictamente patrimonial, mediante la infracción dolosa de sus deberes, creemos que la causación del perjuicio debería ser solo una consecuencia a tener en cuenta simplemente como un tema posdelictual, pero que no debería exigirse en el plano subjetivo.

No obstante, mientras el tipo penal sea un ilícito contra el patrimonio económico, el dolo también debe recaer sobre este elemento que integra el tipo objetivo.

Al respecto, Rojas destaca lo siguiente:

Hübner sostiene que se actúa con dolo de administración desleal, cuando se conoce el deber de tutela del patrimonio ajeno, se le infringe consciente y voluntariamente, y se prevé como posible, que mediante la conducta se provocará un daño al patrimonio confiado. De esta manera, se exige prever la posibilidad de la realización del daño. Esta opinión también es

compartida por Schünemann, pero con la aclaración de que el § 266 StGB exige por cierto dolo de perjuicio patrimonial e incluso que regularmente el dolo de infracción del deber resulta de aquél. (Rojas, 2009, p. 33)

2.1.3. El bien jurídico protegido en el ilícito de administración desleal.

Anteriormente, hemos señalado que la administración desleal de sociedades como conducta delictiva en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra ubicada en el título destinado a los delitos contra el patrimonio económico, siendo en consecuencia este el bien jurídico tutelado. Sin embargo, como lo señala Rodríguez (2009, p. 81) “La pregunta por el bien jurídico protegido por una norma penal (...) es la pregunta por el valor social cuya indemnidad ha requerido la prohibición de ciertas conductas y la severa sanción – sanción penal de su trasgresión”. Ello implica cuestionarnos, en el caso de la administración desleal de sociedades, ¿cuál es el valor social que se quiere proteger con la sanción de la conducta de los administradores infieles? Es decir, si hay una relación entre el comportamiento que se reprocha y el bien jurídico que se protege, o si por el contrario el interés o el valor tutelado o que debería ser tutelado por la norma es diferente al cual se encuentra adscrito el tipo penal; es decir lo desborda.

El mismo Rodríguez destaca la importancia de la relación entre norma y bien jurídico en los siguientes términos:

a) En efecto, la íntima conexión existente entre norma penal y bien jurídico-penal, objeto de protección aquélla, fuerza a que la determinación de ésta pase, principalmente y ante todo, por la interpretación de los términos con los que la norma se enuncia. Esa operación será relativamente sencilla cuando el tipo penal incluya un resultado consecuente con la conducta que describe, pues dicho resultado reflejaría la transformación negativa de la

realidad que se pretende evitar. Más afinado deberá tornarse el análisis de las consecuencias valorativas de las normas que se limitan a prohibir u ordenar un determinado comportamiento. (Rodríguez, 2009, p. 82)

Como vimos al abordar el capítulo referente al bien jurídico, para efectos de interpretar los comportamientos agrupados en el título VII, el legislador emplea el termino patrimonio “económico” y la doctrina entiende que el concepto debe ser comprendido desde una óptica mixta (jurídico-económica) que implica que son objeto de protección y sanción penal las conductas allí descritas porque afectan a los objetos y situaciones con valor pecuniario amparadas por el ordenamiento jurídico, o lo que es lo mismo no contrarias a este; significa lo anterior que para considerar que existe una afectación al bien jurídico debe existir una disminución económica del patrimonio a partir de la afectación a un objeto o situación que tenga un valor monetario que se ha disminuido o de la contracción de una deuda que afecta el activo patrimonial, siempre que se trate de una situación amparada por el ordenamiento.

Según la doctrina mayoritaria, y aquí tenemos que hacer referencia principalmente a la doctrina española y alemana, el ilícito está destinado a la defensa del patrimonio de la sociedad, no a la sanción del incumplimiento de los deberes del administrador; concepción en contra de la cual existen voces críticas como las de Bacigalupo y Sánchez-Vera (2005, pp. 22-23) quienes, en vigencia del antiguo delito de administración desleal (art. 295), consideraban que los delitos societarios, incluyendo al mencionado tipo de administración desleal societaria, son delitos que tiene como característica común “un ejercicio contrario al deber respecto de la sociedad mercantil”, sin descartar por supuesto que este implique la lesión de otros intereses. Y desde este punto de vista “El bien jurídico dañado con tales comportamientos infractores del deber de

probidad (...) reside en la confianza que la sociedad ha depositado en las personas físicas en las que se ha de apoyar para su normal desarrollo”.

Para los autores españoles, aunque el daño económico es un aspecto que debe resaltarse en gran parte de los casos de administración desleal, “sobre este aspecto patrimonial prima —y aquí reside la verdadera naturaleza jurídica y entraña del delito—, la infracción del deber de fidelidad al principal, inherente a quien ocupa determinadas posiciones en la persona jurídica”.

Igualmente, Moya (2010, p. 149) destaca que “muchos autores entienden que también forma parte del bien jurídico protegido un derecho supraindividual como es el correcto funcionamiento de la economía del mercado”.

Rodríguez (2009, p. 81) descarta y rechaza de plano que la lealtad en la administración de la sociedad, o esta como institución, sean el bien jurídico protegido, porque según él ambos son medios de ataque al objeto, pero no son el bien protegido, ya que la administración desleal solo llama la atención del legislador penal “en la medida que quiebre o dañe ciertos patrimonios ajenos”.

En similar sentido, Rojas (2009, pp. 139-140) señala que la relación de confianza, como algunos lo pretenden afirmar, no puede instituirse como el bien jurídico objeto de protección, pues la ruptura de la confianza tan solo encarna el modo de ataque al bien jurídico que es estrictamente el patrimonio, ello por cuanto “Deber tutelar no lo mismo que gozar de confianza”.

Finalmente, de tal criterio es el magistrado suplente de la Audiencia Provincial de Castellón Juan SanJosé (2014) quien indica que en el delito de administración desleal “El bien jurídico protegido, el valor necesariamente dañado por la conducta delictiva es pues, el patrimonio de tales personas”.

Ilustrado lo anterior, es hora de tomar partido y hacer unas críticas al ilícito de administración desleal tipificado en nuestro ordenamiento como un ilícito contra el patrimonio, pues consideramos que su justificación como conducta delictiva va más allá de una simple afectación al patrimonio de la empresa, y que lo verdaderamente reprochable son las conductas infieles y abusivas del administrador que afectan el interés de intervención del Estado en la economía. Conductas que deben ser sancionadas como verdaderos ilícitos contra el orden económico, por tratarse de auténticos comportamientos delictuales económicos que traspasan el interés de los socios —que, sin lugar a dudas, van a verse directamente afectados con la actuación de un administrador que no cuida el patrimonio de la empresa—.

Para justificar esta proposición, en primer lugar, realizaremos algunas críticas a la estructura típica, cuyos elementos permiten ver que no hay una correspondencia entre el tipo penal y el bien jurídico que se busca tutelar, y, en segundo lugar, pasaré a exponer las razones que sustentan el carácter *supra* patrimonial de la administración desleal.

Lo primero que debe destacarse es que el delito exige un resultado que afecte a los socios y no a la sociedad, por lo que no existe una identidad entre el fin de protección de la norma y el resultado exigido, aunque algunos autores sostengan que “el bien jurídico protegido de la sociedad y de los socios es indivisible” (Moya, 2010, p. 149) o que resulta incomprensible cómo una afectación a la sociedad no cause a su turno un perjuicio a los socios, lo cual en el caso colombiano desconoce las disposiciones extrapenales que regulan el derecho de sociedades (art. 98 Cód. Com y Art. Cód. Civ).⁷⁸

En segundo lugar, el tipo penal habla de perjuicios económicamente evaluables y no de perjuicios patrimoniales, concepto este que desborda el ámbito de protección del bien jurídico protegido,

pues el concepto de perjuicio económico puede llevar a pensar que el delito abarca la protección de intereses no patrimoniales pero que son evaluables económicamente (Rodríguez, 2009, pp. 102-103).

En tercer lugar, teniendo en cuenta la redacción de la norma, debe entenderse que el patrimonio de la sociedad es más bien el instrumento con el que se produce el resultado lesivo que, se repite, debe recaer en los socios quienes finalmente son los que resultan protegidos, incomprensiblemente a través de este tipo penal, pues mientras estos tienen la capacidad de emprender todas las acciones necesarias para la defensa de sus intereses patrimoniales, la persona jurídica está desamparada, pues precisamente quien afecta sus intereses es quien debería defenderlos.

Por otro lado, ¿qué sucede si el acto de un administrador que obra en contravía de sus deberes no causa un perjuicio patrimonial a la empresa y a sus socios, sino que por el contrario incrementa los activos de esta mediante actos de corrupción?

En cuarto lugar, consideramos que, de los dos comportamientos reprochables, únicamente la contracción de obligaciones tendría una directa relación con la protección del patrimonio,⁷⁹ pues el comportamiento de disposición fraudulenta de bienes solamente va a afectar los derechos de uso, goce y disposición del bien en concreto sobre el cual se haya desplegado la conducta fraudulentamente, sin que un acto de tal naturaleza, por más que signifique una disminución del patrimonio, necesariamente lleve consigo la potencialidad de afectarlo. Así, si la conducta dispositiva recae sobre los bienes, se estaría simplemente afectado la propiedad de estos sin que necesariamente se afecte el patrimonio. Con razón Castro y Hernández señalan lo siguiente:

En efecto, las conductas dispositiva y obligacional versa sobre los bienes sociales (la primera) y sobre el patrimonio de la sociedad (la segunda), con independencia de que la

exigencia típica de que la conducta perjudique a los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de bienes, valores o capital administrado. (Castro, 1997, p. 4)

Como se sabe, (...) los delitos contra la propiedad se caracterizan por proteger el especial vínculo que existe entre una cosa y el titular de un derecho de exclusión sobre ella, con independencia del efecto que la afección de ese vínculo tenga para el patrimonio considerado en su conjunto; en tanto que los delitos contra el patrimonio protegen sólo el patrimonio en su conjunto, resultando indiferentes en cuanto tales las afecciones del vínculo existente con alguna cosa en particular. (Hernández, 2005, p. 40)

Y tal vez sea esta la razón por la que autores como Martínez (2010, p. 12) indiquen que la administración desleal deba “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”.

Por lo mismo, en la conducta de “disposición fraudulenta de bienes” no queda claro que el patrimonio de la sociedad sufra, por más acto de deslealtad que se presente, siempre una afectación. No queremos, a pesar de lo indicado, dar a entender que los ataques menores que simplemente afecten la propiedad que la persona jurídica tiene sobre los bienes que conforman su patrimonio no deban ser objeto de protección; por el contrario, cualquier acto de afectación a los bienes que conforman el patrimonio de la persona jurídica debe ser reprochado severamente si provienen de quien tiene el deber de proteger los intereses de la empresa, pues voluntariamente ha asumido ese deber.

También es controvertible cómo en una misma persona puedan concurrir, al mismo tiempo, las condiciones de sujeto activo y pasivo. Por su puesto que aquí nos encontraríamos en supuestos en

donde los actos de un socio que actúa como administrador, de hecho o de derecho, y que realiza conductas constitutivas de administración desleal causa un perjuicio a los restantes socios. Sin embargo, podría argumentarse que su propio acto de deslealtad debe causarle un daño no solo a los restantes socios sino a él mismo, en la medida que sus actuaciones como administrador no le quitan la condición de socio y la norma no exige que el perjuicio recaiga en un solo de los asociados, sino en todos.

Finalmente, es cuestionable que a través de este tipo de conductas se busque proteger el patrimonio de la persona jurídica, independientemente de la incorrecta técnica legislativa que exige que el perjuicio se cause directamente a los socios, pero que solamente una vez lesionado dicho patrimonio el derecho penal entre como un instrumento de *ultima ratio*. Creemos que es incorrecta la ubicación del tipo penal, incluso si lo que se quiere proteger es únicamente el patrimonio de las personas jurídicas, pues la protección del mismo parte de su efectiva lesión, y **entonces aquí el derecho penal llega tarde.**

2.1.4. Razones que justifican el carácter supraindividual de la administración desleal.

Planteamiento del problema.

Existe un amplio consenso, incluso por quienes señalan que el único bien jurídico protegido por el delito de administración desleal es el patrimonio económico, en clasificar este ilícito como un injusto económico, pues se reconoce que además de la afectación al patrimonio de la sociedad o de los socios existen diferentes razones que permiten afirmar su naturaleza de delito económico, y que van desde las personas que regularmente lo comenten, a quienes se les identifica como delincuentes de cuello blanco, hasta las consecuencias y repercusiones indirectas que una administración desleal puede ocasionar al afectar los derechos de terceros.

Esta polémica obliga a preguntarse si efectivamente en el delito de administración desleal lo que el legislador busca proteger es el patrimonio económico de la sociedad o si, más allá de las exigencias de tipo penal, las consecuencias de la conducta sobrepasan el interés individual de la sociedad y/o de los socios que se ven afectados con el acto de administración ilícito.

Así, la primera cuestión que se debe abordar es el hecho que, aunque la norma penal exija la causación de un perjuicio económico evaluable a los socios, esto no significa que se deba limitar la importancia del comportamiento vinculándolo a un bien jurídico de naturaleza patrimonial, cuya afectación importaría únicamente al titular del patrimonio. La exigencia de causación económica de perjuicio lo único que significa es que nos encontramos ante un delito de resultado,⁸⁰ para cuya atribución a uno de los sujetos contemplados en la vertiente objetiva del tipo requiere de un daño empíricamente verificable, a efectos de no sancionar por la vía penal cualquier comportamiento de administración errada.

Pero, además, como hemos advertido, el hecho de exigir el tipo penal que el patrimonio económico, como bien jurídico tutelado, sufra un daño, carece de sentido, debido a la imprecisión que la norma trae consigo de que el perjuicio recaiga en un sujeto diferente (socio) a aquel cuyo patrimonio se afecta ilícitamente mediante la disposición fraudulenta de los bienes que lo integran, o a través del compromiso patrimonial a que se somete a la persona jurídica producto del abuso de las funciones.

Por demás, no tiene sentido que el derecho penal tenga por objeto la integridad del peculio —*de la persona jurídica o de los socios*—, a través de la prohibición de comportamientos que implican una efectiva disposición indebida del mismo, y para cuya imposición de pena se exige la efectiva causación de un daño. Si lo que se busca proteger es el patrimonio de las personas jurídicas, no

existen razones para que el derecho penal llegue tarde, sancionando el comportamiento del administrador infiel únicamente en el evento que este se beneficie del patrimonio de la administrada.

En consecuencia, es preciso determinar si, más allá del patrimonio económico, existen intereses supraindividuales que ameriten potencializar la importancia del ilícito de administración desleal, y derivar de ellos la existencia de un interés superior que signifique la presencia de un bien jurídico diferente al patrimonio económico.

Se ha indicado que existe una importante posición en varios autores en señalar la condición de delito económico en la administración desleal, lo que exige determinar, en primer lugar, si, como delito económico que se le cataloga, el bien jurídico que estaría detrás de este es el orden económico y social, y, por ende, estaríamos en presencia de un delito que afecta a un bien jurídico colectivo. Si esta respuesta resultara ser afirmativa es necesario determinar si en la legislación colombiana ese interés colectivo tiene un sustento, o si simplemente el carácter macro que se atribuye es mediato al interés principal que la norma directamente protege —posición que algún sector de la doctrina respalda— y que en definitiva resulta siendo el patrimonio económico.

Autores como Carrera señalan que “la esencia del delito reside en la lesión del deber jurídico de cuidar el patrimonio” (Carrera, 2002, p. 53). Sin embargo, no es el patrimonio el objeto de protección, pues lo que primordialmente se lesiona es un deber jurídico, y la lesión del patrimonio solo vendría a ser una consecuencia de la lesión al mencionado deber principal.

Igualmente, García considera que si bien puede existir un interés en proteger el patrimonio de la persona jurídica de comportamientos ilícitos como el de administración desleal, la importancia de este no debe quedarse en la protección del patrimonio del ente ficto. Y señala:

La verdadera naturaleza de los delitos de fraude en la administración de personas jurídicas va más allá de la producción de un daño patrimonial individualizado a los socios o a la sociedad misma, colocándose, más bien, al nivel de la regularidad del funcionamiento de las personas jurídicas en el sistema económico. (García, 2005, p. 20)

Abello (2010, pp. 11-14) señala diferentes razones que justifican la protección penal de los intereses empresariales de las sociedades mercantiles a través del derecho penal. En su criterio, son estas las que “más impulsan los negocios, y manejan gran parte del mercado de bienes y servicios”; igualmente, en su entender, “de la confianza que trasmitan (...) a la población depende en gran parte, el desarrollo y crecimiento económico de una nación” y porque del sector societario “depende en gran parte la recaudación de impuestos y la redistribución de la riqueza a través de la reinversión que hace el Estado con la implementación de sus políticas sociales”. Por esta razón el derecho penal cumple un papel fundamental, pues con las disposiciones destinadas a prevenir y sancionar los comportamientos que afecten a las empresas no solo se busca proteger a estas sino también blindar a la economía de un país que puede sufrir impactos con comportamientos que incluso pueden ser más graves que los delitos tradicionales.

Esta percepción es compartida por Zúñiga, quien al respecto destaca:

Para todos es evidente el extraordinario protagonismo que están teniendo las sociedades (llámese también empresa) en el desarrollo económico de la sociedad moderna y en el mundo social en general. Prácticamente todas las relaciones sociales de los ciudadanos,

desde comprar un piso, un coche, contratar un seguro, o cualquier servicio, se realiza por intermedio de sociedades. Ello es propio de la complejidad actual de los sistemas sociales que se desarrollan en contextos organizacionales, en sistemas complejos y jerarquizados, en los que se estandarizan las relaciones entre los intervinientes, donde contratar entre sociedades viene a ser lo más común. (Zúñiga, 2000, p. 2)

Martínez recalca la importancia de las personas jurídicas, y su necesidad de protección penal en los siguientes términos:

En la actualidad la persona jurídica ocupa un papel trascendental para el desarrollo de la sociedad, pues la imposibilidad de poder satisfacer de forma individual las necesidades de la vida moderna (fundamentalmente económicas), ha obligado a que cada vez más las personas naturales —y también las jurídicas— conformen personas jurídicas para que puedan lograr la consecución de sus fines, sea para la consecución de fines extrapatrimoniales (caso de la Asociación, Fundación, etc.) o patrimoniales (sociedad anónima, sociedad colectiva, etc.). (...) las personas jurídicas constituidas para la consecución de finalidades patrimoniales necesariamente participan en el mercado para la consecución de sus metas, ellas ofrecen bienes o servicios para recibir a cambio de una contraprestación por los mismos. El mercado le posibilita obtener beneficio económico; claro que para dicho fin no podrá hacer uso de cualquier tipo mecánicos sino de los permitidos por ley (...). Ambas personas jurídicas se encuentran protegidas jurídico-penalmente por el significado y la función que desempeñan en las sociedades modernas, así como el papel que dentro de ellas le corresponde desempeñar a sus órganos de administración y gestión. Lo antes dicho, demuestra el gran protagonismo que tiene la persona jurídica en la sociedad, ya que de ella depende, por un lado, la consecución de fines altruistas que de por sí colaboran al desarrollo y la buena convivencia social (personas

jurídicas sin fines de lucro) y, por otro lado, de las personas jurídicas (las sociedades) depende un gran sector de nuestro desarrollo económico y social. (Martínez, 2010, p. 1)

Aunque Foffani y Nieto (2006, pp. 1-5) reconocen la importancia de homogeneizar las normas éticas y jurídicas que regulan la gestión y administración empresarial de cara a un mercado financiero global, y destacan la importancia que los códigos de gobierno corporativo cumplen en la organización y funcionamiento de las empresas, en uno de sus tres ejes como lo es el abuso del poder y la relación de este comportamiento con el ilícito de administración desleal, rechazan la tendencia de “etización” que el ilícito de administración desleal puede llegar a cumplir para limitar el abuso del poder.

Esta cuestión, sin embargo, no es irrelevante, pues como lo recuerda Carrera (2002, prefacio) antes “la regla moral en las contrataciones tenía fuerza de ley” pero “en cambio hoy, el poderío del dinero domina la sociedad entera”; visión esta que es compartida por Pastor (2006, p. 5), para quien una de las causas de la criminalidad empresarial radica en la crisis de los valores en la empresa, crisis que no fomenta la fidelidad al derecho y que por el contrario es vista como un obstáculo a la libertad económica.

Por su parte, Moya Jiménez destaca que la aparición en el ámbito penal de delitos que sancionan conductas relacionadas con la actividad empresarial se debe al ingente afán demostrado por empresarios y particulares de alcanzar un enriquecimiento rápido y fraudulento. Sobre este punto las cifras son dicientes, por ejemplo, el último informe realizado por la empresa KPMG sobre fraude en Colombia (2013) demuestra que la malversación de activos y la corrupción ha venido aumentando en las empresas, siendo estos los delitos cometidos por excelencia, y cómo estos delitos representan una amenaza para el mundo de los negocios.

También es importante aludir a la “Cuarta Encuesta Nacional sobre Prácticas Contra el Soborno en Empresas Colombianas” realizada por Transparencia por Colombia con apoyo de la Universidad Externado de Colombia (2015), que demuestra con cifras provenientes de las propias empresas cómo el patrimonio de las sociedades es utilizado para la realización de comportamientos de corrupción tales como regalos, patrocinios, donaciones y el pago de porcentajes para la obtención de contratos. Esta encuesta, además, demuestra cómo la ética en los negocios se presenta como el motivo más fuerte que los empresarios tienen para establecer mecanismos de prevención de esta clase de conductas por una cuestión de reputación.

Moya (2010, pp. 15-16) y Carrera (2002, prefacio VIII. IX) recalcan además que a pesar de que la administración desleal y otro tipo de comportamientos que atentan contra las empresas son delitos que se suelen ubicar como ilícitos contra el patrimonio o la propiedad, existe una percepción importante sobre sus efectos macrosociales, pues se les identifica como delitos económicos o delitos de cuello blanco dadas las condiciones personales de los autores de los mismos. También Fernández-Sanguino comparte esta opinión, y señala:

La delincuencia económica o de “cuello blanco” es, por su propia naturaleza, de difícil investigación ya que, con independencia de las posibles influencias de los directivos o administradores para camuflar sus operaciones indebidas o ilícitas, se utilizan medios que no están al alcance de cualquier empleado, como testaferros, entidades instrumentales o interpuestas, paraísos fiscales, sofisticadas técnicas de ingeniería financiera, etc. (...) Existen empresarios que pueden explotar negocios con la única finalidad de obtener el máximo beneficio a cualquier precio, sin tener en cuenta el futuro de la sociedad y el de sus trabajadores. Estas actitudes se deben considerar como fraudes no sólo hacia la empresa, sino también como un fraude social, ya que su gestión no va encaminada a la

administración diligente del negocio, sino que éste es la vía para enriquecerse ilícitamente o para adquirir una determinada notoriedad.

Las consecuencias suelen ser nefastas: descapitalización o quiebra de la empresa, despido de trabajadores, pérdidas millonarias que tienen que ser asumidas por los accionistas o por el Estado, deudas tributarias, etc. (...) Los fraudes internos tradicionales, como la apropiación indebida de fondos y bienes de la empresa o la falsificación de documentos, son una realidad en el mundo empresarial actual y su descubrimiento es difícil, ya que, según encuestas, una gran parte de los mismos se detecta por casualidad más que por la aplicación de sistemas de control, lo que induce a pensar que puede existir una gran cantidad de fraudes sin aflorar. (Fernández-Sanguino, 2001, pp. 2-3)

Pastor (2010, p. 3) resalta el impacto de la criminalidad intraempresarial, y especialmente la cometida por los directivos contra la propia empresa, no solo por las pérdidas económicas que ella genera, sino también por los perjuicios inmateriales que pueden incluso llegar a ser más significativos como la pérdida de prestigio, la puesta en peligro de las relaciones económicas y el estímulo para la repetición de los comportamientos.⁸¹ Considera, además, Pastor Muñoz que el interés principal de las empresas es que el derecho penal sirva como una herramienta no tanto de castigo, sino de prevención de dichas conductas, y que las empresas concentras sus esfuerzos en prevenirlos, independiente de su gravedad o levedad, a través de sistemas de gestión de riesgo del fraude.

Nadie puede negar que el mundo de los negocios es un mundo riesgoso, como lo recuerda Carrera (2002, p. 12), y consideramos que la mejor manera de controlarlos es recurrir al derecho penal como herramienta de prevención de delitos como el de la administración desleal, dado el impacto

y las repercusiones que pueden tener conductas infieles de administración. En este sentido, quisiera hacer una cita muy importante, señalada por Pastor, quien indica:

Hace ya algunos años, SCHÜNEMANN indicó en qué sentido se debería enfocar la lucha contra la criminalidad económica —incluida la intraempresarial y, dentro de ésta, la de los directivos contra la propia empresa—: en general, se trata de recurrir a medidas que complementen (no que sustituyan) al Derecho penal económico, como la modificación del marco de referencia económico —por ejemplo, mediante la reforma de la legislación extrapenal en materia de sociedades, de impuestos, etc., de manera que disminuyan los incentivos para delinquir—; la mejora los mecanismos de control internos y externos —por ejemplo, de la regulación del control que deben llevar a cabo los auditores—; etc. En definitiva, no se trata de dos opciones alternativas —o Derecho penal o medidas alternativas— sino de mecanismos que deben aplicarse a la vez —Derecho penal y medidas alternativas—. En lo que aquí interesa, la conclusión es, pues, que la criminalidad de los directivos debe combatirse tanto con el Derecho penal como mediante la autorregulación de las empresas, siempre y cuando esta última no llegue hasta el punto de infringir los deberes de colaboración (denuncia) con las autoridades de la persecución penal. (Pastor, 2006, p. 15)

Argumento de peso para rechazar que el patrimonio de la persona jurídica sea el bien jurídico tutelado es que, incluso cuando este se vea lesionado en muchos eventos, el perjuicio podría vincular los intereses no solo de la persona jurídica sino también de los acreedores, empleados, etc. como lo señalan Luzón y Roso (2010, p. 7). Así mismo, Fernández-Sanguino destaca:

Sin embargo, el fraude en la gestión empresarial es un hecho demasiado frecuente en nuestra sociedad. Lafuente^[12] lo define como aquél que es “realizado por personas con

capacidad para tomar decisiones trascendentales en las empresas, desempeñando cargos con poder de decisión y que ostentan mando y firma para comprar y vender”. Estos directivos son “personas facultadas para hacer y deshacer y sometidas a exiguos e insuficientes controles en base a la confianza que su cargo merece”. Este tipo de personas, amparándose en sus puestos, pueden realizar una serie de actos con la meta de obtener dinero y prestigio sin importarles la empresa, que es a la postre quien soporta el daño. Aunque se disfrazan estas actuaciones con expresiones tales como ingeniería financiera, audaz gestión empresarial, economía especulativa, etc., este autor matiza que “este proceder no es gestión, es fraude”. También señala que este tipo de fraude es inalcanzable para los controles internos de las empresas, ya que como prueba de ello los casos que “han llegado a la opinión pública han sido por causas ajenas al control interno y más próximas a la política, espionaje o al sensacionalismo”. Propone como la “única forma de luchar contra, el hasta ahora impune, fraude de gestión” las auditorías específicas contratadas a tal efecto por los accionistas o los empleados. En resumen, con una administración diligente y leal no se deberían producir conductas indebidas de los gestores en sus empresas tendentes a un provecho personal o a “amiguismos” sin importarles los posibles daños que pueden ocasionar en sus compañías. (Fernández-Sanguino, 2001, p. 7)

Ciertamente existen razones que obligan a plantearse el carácter macrosocial o supraindividual de un acto de administración desleal, pero más allá de estas hay que preguntarse si todas ellas alcanzan para aseverar la existencia de un bien jurídico diferente al patrimonio económico, y de carácter colectivo. Como delito económico que se le atribuye, es necesario analizar el ámbito que supondría tal denominación, y determinar si efectivamente es un delito económico y, como tal, cuál sería el interés digno de protección, o si por el contrario tal título no tiene ninguna implicación desde la óptica del bien jurídico.

En la doctrina, una autora que se ha ocupado con suficiencia del tema es Belén Mayo Calderón, quien en su tesis doctoral justifica el carácter macrosocial de este comportamiento, y, por ende, considera que el bien jurídico afectado a partir del ilícito de administración desleal societaria no es simplemente el patrimonio económico. Para esta autora, el bien jurídico tutelado en el ilícito de administración fraudulenta es “la permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico económico”.

Al respecto, Gracia (2004) en el prólogo de la obra de Mayo Calderón señala lo siguiente:

Un bien jurídico de naturaleza colectiva en la medida en que aquella permanencia de la sociedad representa un valor resultante —como expresa la autora— de la convergencia de los intereses —a veces incluso antagónicos o contrarios— de una pluralidad de sujetos y de colectivos de sujetos que se relacionan de diversos modos con la sociedad. (...) La conservación del patrimonio social es condición de la permanencia de una sociedad en el tráfico jurídico-económico, y por ello, también de la salvaguarda de los intereses de todos aquellos sujetos y colectivos de sujetos que se relacionan con la sociedad de diversos modos. El patrimonio social, por ello, y siguiendo las distinciones de *Schmidhäuser*, es el objeto de aquel bien jurídico colectivo de la permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico-económico y, a la vez, objeto de la acción de administración fraudulenta. (Mayo, 2005, p. XVIII-XIX)

Sin embargo, como lo destaca su maestro Gracia (2004, p. XVIII), esta autora rechaza que en el caso de la administración fraudulenta el bien jurídico sea el orden económico, el buen funcionamiento del mercado o el sistema económico, intereses que como lo destaca Mayo (2005, pp. 10-11) para autores como González Rus, Ferre Olive, Silva Sánchez y Corcoy Bidasolo son los afectados a través de conductas como la administración fraudulenta. No obstante, destaca

Gracia (2004, p. XVIII), la autora los rechaza por considerarlos conceptos vagos e inaprehensibles, pero, además, porque ellos se refieren es a la *ratio legis*. En criterio de Mayo Calderón:

La necesidad que tiene el sector doctrinal mayoritario de aludir a la “*ratio legis*” junto al bien jurídico protegido pone de manifiesto que la interpretación del art. 295 como un delito patrimonial no agota el contenido de lo injusto de la conducta de administración fraudulenta que se produce en el ámbito societario. (Mayo, 2005, p. 15)

La propuesta de la autora consiste en defender la existencia de bienes jurídicos colectivos, al lado de los tradicionales bienes individuales, dentro de los que cabe enmarcar al ilícito de administración desleal. Así, para Mayo Calderón:

La tutela de estos bienes no implica en absoluto, como consideran los detractores del nuevo Derecho penal moderno^{(257),(258)}, la demolición del edificio conceptual de la teoría del delito, así como del constituido por las garantías formales y materiales del Derecho penal. En mi opinión, las nuevas formas de delincuencia no deben hacer renunciar a la teoría del delito como teoría general del ilícito penal, sino que solo la ponen a prueba. Una sólida construcción dogmática sobre el ilícito penal debe poder acoger en su seno todas las formas de delincuencia. Probablemente algunas de sus categorías deberán ser reinterpretadas o ampliadas, pero ello no debe suponer una renuncia a las garantías que están en su base, sino todo lo contrario: debe reforzarlas aún más, pues se trata de que las garantías alcancen todos los grupos sociales y no solo a la que constituía la clase dominante en el Estado liberal, en cuyo contexto surgen estas garantías. (Mayo, 2005, p. 65)

Para la citada autora, la sociedad que surge del contrato social no es una sociedad estática sino por el contrario una que constantemente progresa en función de las necesidades que impone el propio conglomerado de seres que la conforma, y que, debido a circunstancias como los avances

tecnológicos, la ciencia y las relaciones económicas, se vuelve más compleja. En este contexto, los individuos no solamente están obligados a “respetar los bienes de los demás individuos (vida, integridad corporal, patrimonio...) para así preservar los suyos propios” (Mayo, 2005 p. 74) sino que también se ven precisados a “*participar* en determinados procesos sociales que se caracterizan por ser una fuente de peligro para sus bienes” (p. 74). Por eso mismo, “la complejidad de las relaciones sociales conduce a que en el desarrollo de determinadas actividades útiles para la vida social, determinados individuos realicen acciones que *mediatamente* pueden afectar a bienes jurídicos individuales de los que son portadores otros individuos” (p. 75).

En este entorno, los ataques de que puede ser víctima una persona pueden presentarse de forma directa, como ocurre cuando un individuo decide lesionar los bienes jurídicos de otro, o de forma indirecta, como es el caso de la afectación que se presenta cuando un sujeto desempeña un rol. Muchas veces el desempeño de roles implica que los sujetos que tienen una relación con la actividad en la cual se efectúa el rol puedan estar en una situación de indefensión frente a eventuales ataques que surgen de la actividad permitida. Esto hace “que los distintos sujetos que participan en una actividad determinada hagan converger sus intereses en torno a un valor común que al ser protegido por el derecho se convierte en un bien jurídico (colectivo)” (Mayo, 2005, p. 76).

Mayo Calderón considera entonces que el fin de los bienes jurídicos colectivos es doble, y lo explica de la siguiente manera:

De esta manera los bienes jurídicos colectivos surgen por la necesidad de proteger los bienes que son fundamentales para la existencia del sistema (los llamados bienes jurídicos individuales) frente a los peligros que los caracterizan, con el fin de que el sistema social

no supere al individuo. En este sentido, estos bienes jurídicos colectivos aparecen complementarios de los bienes jurídicos individuales. Pero, junto a esta función de protección de los bienes jurídicos individuales^[311], los bienes jurídicos colectivos desempeñan otra función, que es la que los dota de un contenido propio y claramente diferenciado del contenido de los bienes jurídicos individuales: la de promoción o favorecimiento de la participación de los individuos en el sistema, lo que conlleva el desarrollo de éste. (Mayo, 2005, p. 77)

La autora española también destaca la importancia de los bienes jurídicos desde la función social que cumplen y que los diferencia con respecto de los bienes jurídicos individuales.

Mientras que en caso del bien jurídico individual el interés de cada individuo que confluye con los intereses de los demás individuos y da lugar a la formación del valor común que constituye la base del bien jurídico^[317], está directamente relacionado con su condición de *persona*^[318], en el caso del bien jurídico colectivo está directamente relacionado con su condición de *ciudadano*^[319]. Si al proteger los bienes jurídicos individuales el Derecho trata de proteger a las personas de los ataques (directos) de otras personas, al proteger bienes jurídicos colectivos el Derecho trata de proteger a las personas de los ataques (indirectos o mediatos) que otras personas pueden llevar a cabo en el ejercicio de una actividad determinada útil para el sistema social, es decir, en el ejercicio de su participación en el sistema social. (...) La defensa de estos bienes jurídicos colectivos por el Estado permite que el individuo participe en los procesos sociales con la seguridad^[324] de que los bienes jurídicos de los que es portador están protegidos. Esa seguridad proporciona libertad al ciudadano para ejercer sus derechos y, además, que los ejerza en condiciones de igualdad, principio fundamentador del Estado democrático. (...) Si no se protegen los bienes jurídicos colectivos no queda afectada la existencia de la propia sociedad, como ocurriría si no se

protegeran los bienes jurídicos individuales^[331], pero sí su correcto funcionamiento. La evolución de una sociedad no puede tener lugar sin la tutela de estos bienes jurídicos colectivos. Por ello, la necesidad de tutela de estos bienes está directamente relacionada con las modernas sociedades que se caracterizan por avanzar a un ritmo cada vez más vertiginoso^[332].

Con la tutela de determinados bienes jurídicos colectivos se trata de proteger las *nuevas* condiciones básicas de subsistencia de la sociedad^[333], que se reflejan, desde el punto de vista de la concepción política del Estado, en el paso del Estado liberal al Estado social^[334]^[335]. El Estado, que no es más que el mandatario del conjunto de individuos que suscriben el contrato social^[336], deja de tener la simple función de guardián para intervenir, ocupándose de corregir las disfunciones que surgen al hilo del desarrollo y funcionamiento del propio sistema, con el fin de lograr que todos los individuos puedan disfrutar, en condiciones de igualdad^[337] y libertad^[338], de los bienes jurídicos de los que son portadores (los bienes jurídicos individuales)^[339]. (Mayo, 2005, pp. 79-84)

Para Mayo Calderón los bienes jurídicos colectivos además son de diferente naturaleza, distinguiendo la autora los denominados institucionales, estructurales e internacionales. La autora ubica el ilícito de administración desleal en los llamados estructurales, y explica cómo este comportamiento reprochable afecta un interés de carácter colectivo:

Otra clase de bienes jurídicos colectivos son los que podríamos llamar *estructurales*, puesto que se refiere a determinadas estructuras básicas o necesarias para el funcionamiento del sistema, económico o social. La necesidad de estos bienes jurídicos colectivos se pone de manifiesto, como hemos visto, con el advenimiento del Estado social. Por ejemplo, son bienes jurídicos de esta clase “el correcto funcionamiento del mercado de valores”^[394], “la libertad de competencia”^[395], “la correcta ordenación del territorio”^[396], la “transparencia

contable de las sociedades mercantiles”^[397], “la permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico-económico”^[398] o los que se configuran como manifestación del estado de orden de circunstancias que puede denominarse “seguridad” (“la seguridad en el consumo”, “la seguridad del tráfico”, “la seguridad en el trabajo”, “la seguridad colectiva”...) ^[399].

A la vulnerabilidad de la mayoría de estos bienes estructurales tienen acceso determinados sujetos a los que el propio sistema social coloca en una posición de dominio^[400]. Se trata de una posición “privilegiada” de acceso a la lesión o peligro de determinados bienes jurídicos, aceptada por el grupo social, por ser necesaria para el desarrollo del sistema^[401]. El monopolio para el ejercicio de esa función determinada atribuye a los sujetos que la ejercen una *posición de dominio social*, esto es, de dominio de ámbito de protección de la norma^[402]. Los sujetos que ostentan esta posición dominante son los individuos que “lideran” el avance de la sociedad^[403], en el ámbito económico o social. La tutela de estos bienes jurídicos colectivos pretende evitar que el principio de igualdad, que es el principio básico del Estado democrático, sea un principio formal, que aparezca vulnerado, por la existencia de esta “nueva clase dominante”. Si no se protegieran estos bienes jurídicos colectivos, los bienes jurídicos individuales de los que son portadores los sujetos que participan en esas actividades útiles para la vida social estarían absolutamente desprotegidos, y sus portadores se encontrarían en una posición de indefensión frente a la posición de privilegio que ocupan determinados sujetos. (Mayo, 2005, pp. 98-100)

Existen sin duda razones de peso que llevan a cuestionar el carácter y justificación netamente patrimonial del ilícito de administración desleal, más aún cuando la realidad enseña que lo habitual en casos de comportamientos indebidos de los administradores en el ejercicio de su rol, como ocurre en los negocios de riesgo, es que el provecho que se saca del acto indebido no ocasiona un

perjuicio a la sociedad, sino que, por el contrario, se realiza con un propósito de beneficiar a esta, pero por fuera de las políticas y los principios que orientan el objeto social.

Pasaremos entonces a justificar las razones que respaldan la reubicación del delito de administración desleal como ilícito contra el orden económico y la propuesta de *lege ferenda* que se sugiere.

2.1.5 Análisis de ilícito de administración desleal desde la perspectiva del derecho penal económico, ¿patrimonio económico u orden económico y social como bien jurídico protegido?

Mucha discusión se ha generado en la doctrina en torno al concepto de derecho penal económico y de delito económico, al punto que hoy en día algunos lo rechazan. Entre las críticas más férreas encontramos aquellas que vinculan el concepto al denominado derecho penal del riesgo,⁸² la inflación penal que produce,⁸³ la crisis del principio de subsidiariedad⁸⁴ y la proliferación de los delitos de peligro abstracto.⁸⁵

También se señala que la idea de un delito económico no es sostenible incluso si se llegara a sustentar sobre la base de un bien jurídico denominado orden económico. Algunos autores consideran que las conductas calificadas como ilícitos económicos no demuestran la afectación a la libertad de los sujetos o de las condiciones básicas de existencia de estos (Adriasola, 2012, p. 2); además, se sustenta como condición de existencia del bien jurídico la susceptibilidad de lesión del mismo y su posibilidad de verificación empírica (Cervini, 2014, p. 24), lo que no es posible constatar de cara a un bien jurídico denominado orden económico, orden económico y social o socioeconómico.

La pregunta que debemos responder sobre el particular es si en nuestro ordenamiento jurídico los mencionados conceptos —*delito económico y derecho penal económico*— tienen sustento en atención a un bien jurídico objeto de protección, concretamente el orden económico y social, y, de ser así, si este podría ser el interés jurídico objeto de protección del comportamiento reprochado de administración desleal. Al mismo tiempo, los argumentos en favor o en contra de la mencionada subespecialidad del derecho penal nos permitirán colegir si el orden económico permite sustentar la idea de un bien jurídico colectivo de tal envergadura, y, por ende, si los bienes jurídicos colectivos pueden ser objeto de protección a través del derecho penal.

Numerosos autores han dado diversos conceptos sobre lo que entienden por delito económico y, a su turno, por orden económico y social, que se hace necesario citar para un mejor entendimiento del tema.

Por ejemplo, Balcarce señala que el derecho penal económico se ha concebido a partir de tres conceptos:

En *sentido genérico* —se dice— el DPE es el sector de Derecho penal destinado a la protección del orden económico.

En un *sentido amplio*, se trataría del conjunto de reglas jurídicas dotadas de consecuencias jurídico-penales cuya finalidad es la protección del proceso de producción, distribución y consumo de bienes.

También, en sentido amplio, se ha entendido por delito económico, toda acción punible y las infracciones administrativas que se cometen en el marco de la participación en la vida económica o en estrecha conexión con ella.

En *sentido estricto* —entendido como legislación penal económica— sería el conjunto de reglas jurídicas dotadas de sanción penal cuyo objetivo es la protección de la actividad interventora del Estado en la economía a través del control y la regulación. Esta noción se confundía antaño con el denominado Derecho penal administrativo económico. (Balcarce, 2007, p. 2)

En una posición similar, Cervini (2014, p. 2) destaca que el bien jurídico protegido por el derecho penal económico dependerá del concepto que de delito económico se acoja, y sobre el mismo se han sentado dos posiciones, una estricta y otra amplia.

A la corriente restrictiva pertenecen respetados autores como Otto, Eberhard Schmidt, Bacigalupo y Lindemann. Así, desde una visión limitada, e identificada con un interés objeto de tutela claro, Otto y Bacigalupo indican lo siguiente sobre el concepto de delito económico:

Son delitos económicos aquellos comportamientos descritos en las leyes que lesionan la confianza en el orden económico vigente con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular y, por tanto, ponen en peligro la propia existencia y las formas de actividad de ese orden económico. (Cervini, 2014, pp. 8-9)

Eberhard Schmidt, por su parte, considera que “Una infracción será delito económico cuando vulnere el interés del Estado en la permanencia y conservación del orden económico” (Cervini, 2014, p. 8), siendo entonces, como lo destaca Raúl Cervini, el bien jurídico protegido por los delitos económicos la tutela del orden económico existente, es decir el estatuto jurídico de la economía de mercado.

Sin embargo, al lado de esta postura, existen autores que entienden el concepto de delito económico en un sentido más amplio, como ocurre con Bajo Fernández y Tiedemann.

Destaca Cervini que, aunque Bajo Fernández durante la década de los ochenta cambió su postura, en la década de los sesenta este autor sostenía un concepto amplio de derecho penal económico entendido como: “[El] conjunto de infracciones que afectando a un bien jurídico patrimonial individual, lesionaban o ponían en peligro en segundo término la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios” (2014, p. 11).

Por su parte, Tiedemann concibe el delito económico como:

Un comportamiento realizado por un agente económico con infracción de la confianza que le ha sido socialmente depositada y que afecta a un interés individual (bien jurídico patrimonial individual) y pone en peligro el equilibrio del orden económico (bien jurídico supraindividual). (Cervini, 2014, pp. 11-12)

Existen además posiciones como las de Carlos Martínez-Bujan Pérez y Wilfried Botkke, con elementos que las distinguen de las tradicionales.

Carlos Martínez-Bujan Pérez, referido por Cervini (2014, p. 18), considera que desde la óptica amplia el delito económico se caracteriza por incluir principalmente las infracciones que si bien no alcanzan a afectar la actividad reguladora del Estado en la economía, superan la dimensión individual, sin importar si afectan el interés general o el interés de grupos determinados; pero además, según el autor, el concepto amplio también abarcaría la afectación de bienes jurídicos individuales cuando su lesión supone el abuso de medidas e instrumentos de la vida económica.

Por su parte, Botkke (1999, p. 3) aunque acoge la división del derecho penal económico y del delito económico en un sentido amplio y estricto, señala que en uno y otro caso nos encontramos en presencia de fenómenos de criminalidad en la economía y criminalidad contra la economía

respectivamente. Así, considera que desde la óptica amplia —criminalidad en la economía— los ilícitos económicos son delitos tradicionales que se cometen en unidad de explotación o mediante la distribución de productos defectuosos; cuando esto no ocurre son ilícitos comunes.

Pero en sentido estricto la criminalidad económica —criminalidad contra la economía— no se circunscribe a un sistema económico planificado, sino que incluso también puede ser cometida en un sistema de libre mercado. Este tipo de criminalidad “hace peligrar los elementos estructurales esenciales y/o las específicas condiciones de funcionamiento del sistema económico mermando la optimización de su capacidad de rendimiento” (Bottke 1999, p. 3).

A pesar de la abundante literatura sobre la materia, la existencia de esta subespecialidad del derecho penal es bastante cuestionada, recibiendo múltiples críticas al interior de la doctrina.

Además de las ya señaladas al inicio de este capítulo, se le reprocha, desde su concepción estricta, su no diferenciación con el derecho administrativo sancionador, no obstante que identifica un bien jurídico tutelado (intervención del Estado en la economía).

Desde su vertiente amplia, se le cuestiona la no identificación de un bien jurídico tutelable visible, pues se califica como delito económico el comportamiento que afecta un bien jurídico individual (principalmente patrimonial) pero que, en atención a las repercusiones, o a la condición del sujeto activo del comportamiento, se le cataloga como ilícito económico. Es por ello que autores como Bajo Fernández consideran que en sentido amplio el orden económico no es el bien jurídico tutelado ni requiere ser contemplado dentro del dolo del sujeto activo del comportamiento calificado como ilícito económico, pues el concepto de delito económico es, más bien, un criterio de asociación de una serie de conductas. (Castro y Ramírez, 2010, p. 91).

Muñoz (1998), por su parte, cuestiona el criterio de la repercusión para clasificar un ilícito como económico o como delito común, desatacando lo siguiente:

Pero tampoco la magnitud del daño o perjuicio económico producido puede ser un factor determinante para diferenciar los delitos patrimoniales de los delitos contra el orden socio-económico. (...) Se confundiría así, a mi juicio, lo que puede ser un factor determinante de la agravación de la pena con un elemento conceptual de un pretendido delito “socio-económico”, sin que por ello se obtuviera a cambio ninguna ventaja técnico-jurídica o política, salvo la demagógica o esnobista que subyace a muchas de estas construcciones jurídicas; o habría que duplicar los delitos patrimoniales clásicos, sobre todo los defraudatorios, para tipificar expresamente los casos en los que, además del bien jurídico patrimonial, se lesiona o pone en peligro la producción, distribución y consumo de bienes y servicios [10]. (Muñoz, 1998 p. 3.)

A pesar de las críticas, los conceptos de derecho penal económico y de delito económico no son producto de un invento, y su configuración dentro del derecho penal obedece indudablemente a diferentes causas que dieron su origen, y a otras que secundaron la evolución del mismo, todas ellas derivadas de la necesidad de proteger verdaderos intereses necesarios para mantener las condiciones de existencia de la sociedad en la que nos desenvolvemos. Es por ello preciso hacer referencia a las causas que dieron origen a los conceptos de derecho penal económico y de delito económico, y a las causas que incidieron en la evolución de los mismos, pues solo a partir de ellas puede entenderse el porqué de la existencia de dos conceptos disímiles sobre lo que es un delito económico. Esto nos servirá, además, para entender si dichos conceptos están contruidos y, hoy en día, pueden sostenerse a partir de la existencia de un verdadero interés o valor digno de tutela con la ayuda del derecho penal.

Sobre las causas que dieron origen a los conceptos de delito económico y derecho penal económico, considera Balcarce (2007, p. 2) que este concepto surge cuando “aparece la necesidad política de una economía dirigida y centralizada”, siendo esta consecuencia de la crisis del Estado liberal,⁸⁶ primera causa a la que el citado autor califica como política, pues el modelo de Estado liberal predicaba que el bien común debía alcanzarse a través de la ley de la oferta y la demanda, siendo insuficiente tal modelo de Estado para alcanzar la justicia social que demandaba la comunidad. Dentro de este modelo de Estado, el derecho penal estaba reducido a su mínima expresión, destinado únicamente a la protección de bienes jurídicos individuales vinculados con los derechos naturales del hombre o con las instituciones fundacionales del propio Estado (Balcarce, 2007, p.3).

Sobre esta primera causa de nacimiento del derecho penal económico también concuerdan Santos Barbero, Muñoz Conde y Carlos Augusto Oviedo (2008, p. 47), para quienes la génesis del derecho penal económico se encuentra, sin duda, en el fracaso del liberalismo económico que tuvo su expresión en la crisis del veintinueve, comprobada con la filosofía de John Keynes para quien el sistema de economía de mercado reclamaba la presencia del Estado.

Una segunda causa, denominada por Balcarce como religiosa, es la actualización del pensamiento de la iglesia a través de la encíclica *Rerum Novarum*, mediante la cual se reconocen derechos a las minorías (trabajadores) y la necesidad de que el Estado los proteja. Considera Balcarce que a partir de los derechos que la iglesia reconoce en cabeza del proletariado, se avizoran los conceptos de bien jurídico supraindividual y derechos difusos, de gran importancia dentro de la teoría del derecho penal económico.

En tercer lugar, se señala como fuente del nacimiento de esta rama del derecho la promulgación de la primera Constitución con contenido económico, causa esta a la que Balcarce denomina jurídica. Con la Constitución de Weimar de 1919 se comienza a dar un paso importante en las cartas políticas de los Estados, para incluir en estas “normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y el funcionamiento de la actividad económica”.

Finalmente, dentro de las causas que Balcarce considera que dieron lugar a que se empezara a hablar de un derecho penal económico, se encuentra la denominada científica, producto de la sociología, relacionada con la elaboración del concepto de *White Collar Crimen* atribuida a Edwin Sutherland,⁸⁷ quien explica las razones por las que existe una aplicación diferencial de la ley penal:

El *status* del hombre de negocios —el cual produce miedo y admiración y se encuentra unido homogénea y culturalmente con los legisladores, jueces y funcionarios (en la sociedad medieval se obtuvo inmunidad por el beneficio del clero; nuestro grupo más poderoso, la obtiene por el beneficio del negocio; sólo cuando utilizan métodos del delito similares a los de la clase socioeconómica más baja, los ejecutivos son condenados)—; la inclinación hacia el no castigo, la tendencia a no usar métodos penales y el resentimiento relativamente desorganizado del público hacia los delitos de cuello blanco (muchos de los delitos de cuello blanco sólo pueden ser apreciados por personas expertas en las ocupaciones en que ocurren, los medios de comunicación no expresan los sentimientos morales organizados de la comunidad y, por otro lado, pertenecen a los comerciantes o son controlados por ellos). (Balcarce, 2007 p. 9)

Es preciso resaltar, sin embargo, que sobre esta última causa que da origen al nacimiento del derecho penal económico, autores como Cervini (2014, pp. 16 y 22) consideran que la concepción

del *White Collar Crime* en el ámbito del derecho penal económico incidió en el nacimiento de la concepción amplia y no en la estricta, como parece entenderlo Balcarce.

Dentro del contexto de estos acontecimientos, los conceptos de derecho penal económico y de delito económico surgen sentido estricto para hacer referencia a los comportamientos que atentan contra la actividad interventora y reguladora del Estado en la economía.

Sin embargo, producto de la evolución propia del Estado, además de las ya mencionadas, surgen con posterioridad otras causas que ratifican la idea de un derecho penal económico y, por ende, de delito económico como criterios novedosos dentro del tradicional derecho penal, pero que dan origen a una visión diferente sobre la criminalidad económica, desde una concepción a la que se le denomina amplia.

En primer lugar, así como la crisis del Estado liberal se sustentó en la pasividad del Estado para intervenir y lograr una justicia, el modelo de Estado intervencionista tampoco fue la solución, no solo por la incapacidad que demostró para cubrir todas las necesidades de la población, sino además porque bajo dicho modelo de Estado se favoreció el ascenso de regímenes políticos que cometieron los crímenes más crueles contra la humanidad. Es así como surge, posteriormente, el concepto de Estado social de derecho,⁸⁸ orientado a rescatar lo mejor del modelo de Estado liberal y del Estado socialista, reconociendo los derechos tanto individuales como colectivos.

En materia económica, este modelo de Estado no interviene en todos los aspectos de la vida económica a manera de un Estado interventor policía, pero tampoco deja todo al juego de la oferta y la demanda. Por el contrario, se sustenta en un modelo de libre mercado en el que la libertad de

empresa, libre competencia y propiedad privada son los pilares fundamentales, pero con intervención del Estado para evitar que la ley del más fuerte sea la que se imponga.

En segundo lugar, unida al factor denominado por Balcarce como político, encontramos una causa social (Balcarce, 2007, p. 10) producto del desarrollo económico que generó la transformación del protagonista económico; ya no será el empresario individualmente considerado, sino este como una organización jurídica que incluso está en capacidad de trascender fronteras con facilidad en desarrollo de su objeto.

Finalmente, una realidad que contribuyó a la consolidación de esta subespecialidad dentro del derecho penal, calificada por Balcarce como una causa sociológica (Balcarce, 2007, p. 11), es la descripción de la denominada sociedad de riesgo de Ulrich Beck, respecto de la cuál Balcarce, citando al mencionado autor, señala:

El nivel más avanzado de las fuerzas productivas ha generado riesgos “invisibles”, como por ejemplo el no control de la radiactividad, generadora de daños irreversibles y masivos, potencial genocida de la humanidad. En síntesis: la tecnología se constituye en la mayor fuente de riesgos.

La *sociedad del riesgo* no es una sociedad revolucionaria; es una sociedad catastrófica [16]. Mientras que las sociedades del pasado vivían bajo la permanente amenaza del peligro natural, gran parte de los riesgos a los que están expuestas las sociedades actuales tienen su origen en la propia actividad humana [17]. (Balcarce, 2007, p. 11)

En sentido similar, se ha manifestado recientemente el científico británico Stephen Hawking (Shukman, 2016), para quien muchos de los peligros actuales, y los futuros, son derivados de los actos del *homo*, y, principalmente, del desarrollo de la ciencia y la tecnología.

Dentro de este contexto, los conceptos de derecho penal económico y delito económico surgen en un sentido amplio para hacer referencia a los comportamientos constitutivos de delitos que se cometen íntimamente en el contexto de la vida económica o en conexión con ella; es por ello que dentro de dicho criterio delitos tradicionales, como los patrimoniales, son considerados como delitos económicos. Incluso, para Cervini (2014, pp. 22-23) la concepción amplia de delito económico “supuso colocar la protección de los intereses patrimoniales en primer lugar, y sólo en segundo término la tutela de intereses colectivos relacionados con la regulación económica del mercado”

Hasta aquí es claro que el nacimiento del derecho penal económico es producto de factores reales derivados de la evolución del Estado, y de la necesidad que este y los ciudadanos demandan para su subsistencia.

Sin embargo, debemos determinar si los conceptos mencionados hacen referencia realmente a la existencia de un valor o un interés digno de protección penal, o si por el contrario estamos en presencia de un concepto que solo desde el punto de vista académico nos sirve para identificar una serie de comportamientos vinculados con características similares, pero que en el fondo solo lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos tradicionales.

Para aclarar este punto es importante señalar, como se advirtió anteriormente, que una de las causas que dio origen al nacimiento de los conceptos de delito económico y derecho penal económico se vinculó, al parecer, con el reconocimiento de derechos de carácter supraindividual no vinculados con los bienes jurídicos tradicionales afines con los derechos naturales del hombre como la vida, la propiedad, la libertad y la integridad.

En este contexto, y debido a que el concepto de delito económico, en sentido estricto, originalmente emerge al amparo del Estado intervencionista, el bien jurídico objeto de tutela se identifica con el interés del Estado de proteger las condiciones del mercado que pueden verse afectadas con conductas que atentan contra la actividad fiscalizadora y reguladora del Estado. Ciertamente, existe un bien jurídico objeto de tutela al que se le imprime el tinte de colectivo,⁸⁹ sin embargo, los críticos más férreos dudan de la validez de dicho interés como un bien jurídico penal, pues, estando sustentado hasta dicho momento el derecho penal en los principios del Estado liberal, el principio de subsidiaridad juega un papel preponderante en la selección de bienes jurídico-penales dignos de tutela. Así, aun cuando no se discute la validez de la actividad reguladora e interventora del Estado en la economía, sí se objeta que dicha actividad sea un bien jurídico penal, pues existiendo el derecho administrativo sancionador no se justifica la sanción penal para castigar los comportamientos que afecten dicha actividad del Estado.

Consideramos que en el fondo la discusión no es sobre la existencia o no del bien jurídico, sino sobre el desconocimiento del principio de *ultima ratio*.

No obstante, como lo señala Cervini (2014, p. 33), no puede desconocerse que intereses como el sistema crediticio, el sistema monetario, el proceso de ingresos y egresos del Estado y la libre competencia son relaciones macrosociales y su afectación mediante conductas que las ataquen genera una disfunción del sistema, poniendo en peligro el funcionamiento del modelo económico constitucional, interés más que suficiente para que el legislador estime la necesidad de proteger dicho modelo a través de la vía penal. A su vez, consideramos que la principal crítica elevada en contra del concepto estricto de delito económico, en cuanto a su no diferenciación con el ilícito administrativo, no es de recibo, pues si bien el derecho administrativo sancionador y el derecho

penal estarían encaminados a tutelar las instituciones básicas para el funcionamiento del sistema económico, el objeto de protección de las instituciones tiene propósitos diferentes. El derecho penal se justifica indudablemente por la necesidad de castigar duramente una lesión real o una efectiva puesta en peligro del bien jurídico orden económico por la comisión de conductas que se consideran ilícitas contra el sistema, en tanto que el derecho administrativo sancionador es el instrumento idóneo⁹⁰ para corregir *incontinenti* las conductas nocivas, y no necesariamente delictivas, para el funcionamiento del orden económico.

La existencia de dos ordenamientos encaminados a velar por el mismo interés, lejos de constituir una desproporción, se justifica por la necesidad de evitar las consecuencias nefastas⁹¹ de una inminente crisis que podría generarse a partir de conductas que atentan contra las instituciones más sensibles de un sistema económico, que en últimas resultan afectando a toda la sociedad. Basta poner como ejemplo la crisis económica sufrida en Colombia en la década de los ochenta que dio lugar al Estado de emergencia económica,⁹² cuando el derecho sancionador se mostró insuficiente para evitar conductas prohibidas que resultaron desestabilizando el orden social.

Sin embargo, la evolución propia del Estado implica que este discutido bien jurídico penal, que se identifica con el concepto de delito económico, resulte, para un sector de la doctrina, insostenible como consecuencia de la decadencia del dirigismo estatal, la diversificación de la economía⁹³ a nivel mundial y el auge de la economía de mercado, formulando así una visión diferente de la delincuencia económica a partir de los aportes criminológicos y sociológicos de la academia sobre la delincuencia de cuello blanco, enmarcando el ilícito económico principalmente en comportamientos cometidos por determinados sujetos.

El problema de la denominada visión amplia es, sin duda, que al centrarse en las características del delincuente dejó en un segundo plano el criterio del bien jurídico, y para solucionar el yerro se justificó la existencia de la delincuencia económica a partir de los bienes jurídicos tradicionales, cuya lesión o autor de la lesión provoca consecuencias con sensación colectiva, aunque realmente no toda la colectividad se vea directamente afectada con el comportamiento.

Para nosotros el concepto de delito económico va más allá de acoger la visión estricta o amplia de delincuencia económica, y, por ello, no tomaremos partido por una u otra postura, pues consideramos que existen elementos suficientes para sostener nuestra propia idea de delincuencia económica, principalmente a partir de un bien jurídico tutelado que en el caso colombiano se desprende directamente de la Constitución, denominado orden económico y social.

Por delincuencia económica debemos entender aquellos comportamientos lesivos o que atentan contra el orden económico y social, a partir de ataques que se dirigen contra las instituciones esenciales del sistema económico —libertad de empresa, libre competencia, sistema financiero, asegurador y bursátil— o contra las políticas trazadas para proteger el modelo de orden económico o tendientes a racionalizar los principios de la libertad económica diseñada en la Constitución. Igualmente, son constitutivas de infracciones penales contra el orden económico y social las conductas que afectan los principios constitucionales de la propiedad privada y los comportamientos realizados por un agente económico con uso ilícito o inobservancia dolosa de los principios necesarios para el buen funcionamiento del orden económico.

El concepto de delincuencia económica se ha adoptado teniendo en cuenta tres criterios.

No todo delito que atenta contra el orden económico es cometido por un profesional del mercado o de la economía, un hombre de negocios o una persona con formación y estatus para ser catalogado como delincuente de cuello blanco.

La afectación del orden económico y social no necesariamente es producto de una actividad empresarial, pero la empresa, como base del desarrollo económico y social, es un agente que está a disposición no solo del desarrollo económico, sino que puede en algunas ocasiones las reglas de la economía y del mercado de forma ilícita.

Los ilícitos cometidos contra el principal agente del desarrollo económico con abuso de los medios o inobservancia dolosa de las reglas de la economía y el mercado deben ser sancionados conforme al impacto que su afectación puede generar, con independencia de que la consecuencia sea solamente para la persona jurídica lesionada.

La única propiedad susceptible de protección penal es la adquirida de buena fe y por medios lícitos.⁹⁴

Para sustentar el concepto de delincuencia económica, debemos partir por señalar que, a nuestro juicio, dentro del concepto de delincuencia económica, aún hoy en día, es posible sostener la afectación de intereses de intervención del Estado en la economía, lo cual no se traduce en un interés individual del Estado, sino en un valor colectivo, pues, como pasaremos a explicar, la intervención del Estado en la economía tiene un claro interés social y, por ende, colectivo digno de protección.

Aunque autores como Castro y Ramírez (2010, p. 93) consideran que el objeto afectado por la delincuencia económica no puede estar encaminado en sentido estricto hacia un valor institucional

como lo es la intervención del Estado en la economía, sino que debe comprender el “interés de todos los participantes del sistema económico en un modelo de Estado Social de Derecho como el adoptado en nuestra Constitución”. En sentido similar Bajo Fernández, citado por Muñoz (1998, p. 2), considera que “Del concepto de ‘orden socio-económico’ debe excluirse el orden económico en sentido estricto u orden público económico, que es aquella parte del orden económico dirigida o intervenida directamente por el Estado”. No obstante, nos apartamos de las posiciones doctrinales antes referenciadas por las razones que pasarán a exponerse.

¿Por qué el orden económico social o socioeconómico es un bien jurídico susceptible de ser protegido?

Constantemente la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que al lado de la Constitución Política el constituyente labró una Constitución Económica, de la cual se deriva un claro bien jurídico merecedor de protección incluso por la vía penal. En efecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁹⁵ ha indicado que del artículo 2º y de los principios fundamentales de la Constitución se deriva contenido económico en estos, en virtud de los cuales es deber del Estado promover la prosperidad general, garantizar la vigencia de un orden justo, y promover la condiciones necesarias para que la igualdad entre los asociados se haga efectiva, entre otros aspectos, por lo cual la dirección general de la economía está en su cabeza (art. 334, C.P.).

Para tal efecto, la Constitución Económica garantiza tres pilares fundamentales sobre los que se cimienta el sistema económico colombiano, a saber: (i) *la propiedad privada* (C.P., art. 58), aclarando que la única que es objeto de protección es aquella adquirida por medios lícitos y dentro de los límites del interés social; (ii) *la libertad económica y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común* (C.P., art 333) y (iii) *la libre competencia con responsabilidad* (C.P., art

333), en tanto el empresario es un garante, como quiera que está en la obligación de velar que a partir de su actividad no se deriven daños ni para bienes jurídicos de terceros ni para bienes colectivos.

Con todo, dicha garantía de libertad económica lejos de ser absoluta está limitada por un marcado intervencionismo del Estado para asegurar que las condiciones de igualdad y orden justo previstas en el preámbulo de la Carta Política se cumplan.

En dicho contexto, la intervención del Estado en la economía es necesaria, y se sustenta precisamente en la idea de impedir que se obstruya o restrinja la actividad económica garantizada como pilar fundamental (art. 333), pero también en virtud del interés social, por lo que dicha libertad económica no es ilimitada y tiene que tener en cuenta el interés social, el medio ambiente y el patrimonio cultural (art. 333). Por ello el Congreso de la República está habilitado para expedir leyes de intervención económica (art. 150, num. 21), que tendrán por finalidad racionalizar y limitar la libertad económica en la explotación de los recursos naturales; el uso del suelo; la producción, distribución, utilización y consumo de bienes; y los servicios públicos y privados.

Además, aunque los tres pilares señalados —*propiedad privada, libertad de empresa y libre competencia*— son la base del modelo económico, siendo la dirección general de la economía una responsabilidad del Estado, determinadas instituciones sensibles para el funcionamiento normal del sistema económico son objeto de una fuerte dirección y marcada intervención; así, en lo relacionado con la emisión y regulación de la moneda, los cambios internacionales y la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro del público, se han dado amplias potestades interventoras y de dirección al Estado.

Por un lado, es el Banco de la Republica la entidad encargada de ejercer la función de banca central, y, como tal, la única entidad habilitada para regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito; emitir moneda; administrar las reservas internacionales; ser prestamista de última instancia y banquero de los establecimientos de crédito; y agente fiscalizador del gobierno. Estas funciones deben ser llevadas a cabo conforme los mandatos emanados del legislador (art. 372; 189, num. 13, 19 y 22) y para tal efecto su actividad está sometida a la inspección, vigilancia y control del gobierno (art. 372).

En lo relacionado con la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro del público, corresponde al legislativo intervenir en dichas actividades mediante leyes marco (art. 335; 150 num. 8º, 19. d), y al ejecutivo llevar a cabo la inspección, vigilancia y control de dichas actividades, y otorgar los permisos necesarios para su realización y funcionamiento (art. 289, num. 1º, 24 y 25).

En consecuencia, el orden económico colombiano está fuertemente marcado por una intervención necesaria del Estado en la economía que se compatibiliza con unos pilares necesarios para un sistema económico equilibrado que propenda hacia una justicia social. Estos intereses (intervención del Estado en la economía y libertad de empresa, competencia e iniciativa privada) son el interés digno de protección penal. Creemos, además, y en este sentido compartimos completamente las consideraciones de Bootke, que la intervención del Estado en la economía como interés tutelable no es propio únicamente de las economías dirigidas, sino también de aquellas que contemplan principios del libre mercado.

La criminalidad económica puede ser entendida en sentido estricto. Hablamos ahora de la criminalidad contra la economía. Ésta hace peligrar los elementos estructurales esenciales y/o las específicas condiciones de funcionamiento del sistema económico mermando la optimización de su capacidad de rendimiento. En un sistema económico planificado semejante criminalidad contra la economía puede consistir en el abuso de derechos de soberanía en la dirección de la economía o también en el “descalabro económico” [6]. La criminalidad contra la economía en una sociedad de mercado es criminalidad contra el mercado. Estriba esencialmente en la puesta en peligro de las condiciones que precisa el mercado para su actuación. Así, por ejemplo, la anulación de la igualdad de oportunidades de libre acceso de todos los sujetos del mercado interesados en un mercado estructurado competitivamente, mediante un acuerdo de cárteles; la eliminación de los competidores del mercado mediante un *dumping* de precios [8]; la distorsión de los precios configurados por la competencia, en perjuicio de los demandantes de bienes y servicios mediante la adjudicación de contrataciones públicas [9]. Criminalidad contra el mercado es también la puesta en peligro del sistema monetario mediante la falsificación de instrumentos de pago [10]; el perjuicio ocasionado mediante mentiras cualificadas sobre costes de tiempo o de otros recursos a mercados de inversión de capitales en los que se toman las decisiones con gran rapidez) 1; e, igualmente, la puesta en peligro de la competencia mediante la obtención de ventajas en la misma derivadas del blanqueo de dinero. (Bootke, 1999, pp. 3-4)

Compartimos así las consideraciones de Cervini (2014, p. 31), quien considera que “El orden público económico protegido por las disposiciones penales socioeconómicas variarán con el sistema imperante”, pero que en el caso particular del Estado social de derecho, que es justamente el modelo social y político previsto en nuestra Carta Magna, que garantiza la libertad de empresa y la propiedad privada dentro del marco de su función social, el Estado tiene potestades y deberes

para intervenir en el mercado con el fin de alcanzar la plena libertad, justicia e igualdad, que finalmente son los fines que lo legitiman.

Dentro de este contexto, serán delitos económicos no solo las conductas actualmente definidas por el legislador que afecten las instituciones frente a las cuales el Estado interviene en la economía para racionalizarla o limitar la actividad económica, o respecto de las cuales el Estado despliega una actividad interventora permanente, como es el caso de las actividades financiera, bursátil y aseguradora; sino que, además, también serán delitos económicos los comportamientos orientados a quebrantar la libertad económica, la libertad de empresa y la libre competencia, y la forma de adquirir la propiedad privada.

Es precisamente por lo anterior que la propia Corte Constitucional ha destacado lo siguiente:

6. El orden económico social como bien jurídico garantizado constitucional y legalmente. El poder punitivo ordinario y sus límites.

El “orden público económico”, como sistema de organización y planificación general de la economía de un país, es objeto de tutela jurídica por razones de interés público y conveniencia nacional. En palabras de la Corte hace relación:⁹⁶

“Al sistema de organización y planificación de la economía instituida en un país (...) (S)e consolida sobre la base de un equilibrio entre la economía libre y de mercado, en la que participan activamente los sectores público, privado y externo, y la intervención estatal que busca mantener el orden y garantizar la equidad en las relaciones económicas, evitando los abusos y arbitrariedades que se puedan presentar en perjuicio de la comunidad, particularmente, de los sectores más débiles de la población. Con razón esta Corporación ha sostenido que ‘... al Estado corresponde desplegar una actividad

*orientada a favorecer el cabal cumplimiento de las prerrogativas inherentes a la libre iniciativa y la libertad económica y, a la vez, procurar la protección del interés público comprometido, en guarda de su prevalencia sobre los intereses particulares que pueden encontrar satisfacción, pero dentro del marco de las responsabilidades y obligaciones sociales a las que alude la Constitución*¹⁹⁷¹”. (Sentencia C- 224, 2009)

Por ello, al lado de esa tutela Constitucional, el legislador colombiano desde la década de los 80’s y, luego, en el año 2000, con la evolución propia que la ciencia penal trajo consigo, consideró que dicho orden económico debía ser objeto de una protección más severa que la simple garantía constitucional, en tanto esta podría quedarse escrita en el papel. Es así como, bajo la reseña de orden económico, que no es otra cosa que una condensación de las previsiones y garantías constitucionales que acabamos de mencionar, el legislador prescribe una serie de conductas típicas que atentan contra dichas garantías, que dada su entidad están sujetas al merecimiento de una pena, en tanto pueden llegar a poner en peligro los fines que constitucionalmente están previstos para lograr una igualdad efectiva entre los asociados.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha considerado:

Las obligaciones constitucionales que en el ámbito económico y social le corresponden al Estado exigen del mismo la implementación de políticas institucionales y la disposición de herramientas idóneas para su ejecución. Además, se manifiesta en la expedición de una reglamentación destinada a garantizar el funcionamiento, manejo y control del sistema económico. Así se consagran en el ordenamiento jurídico una serie de medidas i) administrativas y ii) jurisdiccionales que pretenden proteger el bien jurídico denominado “orden económico social”^[98].

Bien jurídico que se constituye en objeto de garantía por el Estado, particularmente por el derecho punitivo. El legislador en desarrollo de la configuración de la política criminal, se encuentra habilitado para elevar a la categoría de delitos las conductas lesivas del orden económico social^[99].

Desde esta perspectiva, se está en el ámbito del “derecho penal económico”. En otras palabras, frente a una disciplina denominada por la doctrina moderna “*derecho penal del orden socioeconómico*”, cuya finalidad es la protección del orden económico social del Estado sobre el comportamiento delictivo^[100]. (Corte Constitucional, Sentencia C- 224, 2009)

Ya desde 1980, cuando se consagró en el Código Penal de la época el orden económico como bien jurídico susceptible de protección penal, autores como Tiedemann aplaudían la denominación dada al bien jurídico objeto de tutela:

El nuevo Código Penal colombiano (decreto-ley 100, de 1980, vigente desde el 29 de enero de 1981) dedica su título VII a los delitos económicos, bajo la rúbrica “Delitos contra el orden económico social”. Con esta denominación se acoge la añeja terminología francesa y holandesa, la cual es suficientemente amplia como para evitar discusiones sobre los exactos límites del Derecho Penal Económico. (Kaus, 1985, p. 45).

Muñoz (1998, p. 3), sobre el alcance del concepto orden económico y social, ha estimado que “La misma expresión ‘orden socio-económico’ utilizada en la rúbrica del Título XIII pone de relieve que los sujetos pasivos de estas violaciones no son sólo los individuos, sino también la colectividad, la sociedad, los grupos y pueblos enteros”.

La validez del orden económico y social como valor objeto de protección ha sido explicada además por Cervini (2014, pp. 32-35), acogiendo algunos planteamientos desarrollados por Bustos Ramírez, en el entendido que sin duda se trata de un interés macrosocial, necesario para el funcionamiento del sistema, que está al servicio de los intereses microsociales como el patrimonio; así, por ejemplo, en la medida en que se lesione la libre competencia dicha trasgresión va a influir en el desarrollo de las relaciones microsociales, pues se distorsiona el funcionamiento del sistema al obstaculizarse la libre circulación de mercancías, y, en el últimas, el afectado es el patrimonio de los consumidores.

Pero ¿por qué el orden económico social o socioeconómico es el bien jurídico susceptible de ser vulnerado como principal en el ilícito de administración desleal?

Diversos argumentos justifican que el ilícito de administración desleal está destinado a tutelar intereses de mayor relevancia que se sitúan por encima del patrimonio de la persona jurídica.

Nosotros creemos que son los deberes de buena fe, moralidad, lealtad y fidelidad, en el ejercicio del mandato fiduciario de administración, el objeto de vulneración en el ilícito de administración desleal; deberes que hacen parte de un interés superior del Estado de intervenir en la economía (C.N., art. 189, num. 24).¹⁰¹ Es precisamente el Estado, quien en virtud de su potestad fiscalizadora, fija las condiciones para el ejercicio del derecho constitucional de libertad de empresa y libre competencia, con miras a un correcto desarrollo de la economía de mercado, razón por la cual se imponen al empresario unos deberes (L. 222, art. 23)¹⁰² para limitar el poder de libertad de empresa que se le ha brindado.

Así, con la fijación de estos deberes, considerados por el constituyente, el propio Estado busca proteger su interés y el interés general, que consiste en evitar que por su vulneración se afecte el orden económico y social.

Klaus Tiedemann, uno de los más destacados académicos del derecho penal económico, y quien ha dado valiosos criterios para la calificación de una conducta como delito económico, ha indicado que es un criterio válido para clasificar un comportamiento como atentatorio de intereses colectivos el hecho de que el propio legislador haya establecido determinadas condiciones en cabeza del autor para la imputación del comportamiento. Al respecto señala Tiedemann:

En los llamados “delitos especiales” (*Sonderdelikte*), o supuestos penales con sujeto activo calificado jurídicamente, en los cuales el legislador ha elevado a la categoría de autor sólo a personas calificadas de un modo especial. Integran este grupo de figuras legales del Derecho (Penal) Comercial en sentido estricto, así como parte de las del Derecho (Penal) referentes a la competencia comercial. Presupuestos esenciales de la norma comercial y de la punibilidad, especialmente para los delitos concernientes a la contabilidad y a los balances, pero también para los sobornos en la vida económica, es la calidad de comerciante, empleador, fundador, miembro de Consejo de fiscalización, director, administrador o liquidador de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada, etc. En estos casos el carácter de delito económico se establece, como consecuencia de la expresa elección de la figura hecha por el legislador, en virtud de la calidad de su autor y sin hacer referencia a los concretos modos de comisión y a los efectos del hecho. (Tiedemann, 1985, p. 14)

En nuestro caso, es lo que ocurre con el comportamiento señalado en el artículo 250B del Código Penal, respecto del cual el legislador ha establecido que solo pueden ser autores del mismo, personas que tienen unas características especiales.

Sin embargo, además de lo anterior, no es solo la determinación del legislador lo que lleva a afirmar el carácter económico del ilícito de administración desleal, sino su efectiva lesión a un interés colectivo como lo es el orden económico y social protegido en la Constitución de 1991.

Para sustentar nuestra posición, consideramos importante tomar como punto de referencia el criterio de abuso de los instrumentos económicos, señalado por el propio Tiedemann, según el cual un ilícito escapa de la órbita individual para ser considerado como atentado contra un bien colectivo, como el orden socioeconómico, cuando se presenta un abuso de las instituciones e instrumentos de la vida económica (1985, p. 18), consideración a partir de la cual destaca que la misión preferente del derecho penal se enmarca en “función de garantizar la competencia y la lucha contra el abuso del poder” (1985, p. 37).

Tiedemann explica que tal conceptualización del delito económico parte de las consideraciones de Sutherland sobre el *withe collar crime*, pero abandonando la idea de centrar el delito económico en el autor para fijarla en la conducta lesiva. Así, señala:

De manera creciente, en la nueva literatura angloamericana sobre esos temas se emplea el término “hecho penal profesional” (“*occupational crime*”). Con esta referencia al papel profesional y a la actividad económica, la característica de delito económico se fundamenta ahora menos en la respetabilidad del autor y su pertenencia a la capa social alta y más en la peculiaridad del acto (*modus operandi*) y en el objetivo de su comportamiento. Esta evolución se observa también en la investigación alemana.

En cuanto al modo de cometer el delito económico, la investigación criminológica y criminalística en la República Federal de Alemania y en Estados Unidos, remontándose a tempranos planteamientos de Sutherland, ha señalado especialmente el abuso de la confianza socialmente depositada en el tráfico económico. Desde esta perspectiva importa destacar como delitos económicos aquellas conductas que contradicen el comportamiento acorde con la imagen de un correcto comerciante y que, por su ejecución y efectos, además de lesionar intereses individuales, puede poner en peligro la vida económica o el orden que la rige. Cercana a esta concepción resulta, en la criminalística económica alemana, y el Proyecto Alternativo alemán sobre delitos económicos, el criterio que atiende al “abuso de las posibilidades formales y estructurales” de los instrumentos económicos. (Tiedemann, 1985, pp. 10-11)

En el caso de la administración desleal destacamos que los actos de infidelidad de un administrador a partir de disposiciones indebidas del patrimonio de la empresa o el compromiso de esta, incluso en beneficio propio de ella, desbordando los deberes que desde la Constitución y la ley le incumben, se traducen en actuaciones que implican precisamente un abuso de la confianza socialmente depositada y, por ende, al mismo tiempo de los instrumentos puestos a disposición de la sociedad por el Estado para su desarrollo económico.

En el caso de la administración desleal de la sociedad tal abuso se configura a partir de lo que consideramos comportamientos antiéticos en los negocios. Como otros autores lo han señalado, y nosotros también hacemos énfasis en ello, la ética en los negocios no es un simple concepto subjetivo, sino que es un comportamiento adherido a los principios que gobiernan una administración transparente y garantizan a su vez un mercado neutral en el que, en el ejercicio de la

libertad económica, se pueden dar las garantías que aseguren las condiciones de un mercado justo para que los competidores estén en igualdad de condiciones.

Las empresas, como base del desarrollo económico,¹⁰³ tiene unos deberes derivados de la función social que cumplen, pero, a su vez, deben ser objeto de una adecuada protección colectiva, pues la libertad de empresa y la libre competencia resultan afectadas cuando los propios administradores de las sociedad incurren en actos de deslealtad contra estas, poniendo en juego la base del desarrollo económico de la sociedad, lo cual sin duda repercute en el orden económico y social del cual hacen parte.

Por ende, los actos de deslealtad de los administradores infieles deben ser sancionados conforme al daño colectivo, consecuencia de la trasgresión a sus deberes, producen a gran escala, considerados estos desde una perspectiva *ex ante* en atención a la magnitud del comportamiento, y no desde el acto concreto de deslealtad. En esa medida, será el orden económico y no el patrimonio del ente jurídico individualmente considerado el valor afectado.

Así, debe tenerse en cuenta que si bien el concepto de bien jurídico sigue siendo uno de los ejes fundamentales del derecho penal, en tanto la lesión o puesta en peligro efectiva de un bien jurídico es el que legitima la imposición de una pena en contra de un ciudadano, dicho concepto debe atenderse considerando las necesidades de cada sociedad en el contexto histórico en el que se encuentre. Por ello, de una forma válida la doctrina viene hablando de la necesidad de proteger riesgos futuros, anticipándose incluso a la lesión de los bienes más sensibles.

V. Con esto llego a la cuestión planteada en la primera parte del título de esta reflexión: el Derecho Penal debe quizá ocuparse realmente de riesgos futuros, puesto que una acción típica aislada nunca producirá un atentado real e inmediato contra bienes jurídicos

colectivos. Por citar otro ejemplo, si desde una industria situada en la costa se arrojan un día determinado los vertidos producidos al mar, no se producirán en la mayoría de los casos los efectos contaminantes en el mismo momento puesto que los desechos industriales podrán ser relativamente asimilados por el agua sin causarse un grave perjuicio. El verdadero problema vendrá en el futuro, es decir, en el caso hipotético de que todas o la mayoría de las instalaciones o fábricas cercanas hiciesen lo mismo o esta conducta se convirtiese en regla para la industria costera de una zona. Encontrar normas para el futuro, actuar con miras a lo que puede acontecer, sería, según determinados pronósticos, más acertado que querer reaccionar *a posteriori* ante errores, omisiones o catástrofes del presente. Se debe tener en cuenta que la amenaza de la pena supone un medio de represión y desaprobación [15] vinculada a un juicio de desvalor. En ese sentido nuestra tarea debe ser la de ponderar y seleccionar de entre las conductas sociales aquéllas que contengan una mayor negatividad en el juicio de desvalor frente a los bienes jurídicos protegidos. (Hefendehl, 2002, p. 5)

Por eso, para nosotros, el interés general lo constituye el buen funcionamiento del mercado, y este se pone en peligro cuando la actividad económica,¹⁰⁴ ejercida por los administradores en el marco de la libertad de empresa, resulta afectando ese mismo derecho del agente económico a quien representan (la empresa), indispensable para el desarrollo económico y social.

La posibilidad de concurrir al mercado, como parte de las garantías constitucionales de la libertad de empresa y libre competencia, se pone en peligro para las personas jurídicas cuando su patrimonio, su reputación y la confianza en sus administradores se ven afectadas por actos de deslealtad, por parte de estos últimos; incluso cuando se toma como pretexto el interés de la propia empresa, que solo se ve salvaguardado con el cumplimiento estricto de los deberes de buena fe, lealtad y conducta de todo hombre de negocios.

Justamente, en reciente decisión la Audiencia Nacional Española, al referirse al bien jurídico protegido en el derogado delito de administración desleal (C.P., art 295), precisó que:

Más que la propiedad propiamente dicha, se estaría atacando el interés económico derivado de la explotación de los recursos de los que la sociedad es titular. Tendría, pues, una dimensión dinámica, orientada hacia el futuro, a la búsqueda de una ganancia comercial que quedaría absolutamente defraudada con el acto abusivo del administrador. (Audiencia Nacional, Sentencia 4811/2013, 2013)

La confianza en la gestión de administración de una sociedad no es un sentimiento de carácter moral, sino que constituye la raíz del mandato de administración. Por lo tanto, los actos de deslealtad de los administradores, como lo sugiere Benito Arruñada (1997, p. 9), son producto de un quebrantamiento doloso del mandato, y, como tal, es un comportamiento delictivo allende el móvil del quebrantamiento de los deberes del administrador.

Partiendo, precisamente, del fundamento constitucional por el que las personas jurídicas son creadas, y los atributos que para el ente jurídico nacen a partir de su conformación, nos atrevemos a sostener que los actos de deslealtad también inciden en el derecho constitucional de asociación —y afectan los distintos atributos de la persona jurídica, principalmente su nombre y su capacidad— ya que, aunque la persona jurídica es considerada un ente diferente de sus socios y administradores, los actos de deslealtad de quien ejerce la administración se toman, en la mayoría de los casos, como actos de la propia persona jurídica y resultan afectando el buen nombre de la empresa, su capacidad de acción y no solo su patrimonio. Al respecto, la Corte Constitucional, ha explicado que la persona jurídica, como creación del derecho, tiene un fundamento constitucional en el derecho de asociación —nos permitimos citar ampliamente—:

13. En el artículo 38 de la Constitución Política de 1991 se reconoce el derecho fundamental de asociación. Dicha disposición lejos de definir el alcance y la naturaleza jurídica del citado derecho fundamental, tan sólo se limita a establecer el objetivo esencial de su reconocimiento, consistente en permitir el desarrollo conjunto o colectivo de las distintas actividades que las personas por sí solas no podrían realizar en comunidad.

La doctrina define el citado derecho como la libertad o facultad autónoma de las personas para unir sus esfuerzos y/o recursos, en aras de impulsar conjuntamente la realización de propósitos o finalidades comunes, mediante la adopción para el efecto de distintas formas asociativas, tales como, las asociaciones, corporaciones, sociedades, cooperativas, etc.

La finalidad de este derecho constitucional se plasma entonces en la creación de entes jurídicos distintos de las personas naturales, con capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones, en aras de lograr la satisfacción de un interés u objetivo común, no siempre ligado a la obtención de lucro. Desde esta perspectiva, el derecho de asociación se concreta en la existencia de personas jurídicas, libres y capaces, para responder autónomamente por su devenir jurídico.

(...)

Pero, más allá de la atribución constitucional de crear, desarrollar, disolver o liquidar entes morales; el núcleo esencial del citado derecho constitucional también exige que su ejercicio se garantice en los distintos espacios o “*actividades*” de la sociedad (C.P. art. 38), sin más limitaciones que aquellas derivadas de la Constitución Política, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la ley, con el propósito de salvaguardar la

primacía del interés general, la licitud de las actividades en común y los derechos y libertades de los demás.

Así las cosas, los tratados internacionales de derechos civiles y políticos destacan que las personas jurídicas creadas al amparo del derecho de asociación persiguen el logro de fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole^[105]. Precisamente, en la Constitución Política de Colombia, como modalidades de personas jurídicas producto del ejercicio de la libertad de asociación se reconocen, entre otros, a los sindicatos (C.P. art. 39), a las asociaciones empresariales (C.P. art. 39), a los partidos políticos (C.P. art. 40), a las cooperativas (C.P. arts. 60 y 189-24), a los establecimientos educativos (C.P. art. 68) y a las sociedades mercantiles (C.P. art. 189-24). (...) **15.** Para la Corte es claro que un intento de clasificar las distintas formas asociativas que se presentan en el ordenamiento jurídico desborda los límites de esta providencia (asociaciones, corporaciones, cooperativas, sociedades, etc.). No obstante, para esta Corporación es también indiscutible que la coyuntura mundial actual, demuestra que una de las formas asociativas que más preponderancia tiene por su papel protagónico en los procesos de desarrollo y crecimiento económico, son las sociedades mercantiles^[106].

Dichas sociedades una vez constituidas en forma regular crean una *persona jurídica* distinta de los socios individualmente considerados, sin importar su carácter personalista (*intuitus personarum*) o de capitales (*intuitus pecuniae o rei*)^[107]. Su reconocimiento como persona jurídica, no se sujeta a una previa autorización gubernamental sino al cumplimiento de las formalidades de orden legal previstas en el Estatuto mercantil y en las disposiciones complementarias. (...)

Precisamente, el artículo 98 del Código de Comercio, siguiendo los parámetros definidos en los referidos instrumentos internacionales, establece que: “(...) *La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados*”.

(...)

Junto a las concepciones tradicionales acerca de la naturaleza jurídica de las sociedades, un sector contemporáneo de la doctrina considera que independientemente de estimar a dichas personas jurídicas como una ficción legal o como una realidad jurídica, ellas corresponden a una técnica para la organización empresarial, es decir, para la explotación de una actividad económica mediante la ordenación y administración de los distintos factores de producción^[108].

16. Más allá de la tesis que se asuma entorno al concepto y naturaleza de las sociedades, lo cierto es que corresponden a una especie de forma asociativa creada al amparo del ejercicio del derecho de asociación y que tienen pleno reconocimiento constitucional, cuando se otorga su inspección, vigilancia y control a la actividad del gobierno (C.P. art. 189-24). Conforme a lo anterior, y teniendo en cuenta los argumentos hasta el momento expuestos, es oportuno puntualizar que a partir del nacimiento de la sociedad, se origina una *persona jurídica* distinta de los socios individualmente considerados, que por su misma esencia, supone la asignación de un catálogo de *atributos* que le permiten distinguirse de otras formas asociativas y de las personas naturales que concurren a su formación.

Dichos atributos son el nombre^[109], domicilio^[110], capacidad^[111], nacionalidad^[112] y patrimonio^[113].

Este último representa el conjunto de derechos y obligaciones que se establecen en cabeza de la sociedad, que tienen contenido pecuniario y que, adicionalmente, se convierten en garantía universal de los acreedores, en virtud de la prenda general reconocida en el artículo 2488 del Código Civil^[114]. No obstante, es conveniente aclarar que el concepto “patrimonio” difiere del término “capital social”, el cual representa la suma de los aportes en especie, industria o dinero que efectúan los asociados y que, por regla general, debe permanecer estático durante la vida de la sociedad (C.Co. art. 122). El patrimonio, por el contrario, manifiesta el dinamismo del ente moral, pues constituye el conjunto de bienes, valores, deudas, costos, gastos, etc., que durante cada ejercicio social permiten el reparto eventual de utilidades o la asunción de pérdidas por la explotación de una empresa^[115]. Por consiguiente, el patrimonio como atributo de la personalidad de la sociedad, le permite a esta actuar y desempeñarse en la vida jurídica con independencia de sus socios, como gestora de una actividad económica autónoma y dueña de su propio destino. Tan importante es la separación patrimonial entre socios y sociedad que el ordenamiento jurídico le otorga la denominada “*acción de impugnación*” a los administradores, revisores fiscales y socios ausentes y disidentes (C.Co. art. 191), con el propósito de invalidar las decisiones mayoritarias adoptadas por la junta de socios o asamblea general de accionistas que vulneren las prescripciones estatutarias. En efecto, la existencia de una acción para decretar la ilegalidad de una determinación, sólo tiene razón de ser ante el conflicto o la colisión de los intereses particulares de las personas asociadas con el interés plurilateral del ente social. Si el interés del socio y la sociedad fuese el mismo, la simple lógica conduciría a entender que no existiría disputa alguna por las determinaciones adoptadas. (Sentencia C-865, 2004)

Además, y en relación con lo anterior, el quebrantamiento de deberes, a partir del uso indebido del patrimonio de la sociedad, puede incluso llegar a desencadenar el retiro de la sociedad del mercado

(peligro futuro), sin que ello obedezca a un acto voluntario del agente económico. Justamente, es la propia Corte Constitucional la que ha señalado que uno de los factores que integra el núcleo de las libertades económicas lo constituye el derecho a concurrir al mercado en igualdad de condiciones y el derecho a reiterarse de él:

La definición de cuál es el ‘**núcleo esencial**’ de las libertades económicas no es una tarea sencilla; en materia de **libertad de empresa**, entre otros contenidos, se pueden mencionar los siguientes: **(i)** el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición^[116]; **(ii)** el derecho a concurrir al mercado o retirarse; **(iii)** la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión^[117]; **(iv)** el derecho a la libre iniciativa privada; **(v)** el derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; y **(vi)** el derecho a recibir un beneficio económico razonable. (Corte Constitucional, Sentencia C-909, 2012)

Sin embargo, dichos contenidos se ven afectados cuando una conducta de administración infiel ocasiona el retiro no voluntario del mercado de una empresa en concreto, pero también cuando a través de esos actos de deslealtad se ponen en juego los intereses del ente jurídico a quien pone en un plano de desigualdad frente a sus competidores que se encuentran blindados por una debida administración.

Por ello, el conocimiento y voluntad del administrador infiel deben ser analizados no desde la perspectiva del daño concreto causado en el patrimonio, sino desde el desconocimiento y voluntad de negación premeditada de sus deberes especiales —que afectan principios esenciales de las

libertades económicas de las que son titulares todos los asociados que quieren ejercer el derecho constitucional de libertad de empresa, libre competencia e iniciativa privada—.

Un factor adicional que justifica que la administración desleal esté orientada a proteger un valor superior al simple patrimonio del ente jurídico que se pueda ver afectado con un acto concreto de administración desleal es el contexto político que llevó a tipificar los actos de administración infiel como conductas delictivas. En efecto, el mencionado contexto parte de la base de una firme lucha contra el fenómeno de la corrupción, que tanto daño genera en la estructura social de un país; así, la visión del ejecutivo, como ponente del proyecto de ley, y el legislativo, como desarrollador del mismo, están de acuerdo en las consecuencias devastadoras que a nivel macro genera dicho fenómeno, al considerar como un acto de corrupción el obrar infiel de los administradores de la sociedad. Esta política criminal¹¹⁸ es la que permite afirmar la existencia de un valor colectivo, que solo puede enmarcarse dentro del orden económico y social. Pero, además, esa política criminal no se ve reflejada únicamente en el contexto dentro del cual fue incluido el ilícito de administración desleal en el proyecto de ley del vigente estatuto anticorrupción, sino también en el contexto internacional.

En efecto, el artículo 22 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, referente a la malversación de bienes en el sector privado, dispone:

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, la malversación o el peculado, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier

función en ella, de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo.

Esta Convención —suscrita por medio de la Ley 970 de 2005— hace parte del ordenamiento jurídico colombiano, lo que sin lugar a dudas permite afianzar aún más la intención del Estado de contemplar dentro de su política criminal la lucha contra todas las formas de corrupción que se conciben a nivel global.

Por otro lado, lamentamos que en el informe final de junio de 2012 sobre el “Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano” la Comisión Asesora de Política Criminal no obstante destacar la existencia y magnitud de la corrupción privada, considerando que ella también puede darse en las empresas privadas cuando se trasgreden las reglas del mercado, es decir, cuando se usan como instrumento para violar el libre desarrollo del mercado, concluye que para efectos de una política criminal solo interesa la corrupción en el sector público. (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012, p. 93).

A pesar de las conclusiones a las que llegó la comisión asesora, consideramos que los actos de un administrador que obra contrario a sus deberes son, sin duda, actos de corrupción privada que afectan las reglas del mercado y se constituye en un claro interés colectivo que merece protección.

En efecto, la gestión infiel de los administradores como acto delictivo parte de un desconocimiento doloso de los deberes que ellos tienen para con la persona jurídica, y cuando ello ocurre el quebrantamiento de dichos deberes se constituye en un empleo inadecuado de las herramientas brindadas por el orden económico para el ejercicio de la libertad de empresa.

Aunque la personalidad del llamado delincuente económico es un factor llamativo tanto en la criminología como en la psicología jurídica, lo verdaderamente cuestionable es el acto y el impacto de la delincuencia económica, y en el caso particular de la administración desleal, como comportamiento desviado que pertenece a dicha clase de delincuencia, se trata, sin duda, de actos que implican un uso indebido de los poderes y un desvío de los principios de la gestión. Como se señaló líneas atrás, de este criterio es Tiedemann, para quien “el abuso de medidas o instrumentos de la vida económica” (1985, p. 12), incluso en el marco de un delito patrimonial, por estar protegidos para la vida económica, resulta afectando los “bienes jurídicos de la generalidad o de sectores enteros de la economía” (1985, p. 18), lo que exige tipificaciones concretas en el ámbito macro.

Es importante, sin embargo, no renunciar a los aportes hechos por los desarrollos criminológicos, sociológicos y psicológicos sobre la delincuencia económica, pues suministran datos significativos sobre el impacto que generan comportamientos no tradicionales, cometidos principalmente en el marco de la actividad del principal agente del desarrollo económico, es decir la empresa. Sobre el particular, Vaquera señala:

Los delitos económicos son perpetrados por personas que presentan fallas en la interiorización de la ley, fallas que presentan agujeros en lo moral y en lo conductal. Los delitos económicos no se producen por un azar, sino por un proceso propiciador, en donde el factor humano es demasiado relevante.

Existen autores (FERNÁNDEZ Julio-FERNÁNDEZ Sanguino, 2001) que al provenir de ciencias más ajustadas al paradigma positivista consideran que: *“Fundamentalmente porque, al margen de otros aspectos, ocasionan malos ejemplos y quebrantos en las sociedades, incluso con peores consecuencias que las de los fraudes considerados como*

tradicionales, ya que éstos se pueden registrar mientras que las acciones expuestas no se suelen computar”.

Los delitos económicos que no se pueden computar de forma tradicional en los registros contables habituales, **sí** tienen una **inscripción simbólica en el entramado cultural**. La creencia que no tienen esa inscripción dificulta su registro, lo que no es lo mismo. Estos delitos *que pasan desapercibidos* NO ocasionan malos ejemplos, al contrario, se basan en la tolerancia social. La sociedad tolera este tipo de ilícitos. Aunque nos cueste creerlo es factibilidad de nuestra convivencia cultural. La aceptación subjetiva del ilícito económico es uno de los mayores factores de su propagación y perpetuidad. La impunidad y la tolerancia social en torno a los delitos económicos es un par simbólico que amerita importantes investigaciones. (...) No obstante, acerca del perpetuador hay cuestiones que son muy importantes a tener en cuenta. El ilícito produce un efecto de inscripción subjetiva en el Sujeto que lo realiza. Por lo tanto no se trata sólo del beneficio económico, también hay un efecto de constitución subjetiva en la concreción del ilícito. Y en torno a la construcción de la subjetividad, se necesita del deseo del otro para poder constituirse en Sujeto. Un poco más sencillo, quiere decir que el sujeto que comete un ilícito necesita que otro le ratifique un valor a este acto ilícito. No sólo quiere los millones que se apropia, sino que le den un lugar en la escala social por lo realizado. **Allí existe la posibilidad de que deje de ser un crimen perfecto, para pasar a ser un crimen con aceptación social**. El delito económico no puede ser un crimen perfecto, porque su condición de posibilidad es su inscripción en el lazo social. (Vaquera, 2009)

Aunque estas consideraciones hacen referencia a la personalidad y las posibles condiciones que poseen quienes en la gran mayoría de ocasiones cometen crímenes económicos, no obstante que nuestro ordenamiento rechaza, con acierto, la idea del derecho penal de autor, las consideraciones

aportadas por la sociología, la criminología y la psicología jurídica no deben desecharse de plano, pues constituyen criterios que desde la óptica de política criminal del Estado pueden ser aceptados para entender la importancia y magnitud de este tipo de delitos, y por qué entenderlos desde una perspectiva macro dentro del contexto del orden económico y social, y no simplemente patrimonial.

Para finalizar este acápite, queremos recordar algunas de las recomendaciones hechas en el XIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal sobre “El concepto y los principios fundamentales de Derecho Penal Económico y de la Empresa”, celebrado en el Cairo en 1984, que a nuestro juicio aún hoy siguen vigentes:

1. La delincuencia económica y de la empresa afecta con frecuencia al conjunto de la economía o a sectores importantes de la misma y resulta hoy de especial interés en numerosos países independientemente de sus sistemas económicos.

2. El Derecho Penal constituye solamente una de las medidas para regular la vida económica y para sancionar la violación de las reglas económicas. Normalmente el Derecho Penal desempeña un papel subsidiario. Pero, en determinados sectores, el Derecho Penal es de primera importancia y prevé medios más apropiados para regular la actividad económica. En tales casos el Derecho Penal implica una menor intervención en la vida económica que el Derecho Administrativo o el Mercantil.

(...)

5. En la mayoría de los casos, el Derecho Penal tutela en este ámbito bienes jurídicos colectivos, no únicamente individuales. La mayor parte de estos bienes jurídicos colectivos resultan más difíciles de determinar y de defender que los bienes jurídicos individuales, a

causa de su carácter particularmente complejo y difuso. Por ello, existe una necesidad especial de proteger estos intereses colectivos. Su protección a cargo de la ley penal debería estar incluida en el Código Penal.

(...)

9. El empleo de tipos delictivos de peligro abstracto es un medio válido para la lucha contra la delincuencia económica y de la empresa, siempre y cuando la conducta prohibida por el legislador venga especificada con precisión y en tanto la prohibición se refiere directamente a bienes jurídicos claramente determinados. La creación de delitos de peligro abstracto no es justificada cuando obedezca exclusivamente a propósito de facilitar la prueba de los delitos. (Tiedemann, 1985, Apéndice A)

2.2. El ilícito de administración desleal en otros ordenamientos jurídicos.

2.2.1. El ilícito en la legislación española.

Actualmente el tipo penal se encuentra consagrado en el artículo 252, dentro de la sección 2da (Administración Desleal) del capítulo VI (Defraudaciones), Título XIII Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico, y fue producto de la reforma integral al régimen penal español que se gestó desde el año 2013 y que culminó con la Ley Orgánica 1 de 2015.

El nuevo delito de administración desleal dispone:

Ciento veintisiete. Se modifica la rúbrica de la Sección 2.^a del Capítulo VI del Título XIII del Libro II, que pasa a denominarse “De la administración desleal” y que comprenderá el artículo 252.

Ciento veintiocho. Se modifica el artículo 252, que tendrá la siguiente redacción:

“1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses”.

Se modificó de esta forma el artículo 295 que contemplaba el delito de administración desleal societaria consagrado en el articulado incorporado dentro del título dedicado a los delitos societarios. Ahora, la administración desleal lo es de cualquier tipo de patrimonio, sin que para el efecto se requiera ser administrador, de hecho, o de derecho, de sociedades mercantiles. Por otra parte, no se suprimió el ilícito de apropiación indebida, que pasó a ser el artículo 253 del Código Penal español.

El siguiente cuadro comparativo nos muestra la diferencia en la forma de concebir el ilícito de administración desleal, cuyos elementos, de acuerdo a los estudios doctrinales, pasaremos a desarrollar, toda vez que, como lo advertimos desde el comienzo de este trabajo, nuestro tipo penal de administración desleal deviene del artículo 295 de la Ley 10 de 1995:

Ley 10 de 1995	Ley 10 de 1995	Ley Orgánica 1 de 2015
Art. 295. Administración desleal “de sociedades”.	Art. 252. Apropiación indebida. (Administración desleal oculta	Art. 128. Administración desleal “de patrimonio”

	según la doctrina y jurisprudencia)	
Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.	Serán castigados con las penas del artículo 249 ó 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable.	“1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado. 2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses”.

a) El delito de administración fraudulenta en el Código Penal de 1995.

Hasta el año de 1995, en España, no existió un ilícito de administración desleal similar al consagrado en la legislación alemana (art. 266). Fue solo hasta la promulgación del Código Penal de 1995 que se tipificó esta figura, no como un tipo genérico sino referido al ámbito societario (Mayo, 2007, p. 2; Hernández, 2005, p. 49).

Los elementos del delito de administración desleal, originalmente consagrado en el artículo 295 del Código Penal español no difieren, salvo en unos aspectos específicos, del texto que hoy es el artículo 250B del Código Penal colombiano, pues fue precisamente de allí de donde se importó dicho ilícito, incorporado a nuestra legislación con la entrada en vigencia del estatuto anticorrupción.

Sin embargo, lo primero que debe señalarse es que, a diferencia de nuestra legislación, en España sí existe un capítulo dedicado a los delitos societarios (XIII), dentro del título destinado a los delitos contra el patrimonio y orden socioeconómico (XIII), donde encontró lugar en un principio el delito de administración desleal, que, por supuesto, estaba allí para castigar los casos de gestión desleal de sociedades.

Los elementos del delito, de acuerdo con la redacción original de la norma, se pueden explicar sencillamente de la siguiente manera.

El *sujeto activo del delito*, que habría de ser un *administrador*, de hecho, o de derecho, de la sociedad, o bien *uno de los socios*. La norma descarta la imputación de otros sujetos, como el empleado o el asesor, que sí prevé el tipo penal del artículo 250B del Código Penal colombiano.

El *sujeto pasivo*, de acuerdo con la norma eran *los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital administrados*. Sin embargo, la jurisprudencia al analizar este aspecto no descartó que *la propia sociedad pudiera ser también sujeto pasivo* idóneo del delito, en la medida que el perjuicio a la sociedad se genera principalmente con la disposición de los bienes de esta, y, en consecuencia, si un acto de tal naturaleza está en capacidad de causar un perjuicio a sus socios simultáneamente se lo causará al patrimonio de la sociedad, que se verá disminuida en su patrimonio (Tribunal Supremo Español, Sentencia 4822/2015, 2015).

El *objeto material* sobre el que recaía la acción era el patrimonio de la sociedad.

La *acción típica* era *alternativa*, y podía consistir en *disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad*, o bien en *contraer obligaciones a cargo de dicha entidad*: (i) Disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad, que consiste en una disposición definitiva del patrimonio, o una distracción provisional, es decir, usos temporales ilícitos capaces de perjudicar el patrimonio. (ii) La contracción de obligaciones a cargo de la sociedad envuelve supuestos como constitución de garantías sobre los bienes de la sociedad sin ninguna contraprestación para esta, con el fin de afianzar el cumplimiento de obligaciones ajenas a los intereses sociales. En estos casos, la sociedad se convierte en verdadero deudor.

El *resultado típico* consistía en el perjuicio económicamente evaluable causado a los socios y demás sujetos pasivos mencionados en el precepto.

Sin embargo, desde la consagración del ilícito de administración desleal en el Código Penal de 1995, la jurisprudencia, con el apoyo de un sector de la doctrina, consideró que el artículo 252 que

castigaba la apropiación indebida de cosa mueble — *lo que en nuestro ordenamiento jurídico sería el ilícito de abuso de confianza*— contenía en sus elementos un ilícito de administración desleal oculto, en la modalidad denominada infidelidad, aunque con el devenir de los años la posición varió para ver en dicha disposición (art. 252) un tipo de administración desleal en la modalidad de abuso.

La problemática de la visión mayoritaria española era que al encontrarse los dos ilícitos en una relación de alternatividad,¹¹⁹ se terminó por aplicar casi siempre el artículo 252 para castigar los comportamientos catalogados como una administración desleal, conforme lo contemplaba el principio de especialidad del Código Penal español,¹²⁰ haciendo entonces inane el tipo penal del artículo 295.

El enfoque jurisprudencial de un ilícito de administración desleal contenido en el artículo 252, como lo explican Gómez-Jara (2010) y Mayo (2007), surgió a raíz de la diferencia entre los delitos contra la propiedad y los delitos contra el patrimonio, no obstante que originalmente los propios tribunales españoles fueron de la posición que las hipótesis de administración desleal no podían subsumirse en el delito de apropiación indebida. (Basualto, 2005, p. 50). Una posición de este calibre se encuentra en la sentencia sobre el denominado caso Banesto, en la que se da al delito de administración desleal de sociedades (art. 295) un alcance menos grave que el de la apropiación indebida, en el entendido que el requisito contenido en el artículo 295 de obrar en beneficio propio o de tercero no implicaba ingresar en el patrimonio propio los bienes pertenecientes a la sociedad, siendo suficiente dirigir el comportamiento a la obtención de una utilidad o ventaja emanada del comportamiento desleal, rechazando así que en el artículo 252 exista un ilícito de administración desleal oculto (Mayo, 2007, p. 23).

Para sustentar la menor gravedad del ilícito de administración desleal frente al de apropiación indebida, la sentencia, de 29 de julio de 2002, del Tribunal Supremo español, señala lo siguiente:

Esta conducta puede venir determinada por el hecho de que terceros o normalmente competidores le proporcionen dinero o cualquier otro tipo de utilidad por faltar a los deberes propios de su cargo. En este caso nos encontraríamos ante una especie de cohecho pero cometido por particulares. La utilidad o ventaja puede tener cualquier otra forma o revestir diferentes modalidades, como puede ser el proporcionarle una colocación o empleo sustancialmente retribuido en otras empresas o actividades que directa o indirectamente hayan resultado beneficiados. También se puede hablar de beneficio propio cuando se busca una posición más ventajosa dentro del entramado societario que se administra, pero insistimos sin que se produzca apropiación del patrimonio social, incluso pudiera comprenderse dentro de este concepto de beneficio que configura la administración desleal, los usos temporales ilícitos de bienes, posteriormente restituidos y que por tanto aún proporcionando beneficios no constituyen una definitiva apropiación indebida. (Tribunal Supremo Español, Sentencia 8/2008, 2002).

Sin embargo, la tesis que suscitó la polémica de ver en el delito de apropiación indebida un delito de infidelidad en la gestión de patrimonio ajeno en la modalidad de distracción de dinero, se sustenta en la idea en que mientras el ilícito de apropiación indebida es un delito contra la propiedad, la administración desleal contenida en aquel, así como la estafa, es un ataque contra el patrimonio. En palabras más sencillas, “los actos de administración indebida afectan el patrimonio en su conjunto y no —como requiere la apropiación indebida— bienes específicos” (Basualto, 2005, p. 50).

Así, explica Gómez-Jara que “a partir de ahí se desarrolla una interpretación del artículo 252 CP conforme a la cual el mencionado precepto contiene determinados elementos —fundamentalmente el verbo ‘distraer’ y el sustantivo ‘dinero’— que impiden sostener que el mismo tutela exclusivamente la propiedad y que abogan por una protección, adicional, del patrimonio” (2010, p. 180) Además, señala Mayo Calderón, que de acuerdo a la jurisprudencia el empleo de dos verbos (apropiarse - distraer) diferencian visiblemente la usurpación o apropiación de la gestión fraudulenta, en la que el desvalor de acción está en la disposición de dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado (2007, pp. 6-7).

Dicha tesis se sustenta en que en la distracción del dinero no existe un ataque a la propiedad, pues la cualidad fungible del dinero hace que una vez este se transfiera con la entrega, se transmita así mismo la propiedad, con la obligación de devolverlo, cosa que de no ocurrir implicaría una lesión al patrimonio y no a la propiedad que en estricto sentido pertenecería al autor del delito que se niega a devolver el dinero. La nota característica de la administración desleal está en la ruptura de la confianza depositada en el sujeto a quien se le entrega el dinero para que lo administre o lo invierta de una manera determinada, pero que termina desviándolo del patrimonio del administrado (Gómez-Jara, pp. 180-181).

La jurisprudencia, además, consideró que para la estructuración del ilícito de administración desleal del artículo 252 no se requería demostrar una apropiación del dinero por parte del administrador infiel —nos permitimos citar ampliamente—.

Es doctrina de esta Sala, como son exponentes las sentencias de 12.5.2000, 19.9.2003, 2.11.2004, 8.6.2005, 11.4.2007, 19.9.2007, y 16.10.2007, la que el actual art. 252 CP., sanciona dos tipos distintos de apropiación indebida: la que consiste en la “apropiación”

propiamente dicha que comete el poseedor legítimo que incorpora a su patrimonio las cosas muebles ajenas con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido, y la legalmente caracterizada como “distracción” o gestión desleal que se comete perjudicando patrimonial a su principal distrayendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. (...) En la modalidad de apropiación consistente en la gestión desleal, el elemento específico, además de la administración encomendada, radica en la infracción de un deber de fidelidad, deducible de una relación especial derivada de algunos de los títulos consignados en el art. 252 del Código penal y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad (STS 16 de septiembre de 2003), y el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado, como consecuencia de la gestión desleal de aquel, esto es, como consecuencia de una gestión en que él mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su “status”, como se dijo literalmente en la sentencia de esta Sala 224/98 de 26.2, la acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado, sin que sea imprescindible en este tipo —aunque tampoco quepa descartarla— la concurrencia del “animus rem sibi habendi” sino solo la del dolo genérico que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona (SSTS. 3.4 y 17.10.9).

Esta consideración de la apropiación indebida del art. 252 del Código penal, parte de la distinción establecida en los verbos nucleares del tipo penal, se apropiaren y distrajeren, y se conforma sobre un distinto bien jurídico, respectivamente, contra la propiedad y contra el patrimonio. La doble dimensión de la apropiación indebida permite una clarificación sobre las apropiaciones de dinero, que el tipo penal prevé como objeto de apropiación, toda vez que la extrema fungibilidad del dinero hace que su entrega suponga la de la

propiedad, recibiendo el transmitente una expectativa, un crédito, de recuperar otro tanto, construcción difícil de explicar desde la clásica concepción de la apropiación indebida.

Para solventar este problema, la jurisprudencia de esta Sala, desde antes del Código Penal de 1995, (SSTS. 31.5.93, 15.11.94, 1.7.97, 26.2. y otras), que conforman una dirección jurisprudencial consolidada (SSTS.7.11.2005, 31.1.2005, 2.11.2004 y las que citan), ha diferenciado dos modalidades en el tipo de la apropiación indebida, sobre la base de los dos verbos nucleares del tipo penal, apropiarse y distraer, con notables diferencias en su estructura típica, como antes hemos expuesto, de manera que “en el ámbito jurídico-penal apropiarse indebidamente de un bien no equivale necesariamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar ilícitamente sobre el bien, disponiendo del mismo como si se fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron”. STS 31.1.2005.

En definitiva apropiarse significa incorporar al propio patrimonio la cosa que se recibió en posesión con la obligación de entregarla o devolverla. Distraer es dar a lo recibido un destino distinto del pactado. Si la apropiación en sentido estricto recae siempre sobre cosas no fungibles, la distracción tiene como objeto cosas fungibles y especialmente dinero. La apropiación indebida de dinero es normalmente distracción, empleo del mismo en atenciones ajenas al pacto en cuya virtud el dinero se recibió, que redundan generalmente en ilícito enriquecimiento del distractor aunque ello no es imprescindible para se entienda cometido el delito. (...) Consecuentemente en este supuesto la acción típica no consiste tanto en incorporar el dinero recibido al propio patrimonio —puesto que por el mero hecho de haberlo recibido legítimamente ya quedó integrado en él si bien de forma condicionada— sino en no darle el destino pactado, irrogando un perjuicio en el patrimonio de quien, en virtud del pacto, tenía derecho a que el dinero le fuese entregado o devuelto (STS. 2339/2001 de 7.12). Naturalmente si el tipo objetivo del delito se realiza, cuando se

trata de la distracción de dinero u otros bienes fungibles, de la forma que ha quedado expresada, el tipo subjetivo no consiste exactamente en el ánimo de apropiarse la cantidad recibida, sino en la conciencia y voluntad de burlar las expectativas del sujeto pasivo en orden a la recuperación o entrega del dinero o, dicho de otra manera, en la deslealtad con que se abusa de la confianza de aquél, en su perjuicio y en provecho del sujeto activo o de un tercero. (Tribunal Supremo Español, Sentencia 8/2008, 2008)

Sin embargo, autores como el propio Gómez-Jara, rechazaron la idea de encontrar también en el ilícito de apropiación indebida un tipo de administración desleal, argumentando que “la esencia del delito de administración desleal no la constituyen los usos ilícitos temporales, sino la infracción del deber de lealtad que produce un perjuicio patrimonial” sustancia que no estaba recogida en el artículo 252, sino únicamente en el artículo 295, razón por la cual si la penalidad no es satisfactoria, la solución está en la modificación del texto pero no en realizar interpretaciones extensivas sobre el artículo 252 del Código Penal (Gómez, 2010, p. 175).

Con ocasión de la reforma que sufrió la norma, los elementos del tipo penal han adquirido otros contornos, principalmente por el hecho de que la administración desleal como delito lo es como un tipo genérico dirigido a la tutela de cualquier patrimonio, y no solo del patrimonio de una persona jurídica, respondiendo así al clamor de algún sector de la doctrina que lo reclamaba.

b) La reforma al delito de administración fraudulenta con ocasión de la LO. 1 de 2015.

El actual ilícito de administración desleal, contenido en el artículo 252 del Código Penal español, fue producto de la iniciativa del gobierno, a través del proyecto de Ley Orgánica 121/00065 de 4 de octubre de 2013, por medio de la cual se buscaba modificar la Ley Orgánica 10/1995. En la

exposición de motivos del precitado proyecto, se señaló lo siguiente —nos permitimos citar ampliamente—:

Se introduce, dentro del capítulo VI del título XIII, una nueva sección 1 bis "de la administración desleal", en la que se incluye un artículo único que tipifica con carácter general esta modalidad delictiva.

El Código Penal de 1995 había optado por tipificar la administración desleal como un delito societario, a pesar de que se trata en realidad de un delito patrimonial que puede tener por sujeto pasivo a cualquier persona. De hecho, la jurisprudencia había venido afirmando reiteradamente que el artículo 252 del Código Penal contenía, junto con la apropiación indebida, un tipo penal de administración desleal o "distracción" de dinero o valores patrimoniales, que debía ser diferenciado: apropiación indebida, "cuando el agente hace suya la cosa que debiera entregar o devolver incorporándola a su patrimonio"; y administración desleal, "cuando se le da a la cosa recibida un destino distinto al pactado", supuesto que en nuestra jurisprudencia hemos denominado de administración desleal y que no requiere un correlativo enriquecimiento del sujeto activo.

La reforma aborda la delimitación de ambas figuras delictivas: quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie (arg. artículo 1753 CC). En realidad, cuando se transmite la posesión de dinero con el deber de restituirlo, se está transmitiendo la propiedad del dinero entregado (de nuevo, vid. artículo 1753 CC), por lo que no cabe su apropiación, sino su administración desleal. Por ello, quien hace suya la cosa que había

recibido con la obligación de devolverla, comete un delito de apropiación indebida; y quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlo, y quebranta su deber de lealtad como administrador (tipo de infidelidad) o realiza actuaciones para las que no había sido autorizado (tipo de abuso), y perjudica de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal.

La reforma supera además la referencia a un "perjuicio económicamente evaluable" que contenía el derogado artículo 295 CP, y que había sido en ocasiones interpretada en el sentido propio de un concepto económico de patrimonio: lo determinante para la existencia del perjuicio patrimonial es, en realidad, el valor del patrimonio administrado valorados los fines personales a que el mismo está orientado. Existe perjuicio patrimonial, no solamente cuando la actuación desleal determina una reducción del activo o la falta de incremento del mismo (por ejemplo, cuando sin autorización o de forma contraria al interés del administrado el administrador deja prescribir los créditos frente a terceros que debió haber cobrado); sino también cuando su actuación, de un modo no autorizado o contrario a los intereses administrados, frustra el fin perseguido o el que se hubiera adjudicado al bien o valor conforme a la decisión de los órganos sociales, los depositantes o los titulares de dichos bienes o patrimonio (por ejemplo, mediante la adquisición de bienes que no son útiles o que no pueden cumplir la función económica que se habría obtenido mediante una gestión leal y autorizada del patrimonio; mediante el préstamo no autorizado a terceros o su empleo en operaciones no autorizadas o ajenas al interés social o personal, de modo que se limita las facultades de disposición sobre el patrimonio por su titular; o, también, la creación de cajas negras de fondos que se mantienen fuera del conocimiento y control del titular del patrimonio administrado).

Esta nueva regulación de la administración desleal motiva a su vez la revisión de la regulación de la apropiación indebida y de los delitos de malversación.

Los delitos de apropiación indebida son ahora regulados separadamente de los de administración desleal, lo que hace necesaria una revisión de su regulación que se aprovecha para simplificar la normativa anterior: se diferencia ahora con claridad según se trate de un supuesto de apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, supuesto que continúa estando castigado con la pena equivalente a la de la administración desleal y la estafa; o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas sin quebrantamiento del deber de custodia. En este último grupo de supuestos se mantiene la actual agravación de la pena aplicable en los casos de apropiación de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico. **(Boletín oficial de las cortes generales congreso de los diputados X legislatura serie a: proyectos de ley 4 de octubre de 2013.)**

El artículo 295 ha sido suprimido y se ha traspasado su contenido al nuevo artículo 252, bajo el *nomen iuris* de una sección que se intitula "De la administración desleal". Este nuevo precepto castiga a los administradores de un patrimonio ajeno que teniendo facultades emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado. Se comprenden en el mismo toda clase de administradores, y no solamente los sociales, como en el derogado artículo 295, que infrinjan el deber de lealtad con su principal, excediéndose en sus facultades, esto es, actuando antijurídicamente, y que de esa manera causen a dicho administrado un perjuicio de naturaleza patrimonial.

A la luz de la nueva normativa, y de acuerdo con el texto final contenido en la Ley Orgánica 1 de 30 de marzo de 2015, el nuevo texto del ilícito de administración desleal es del siguiente tenor:

Ciento veintisiete. Se modifica la rúbrica de la Sección 2.^a del Capítulo VI del Título XIII del Libro II, que pasa a denominarse «De la administración desleal» y que

comprenderá el artículo 252.

Ciento veintiocho. Se modifica el artículo 252, que tendrá la siguiente redacción:

“1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses”. (Ley orgánica 1 de 30 de marzo de 2015)

No obstante, durante el curso de los debates, e inclusive desde la presentación del proyecto, tuvo modificaciones que se hace necesario traer a colación para ver cómo el texto definitivo no es el mismo que el que fue materia de proposición en el proyecto:

El primer texto de modificación al ilícito de administración desleal indicaba:

“Centésimo quincuagésimo segundo.

Se añade una sección 1 bis al capítulo VI del título XIII del libro II, con la siguiente rúbrica:

"De la administración desleal"

Centésimo quincuagésimo tercero.

Se modifica el artículo 252, que se incluye en la sección 1 bis del capítulo VI del título XIII del libro II, y que tendrá la siguiente redacción:

"1. Serán punibles con las penas del artículo 249 ó, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar sobre un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

2. Las mismas penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar.

3. Si el hecho, por el escaso valor del perjuicio patrimonial causado y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a seis meses.

En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el perjuicio al patrimonio fuera superior a 1.000 euros.". (**Boletín oficial de las cortes generales congreso de los diputados X legislatura serie a: proyectos de ley 4 de octubre de 2013.**)

Puede observarse que el texto contemplaba las dos modalidades conocidas en el derecho alemán como tipo de abuso (numeral 1º) y tipo de deslealtad o ruptura de la fidelidad (numeral 2º), lo que a juicio de Pastor y Coca (2013, p. 5) tenía varias implicaciones. La primera, en el tipo de abuso la infracción del deber del autor debe ser consecuencia de actos jurídicos efectivos. La segunda, al emplearse en el tipo de abuso el verbo disponer y no el de contraer, referido a la contracción de

obligaciones, los casos de administración infiel por dicha modalidad debían ser reconducidos al tipo de infidelidad. La tercera, con el tipo de infidelidad se abría la posibilidad de castigo por omisión por la infracción del deber de velar por los intereses patrimoniales de la víctima.

Pero, en el texto de enmiendas que parece en el “Boletín Oficial de las Cortes Generales Congreso de los Diputados X Legislatura”, de 10 de diciembre de 2014, la redacción del ilícito sufrió una modificación importante como propuesta de redacción del nuevo tipo penal:

"1. Comete un delito de administración desleal quien siendo responsable de la administración de un patrimonio ajeno, perteneciente a personas físicas o jurídicas, ocasione a éstas un perjuicio patrimonial o económico, en beneficio propio o de un tercero, mediante cualquiera de los siguientes comportamientos:

1º Excediéndose en las facultades de disposición del patrimonio administrado o de contracción de obligaciones a cargo de éste, que tenga conferidas por contrato o por mandato legal.

2º Despreciando conscientemente posibilidades seguras de incrementar el patrimonio administrado o gestionado o transfiriendo a un tercero la oportunidad de realizar esos posibles negocios.

3º Utilizando indebidamente los bienes del patrimonio que administra o, en su caso, los recursos humanos de la sociedad o del administrado.

4º No evitando conscientemente una lesión al patrimonio administrado.

2. Los culpables de administración desleal serán castigados con la pena de prisión de un año a tres años. Para la fijación de la pena se atenderá la cuantía de lo defraudado y el

quebranto económico ocasionado a los perjudicados. Se impondrá la pena de multa de tres a 12 meses si el valor de la cantidad defraudada fuera inferior a 10.000 euros.

3. El delito de administración desleal será castigado con la pena de prisión de dos años a seis años y multa de seis a dieciocho meses:

1º Cuando el valor de la defraudación supere los 50.000 euros o afecte a un elevado número de personas.

2º Cuando se deje a los perjudicados en grave situación económica.

4. Se impondrán penas de prisión de 4 a 8 años y multa de 12 a 24 meses cuando el perjuicio económico sea superior a 250.000 euros y cuando la conducta típica sea realizada en una sociedad bancaria o de ahorro o en cualquier sociedad de inversiones abierta a un número indeterminado de inversores, agencia de valores, sociedad gestora de carteras, compañía de seguros o sociedad de pensiones o de inversión en perjuicio de los fondos patrimoniales administrados siempre que el valor de la defraudación supere los 50.000 euros. **(Boletín oficial de las cortes generales congreso de los diputados x legislatura serie a: proyectos de ley 10 de diciembre de 2014 núm. 66-2)**

La propuesta del articulado¹²¹ en el desarrollo del trámite del proyecto de ley, y en particular la manera de contemplar la administración desleal, permite evidenciar que se trató de seguir la línea del Código Penal del Perú, consagrando taxativamente las formas de defraudación ilícitas y contemplando en el primer numeral únicamente la modalidad de abuso, pero considerando en su numeral segundo, como un acto de deslealtad en la administración del patrimonio, un quebrantamiento de deber de incremento del patrimonio cuando se tuviese esa posibilidad.

Sin embargo, en los boletines de 29 de enero de 2015 (Senado), y 2 de febrero de 2015 (Congreso de los Diputados), la propuesta de articulado nuevamente varía y se propone un texto del siguiente tenor:

Ciento veintiséis. Se añade una Sección 1.^a bis al Capítulo VI del Título XIII del Libro II, con la siguiente rúbrica:

«De la administración desleal»

Ciento veintisiete. Se modifica el artículo 252, que se incluye en la Sección 1.^a bis del Capítulo VI del Título XIII del Libro II, y que tendrá la siguiente redacción:

«1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 500 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.

Este texto, con excepción de la cuantía señalada en el numeral 2º que quedó finalmente en 400 euros, sería el que finalmente fuera aprobado como nuevo ilícito de administración desleal —no obstante que, en el Boletín de 23 de febrero (Senado), se puede ver cómo existió una intención de volver a la propuesta de enmiendas formuladas el 10 de diciembre, para contemplar un ilícito de administración desleal a través de la forma de *numerus clausus*—.

Con todo, en las sesiones del 3, 9, 23 y 25 de marzo de 2015 se volvió a la versión propuesta el 29

de enero y 2 de febrero que sería finalmente la aprobada en la Ley Orgánica 1 de 2015.

En esencia, el nuevo delito de administración desleal deja de ser un delito societario para pasar a ser un delito eminentemente patrimonial que tutela el manejo del patrimonio ajeno contra actos de abuso en la administración del mismo, sin exigir elementos subjetivos en el tipo objetivo, tales como obrar con ánimo de lucro o en beneficio propio o de terceros, pues lo importante es no causar mediante una actuación dolosa un perjuicio al patrimonio que se administra.

La doctrina celebra en el nuevo tipo penal de administración desleal la supresión del requisito “perjuicio económicamente evaluable” que traía el artículo 295 (administración desleal societaria) dejando solo la acepción de “perjuicio al patrimonio administrado”, pues se consideraba que el concepto derogado se había interpretado en un sentido económico de patrimonio, siendo lo fundamental para la existencia del perjuicio patrimonial el valor del patrimonio a la luz de los fines personales a los que está destinado. Bajo esta concepción, Mir Puig (2013, p. 23) citando el proyecto de reforma, señala que el perjuicio patrimonial se causa no solo cuando con la actuación desleal existe disminución del activo o una falta de incremento de este, sino además cuando la acción no autorizada es contraria a los intereses administrados, malogrando el fin perseguido por el titular del patrimonio.

Sin embargo, no vemos con mucha lógica la filosofía del delito en cuanto contempla como sujeto activo del mismo no solo a particulares que administren patrimonios ajenos, sino también al servidor público. En efecto, al hacer referencia el tipo penal a la facultad de administrar un patrimonio ajeno encomendado por autoridad, indudablemente exigiendo una condición especial en el sujeto activo del delito, en tanto solo puede serlo un servidor público o un particular que cumpla función pública de administrar un patrimonio por encargo de autoridad. Esta condición se

ve reflejada en el artículo 219 de la Ley Orgánica 1 de 2015, que modificó el artículo 432 del Código Penal español que trata sobre la malversación de bienes públicos, y que el nuevo tipo penal castiga de la siguiente manera:

Doscientos diecinueve. Se modifica el artículo 432, que queda redactado como sigue:

«1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.

2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público.

3. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:

a) se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o

b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros.

Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado».

Así, vemos claramente que este tipo penal castigaría como administración desleal lo que en nuestro ordenamiento jurídico es el ilícito de peculado, el cual si bien está destinado a proteger los bienes

públicos o el erario en general va más allá de esa intención patrimonial, en la medida en que lo que busca proteger realmente como bien jurídico es el buen funcionamiento de la administración pública, que para poder desempeñarse correctamente necesita operar a través del buen uso del patrimonio. Entonces, al mezclarse los intereses patrimoniales particulares con los intereses patrimoniales públicos, que van más allá de esa tutela a los bienes, la ubicación del ilícito como un mero delito patrimonial carece, a nuestro juicio, de sentido.

2.2.2. El ilícito en la legislación peruana.

En la legislación peruana, el ilícito de administración desleal se encuentra ubicado en el Título V, dedicado a los delitos contra el patrimonio económico, dentro del capítulo VI destinado a dicho ilícito y al de contabilidad paralela. Señala el artículo 198 lo siguiente:

CAPITULO VI: FRAUDE EN LA ADMINISTRACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS.

Artículo 198.- Administración fraudulenta

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años el que ejerciendo funciones de administración o representación de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes:

1. Ocultar a los accionistas, socios, asociados, auditor interno, auditor externo, según sea el caso o a terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables.
2. Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica.

3. Promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones.
4. Aceptar, estando prohibido hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito.
5. Fraguar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes.
6. Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar o al auditor interno o externo, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica.
7. Asumir indebidamente préstamos para la persona jurídica.
8. Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica. (Decreto Legislativo 635 de 1991. Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 29307 de 2008)

El tema de la administración desleal en el ordenamiento jurídico peruano es muy especial, dado que tipifica el comportamiento a partir de una clausula o técnica cerrada, en la que se señalan un conjunto de comportamientos habituales, ocho en total, de gestión fraudulenta “que, desde la óptica del legislador afectan la correcta administración de las sociedades” (García, 2006, p. 12).

Consideramos que esta forma de legislar puede apreciarse desde dos enfoques. Por un lado, garantiza que no cualquier acto de gestión errónea, imprudente, o incluso delictual insignificante pueda ser considerado como un acto de deslealtad capaz de quebrantar un bien jurídico penal que amerite una pena bajo la consideración de ser un comportamiento de administración desleal o infiel; igualmente, limita el poder del Estado a temas que no son de fácil legitimación dentro del derecho penal, como lo son los ilícitos societarios, y obliga al legislador a un verdadero ejercicio de proporcionalidad y necesidad de intervenir con el derecho penal solo en los actos más reprochables de gestión infiel en la administración de personas jurídicas. Por otro, corre el riesgo

de dejar por fuera acciones peligrosas que lleguen a afectar los intereses de una persona jurídica en el ejercicio del cargo de administración de esta, máxime cuando en el ámbito empresarial el dinamismo de la economía y las nuevas formas de estructuras societarias originan nuevas formas de administración y con ello nuevas formas de ataques (García, 2006, p. 12).

La primera característica del tipo penal en la legislación peruana radica en el ámbito de protección que abarcan los comportamientos sancionados, pues la tutela sobre el ente colectivo permite que los comportamientos sean sancionados por ser cometidos tanto en el ámbito de sociedades mercantiles como en el de entes sin ánimo de lucro, ya que al emplear el término “persona jurídica” es factible comprender en este los actos de administración infiel en el seno de cualquier ente jurídico. Esa tutela se justifica, como lo anotan Martínez (2010, pp. 2-3) y Urquiza (sf. p. 2), en el creciente protagonismo que las personas jurídicas cumplen en sociedad, tanto para la consecución de fines altruistas (personas jurídicas sin fines de lucro) como para el desarrollo económico (sociedades).

La segunda característica es que el tipo penal reprocha el comportamiento de los sujetos a quienes se considera verdaderos administradores, independientemente del rol que cumplan en la persona jurídica. Las normas derogadas por el artículo actual contemplaban como sujetos activos del delito al “*fundador, miembro del directorio o del consejo de administración o del consejo de vigilancia, gerente, administrador, auditor interno, auditor externo o liquidador de una persona jurídica*”, lo que limitaba exactamente el círculo de autores del delito. Sin embargo, desde nuestro concepto, la exactitud en el círculo de autores era contraproducente frente a actos de administración de hecho por parte de sujetos en quienes no se configurara alguna de las condiciones exigidas por el tipo penal. En atención a dicha exigencia, autores como Urquiza (p. 3) destacan que, antes de la norma

actual, lo que el tipo penal sancionaba era “el abuso de las específicas atribuciones que el agente ostentaba en un concreto momento de la actividad empresarial”, más que “un poder de dirección sobre la persona jurídica (realmente inexistente en todos los sujetos que el tipo consideraba autores del delito)”.

La actual legislación es más laxa, y favorece la posibilidad de incluir a cualquier sujeto que despliegue actos positivos de administración de la respectiva persona jurídica.

Martínez, haciendo referencia a este elemento del tipo penal, destaca que el ilícito solo puede ser cometido por personas que tengan “cierta capacidad para tomar decisiones, y que al realizar los comportamientos incumplen deberes que tienen asignados como consecuencia de su status en la sociedad” (p. 11). Adicionalmente, destaca cómo el objeto de reproche es actuar en contra del interés de la persona jurídica —*sin alusión alguna a un interés de índole patrimonial*— e inclusive de terceros. Esto indica que lo que se reprocha es el acto infiel o desleal de administración y no el fin que existe tras el mismo, máxime cuando analizados los comportamientos reprochados en los numerales 1º, 2º, 4º, 5º y 6º se encuentra que no se requiere el empleo del patrimonio de la persona jurídica.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria considera que, aunque el tipo no exija un perjuicio material causado por la conducta, es necesario que se la conducta en concreto ponga en peligro el patrimonio social, siendo el peligro que se exige un peligro concreto y no abstracto, es decir “como posibilidad real de lesión del patrimonio administrado” (Martínez, 2010, pp. 11-12). No obstante, autores como Urquiza (p. 5) entienden que se necesita un perjuicio efectivo para la consumación del delito, pues de esta forma se evita sancionar penalmente meras infracciones societarias.

Además, la misma doctrina peruana considera que el requisito de perjuicio, en los términos ya señalados, debe entenderse no solo como la disminución del patrimonio sino también como la posibilidad de haber tenido un aumento, lo cual ocurre cuando el administrador desleal deja de obtener beneficios para la sociedad estando en la posibilidad de hacerlo, obviamente dentro del marco de sus obligaciones.

Finalmente, es importante resaltar que el numeral 8° el Código Penal peruano castiga como acto de deslealtad un comportamiento que en nuestro concepto es un típico acto de corrupción privada, lo que para nosotros es correcto, porque pone en evidencia la importancia del ejercicio honorable y recto de los deberes de todo administrador. Sin embargo, con esto no queremos exaltar que la misión del derecho penal sea el reproche de comportamientos antimorales. No, como lo hemos justificado en las líneas de este trabajo, la misión del derecho penal está en la tutela de bienes jurídicos, no de la manera en que lo conciben los discípulos de la Escuela de Frankfurt, pero sí de bienes jurídicos, se repite, de interés que tengan un verdadero respaldo constitucional, y es ahí donde la ética en los negocios deja de ser un sentimiento moral para convertirse en un instrumento de orden y equilibrio en el funcionamiento del mercado.

2.2.3. Otros ordenamientos jurídicos.

a) Alemania

En el ordenamiento alemán, el ilícito de administración desleal se encuentra tipificado en la sección vigesimosegunda del Código Penal (STGB), dedicada a la estafa y a la deslealtad, bajo la siguiente rúbrica:

§ 266. Abuso de confianza

(1) Quien abuse de las facultades que se le otorgan por medio de la ley o por un encargo de autoridad o por el negocio jurídico, para disponer sobre un patrimonio ajeno o para obligar a otro; o quien lesione el deber que le incumbe de salvaguardar los intereses patrimoniales ajenos derivados de la ley o de encargo de autoridad o por negocio jurídico o por una relación fiduciaria, y con ello le inflija desventaja a la persona cuyos intereses él debe cuidar, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.

(2) El § 243 inciso 2 y los §§ 247 y 248a rigen en lo correspondiente. (López, 1999).

La doctrina especializada se ha encargado de señalar que se trata de un tipo genérico de administración desleal, no destinado al ámbito societario. El tipo penal ha sido muy discutido por su amplitud, dado que en él se contemplan dos hipótesis delictivas diferentes conocidas como tipo de abuso y tipo de infidelidad, sobre los cuales se ha desarrollado una ardua discusión en cuanto a sus alcances. (Hernández, 2005, p. 43)

El tipo de abuso de poderes o de confianza (*Missbrauchstatbestand*) se caracteriza “porque el administrador abusa de los poderes de disposición o de contracción de obligaciones que la ley, la autoridad o un contrato le conceden. La conducta típica es, por tanto, de abuso específico del poder de representación” (Gómez, 2014, p. 1).

Pero al lado de esa forma de administración desleal, la doctrina ha señalado que existe otro tipo penal de administración desleal conocido como tipo de deslealtad o ruptura de la fidelidad (*Treubruchstatbestand*), que consiste en “en infringir el deber de actuar en interés del patrimonio ajeno administrado, ocasionando, así, un daño a dicho patrimonio”(p.1), sin que la infracción se circunscriba al abuso de poderes de disposición del patrimonio o de contracción de obligaciones. Aquí lo que se reprocha es que el autor le da otros fines al patrimonio o no observa los fines

precisados por el titular del mismo. En todo caso, como tipo de resultado la conducta debe producir un daño al patrimonio (Gómez, 2014, p. 1).

Gómez (2014, p. 2) explica que la razón de ser del tipo de ruptura de fidelidad, que data de 1933 en el ordenamiento alemán, se debe a la existencia de los denominados consejos de vigilancia, respecto de quienes no es posible aplicar el tipo de abuso porque carecen de la facultad de disponer del patrimonio o de contraer obligaciones a cargo de la sociedad, sin que en todo caso la aplicación de dicha forma de administración desleal, la infidelidad, se circunscriba únicamente a dichos consejos, sino que por el contrario es aplicada a cualquier gestión de patrimonio.

Explica Martínez (1994, p. 7) que los alemanes no han tenido la dificultad presentada en el derecho español, a propósito del derogado artículo 295 y la inclusión dentro del tipo penal del antiguo artículo 252 (apropiación indebida) de un subtipo de administración desleal, pues en el derecho alemán siempre ha existido una clara distinción entre la apropiación indebida y la administración desleal. Así, el tipo penal que sanciona la apropiación indebida (artículo 246) castiga la afectación al derecho de propiedad mediante actos de apoderamiento; mientras que el delito de administración desleal tutela el patrimonio en general y sanciona los comportamientos de infidelidad en el manejo de bienes.

Artículo 246. Apropiación indebida.	Artículo 266. Abuso de confianza (Administración desleal)
(1) Quien se apropie antijurídicamente de una cosa mueble ajena o la adjudique a otro, será castigado con pena privativa de la libertad	(1) Quien abuse de las facultades que se le otorgan por medio de la ley o por un encargo de autoridad o por el negocio jurídico, para

<p>hasta tres años o con multa si el hecho no está castigado con pena más grave en otras disposiciones.</p> <p>(2) Si en los casos del inciso 1 la cosa ha sido encomendada al autor, entonces el castigo es pena privativa de la libertad hasta cinco años o multa.</p> <p>(3) La tentativa es punible.</p>	<p>disponer sobre un patrimonio ajeno o para obligar a otro; o quien lesione el deber que le incumbe de salvaguardar los intereses patrimoniales ajenos derivados de la ley o de encargo de autoridad o por negocio jurídico o por una relación fiduciaria, y con ello le inflija desventaja a la persona cuyos intereses él debe cuidar, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.</p> <p>(2) El § 243 inciso 2 y los §§ 247 y 248a rigen en lo correspondiente.</p>
--	--

Aunque el tipo de ruptura de fidelidad es criticado por su aparente imprecisión, es defendido también por autores como Seier, quien considera que su flexibilidad es necesaria en la práctica para la lucha contra la criminalidad económica, especialmente en materia de corrupción económica, que se combate más con el artículo 266 que con el 299 —*corrupción y soborno en el tráfico comercial*—. (Citado por Rojas, 2009, p. 139)

Pero, dada la amplitud del tipo penal de *Treubruchstatbestand*, doctrina y jurisprudencia han interpretado que para restringir su campo de acción se exija, entre otros requisitos, pero fundamentalmente, que el autor, esto es quien está obligado por la relación de lealtad, posea una

plena facultad de decisión autónoma para el cumplimiento de su deber patrimonial, y además que se asuma con relación a verdaderos negocios jurídicos (Martínez, 1994, p. 13).

El tipo penal de administración desleal alemán, además, se caracteriza porque en cualquiera de sus modalidades, abuso o infidelidad, requiere la causación de un resultado material lesivo al patrimonio, dado que la tentativa no es sancionable. Para la constatación de este elemento del tipo penal, se recurre a la concepción mixta de patrimonio, por lo que no existirá ilícito de administración desleal cuando la acción infractora entraña al mismo tiempo un incremento que compense la pérdida; igualmente, un sector doctrinal sostiene la inexistencia del perjuicio cuando el autor está en capacidad de compensar con sus propios medios la pérdida (Martínez, 1994, pp. 15-16).

Sin embargo, como lo señala Schünemann (2010, p. 45), en los últimos años, el concepto de perjuicio en el tipo de administración desleal ha sido el que ha centrado la atención de la doctrina y numerosos artículos, pues se considera que el *quid* del ilícito reside en este elemento y no tanto en la infracción del deber, al que tanto tiempo se le dedicó. Sobre el particular se discute la idoneidad del concepto de peligro de perjuicio de patrimonio y la posibilidad de incluir dentro del concepto de perjuicio aquellos comportamientos que, si bien no ocasionan una disminución del patrimonio, sí generan de alguna manera una frustración de ganancia (Martínez, 1994, pp. 17-18).

Sobre el elemento subjetivo, se destaca que al igual que el resto de ordenamientos estudiados se exige un actuar doloso, y bastando en este sentido un *dolo eventual* para su configuración, sin que la estructura típica exija elementos subjetivos adicionales. Es importante, en este punto, señalar la explicación literal que al respecto hace Martínez Pérez:

Sólo se requiere el dolo, siendo suficiente la ejecución del hecho a título de dolo eventual, el cual tiene que abarcar todos los elementos del tipo objetivo, por lo que obviamente —se observa en la doctrina— ha de comprender el conocimiento del abuso de facultad de disposición (en la modalidad de abuso) y el de la violación del deber de custodia (en la modalidad de ruptura de la lealtad). En consecuencia, el dolo del autor queda excluido por la suposición errónea de obrar dentro del marco de las facultades de disposición concedidas o del deber de cuidado; en cambio, el dolo no se elimina si el autor cree estar obrando con diligencia, pero siendo consciente de que actúa de modo contrario a la voluntad del titular del patrimonio. Además, el dolo debe abarcar también la producción del perjuicio patrimonial. En los negocios de riesgo la esperanza incierta de culminar con éxito una operación no excluye el dolo eventual de perjudicar, el autor es consiente del perjuicio patrimonial actual para el titular. (Martínez, 1994, p. 22)

b) Italia y Francia

Tanto la legislación italiana como la francesa presentan una particularidad en la consagración del ilícito de administración desleal, toda vez que contemplan este ilícito en el ordenamiento civil, la primera, y en el comercial, la segunda.

Así, señala el Código Civil italiano (Real Decreto de 16 de marzo de 1942, n 262) lo siguiente:

Código Civil, libro V, título XI, agg. A1 04/12/2012 Título X1 disposiciones penales en materia de sociedades y consorcios Mayor (Cabeza) IV de los otros ilícitos, de las circunstancias atenuantes y de las medidas seguridad patrimonial.

Art. 2634.

Infidelidad Patrimonial.

Los administradores, los directores generales y los liquidadores, que teniendo un interés en conflicto con aquel de la sociedad, con el fin de procurar a sí mismos o a los otros una ganancia injusta u otro beneficio, contribuyan a deliberados actos de disposición de los bienes sociales, causando intencionalmente a la sociedad una daño patrimonial, serán sancionados con reclusión de seis meses a tres años.

La misma pena se aplica si el hecho es cometido en relación a bienes poseídos o administrados por la sociedad por cuenta de terceros, causando a estos últimos un daño patrimonial.

En cada caso no es justo el beneficio de la sociedad, asociada o del grupo, compensado por beneficios alcanzados o fundamentalmente previsibles, derivados de la asociación o de la afiliación al grupo.

Para los delitos previstos del primero y segundo subpárrafo se procede a “queja” de la persona ofendida.

Por su parte, en Francia, la legislación comercial tipifica el ilícito de administración desleal de la siguiente manera:

TITULO IV DISPOSICIONES PENALES

CAPITULO II De las infracciones que afectan a las sociedades anónimas. Sección II
De las infracciones relativas a la dirección y a la administración Artículos L242-6 a L242-8

Artículo L242-6 (Disposición nº 2000-916 de 19 de septiembre de 2000 Artículo 3 Diario Oficial de 22 de septiembre de 2000, con entrada en vigor el 1 de enero de 2002)
Será castigado con cinco años de prisión y 375.000 euros de multa:

1° El presidente, los administradores o los directores generales de una sociedad anónima que efectuaran entre los accionistas el reparto de dividendos ficticios en ausencia de inventario o por medio de inventarios fraudulentos;

2° El presidente, los administradores o los directores generales de una sociedad anónima que publicaran o presentaran a los accionistas, incluso en ausencia de reparto de dividendos, cuentas anuales que no diesen, para cada ejercicio, una imagen fidedigna del resultado de las operaciones del ejercicio, de la situación financiera y del patrimonio, tras la expiración de este período, con vistas a ocultar la verdadera situación de la sociedad;

3° El presidente, los administradores o los directores generales de una sociedad anónima que hicieran de los bienes o del crédito de la sociedad, de mala fe, un uso contrario al interés de ésta, con pleno conocimiento de ello, para fines personales o para favorecer a otra sociedad o empresa en la que estén interesados directa o indirectamente;

4° El presidente, los administradores o los directores generales de una sociedad anónima que hicieran de mala fe un uso contrario a los intereses de la sociedad de los poderes que poseen o de los votos de los que disponen por su condición, con pleno conocimiento de ello, para fines personales o para favorecer a otra sociedad o empresa en la que ellos estuvieran interesados, directa o indirectamente

CAPITULO III De las infracciones que afectan a las sociedades comanditarias por acciones

L243-1 Artículo L243-1 Los artículos L. 242-1 a L. 242-29 se aplicarán a las sociedades comanditarias por acciones. Las penas previstas para los presidentes, los administradores o los directores generales de las sociedades anónimas se aplicarán, en lo que concierne a sus atribuciones, a los gerentes de las sociedades comanditarias por acciones.

Así, mientras en el ordenamiento italiano se consagra una forma de administración desleal general, pero societaria y con un propósito eminentemente patrimonial, consistente en disponer de los bienes de la sociedad con el propósito de beneficiarse a sí mismos o a un tercero, ocasionando con ello un daño patrimonial a la empresa, incluso en los eventos donde los bienes de los que se dispone no son de la sociedad sino que esta los ha recibido en administración; la legislación francesa tipifica un tipo de administración desleal cerrado, el cual, aunque destinado a la protección de las sociedades, consagra actos de administración desleal diferentes a los eminentemente pecuniarios de la persona jurídica que se representa, y que tienen que ver con comportamientos turbios de los administradores en la dirección de la empresa.

El principal problema en consagrar los ilícitos fuera de la normatividad penal, consiste en la dificultad de identificar cuál es el interés que se quiere tutelar a través de los ilícitos, y cuál es la razón de fondo que justifica y que ameritan la imposición de una pena en contra de un ciudadano que ha obrado contrario a derecho.

c) Costa Rica y México

El ordenamiento jurídico costarricense, igualmente, sanciona los comportamientos del administrador desleal bajo el rótulo de “administración fraudulenta” y lo considera un ataque contra la propiedad cometido por el administrador. Al respecto, señala el artículo 222 de Código Penal (Ley 4573 de 1970):

TÍTULO VII Delitos contra la propiedad

Sección V Administración fraudulenta y apropiaciones indebidas

Administración fraudulenta Artículo 222.- Se impondrá la pena establecida en el artículo 216, según el monto de la defraudación, al que por cualquier razón, teniendo a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes ajenos, perjudicare a su titular alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo operaciones o gastos exagerando los que hubiere hecho, ocultando o reteniendo valores o empleándolos abusiva o indebidamente. (Así reformado por la Ley N° 6726 del 10 de marzo de 1982).

Se trata entonces de un ilícito que no requiere motivación alguna (elemento subjetivo del tipo) por parte del administrador infiel en su tipo objetivo y que sanciona la administración desleal genérica, es decir, sin circunscribirla al manejo del patrimonio de sociedades, frente a aquellos actos de quien teniendo a cargo la administración de bienes perjudica al titular del mismo con conductas de diferente índole, como alterar las cuentas o condiciones de los contratos, simular operaciones o exagerar gastos, ocultando o secuestrando bienes e igualmente mediante el ejercicio de actos abusivos o indebidos sobre cualquier tipo de bienes.

Sin lugar a dudas, es un tipo penal rico en acciones desvaloradas por parte del administrador infiel que causan un perjuicio al patrimonio administrado. Los verbos rectores empleados por el tipo penal son *alterar, suponer, ocultar, retener, y emplear*.

La alteración, que debe recaer sobre los precios o condiciones de los contratos que se celebren por parte del administrado o del titular del patrimonio administrado, a nuestro juicio implica una falsedad que debe reflejarse en las cuentas del patrimonio que se administra.

Por su parte, suponer envuelve la realización, por cuenta del administrador, de actos de simulación de operaciones o de gastos que se hubieran realizado por parte del administrador, con el fin de hacer ver en una mayor dimensión el resultado final de la operación o el gasto.

Ocultar, implica esconder cualquier bien o activo de valor patrimonial para la sociedad. Pero, igualmente, los bienes o activos pueden ser retenidos por el administrador, lo que supone su secuestro, con perjuicio para el patrimonio administrado.

Finalmente, se sanciona el comportamiento de emplear los bienes o activos del patrimonio administrado, a condición de que dicho uso o aprovechamiento carezca de explicación mediante actos de abuso o actos indebidos. Consideramos que al emplearse los calificativos abuso e indebidos, el tipo objetivo hace referencia a dos comportamientos diferentes. Para nosotros, el uso mediante actos indebidos implica un aprovechamiento no autorizado; mientras que el uso mediante actos de abuso conlleva un exceso en el destino que se le da al bien que en un principio estuvo autorizado por el titular del patrimonio, excediéndose, entonces, el administrador en la facultad otorgada.

Este tipo penal del código de Costa Rica es similar al que se encuentra en el artículo 388 del Código Penal Federal mexicano, que en el título XXII (delitos contra las personas en su patrimonio) en el capítulo destinado a los fraudes, señala:

Artículo 388.- Al que por cualquier motivo teniendo a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos, con ánimo de lucro perjudique al titular de éstos, alterando las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente, o a sabiendas realice operaciones perjudiciales al patrimonio del titular en beneficio propio o de un tercero, se le impondrán las penas previstas para el delito de fraude. (Ley publicada en la sección tercera del diario oficial de la federación el viernes 14 de agosto de 1931.

Artículo Reformado por el D.O. 10 de enero 1984)

La diferencia claramente estriba en que el tipo penal mexicano incluye dos elementos a los que no apela el tipo penal costarricense, a saber: el ánimo de lucro y el beneficio propio o de tercero, que resaltan la naturaleza eminentemente patrimonial del ilícito de administración fraudulenta. A partir de su inclusión, quien administra un patrimonio ajeno debe desplegar los actos reprochados con el fin de beneficiarse a sí mismo o a un tercero, para que se le pueda atribuir la realización del ilícito en mención.

Por otro lado, en la vertiente subjetiva del tipo debemos señalar que se trata de un tipo penal doloso, en la medida en que se sancionan solo aquellos actos del administrador de patrimonio ajeno dirigidos a ocasionar un perjuicio al mismo a través de las conductas allí descritas. Aunque el tipo penal no menciona la clase de perjuicios, debido a la ubicación del tipo penal, dicho perjuicio no puede ser otro que un perjuicio de índole patrimonial.

El Código Penal de Costa Rica, en el Título VIII, destina un conjunto de normas a la protección de un bien jurídico denominado “Buena Fe en los Negocios”, y en la sección III, titulada “Delitos contra la confianza pública”, llama la atención el ilícito contemplado en el artículo 241, que señala:

Autorización de actos indebidos Artículo 241.- El director, administrador, gerente o apoderado de una sociedad comercial o cooperativa que, a sabiendas, preste su concurso o consentimiento a actos contrarios a la ley o a los estatutos, de los cuales pueda derivar algún perjuicio para su representada o para el público, será sancionado con pena de prisión de seis meses a dos años. La pena podrá ser aumentada hasta el doble, cuando se trate de un sujeto que realiza oferta pública de valores. (Así reformado por el artículo 184 de Ley Reguladora del Mercado de Valores No. 7732 del 17 de diciembre de 1997).

A nuestro juicio, este artículo sanciona una forma de deslealtad societaria, no restringida a las sociedades mercantiles sino también a aquellas que carecen de ánimo de lucro, mediante el reproche genérico de actos perjudiciales a la sociedad, no necesariamente patrimoniales o para el público. Por supuesto, no puede tratarse de cualquier comportamiento, sino de aquellos que explícitamente se hayan rechazado en los estatutos o que la ley proscriba.

Sin embargo, lo que más llama la atención son los intereses jurídicos tutelados: la confianza pública y la buena fe en los negocios, que se toman como intereses susceptibles de ser trasgredidos por comportamientos de diferente índole que causan una afectación a la forma como deben realizarse los negocios y de cómo el público en general se siente afectado con la trasgresión de los principios más elementales en ellos. Vemos, pues, que en el derecho costarricense no se trata de un valor cualquiera, sino de uno tan digno de protección que amerita su tutela por medio de diferentes sanciones de índole penal. Así, bajo esta norma, podría sancionarse la realización de actos de corrupción, o la aquiescencia de los mismos.

d) Argentina

En el Código Penal Argentino (Ley. 11.179 de 30 de septiembre de 1921 T.O 1984), la administración desleal se encuentra consagrada en el numeral 7 del artículo 173 (Capítulo IV Estafas y otras defraudaciones), considerado como un delito contra la propiedad. No existe un tipo penal que se encargue de sancionar explícitamente el comportamiento de administración desleal, sino que ésta es considerada, entre tantas, como una forma de defraudación patrimonial:

TÍTULO VI

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

Capítulo IV

Estafas y otras defraudaciones

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

1. El que defraudare a otro en la substancia, calidad o cantidad de las cosas que le entregue en virtud de contrato o de un título obligatorio;
2. El que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver;
3. El que defraudare, haciendo suscribir con engaño algún documento;
4. El que cometiere alguna defraudación abusando de firma en blanco, extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo que la dio o de tercero;
5. El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de tercero;
6. El que otorgare en perjuicio de otro, un contrato simulado o falsos recibidos;
7. *El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos [las cursivas son nuestras];*

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

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

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

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

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

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

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

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

16. El que defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos. (*Inciso incorporado por art. 9° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008*). (Código Penal Argentino)

Señala la doctrina que se trata de “una defraudación por abuso de confianza, en tanto el autor perjudica patrimonialmente a un tercero abusando de los bienes que este le ha confiado con un determinado objeto y a un título jurídico que no le trasfiere su propiedad” (Arocena, 2014, p. 1).

La acción típica está constituida por dos comportamientos: *i*) perjudicar los intereses confiados y *ii*) obligar abusivamente al titular de ellos que se estudian bajo las denominaciones de infidelidad defraudadora, la primera, y abuso defraudatorio, la segunda (Arocena, 2014, p. 4).

En el primer caso, se trata del quebrantamiento de fidelidad extrapenal en la relación interna. En el segundo, actúa así “quien compromete los intereses a él encomendados más allá de sus posibilidades económico-financieras” (Arocena, 2014, p. 5). El mismo Arocera considera que a diferencia de la infidelidad defraudatoria, que puede llevarse a cabo tanto por una acción como por

una omisión y desplegarse de una forma jurídica o de hecho, la obligación abusiva a la que se somete al patrimonio administrado siempre deberá asumir la naturaleza de un negocio jurídico, como una venta, una locación, un reconocimiento de deuda, una cesión, etc.

Finalmente, es importante destacar, que para la configuración de la conducta se requiere que el autor obre con una intención especial distinta del dolo, que, a propósito, se requiere en el tipo subjetivo como única modalidad de conducta, no siendo sancionable la administración fraudulenta a título de culpa; dicha intención es alternativa, en tanto se requiere obrar con un fin de lucro, que no necesariamente ha de ser monetario, o con el propósito de causar un daño.

3. El ilícito de corrupción en el sector privado.

Analizaremos, brevemente, en este capítulo lo referente a la tipificación y huida al derecho penal del llamado fenómeno de la corrupción, centrándonos en el problema de la corrupción en el sector privado. Para empezar, analizaremos el ilícito desde su consagración en algunos ordenamientos extranjeros, teniendo como referente el ordenamiento español, del cual estudiaremos sus elementos típicos y el bien jurídico que se tutela a través del mismo, dado que en la exposición de motivos de este trabajo se adujo como modelo de la tipificación en Colombia de dicho ilícito el ordenamiento ibérico. Igualmente, analizaremos este ilícito en otros ordenamientos como el alemán y el italiano. En segundo lugar, estudiaremos el ilícito en la legislación colombiana, con las limitaciones bibliográficas que existen sobre el desarrollo de la figura delictiva en el ordenamiento interno. Finalmente, haremos alusión a la importancia de la lucha contra dicho fenómeno a nivel global, especialmente sobre la necesidad de la lucha en el sector privado, y las razones por las que, a pesar de la importancia de enfrentar el fenómeno, la corrupción no puede

ser considerada un comportamiento delictivo, sino más bien un criterio de agrupación de diferentes ilícitos que constituyen una violación a los principios de transparencia y buena fe en los negocios.

3.1. Una mirada al tipo penal de corrupción privada en la legislación y doctrina extranjera.

Bien jurídico tutelado y elementos del tipo penal.

Es importante señalar que autoras como Navarro y Melero (2011, p. 4) destacan que para la Unión Europea este comportamiento, por su gravedad, solo puede combatirse a través del derecho penal. Así, siguiendo dicha orientación, según lo explica Foffani (2003, p. 63) y Otero (2012, p. 5), son diversos los modelos de tipificación del comportamiento denominado corrupción privada, los cuales se pueden enmarcar en cuatro categorías, a saber:

a) Modelo basado en el deber de fidelidad del trabajador; *b)* Modelo omnicompreensivo; *c)* Modelo patrimonialista y *d)* Modelo de protección de la competencia.

El *modelo de fidelidad* del trabajador fue seguido hasta el 2005 por el derecho francés, que tipificó el delito de corrupción privada en el artículo L152-6¹²² del Código del Trabajo, en el que el desvalor de la corrupción residía en la violación de las reglas de la relación de trabajo del empleado frente al empresario.

El actual ilícito,¹²³ sancionado ahora en el Código Penal, desvincula la tutela directa del delito a una relación laboral; sin embargo, sigue exigiendo el incumplimiento de las obligaciones contractuales, profesionales o legales. El tipo penal vigente, está consagrado como un atentado contra la fe pública (Título IV), bajo el título “corrupción pasiva y activa de personas que no ejercen funciones”.

Este modelo es seguido, igualmente, por el Código Penal Belga, en su artículo 504 bis,¹²⁴ que trata sobre la corrupción privada, cuando es cometida a espaldas o sin la autorización del consejo directivo o de la asamblea general, del mandante o del empleador.

El *modelo omnicompreensivo* es seguido por el ordenamiento sueco y no distingue entre corrupción pública y privada; sanciona en dos disposiciones complementarias (Cap. 7 sección 7¹²⁵ y Cap. 20 sección 2¹²⁶) los actos de corrupción tanto públicos como privados, a los que considera un atentado contra la actividad pública. Según Otero (2010, p. 5), siguiendo a Foffani, este modelo tiene como fundamento “la creciente privatización de empresas públicas, por lo que se considera que ya no existe diferencia ontológica entre ambos tipos de corrupción”.

El *modelo patrimonialista* es practicado en los ordenamientos de Austria (art. 153a Cód.Pen) e Italia¹²⁷ (art. 2635 Cód.Civ). Para este modelo, el valor que se vulnera es la “lesión de la relación de lealtad patrimonial entre mandatario y mandante” (Foffani. 2003, p. 63).

Finalmente, el *modelo de protección a la competencia*, es el recomendado en la Decisión Marco 2003/568/JAI de 22 de julio de 2003, “que obliga a los Estados a legislar para proteger la libre competencia” (Bolea, 2013, p. 4), y es seguido por ordenamientos como el alemán y el español.

En Alemania, dicho comportamiento se origina a partir de la ley de lucha contra la corrupción (1997), con la consagración en el artículo 299 del StGB, dentro de la sección destinada a los hechos ilícitos contra la competencia, que señala:

§ 299. Corruptela y soborno en el tráfico comercial

(1) Quien como empleado o encargado de un establecimiento comercial exija, permita que le prometan o acepte en el tráfico comercial una ventaja para sí o para un tercero como

contraprestación para que prefiera a otro de manera desleal en la adquisición de mercancía o servicios comerciales, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa.

(2) De igual manera será castigado quien en el tráfico comercial con fines de competencia ofrezca, prometa o conceda a un empleado o encargado de un establecimiento comercial una ventaja para éste o para un tercero como contraprestación para que prefiera a él u a otro de manera desleal en la adquisición de mercancía o servicios comerciales.

Según Ziouvas (2003, p. 1), el asiento del comportamiento ilícito como un delito contra la competencia busca llegar a la comunidad en general para concientizarla acerca del impacto dañoso del fenómeno de la corrupción y la afectación que genera a las empresas; según el autor, la finalidad de la norma es la de proteger no solo a la competencia como institución general, sino también al empresario y a la sociedad en general frente al encarecimiento de bienes y servicios.

Bajo esta regulación, refiere Kindhäuser (2007, p. 8), en la medida en que las conductas del otorgante de las ventajas y del receptor de las ellas están previstos en tipos separados, no requiere en ningún caso “que se haya llegado a un acuerdo o realización exitosa. Por lo tanto, el tipo penal de corrupción se realiza ya si solamente se solicita u ofrece una ventaja, independientemente de si la otra parte acepta el negocio”.

Por su parte, el ordenamiento español, mediante LO 5/2010 consagró por primera vez el delito en el artículo 286 bis del Código Penal, bajo la rúbrica de “corrupción entre particulares”, señalando:

1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no

justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales.
(Código Penal español, artículo 286 bis)

Al igual que en el ordenamiento alemán, para su consumación no se exigió perjuicio patrimonial para la empresa ni tampoco un peligro efectivo para el patrimonio de la sociedad, siendo en consecuencia consagrado como un delito de mera actividad. (Otero, 2013, p. 4).

Este tipo penal fue, sin embargo, objeto de reciente modificación a través de la LO 1 de marzo de 2015 (art. 156), que llevó a cabo una reforma integral del sistema penal español. En su artículo 286 bis, bajo el rótulo de “corrupción en los negocios”, en el capítulo (XI) destinado a los “delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores” (Título XIII destinado a los delitos contra el patrimonio y orden socioeconómico), se consagra:

«1. El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y a la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva.

Realmente el cambio en el ilícito de corrupción privada obedeció a una cuestión de precisión de algunos elementos del delito, y a la oportunidad para incluir normas que lo complementaran, tales como los artículos 286 quarter¹²⁸, 288¹²⁹ y 297¹³⁰.

Tanto el derogado artículo 286 bis como el actual contemplan, además, en el numeral 4º, una modalidad de corrupción específica cuando se trata de actos de soborno dirigidos a predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de un evento deportivo de relevancia económica o deportiva.

En lo que tiene que ver con la estructura del nuevo tipo penal, tan solo son algunas pequeñas modificaciones las que se presentan con respecto al derogado.

Se cambia el nombre de corrupción entre particulares por el de corrupción en los negocios.

En el numeral primero, se regula el denominado cohecho pasivo, que en el derogado artículo 286 bis se encontraba previsto en el numeral segundo.

Se suprime el requisito de que el administrador, directivo, empleado o colaborador que soborna o se deja sobornar debe realizar dicha conducta “incumpliendo sus obligaciones”, exigencia que había generado controversias. Así, mientras algunos autores consideraban que las obligaciones a

las que se refería la norma eran las específicas del empleado con su patrono, lo que implicaba verificar puntualmente el incumplimiento, otros estimaban que la norma hacía alusión al incumplimiento de las obligaciones genéricas que regulan la competencia (Otero, 2013, p. 5). De esta forma, el actual modelo español se aproxima aún más al alemán, en el que este delito se configuró, desde sus orígenes, como un delito de peligro abstracto sin que se exigiera un elemento que restringiera la aplicación del tipo, como el incumplimiento de las obligaciones (Bolea, 2013, pp. 11 y 16).

Los sujetos activos especiales, contemplados para la comisión del delito en la modalidad pasiva, siguen siendo los mismos; y aunque la norma suprimió la expresión “fundación u organización de beneficio” a la que hacía referencia el artículo derogado para aludir a la clase de persona jurídica perjudicada con el comportamiento de dichos sujetos, el artículo 297 viene a zanjar la discusión, pues entiende por sociedad, para efectos de la aplicación del artículo 286 bis, no solo a las sociedades mercantiles sino también a las fundaciones, cooperativas, cajas de ahorro, mutuas, entidades financieras o de crédito o cualquier entidad análoga.

Las conductas reprobadas siguen siendo recibir, solicitar o aceptar (modalidad pasiva) y ofrecer, prometer o conceder (modalidad activa).

En lo relativo al beneficio o ventaja, recibida, solicitada o aceptada, lo primero que se resalta es que el sujeto activo de esta clase de cohecho (pasivo), puede ser el administrador, directivo, empleado o colaborador, o un tercero, elemento este último que lo diferencia del derogado artículo 286 bis, en el que solo se sancionaba en dicha modalidad la solicitud, recibo o aceptación en nombre propio. En segundo término, la reforma al artículo agrega que la ventaja recibida, aceptada o solicitada debe ser como una contraprestación para favorecer indebidamente al otorgante,

oferente o promitente en adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o relaciones comerciales. En esta modalidad además se suprime la expresión “frente a otros”, que tenía el derogado artículo, lo que significa que a la hora de determinar la estructuración del delito no será necesario demostrar que el beneficio que se busca otorgar como contraprestación a la ventaja es para poner en posición de superioridad al otorgante, oferente o promitente; es decir, no es necesario demostrar una relación de competencia.

En lo que tiene que ver con la modalidad de corrupción activa o cohecho activo que ahora está contemplado en el numeral segundo, se sigue sancionado a un sujeto sin calidades especiales que ofrezca, prometa o conceda a los sujetos activos señalados en el numeral primero beneficios o ventajas injustificadas cualquiera sea su naturaleza, para que lo favorezca a él o un tercero, como contraprestación del beneficio o ventaja, frente a otro en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o relaciones comerciales. Es decir, aquí sí tiene que existir una relación de competencia en la que una de las partes se vea beneficiada a raíz del ofrecimiento, promesa o concesión de las ventajas o beneficios.

Frente a la reciente reforma española, es importante subrayar, además, dos cuestiones adicionales.

La primera de ellas tiene que ver con la propuesta que, a lo largo de los debates de reforma al Código Penal español, se presentó para configurar una nueva y distinta estructura del delito de corrupción en los negocios, diferente a la derogada y que finalmente fue aprobada, y que tenía que ver con la tipificación de un delito de resultado, dejando de lado el delito de mera actividad, además de otros elementos, como la posibilidad de atribuir el delito al administrador de hecho. Así se consignó en el Boletín de 23 de febrero de 2015:

«1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja pretendidos u obtenidos, el *socio, administrador de hecho o de derecho, apoderado* o empleado de una sociedad que, en las relaciones comerciales y *afectando gravemente la competencia* [las cursivas son nuestras], por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte, para sí o para un tercero y como contraprestación para favorecer a otro, un beneficio o ventaja no justificados.

2. El que, en las relaciones comerciales y *afectando gravemente la competencia*, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a los *socios, administradores de hecho o de derecho, apoderados* o empleados de una sociedad y como contraprestación para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, un beneficio o ventaja no justificados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio derivado de la ventaja competencial pretendida u obtenida.

3. Se mantiene la redacción dada por el Proyecto de Ley.

4. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triple del valor del beneficio o ventaja pretendidos u obtenidos, *el socio, administrador de hecho o de derecho, apoderado* o empleado de una entidad o asociación deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, que de manera deliberada realice cualesquiera actos tendentes a predeterminar o alterar fraudulentamente el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesional. En el caso de que los responsables

de tales actos sean deportistas, árbitros o jueces, la pena de inhabilitación especial comportará la suspensión de sus respectivas licencias por el tiempo de la condena.

4 bis. (nuevo) *La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los apartados anteriores, será castigada con la pena inferior en uno o dos grados.*

5. Se mantiene la redacción dada por el Proyecto de Ley».

JUSTIFICACIÓN

Se opta por una estructura de delito de resultado, frente a la actual configuración como un delito de mera actividad. De ahí la introducción del resultado de «grave afectación de la competencia», que más allá de permitir, en su caso, la incriminación de la tentativa, ex artículos 15 y 16 también, en su caso, de los actos preparatorios, como se propone en el nuevo apartado 4 bis, lo que resulta mucho más coherente con los tipos sancionadores recogidos en las normas de Defensa de la Competencia y en el Derecho contra la Competencia Desleal.

Se amplía el círculo de sujetos activos (y pasivos) al socio o titular de la sociedad (en el sentido del art. 297) en tanto que protagonista, muchas veces, de las espurias estrategias en orden a la captación de clientela o negocio por parte de los operadores del mercado, en franca deslealtad con sus competidores.

Se recoge la distinción entre administradores de hecho y de derecho, que ya ha causado estado en la incriminación penal de conductas societarias y una específica mención a los «apoderados», eliminando, finalmente, la referencia a «la adquisición o venta de

mercancías» o a la «contratación de servicios» por resultar comprendidas en la genérica alusión a las «relaciones comerciales» ahora introducida en la presente reforma.

Respecto a la consideración de la especificidad de la corrupción en el ámbito deportivo, se propone una redacción independiente, que evite la confusa referencia que la actual redacción hace a la «aplicabilidad» de lo dispuesto «en este artículo» para las modalidades típicas del presente apartado, remisión ciertamente problemática. En este caso, se opta por una estructura de delito de mera actividad, referenciándose la pena pecuniaria al beneficio pretendido u obtenido y, añadidamente se menciona específicamente la suspensión de licencias (federativas o de otra índole) en el marco de la pena de inhabilitación especial para los supuestos de sujetos activos deportistas, jueces o árbitros. **(BOCG. Senado, apartado I, núm. 475-3158, de 23/02/2015 cve: BOCG_D_10_475_3158)**

La segunda, hace referencia a la propuesta que existía en el proyecto de ley para incluir el denominado delito de “Del incumplimiento del deber de vigilancia o control en personas jurídicas y empresas”, con la siguiente redacción:

1. Será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años en todo caso, el representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica, que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida.

Dentro de estas medidas de vigilancia y control se incluye la contratación, selección cuidadosa y responsable, y vigilancia del personal de inspección y control y, en general, las expresadas en los apartados 2 y 3 del artículo 31 bis.

2. Si el delito hubiera sido cometido por imprudencia se impondrá la pena de multa de tres a seis meses.

3. No podrá imponerse una pena más grave que la prevista para el delito que debió haber sido impedido u obstaculizado por las medidas de vigilancia y control omitidas. (Boletín oficial de las cortes generales congreso de los diputados X legislatura serie a: proyectos de ley 4 de octubre de 2013.)

La finalidad era tipificar la omisión del representante legal de una sociedad que permitía la comisión de conductas ilícitas, sin ser responsable en la comisión de un delito, entre ellos el de corrupción y administración desleal, por falta de adopción de programas de cumplimiento, incluso en la modalidad culposa.

Aunque la tipificación del ilícito de corrupción privada en ordenamientos como los de Suecia, Austria y Alemania es remota, a nivel europeo el impulso de la sanción penal de los denominados actos de corrupción tuvo su desarrollo —en los demás ordenamientos que no contemplaban la existencia de dicho delito— a partir de tres instrumentos fundamentales: *i)* La Acción Común 98/742/JAI, *ii)* El convenio penal contra la corrupción del Consejo de Europa de 1999, y *iii)* La referida decisión marco (Marco 2003/568/JAI de 22 de julio de 2003), siendo el más importante de ellos.

Autoras como Otero, celebran la sanción de este comportamiento, y consideran que con el ilícito de corrupción se lesiona el eficiente funcionamiento del mercado perjudicando su disciplina (2012,

p. 3); no obstante, se ha discutido mucho a nivel internacional el alcance del tipo de corrupción privada y la incriminación de esta clase de comportamiento a nivel penal.

Más allá de las razones para llevar al plano penal este tipo de comportamientos— existiendo otras ramas del derecho como el sancionatorio— y no hacerlo en el mismo sentido con otros actos más graves de competencia desleal, o de que sea considerado como un tipo penal más de la tendencia simbólica del derecho penal (Bolea, 2013, p. 5), se cuestiona especialmente que en ordenamientos como el español y el alemán, siendo el fin perseguido la tutela a la competencia, en ninguno de los dos se sancione el comportamiento del empresario (dueño o socio) que sobornar o se deja sobornar (Navarro y Melero, 2011, p. 12).

Para autoras como Navarro y Melero es innegable que el empresario sí “tiene obligaciones frente a aquéllos con los que ha contratado directamente pero también frente a sus competidores y, en general, frente a las personas que participan en el mercado y frente al bien jurídico competencia” (2001, pp. 18-19).

No obstante, con base en lo anterior, las precitadas autoras consideran que la exclusión del empresario como sujeto activo del delito tal vez sea indicativo de que la competencia leal no es el bien jurídico tutelado por el ordenamiento, sino apenas la *ratio legis* de la conducta, siendo entonces el fin de tutela “el principio de lealtad y confianza que debe presidir las relaciones entre el empresario y sus empleados” (p. 15), razón por la cual empresario pasaría a ser objeto de protección del comportamiento.

Este planteamiento, sin embargo, no resulta pacífico, pues no se entendería bajo qué criterios podrían aceptarse actos de corrupción del empresario, pero no del administrador de la empresa, el

representante o los empleados, cuando es indudable que la libertad de empresa genera para el empresario deberes y responsabilidades, entre ellas, las de obrar con buena fe en el ejercicio del derecho de libertad de empresa, y los actos de corrupción son, sin duda, una violación a ese deber. Por lo tanto, la corrupción privada no puede tener jamás como objeto exclusivo de tutela la fidelidad del empleado al empresario, pues ello conllevaría a autorizar actos de corrupción del empresario e incluso de los empleados cuando obran de esa manera con el fin de beneficiar a la empresa.

En conclusión, el desarrollo que a nivel internacional ha tenido la figura en el campo penal muestra que existe una ardua discusión, tanto en la estructura del tipo delictivo como en el bien jurídico objeto de tutela, lo que en las próximas líneas nos permitirá fundamentar un cuestionamiento sencillo sobre esta figura como tipo penal, y es que, en criterio de quien escribe estas líneas, la corrupción no es un comportamiento delictivo autónomo.

Antes de ello, tenemos el deber de analizar los elementos del tipo penal en el derecho colombiano y los problemas que puede suscitar la aplicación de esta figura.

3.2. El tipo penal de corrupción privada en la legislación colombiana. Bien jurídico tutelado y elementos del tipo penal.

3.2.1. Antecedentes del tipo penal.

Aunque el tipo penal de corrupción en el sector privado nace con la expedición de la ley 1474 de 2011, y se aduce como referente la legislación española vigente para la época (L.O 5 de 2010), el antecedente de dicho delito se encuentra en la primera Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción —UNCAC, por sus siglas en inglés—, que fue negociada y suscrita inicialmente

por 111 países en Mérida (México) el 11 de diciembre de 2003, entrando en vigor dos años después —14 de diciembre de 2005—. Colombia ratificó dicha convención mediante la Ley 970 de 2005 (Tadeo, 2005, p. 12).

Justamente, una de las consideraciones de la Convención, como lo destaca Transparencia Internacional (Tadeo, p. 13), es que el pago de sobornos es un fenómeno transnacional que debe ser sancionado al interior de los Estados. Por ello, dicha convención compromete a los Estados partes, por supuesto Colombia, a considerar la posibilidad de tipificar como delito el soborno en el sector privado, el cual para la época no tenía una definición en el Código Penal (p. 21). Para autores como Tadeo (p. 21), el soborno no solo afecta la propiedad privada, sino además “el bien jurídico del orden económico-social al burlar la confianza masiva que en ellos se deposita, especialmente por los inversionistas (sobre todo los minoritarios que no tienen control sobre las decisiones) y acreedores (cuya garantía es el patrimonio de la empresa).”

En el artículo 23 de la Convención, se invitó a los Estados partes a tipificar el delito de soborno bajo el siguiente modelo:

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar;

b) La solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar. (UNCAC, artículo 23)

Como veremos más adelante, dicho modelo de tipificación delictiva de lo que años más tarde se llamaría en Colombia corrupción privada, pero que en una acepción más técnica es denominado por la UNCAC como comportamiento de soborno en el sector económico en general, considera como eje central del comportamiento el simple agravio al deber inherente a las funciones, sin hacer alusión a perjuicio adicional alguno a la persona jurídica representada por el sujeto en contra de quien recae la conducta, o que como sujeto activo del delito la despliega.

El legislador colombiano, sin embargo, no siguió el modelo de la UNCAC, y exigiría para la configuración del ilícito una conducta tendiente a ocasionar un perjuicio a la sociedad; perjuicio que, dada la ubicación final del ilícito, no puede ser de índole diversa al patrimonial.

Creemos que de esta manera se siguió la línea del ilícito de corrupción privada consagrada en el artículo 2635¹³¹ del Código Civil italiano tras la modificación introducida por la Ley 6ª de noviembre de 2012¹³² —ilícito que también allí fue criticado por la doctrina autorizada—, a pesar de que en la exposición de motivos de la Ley 1474/11, que le dio vida al tipo penal de corrupción privada, se señala como referente la legislación española vigente para la época¹³³, visión que no compartimos, pues, aunque el Código Penal español tipifica el ilícito de corrupción privada en el título asignado a los delitos contra la propiedad y el orden socioeconómico, los elementos del tipo penal y el capítulo dentro del cual se encuentra ubicado permiten pensar que más bien se trata de un ilícito cuyo objetivo es salvaguardar la libre competencia. Además, como lo señala Otero (2012,

p. 2), en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010, que le dio vida a dicho delito en la legislación española, claramente se ve la intención del legislador de proteger la competencia.

Precisamente, y en un sentido similar a lo que se ha planteado para el caso colombiano, en su momento, autores como Foffani (2003) criticaron el modelo adoptado mediante Decreto Legislativo de 11 de abril de 2002, al que consideraron contrario a las recomendaciones de la Unión Europea, en atención al bien jurídico que se eligió como objeto de protección.

La intención de protección del legislador italiano, por tanto, se limita exclusivamente a la de la protección del interés patrimonial de la sociedad mercantil, sin tomar en consideración las exigencias de protección de terceros y de la competencia, que —como ya se ha puesto de relieve— las iniciativas supranacionales (y algunas importantes experiencias de derecho comparado) sitúan por el contrario en primer plano. (...) y de modo coherente con esta orientación, el nuevo delito de “corrupción”, concebido como delito societario, se ha modelado esencialmente con la finalidad de adelantar la barrera de la punibilidad respecto a la administración desleal (otra nueva figura de delito societario que se regulaba por primera vez en el ordenamiento italiano). (...) Por último, el bien jurídico protegido viene circunscrito al interés patrimonial de la sociedad: el legislador italiano, contrariamente a lo expresamente requerido en el art. 3 de la Acción común, no toma en consideración la distorsión de la competencia, ni el peligro de daño económico a terceros que se pueda derivar de una incorrecta adjudicación o de una incorrecta ejecución de un contrato. Menos definida, bajo el punto de vista del bien jurídico protegido, es la opción penal prefigurada en la Convención del Consejo de Europa que hace referencia genéricamente a la necesidad de “proteger la confianza y la lealtad que son necesarias para la existencia de las relaciones privadas”. (Foffani, 2003, pp. 67 y 69)

3.2.2. Elementos del tipo objetivo.

Antes de entrar a examinar los elementos que integran la estructura típica, en su vertiente objetiva, debemos señalar que dada la forma en que quedó redactado el tipo penal nos encontramos frente a un ilícito de peligro concreto,¹³⁴ en la medida en que si bien, como veremos, no se exige la realización de un resultado empíricamente verificable, es necesario que la conducta por lo menos tenga la entidad suficiente para afectar el bien jurídico tutelado, que en este caso ha sido seleccionado por el legislador como el patrimonio de una sociedad, asociación o fundación.

Sobre dicha forma de legislar, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han pronunciado sobre el alcance de los mismos (delitos de peligro), y su utilidad para combatir las nuevas formas de criminalidad en lo que se denomina la actual sociedad de riesgo. Así, Martínez-Bujan explica:

Los delitos de peligro concreto exigen que la acción del sujeto activo cause un resultado consistente en la creación de un concreto peligro de lesión para el bien tutelado, o sea, en unas condiciones tales que quepa afirmar que dicho bien jurídico estuvo en una situación próxima de lesión, porque el objeto material o el sujeto pasivo entraron en el radio de acción peligrosa. (Martínez-Bujan, 2010, p. 88)

Igualmente, la Corte Constitucional, se ha referido al alcance del concepto *delito de peligro concreto* en los siguientes términos:

ii) Frente a los delitos de peligro abstracto, surgen los delitos de peligro concreto, en los cuales no basta con la realización de una conducta prohibida por el ordenamiento, sino que se requiere fundamentalmente la presencia de un elemento adicional: *que en el caso concreto, el juez determine si esa situación peligrosa prohibida por el tipo penal, efectiva y realmente ha generado un peligro próximo para el bien jurídico*¹³⁵. Urs Kindhäuser

sostiene que, mientras en los delitos de peligro abstracto falta la característica del peligro en el tipo, en los delitos de peligro concreto se exige la causación de un peligro para el bien jurídico. Peligro que se predica no de la actividad en sí misma, sino de las consecuencias que de ella se derivan¹³⁶. Es decir, se exige un resultado de peligro. (Corte Constitucional, Sentencia C-939, 2002)

a) Los sujetos activos y pasivos del delito

En la doctrina extranjera, el delito de corrupción privada ha sido definido como un ilícito de cohecho entre particulares (Navarro y Melero, 2011, p. 5), lo que implica que su realización se da por doble vía, dado que puede tratarse de un cohecho activo o de uno cohecho pasivo.

En el caso colombiano, el inciso primero del artículo 250A viene a regular lo que sería el cohecho activo de empleados, respecto del cual el tipo penal no exige una condición especial para el sujeto activo que despliega la conducta. Sin embargo, la conducta sí debe recaer en un sujeto con condiciones especiales exigidas por el tipo, pues debe tratarse de un directivo, de los administradores, empleados o asesores de una sociedad, asociación o fundación.

En este caso, hay que diferenciar dos cosas: la primera de ellas es que los sujetos con las condiciones especiales (directivo, administrador, empleado o asesor) no son los sujetos pasivos del delito sino de la conducta desplegada por el sujeto activo que recae en ellos; la segunda, es que el sujeto pasivo es la persona jurídica (sociedad, asociación o fundación) a la que deben pertenecer esas personas dotadas de las condiciones exigidas en el tipo penal, sujeto pasivo al que nos referiremos más adelante.

Por su parte, el inciso segundo regula el cohecho pasivo de empleados, comportamiento en el que el sujeto que despliega la conducta prohibida debe ser uno con las condiciones especiales exigidas en el tipo, a saber: directivo, administrador, empleado o asesor de una sociedad, asociación o fundación.

Anteriormente, en el capítulo segundo de este trabajo (2.2.1 *a*)), se hizo referencia al concepto de administrador, directivo, empleado y asesor, por lo tanto, no resulta necesario repetir nuevamente las nociones allí señaladas que con algunas distinciones puntuales —que pasaremos a señalar— aplican perfectamente a este caso, con el fin de determinar quiénes pueden ser sujetos activos del comportamiento en el caso del cohecho pasivo y frente a quiénes se ha de desplegar la conducta en el caso del cohecho activo.

Antes de continuar, resulta oportuno hacer algunas precisiones a lo que se dijo sobre aquellos conceptos, cuando se trató el tema del tipo penal de administración desleal, frente a su interpretación para el ilícito de corrupción privada.

La primera de ellas consiste en aclarar que cuando la norma hace referencia al directivo, como objeto sobre el que recae el comportamiento del sujeto activo (inc. 1) o como sujeto activo del delito (inc. 2), en el caso de las fundaciones y asociaciones debe tenerse en cuenta que para este tipo de entidades sin ánimo de lucro los órganos de dirección son la asamblea general de asociados y el concejo de fundadores. (Manual de entidades sin ánimo de lucro, 2013, p. 31).

Lo mismo ocurre con los órganos de administración, puesto que, cuando se trata de las asociaciones y fundaciones, se está haciendo referencia a la junta directiva, el concejo directivo o el comité ejecutivo.

En segundo lugar, aunque el artículo 250B hace referencia al concepto de administrador de hecho, el tipo penal de corrupción privada pasa por alto dicha noción, lo que en una aplicación estricta del principio de legalidad podría generar la imposibilidad de atribuir el delito a un sujeto que, no siendo administrador, pero actuando como tal, despliegue las conductas reprochadas en la norma.

En tercer lugar, y relacionado con dichos entes sin ánimo de lucro, es pertinente señalar que cuando el artículo 250A configuró los sujetos pasivos del comportamiento (sociedad, asociación o fundación) no se limitó, como lo hizo el artículo 250B, a proteger a través de la sanción del comportamiento a las personas jurídicas de derecho mercantil (sociedad), sino que amplió el radio de acción a dos entidades de las denominadas sin ánimo de lucro. Este tipo de entes son definidos de la siguiente manera:

Las entidades sin ánimo de lucro —ESAL— son personas jurídicas, capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones, de ser representadas judicial y extrajudicialmente, con sujeción a las disposiciones legales y a sus propios estatutos, las cuales nacen por voluntad de sus asociados o por la libertad de disposición de los bienes de los particulares, para la realización de fines altruistas, gremiales o de beneficio comunitario. (Manual de entidades sin ánimo de lucro, 2013, p. 21).

Esta clase de personas jurídicas, cuyo régimen general se encuentra en el artículo 633 del Código Civil, en el Decreto 2159 de 1995, en el Decreto 427 de 1996 y en el Decreto 59 de 1991, tienen además un respaldo en la Carta Política (arts. 38 y 39), en la que se garantiza la libertad de las personas para reunirse y desarrollar actividades desprovistas del ánimo de lucro.

Que dichas personas jurídicas no persigan un ánimo de lucro, significa que su objetivo no está trazado por el reparto de las utilidades entre sus asociados, obtenidas en desarrollo de su objetivo

social. Lo que buscan es “engrandecer su propio patrimonio, para el cumplimiento de sus metas y objetivos que, por lo general, son de beneficio social, bien sea encaminado hacia un grupo determinado de personas o hacia la comunidad en general” (Gaitán, 2014, pp. 7-8).

Este tipo de personas jurídicas se clasifican normalmente en atención a las actividades que desarrollan y pueden adoptar cualquiera de las modalidades previstas en la ley, entre ellas:

- Fundación
- Corporación o Asociación
- Entidades de Naturaleza Cooperativa
- Iglesias y confesiones religiosas
- Fondos de Empleados
- Sindicatos
- Partidos y movimientos políticos
- Cámaras de Comercio
- Propiedades Horizontales
- Cajas de Compensación Familiar
- Juntas de Acción Comunal
- Asociaciones de Pensionados (Manual de entidades sin ánimo de lucro 2013, p. 27)

Algunas de las entidades sin ánimo de lucro que se clasifican en atención a su actividad son:

- ***Gremiales:*** conformadas por personas de una misma profesión u oficio.
- ***De beneficencia:*** creadas para ayudar a las personas de bajos recursos.
- ***De profesionales:*** conformadas para generar beneficios a una línea específica de profesionales.
- ***Juveniles:*** creadas para desarrollar actividades con la juventud que promuevan su desenvolvimiento en la sociedad.
- ***Sociales:*** creadas para la diversión y el esparcimiento de la sociedad o un sector de ésta. Actúan muchas veces bajo la figura de clubes sociales.
- ***De bienestar social:*** creadas para promover una mejor manera de vivir en comunidad.
- ***Democráticas y participativas:*** creadas para promover mecanismos de democracia y participación en los diferentes escenarios de la gestión pública.
- ***Cívicas y comunitarias:*** creadas para promover el desarrollo armónico del individuo en la sociedad.
- ***De egresados:*** creadas por egresados de un establecimiento educativo, para generar bienestar y solidaridad entre ellos.
- ***De ayuda a indigentes, drogadictos e incapacitados:*** creadas para ayudar a la rehabilitación social de personas que por sus condiciones son rechazadas en la sociedad.

- ***Agropecuarias y de campesinos:*** constituidas por quienes adelantan actividades agrícolas, pecuarias, forestales, piscícolas, avícolas, con el objetivo de satisfacer los intereses de sus asociados y contribuir al desarrollo del sector rural. (Gaitán, 2014, p. 9)

Centrándonos en las personas jurídicas a las que el tipo penal se refiere como sujetos pasivos del delito, esto es fundaciones y asociaciones, hay que señalar:

La fundación, como persona jurídica sin ánimo de lucro, “cuyo objetivo es propender por el bienestar común (...) surge de la destinación que haga su fundador o sus fundadores de unos bienes o dineros preexistentes para la realización de unas actividades que, según su sentir, puedan generar bienestar social” (Gaitán, 2014, p. 10); y dado que su naturaleza es patrimonial, existe mientras subsista su patrimonio.

La asociación, también denominada corporación, "nace de la voluntad de varios asociados o corporados (...) y que tiene como finalidad ofrecer bienestar físico, intelectual o moral, a sus asociados y/o a la comunidad en general” (Gaitán, 2014, p. 10). Surge con la voluntad de un mínimo de dos constituyentes o asociados fundadores y “existe mientras sus asociados lo hagan, o hasta cuando éstos decreten la disolución de la misma, o cuando la reducción del número de asociados conlleve su disolución” (Gaitán, 2014, p. 11).

Lo que llama la atención en el ilícito de corrupción privada es que, a diferencia de la estructura típica del ilícito de administración desleal (art. 250B), el legislador haya querido ampliar el radio de atribución de la conducta delictiva desplegada sobre personas pertenecientes a esas dos específicas entidades sin ánimo de lucro (fundaciones y asociaciones), o como autores del ilícito, limitando dicha conducta únicamente a esos dos tipos de entes, cuando la legislación prevé otro tipo de personas jurídicas que no tienen fines lucrativos y que ameritan igual protección.

Bastaba con que el legislador se hubiera referido genéricamente a los entes sin ánimo de lucro, sin necesidad de hacer referencia específica a las asociaciones y fundaciones.

b) Conductas reprochadas y elementos normativos del tipo

Las conductas censuradas o verbos rectores del comportamiento, en el caso del cohecho activo de empleados (inc. 1), son alternativos y consisten en prometer,¹³⁷ ofrecer¹³⁸ o conceder¹³⁹ dádivas o cualquier beneficio no justificado.

En el caso del cohecho pasivo de empleados (inc. 2), las conductas son igualmente alternativas y consisten en recibir,¹⁴⁰ solicitar¹⁴¹ o aceptar¹⁴² dádivas o beneficios no justificados.

Tal y como quedó estructurado el tipo penal —esto es, en dos incisos separados se regula el cohecho activo privado y el cohecho pasivo privado— se trata de un ilícito de peligro concreto, tal como advertimos al principio de este acápite. Esto implica que, en cierta medida, se siguió la estructura del tipo penal de corrupción privada del Código Penal alemán, lo que significa que el tipo penal se realiza con la solicitud u ofrecimiento de la dádiva o beneficio injustificado, con las condiciones que a continuación señalaremos, independientemente de si la otra parte acepta el negocio (Kindhäuser, 2007, p. 8).

En ambos casos, el tipo penal utiliza elementos normativos como son los conceptos “dádiva”, “beneficio” y “no justificado”. Así, como lo señala Roxin en su segunda edición de Derecho Penal parte General (1997, pp. 305-306), será función del juez precisar si en determinado caso el objeto del ofrecimiento, promesa, concesión (inc. 1º) o de solicitud, recibimiento o aceptación (inc. 2º) lo constituye una dádiva o beneficio no justificado:

Una importante distinción que afecta a todos los tipos y pertenece por tanto a la Parte General es la división entre elementos descriptivos y normativos, que ha tenido gran importancia para la delimitación entre tipo y antijuridicidad y para el desarrollo de la concepción hoy dominante del tipo como tipo (clase) de injusto (cfr. nm. 10 ss.). Tal distinción también es importante para la teoría del dolo, porque los elementos descriptivos requieren una percepción sensorial, y en cambio los normativos, una comprensión espiritual. (...) Tradicionalmente se entiende por elementos descriptivos aquellos que reproducen determinados datos o procesos corporales o anímicos y que son verificados de modo cognoscitivo (cognitivo) por el juez. En cambio, son normativos todos los elementos cuya concurrencia presupone una valoración. (Roxin, 1997, p. 305-306)

Consideramos que por dádiva deben entenderse regalos, obsequios, atenciones, etc., así como cualquier beneficio de tipo corpóreo.

Por beneficio debemos entender cualquier utilidad incorpórea, pues de lo contrario estaríamos ante la presencia de una dádiva, que represente una ventaja o algún significado para quien se busca beneficiar con el mismo; así, pueden ser beneficios económicos, personales o laborales.

En ambos casos, debe tratarse de ventajas no justificadas, esto implica que debe tratarse de daciones indebidas, lo que sugiere que “no deben estar previstas en ninguna norma”. (Molina, 2005, p. 269).

Respecto de los elementos normativos del tipo, la doctrina, al encargarse del estudio del ilícito de cohecho de funcionario público, ha señalado que lo que se da o promete tiene que tener alguna entidad, por lo cual, quedan excluidos los regalos de simple cortesía (Molina, 2005, p. 270). Será muy importante, entonces, que cada sociedad o los órganos encargados de la inspección, vigilancia

y control fijen políticas y reglas claras sobre regalos, invitaciones y patrocinios, como algunas empresas a nivel mundial lo hacen. Para referir algunos ejemplos, Eaton cuenta con una política a nivel mundial sobre regalos e invitaciones,¹⁴³ igualmente la tienen Pepsi y Philip Morris International,¹⁴⁴ entre otras.

Creemos que la dádiva o el beneficio capaz de configurar el tipo penal no puede ser de cualquier índole, pues estando en presencia de un tipo penal de peligro concreto no basta el ofrecimiento, promesa o concesión, solicitud, aceptación o recibimiento de cualquier ventaja.

Igual criterio tiene algún sector de la doctrina extranjera, que entiende que no cualquier dádiva es susceptible de estructurar el comportamiento señalado.

Es evidente, que no todo regalo, incentivo o ventaja que recibe el encargado o empleado puede repercutir directamente en una mejora para su empresa. Por ejemplo, dejar de aceptar una entrada para un partido de fútbol o para ir al teatro como regalo del proveedor no sería exigible y no tendría sentido porque no redundaría directamente en beneficio de la empresa. Incluso en Alemania, pese a la considerable amplitud empleada en la redacción del precepto que regula la corrupción en las relaciones comerciales, existe en la doctrina un amplio consenso a favor de entender que los incentivos (Zuwendungen) considerados socialmente adecuados no cumplen los presupuestos del § 299 StGB⁴⁴. La adecuación social se maneja en aquel país de forma claramente más amplia en la corrupción privada que en la pública, siendo suficiente para excluir la tipicidad con que el incentivo sea lo bastante insignificante como para que el sujeto que lo recibe no se sienta obligado frente a quien se lo ofrece. También el BGH utiliza el principio de adecuación social para delimitar el concepto de ventaja o incentivo penalmente relevante⁴⁵. (Bolea, 2013, p. 16)

Además, si tomamos como referente el tipo penal de corrupción privada que sirvió de modelo al actual tipo penal colombiano —según el proyecto de ley que culminaría siendo el estatuto anticorrupción vigente es el tipo penal consagrado en el artículo 283 bis del Código Penal español a través de la L.O 5/2010— podemos ver que existen dos diferencias sustanciales con referencia a nuestro ilícito que reafirman la idea que la dádiva o el beneficio al que se refiere el artículo 250A no puede ser de cualquier naturaleza. Así, mientras el artículo 283bis utilizaba la expresión “ventaja de cualquier naturaleza no justificada”, nuestro tipo penal hace alusión a “dádiva o cualquier beneficio no justificado”; expresiones que difieren, pues cuando el artículo 250A hace referencia a cualquier beneficio, se está refiriendo a que el objeto de ofrecimiento no es de tipo eminentemente económico.

Por otro lado, el numeral 3º del artículo 283bis dispone que para la dosificación de la pena el juez deberá tener en cuenta la cuantía del beneficio o el valor de la ventaja. Lo que significa que cualquier ventaja era susceptible de estructurar el ilícito, y la cuantía solo era un criterio de dosificación de la pena. En el caso del artículo 250A, el juez deberá tener en cuenta la naturaleza de la dádiva o el beneficio a efectos determinar la tipicidad de la conducta.

c) Elementos subjetivos del tipo distintos del dolo:¹⁴⁵

El tipo penal (inc. 1º) exige que las conductas desplegadas se lleven cabo con un propósito especial: que el sujeto activo de la conducta, o un tercero respecto de quien el autor tenga interés, obtenga una ventaja que, recíprocamente, tenga la potencialidad de comportar un daño a la sociedad a la que pertenece el administrador, directivo, empleado o asesor de la persona jurídica frente a quien se despliega el comportamiento desaprobado.

En el caso del inciso 2º, basta con que la conducta le ocasione un daño a la persona jurídica a la que pertenece el sujeto que hace la solicitud, recibe o acepta la dádiva o el beneficio; es decir, la conducta no requiere de un propósito especial.

El perjuicio al que se refiere el tipo penal, aunque la norma no expresa en qué consiste, dada la ubicación del ilícito, hay que entenderlo como un menoscabo al bien jurídico patrimonio económico.

En el caso del inciso 1º, la ventaja que se propone obtener el autor debe ser correspondiente con un detrimento patrimonial para la sociedad a la que pertenezca el sujeto en quien recae la conducta desplegada por el autor.

En el caso del inciso 2º, la conducta del autor, independientemente de que le comporte un beneficio al sujeto objeto de la conducta (solicitar, recibir, aceptar), debe tener la potencialidad de producir un daño patrimonial a la persona jurídica representada por el autor del delito o para la que presta sus servicios laborales o profesionales.

d) Problemas del tipo penal

Dos cuestiones surgen en torno a la forma en la que quedó redactada la norma que sanciona lo que el legislador denomina corrupción privada.

La primera de ellas tiene que ver con el propósito especial que la norma exige, encaminado a que la conducta desplegada sea una fuente potencial de detrimento patrimonial para la sociedad.

Entendemos que existen razones de peso para tutelar el patrimonio de las personas jurídicas protegidas, cuando el funcionario perteneciente al ente ficto —a quien está sujeto en virtud de unos

deberes de lealtad, buena fe y fidelidad, y en el caso de los administradores y directivos, de buen hombre de negocios— vende, precisamente, esos deberes con el propósito de enriquecerse a costa de un daño para la sociedad. Piénsese en el administrador que vende su función y traiciona sus deberes para con la persona jurídica, otorgando un contrato o comprando mercancías a un sujeto que las ofrece a mayor precio que otros oferentes del mercado. En este caso es claro el daño a la sociedad, producto de la intención personalista que persigue el sujeto activo del delito.

Sin embargo, nos preguntamos ¿qué ocurre cuando los deberes se venden en atención a un propósito personal, pero la conducta potencialmente no tiene la intención de causar un daño a la persona jurídica, sino de beneficiarla?

Los múltiples estudios existentes sobre la corrupción enseñan que el fenómeno se rechaza a nivel mundial debido a las consecuencias que de ella se derivan, no solo en el sector público sino también en el privado, en el que los comportamientos antiéticos en el mundo de los negocios, independientemente del fin perseguido, acarrearán secuelas.

Al respecto, Argandoña explica las razones por las que la corrupción, incluso realizándose en beneficio de la empresa, genera consecuencias negativas.

Las empresas tienen muchas razones para rechazar la corrupción, aunque se lleve a cabo en (presunto) beneficio de la empresa: tiene altos costes directos (desde multas hasta penas de prisión) e indirectos; suele reducir la transparencia (obligando a la falsedad contable y fiscal); los riesgos que lleva consigo pueden ser grandes y, a menudo, de difícil valoración, porque se escapan de su control. Y, en fin, deteriora la reputación de la empresa y su capacidad de supervivencia y su rentabilidad futura.

Además, incurrir en actuaciones corruptas es una estrategia equivocada. La ventaja competitiva que puede adquirir la empresa corrupta (por ejemplo, aumentando sus ventas mediante sobornos) es poco sostenible y muy costosa. Descuidar sus ventajas duraderas, basadas en calidad, innovación o servicio, para pasarse a otras mucho más endeble y cuyo mantenimiento puede ser crecientemente costoso, suele ser síntoma de falta de calidad en la dirección. Una conducta que puede ser económicamente rentable cuando se practica por primera vez —por ejemplo, cuando se responde a una extorsión—, deja de serlo cuando el juego es repetido —cuando hay que practicar habitualmente la corrupción— y cuando el entorno se adapta a la nueva situación —cuando la extorsión se extiende.

Sobre todo, la corrupción genera graves problemas sociales y morales. Los empleados que se ven forzados a participar en ella ven lesionada su dignidad y su integridad moral. La confianza se resiente. Algunos querrán aprovecharse (por ejemplo, intentando desviar en beneficio propio algunas de las cantidades que pasan por sus manos, o chantajeando a la dirección); otros manifestarán su disconformidad con actitudes de absentismo, bajo rendimiento, falta de iniciativa, etc., y si la corrupción arraiga, es probable que los mejores abandonen la empresa. (Argandoña, 2007, p. 6)

La segunda cuestión tiene que ver con lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 250A, relacionado con el incremento de pena en atención al resultado efectivamente producido. El problema que se presenta aquí, en nuestro entender, es que el inciso tercero termina tipificando nuevamente el ilícito de administración desleal con una pena más alta que la dispuesta en el artículo 250B.

En efecto, pensemos en el administrador que solicita una dádiva para otorgar un contrato de suministro de mercancías, a un precio muy inferior a lo que las mismas cuestan, y termina

obligando a la sociedad frente a un tercero, pero con un claro perjuicio para el patrimonio de la empresa.

Sin embargo, el hecho que el inciso 3° del artículo 250A sancione con una pena más elevada un caso como el puesto de presente, en relación a cómo quedaría sujeto si se aplicara el artículo 250B, no significa que ese sea el criterio a seguir.

En este caso nos encontramos frente al denominado concurso aparente de conductas punibles, que debe resolverse por el criterio de especialidad. Así lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 24 de noviembre del 2010:

Cuando un comportamiento se adecúa de manera sincrónica a dos o más tipos penales (multiadecuación típica) hay presencia de la figura denominada concurso aparente de delitos, que impone acudir a alguna de las soluciones planteadas por la jurisprudencia y la doctrina a fin de evitar la vulneración del principio *non bis in idem*. Tales soluciones corresponden a los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad. En virtud del primero, que interesa a este asunto, la ley especial deroga la ley general (*lex specialis derogat legi generali*), dado que uno de los tipos concursantes contiene todos los elementos del otro, pero además, se ocupa de otros aspectos, en cuanto tiene mayor riqueza descriptiva, sin que sea necesario que haya una relación de género a especie entre los dos (hurto simple y hurto calificado, por ejemplo), o que se trate de un tipo especial respecto de uno básico (v.g. homicidio por piedad y homicidio simple) o que ambos protejan el mismo bien jurídico tutelado (abuso de la función pública y prevaricato, por ejemplo). En efecto, bien puede ocurrir que los tipos concursantes no tengan una relación de género a especie o de tipo especial a tipo básico y que ni siquiera protejan el mismo bien jurídico, como puede ocurrir, por ejemplo, entre los delitos de sedición y porte ilegal de armas, los

cuales protegen diversos bienes jurídicos, esto es, el régimen constitucional y legal el primero, y la seguridad pública el segundo, delitos que pueden concursar aparentemente, de modo que la solución para no quebrantar el principio *non bis in idem* supone la aplicación del principio de especialidad, pues los elementos del segundo están incluido en los del punible sedición. (Corte Suprema de Justicia, Exp. 34482, 2010)

En un caso como el planteado, no puede presentarse un concurso material entre los artículos 250A y 250B, pues se trata de ilícitos que protegen el mismo bien jurídico y resultaría vulnerado el principio del *non bis in ibidem*.

Sin embargo, conforme al criterio de especialidad, la pregunta que surge es ¿cuál de los dos tipos penales es el que contiene una mayor composición descriptiva? En nuestro criterio, la cuestión no resulta fácil, pues ambos terminan siendo actos de deslealtad societaria por defraudación a los deberes que incumben a quien los viola y que, además, terminan causando un daño patrimonial a la sociedad. No obstante, no es diáfano cuál de los dos comporta una mayor riqueza descriptiva.

3.2.3. Elementos del tipo subjetivo.

Se trata de un tipo penal cuya comisión únicamente puede ser a título de dolo. En nuestro criterio, basta con un dolo eventual del autor, de que su conducta tiene la capacidad suficiente para ocasionar un detrimento a la persona jurídica representada ya sea por el sujeto que despliega la conducta prohibida (inc. 2º) o frente a quien se realiza dicha conducta.

En el caso regulado por el inciso primero, será suficiente que el autor prevea que la promesa, ofrecimiento o concesión que se realiza con el propósito de obtener un beneficio, para él o un

tercero, está en la capacidad de generar un detrimento patrimonial en la persona jurídica para la que el sujeto que es objeto de dicho ofrecimiento presta sus servicios.

En el caso previsto en el inciso segundo, bastará con que el sujeto activo prevea que su comportamiento es suficiente para ocasionar un daño de carácter patrimonial a la sociedad para la que labora o presta sus servicios.

3.3. Consideraciones generales sobre el fenómeno de la corrupción y particular importancia del combate a este fenómeno en el sector privado. Discusión en torno a la tipificación de la corrupción como conducta punible.

Antes de entrar a debatir la pertinencia de llevar al ámbito penal un comportamiento catalogado como corrupción entre particulares, corrupción privada, o corrupción en los negocios, es importante hacer referencia al movimiento internacional que se ha generado en torno a dicho fenómeno, pues más que ser un delito la corrupción, tanto pública como privada, se presenta como un problema silencioso con amplias repercusiones sociales, económicas y políticas. De hecho, Ziouvas (2003, p. 1) señala que el término corrupción no es una expresión jurídica, sino que es utilizada en las ciencias sociales, aunque frecuentemente se emplea como sinónimo para los delitos de cohecho activo o pasivo.

Justamente, sobre el término corrupción, Arjona (2002) destaca que no existe un consenso en torno a su alcance y, también, que existen tantas definiciones que su significado depende de la perspectiva desde la que se aprecie el fenómeno:

Si bien desde hace siglos la reflexión en torno a la corrupción ha formado parte del pensamiento de occidente, el significado del término *corrupción* no ha sido siempre el

mismo. Se trata de un concepto que está revestido de cierta ambigüedad, ya que aquello que una sociedad llama ‘corrupto’ depende de su legislación, sus códigos morales y éticos, su sistema político y las ideas que se han formado históricamente en torno a ‘lo público’. Este carácter ambiguo del concepto ha llamado la atención de un buen número de teóricos, de modo que en la extensa literatura sobre corrupción son muchos los estudios que tratan el problema de las definiciones del concepto, hasta tal punto que actualmente se afirma que “hoy [son] innumerables las definiciones que se han propuesto para caracterizar la corrupción” (Malem 1997). Si imaginamos el fenómeno como un prisma, cada una de estas definiciones estaría mostrando una de sus caras: en algunos casos se hace énfasis en el carácter moral de las prácticas corruptas; en otros, en su papel como parte del sistema político; algunas definiciones se centran en la ilegalidad de las acciones; otras en su dimensión cultural. (Arjona, 2002, p.4)

Sin embargo, la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito —UNODC, por sus siglas en inglés— considera que se trata de un problema de diversa índole con nefastas consecuencias:

La corrupción es un complejo fenómeno social, político y económico que afecta a todos los países del mundo. En diferentes contextos, la corrupción perjudica a las instituciones democráticas, desacelera el desarrollo económico y contribuye para la inestabilidad política. La corrupción destruye las bases de las instituciones democráticas al distorsionar los procesos electorales, socavando el imperio de la ley y deslegitimando la burocracia. Esto causa la ajena a los inversionistas y desalienta la creación y el desarrollo de empresas en el país, que no pueden pagar los “costos” de la corrupción. El concepto de corrupción es amplio. Incluye soborno, fraude, apropiación indebida u otras formas de desviación de recursos por un funcionario público, pero no es limitado a ello. La corrupción también

puede ocurrir en los casos de nepotismo, extorsión, tráfico de influencias, uso indebido de información privilegiada para fines personales y la compra y venta de las decisiones judiciales, entre varias otras prácticas. (<http://www.unodc.org/lpo-brazil/es/corruptcao/>)

Concepción que es ratificada en el Preámbulo de la UNCAC.¹⁴⁶

Por su parte Argandoña (2007) señala que “La corrupción es un grave problema humano, social, político, económico y ético, sobre todo en los países de desarrollo”, agregando que el combate contra dicho fenómeno “es un deber de los gobiernos, de los ciudadanos y los medios de comunicación y también de las empresas” (p. 3). Especialmente en el ámbito empresarial el fenómeno representa una preocupación, dado que:

Para estas constituye una responsabilidad interna, en primer lugar porque afecta la cultura de la empresa, a su rentabilidad y a su misma capacidad de supervivencia, así como a sus accionistas, directivos y empleados, a sus clientes y proveedores. Y también en una responsabilidad externa, porque la empresa tienen unos deberes respecto de la sociedad civil y los ciudadanos (Argandoña, 2007, p. 3).

Por otra parte, aunque se le suele vincular con el sector público, en palabras de Bolea (2013, p. 4), la corrupción no es un problema exclusivo de este ámbito, pues los grandes escándalos ocurridos en los últimos años alrededor de los mercados financieros y empresas privadas, incluyendo organizaciones sin ánimo de lucro, han generado desconfianza y repugna en los ciudadanos y en las instancias gubernamentales, debido a las consecuencias que ella (la corrupción) ocasiona para el funcionamiento del mercado (Carbajo, 2008, p. 196).

Precisamente, a raíz de la identificación de las causas y consecuencias de la corrupción, actualmente la lucha contra dicho fenómeno, tanto en el sector público como en el sector

privado,¹⁴⁷ abarca la atención de los gobiernos y de la academia, especialmente en dos ámbitos: *i*) La prevención del fenómeno y de las distintas causas que se consideran generadoras de corrupción y *ii*) La sanción de los comportamientos catalogados como tales. En este segundo frente, una de las vías más utilizadas es la implementación de normas que sancionan ciertos comportamientos calificados como delictivos por su gravedad e impacto colectivo, aspecto en el que nos centraremos.

Así, son diversos instrumentos internacionales los que se han ocupado de señalar directrices, consejos, políticas y recomendaciones a los Estados, para hacer frente a tan pernicioso mal social:

- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.
- Convención de lucha contra el soborno internacional.
- Convención interamericana de lucha contra la corrupción.
- El Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las comunidades europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (adoptado en 1997);
- Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa (adoptado en 1998).
- Convenio Civil sobre la Corrupción del Consejo de Europa (adoptado en 1999).
- Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, adoptada en 2003 por 33 miembros africanos.
- Declaración de Johannesburgo para el Desarrollo Sostenible de 2002.

- El Consenso de Monterrey de 2002,
- La Declaración de París para la Efectividad de la Ayuda de 2005.
- Protocolo de la Comunidad del África Meridional para el Desarrollo contra la Corrupción (SADC).
- Plan de Acción contra la corrupción del Banco Asiático de Desarrollo (BAD) y la OCDE para Asia y el Pacífico. (UNODC, 2014, pp. 35-47)

Siguiendo esta orientación mundial, tan solo hace cuatro años, Colombia actualizó lo que desde el año 1995 (L. 190) era una política criminal clara del Estado en la lucha contra el fenómeno de la corrupción en el sector público y dictó así en el 2011 el vigente estatuto anticorrupción (L. 1474), que contiene distintas herramientas para la prevención y represión de actos de dicha naturaleza, con una novedad consistente en ampliar la lucha contra dicho fenómeno tipificando un delito autónomo de corrupción en el sector privado.

Es importante tener en cuenta que la preocupación por el combate al fenómeno de la corrupción a nivel mundial se intensificó a partir del año 2004, con la inclusión de un décimo principio en el Pacto Global de líderes,¹⁴⁸ quienes enviando un fuerte mensaje señalaron que “el sector privado comparte la responsabilidad de eliminar la corrupción” (Transparencia Internacional, sf, p. 2).

Por ello, la adopción del décimo principio compromete a los participantes del Pacto Global no solamente a evitar el soborno, la extorsión y otras formas de corrupción, sino también a desarrollar políticas y programas concretos para abordar el tema de la corrupción. El desafío es que las empresas se unan a los gobiernos, a las agencias de la ONU y a la sociedad civil para crear una economía global más transparente y libre de corrupción

Al efecto, Transparencia Internacional ha señalado cuatro razones fundamentales y concretas por las que las empresas, grandes y pequeñas, deben asegurarse de evitar y eliminar las prácticas corruptas:¹⁴⁹

- **Riesgo legal:** Todo el tiempo existen riesgos legales sin importar la forma que adopte la transacción corrupta. Cada vez en mayor medida, la mayoría de las formas de corrupción son ilegales

- **Riesgo reputacional:** Las empresas cuyas políticas y prácticas no tienen altos estándares éticos, o no le dan importancia al cumplimiento de las leyes, están expuestas a riesgos de reputación. Generalmente es suficiente ser acusado de mala práctica para dañar la reputación de una empresa, aún cuando un tribunal determine que no se involucró en prácticas corruptas. Además, no es suficiente declarar que otras empresas y competidores actuaron de la misma manera.

- **Costo financiero:** En la actualidad hay clara evidencia de que en muchos países la corrupción aumenta en un 10 por ciento los costos de los negocios y que aumenta un 25 por ciento el costo de la adquisición pública

- **Exposición al chantaje:** Al involucrarse en prácticas de corrupción, los dirigentes de las empresas se exponen al chantaje. En consecuencia se arriesga la seguridad del personal, de la planta y de otros activos. (Transparencia Internacional, sf., pp. 4-5)

Transparencia Internacional considera, además, que la mejor forma de administrar una empresa es ser responsable y transparente en todas las transacciones, pues así se minimizan los riesgos de involucrarse en prácticas corruptas como el soborno, independientemente de que se califiquen o no como delictivas, pues la ausencia de una norma penal que sancione un particular acto de

soborno o corrupción no significa que la misma sea aceptable. Así, el simple hecho de que las empresas cuenten con una licencia social para operar las hace actores cívicos responsables obligados a actuar con integridad y responsabilidad, respetando la letra y el espíritu de la ley (Transparencia Internacional, 2009, p. 43).

A pesar de que existe un amplio consenso sobre la necesidad de hacer frente a tan perniciosa plaga, como señalamos al comenzar este capítulo, no hay un concepto claro y unívoco sobre el término corrupción, especialmente en el campo jurídico donde existen diversos ordenamientos que ya han tipificado un delito denominado de esa forma.

En nuestro criterio, haciendo un análisis profundo de la literatura que existe —a pesar de compartir las consideraciones sobre las consecuencias corrosivas de la corrupción, no solo en el sector público sino también en el privado, el que creemos que comparte una enorme responsabilidad¹⁵⁰ para hacer frente a los males dejados por comportamientos que acarrearán gran parte de los problemas que generan desigualdad, concentración de la riqueza y abuso del poder— consideramos que la corrupción privada en el campo jurídico penal está integrada por una serie de comportamientos que se presentan principalmente en el ámbito empresarial y que son producto de una inobservancia de las reglas éticas de los negocios.

Es decir, en nuestro criterio no podemos calificar la corrupción privada como un hecho delictivo autónomo, sino como una serie de actos que constituyen comportamientos delictivos de diferente índole. En este sentido, seguimos el criterio del profesor Kindäuser, quien al respecto ha considerado:

La corrupción, como tal, no es un delito autónomo y, por consiguiente, tampoco puede formularse un tipo penal general del delito de corrupción. Corrupción es, más bien, una determinada forma de

agresión con la que se puede vulnerar los más distintos intereses penalmente protegidos. Los delitos de corrupción pueden dirigirse contra diversos bienes jurídicos. Por lo tanto, lo determinante para la legitimidad de la pena estatal es la circunstancia de que el autor ha puesto en peligro o lesionado por la vía de la corrupción un bien digno de protección. (Kindhäuser, 2007, p. 2)

No desconocemos que el fenómeno de la corrupción se presenta como un mal que necesita ser combatido por la vía penal, pero no compartimos la idea que el fenómeno esté vinculado a un solo hecho delictivo calificado bajo ese *nomen juris*, sino que se trata de una diversidad de actos ilícitos vinculados al ámbito empresarial, del cual se derivan precisamente todas esas consecuencias negativas que los múltiples estudios han identificado.

Aunque Transparencia Internacional ha dado un concepto general del término corrupción, entendida esta como “el mal uso del poder encomendado para obtener beneficios privados” (Cetina, 2014, p. 3), al analizar cómo se presenta el fenómeno en el sector privado, veremos que el mal uso del poder con la finalidad de obtener beneficios puede ser desplegado a través de diversas formas, unas ya castigadas como delitos, otras no, y que son diversos los criterios que existen para trazar un concepto de corrupción y de corrupción privada, no siendo posible acoger ninguno de ellos como verdad absoluta, pero tampoco como pacífico para atarlo al concepto de corrupción como delito.

Empero, la mayoría de aquellos criterios nos permiten sustentar la idea que la corrupción no es una conducta delictiva, sino que por el contrario se presenta como una amplia gama de actos delictivos que pueden ser denominados actos de corrupción, y que permitirían consagrar un capítulo específico en el Código Penal destinado a agruparlos a todos.

Argandoña estima que la corrupción es el “abuso de una posición de confianza para la obtención de un beneficio deshonesto”. Sin embargo, el autor cree que:

Las formas de corrupción son muchas y no muy bien definidas, porque el fenómeno es complejo y cambiante. Las más típicas son el soborno (...) y la extorsión (...) algunas formas de comisiones, regalos pueden ser plenamente aceptables, pero pueden también catalogarse como corrupción si llegan a influir en la decisión del que los recibe. El fraude, la malversación y el desfalco no son corrupción, en sentido estricto, pero la acompañan frecuentemente, y suelen incluirse también entre las prácticas corruptas, lo mismo que el nepotismo, el clientelismo, el favoritismo, el uso indebido de influencias, el abuso del poder, la financiación ilegal de partidos políticos y el uso incorrecto de información privilegiada. (Argandoña, 2007, p. 3)

Carbajo considera que la corrupción privada “es una desviación fraudulenta o abusiva de potestades de control y decisión en la empresa privada que genera conflictos de intereses dentro del sector privado” (2008, p. 197).

Para Madrigal la corrupción privada, también llamada corrupción corporativa, puede entenderse como:

Todas aquellas conductas relacionadas con el tráfico de influencias, el pago de sobornos o la alteración de las condiciones en que se desenvuelve el mercado. Dentro de esa definición cabrían los pagos hechos para lograr ventajas sobre otras empresas, los premios dados a los ejecutivos de consorcios competidores, el pago de comisiones, el ofrecimiento de prebendas a funcionarios públicos, etc. (Madrigal, 2003, pp. 20-21)

Nieto considera que en su sentido más amplio la corrupción en el sector privado se identificaría con:

Cualquier tipo de soborno que se produzca fuera del sector público y comprendería por tanto desde la corrupción en actividades deportivas hasta la corrupción de distintos profesionales, pasando por la concesión de ventajas indebidas a empleados o directivos de una empresa en el transcurso de sus actividades profesionales, con la finalidad de que incumplan sus obligaciones. (Nieto, 2003, p. 24)

Ziouvas cree que la corrupción en el sector privado “se hace notar por medio de una amplia criminalidad que la acompaña” (2003, p. 3) siendo uno de los delitos representativos de ella, aunque no el único, la administración desleal.

Por su parte, Bolea afirma que si entendemos la corrupción como “un fenómeno que altera el normal funcionamiento de las instituciones”, entonces “la corrupción privada tiende a explicarse como aquella forma de corrupción que viene a alterar el normal funcionamiento de las relaciones comerciales” (2013, p. 10).

Sánchez Bernal cree que el término corrupción sigue siendo “un concepto jurídico indeterminado” y que “bajo este *nomen iuris* se encuadrarán conductas que poseen naturaleza muy diversa, de carácter público y privado, social y personal” (2010, p. 2), y citando a José Antonio Zarzalejos, señala que:

La corrupción privada consiste fundamentalmente en la apropiación indebida de recursos privados en las sociedades mercantiles mediante grandes operaciones de “ingeniería financiera” que se realiza aprovechando la ausencia de controles y la deficiencia en las distintas legislaciones que no se encuentran adaptadas a las complejas relaciones económicas de la actualidad. (Sánchez, 2010, p. 10)

Finalmente, el propio Kindhäuser da un concepto general de corrupción, entendida esta como “la vinculación contraria a intereses de una ventaja con el ejercicio de un poder de decisión transferido”. Y explica este concepto a partir de los elementos que de él se desprenden así:

a) Corrupción requiere, en primer lugar, una relación trilateral. A una persona se le debe haber confiado la tarea de actuar en interés de un tercero. Debe ser, como ya se dijo, encargado de un tercero. Además, para que la corrupción valga la pena, el encargado debe por lo general ser una persona que pueda tomar decisiones de cierto peso. En primera línea hay que pensar aquí en decisiones y actuaciones jurídicamente relevantes. Debe haber también una persona que pueda otorgar una ventaja. Si bien esta persona es, por lo general, el afectado por la decisión, puede perfectamente ser un tercero ajeno por completo.

b) En la definición propuesta, el concepto de ventaja no se refiere necesariamente a un beneficio financiero. Por contrario, todo lo que pueda motivar a un ser humano, puede también entrar en consideración como ventaja.

c) Para que exista corrupción, el otorgamiento de la ventaja debe estar referido a una posición de deber del encargado. Quien luego de un partido invita una cerveza a un policía que juega fútbol en su tiempo libre, no comete corrupción alguna. Importante es además que la relación entre la posición de deber y la ventaja sea indebida y, por tanto, lleve al encargado a una incompatibilidad de intereses. (Kindhäuser, 2007, p. 6)

Pero considera que la corrupción también puede presentarse en el ámbito económico, a partir de un abuso de poder de decisión “para la consecución de ventajas inconexas” (Kindhäuser, 2007, p. 11), solo que en éste ámbito debe considerarse como “un ataque específico al patrimonio” (p. 12), dado que el interés afectado es menor que si se tratara del ámbito de la administración pública; así, considera Kindhäuser que teniendo en cuenta que “el campo principal de la corrupción económica

es la competencia, el daño a los competidores perjudicados se encuentra normalmente en ganancias no alcanzadas” (p. 12).

Son entonces diversos los criterios para llegar a un concepto uniforme del término corrupción, tanto en un sentido genérico como en un sentido estricto de corrupción privada. Sin embargo, partiendo de un análisis de ellos, al igual que de las diversas legislaciones que han tipificado la conducta, y de los instrumentos internacionales que se han ocupado de la necesidad de legislar en el ámbito penal en este tema, encontramos que aterrizado el concepto al campo jurídico penal, al mismo se le ha vinculado con la solicitud, aceptación, ofrecimiento o concesión de sobornos, entendidos estos como la entrega de algo con la finalidad de obtener una ventaja en el ámbito de una relación económica.

No obstante, no es la entrega u ofrecimiento de ventajas en cualquier escenario, sino en el ámbito societario (tanto mercantil como no mercantil),¹⁵¹ como impulsor de la economía de un país.

Justamente, de la revisión al principal instrumento a nivel internacional de lucha contra la corrupción, esto es la UNCAC, es claro que en el ámbito privado ese concepto genérico está referido a la entrega o solicitud de sobornos en el ámbito empresarial. Pero, es la misma convención la que reconoce que la entrega de sobornos no es la única forma de corrupción, destacando que lo es igualmente la malversación de activos de una persona jurídica.

De hecho, así lo ratifican la UNODC en Colombia y la Cámara de Comercio de Bogotá, en el documento conjunto preparado por ambas instituciones en el año 2014, como guía para enfrentar el fenómeno de la corrupción en las empresas, destacando:

Si bien la UNCAC no aporta una definición única de corrupción, con el fin de aportar al consenso sobre otros elementos fundamentales, sí introduce definiciones importantes de las principales formas de corrupción, como: el soborno (activo), la extorsión (soborno pasivo) de funcionarios y del sector privado, la malversación, la apropiación y otras formas de desviación de bienes, el tráfico de influencias, el abuso de funciones y el enriquecimiento ilícito.

De esta manera, la UNCAC ofrece un amplio espectro de formas de corrupción, lo que deja a los Estados con un margen de mayor flexibilidad en las futuras aplicaciones e interpretaciones para no dejar por fuera o restringir nuevas representaciones del fenómeno de la corrupción. (UNODC, 2014p. 40)

Lo anterior es importante, pues dentro de los diversos conceptos que existen en la doctrina sobre el alcance del término corrupción, se hace alusión a variados comportamientos dentro de los cuales está la administración desleal, cuyos elementos guardan una relación íntima con los elementos del comportamiento de malversación de activos, considerado como una forma de corrupción y consagrado en la UNCAC.

No obstante, y a pesar de que la UNCAC pretende dar un tratamiento diferente a ambos comportamientos, como si se tratara de conductas ilícitas que van por caminos separados, y así se han llevado a la categoría de delito en diversos ordenamientos jurídicos a los que ya se ha hecho alusión, existe una conexión estrecha entre ellos, al punto que en nuestro criterio no solo ambos constituyen una forma de corrupción privada, sino que la entrega y solicitud de sobornos es una forma de administración desleal.

Así, cuando se hace alusión a la entrega de sobornos por parte del administrador o director de una sociedad, no puede pasarse por alto que en el fondo lo que se está presentado es una disposición fraudulenta del patrimonio de la empresa.

En el mismo sentido, si se presenta el ofrecimiento de un soborno al representante o directivo de una empresa, para que otorgue una ventaja indebida, es claro que el administrador no solo está abusando de las funciones propias de su cargo, sino que también puede estar afectando el patrimonio de la empresa, cuando el acto de soborno tiene por finalidad la celebración de un contrato que a raíz del ofrecimiento implica quedarse con la peor oferta, o con la oferta más cara, y en últimas con una oferta que pudo conseguirse a un mejor precio de no haber mediado el acto de soborno.

Pero incluso, cuando la entrega de un soborno implica la obtención de un contrato que genera una ganancia para la empresa, o cuando se recibe un soborno que no implica quedarse con la peor oferta o la oferta más cara, en nuestro criterio desde el punto de vista del mercado se producen dos efectos que demandan una intervención del derecho penal: el primero de ellos es una desconfianza a nivel general de los demás competidores, que sabrán que para contratar con determinada empresa se requerirán de valores adicionales frente a quienes tengan las potestades de contratación; el segundo, es que la empresa que ofrece o acepta sobornos para desenvolverse dentro del ámbito de los negocios, y aun cuando su patrimonio no se vea disminuido, verá un daño en su reputación a raíz de ese tipo de comportamientos.

Este planteamiento implica que lo que hoy en día se configura como un solo delito (corrupción privada) en el que además confluyen dos comportamientos diferentes (corrupción activa y pasiva) deba escindirse, pues por lo menos esta última es un acto de administración desleal.

Este planteamiento toma como punto de referencia, aunque apartándonos en algunos criterios, las consideraciones que sobre el particular han hecho de Silva Sánchez y Boleda Bardón. Estos autores recurren a la diferencia entre conductas internamente desleales y externamente desleales, para explicar el alcance del delito de corrupción privada. Según Silva Sánchez, citado por Boleda.

Las primeras [internamente desleales] “perjudican a la empresa a la que los sujetos corruptos se hallan vinculados por lazos más o menos intensos de lealtad institucional”, mientras que las segundas [externamente desleales], perjudican “los intereses de las empresas o particulares, que ofreciendo sus bienes y servicios sin acompañarlos de incentivos individuales injustificados, son preferidos a favor de aquellos que, aun ofreciendo bienes o servicios de calidad inferior o superior precio, sí incentivan a administradores, directivos, empleados o colaboradores de la empresa receptora”. Según este autor, la perspectiva de la deslealtad interna sería preferente en la corrupción pasiva, esto es, en los supuestos recogidos en el art. 286 bis, Ap. 2. En cambio, prevalecería la perspectiva de la deslealtad externa en la corrupción activa, esto es, en los casos previstos en el art. 286 bis, Ap. 1. Siguiendo esta argumentación, parece que el bien jurídico protegido sería distinto en función del apartado escogido. (Boleda, 2013, p. 13)

Aunque Boleda (2013, p. 13) acompaña esta visión y sostiene que con el ilícito de corrupción privada se tutela la competencia *ad extra*, es decir “el interés de los terceros competidores en no quedar desplazados por ofertas claramente peores que, sin embargo, son preferidas por venir acompañadas de incentivos”, y *ad intra*, esto es “el interés de la propia empresa en que el encargado adquiera bienes o servicios que constituyan la mejor oferta en el mercado”, la visión que esta autora termina sosteniendo es la de tutela del patrimonio.

Para la mencionada autora, la corrupción privada tiene realmente como fin proteger las relaciones internas entre empresario y sujeto activo del comportamiento. En el caso de la corrupción pasiva, se protege el patrimonio de la empresa de disposiciones fraudulentas; la cuestión no es diferente en el caso de la corrupción activa, pues es igualmente el patrimonio el objeto de tutela, de que por la dádiva ofrecida al representante la empresa no va a quedarse con la oferta más cara o de menor calidad. Para Boleda Bardón, entonces, el injusto de corrupción privada, tanto activa como pasiva, está en una lesión al patrimonio de una sociedad, y de manera mediata a la competencia en la que esta se desenvuelve:

De lo anterior se desprende que la infracción de las obligaciones que se derivan de las relaciones de confianza dentro de la misma empresa acaba afectando al buen funcionamiento del mercado en una doble dimensión: lesionando la capacidad competitiva de terceras empresas que se esfuerzan por ofrecer el mejor producto y lesionando la capacidad competitiva de la propia empresa que se queda con la peor oferta. No obstante, hay que reconocer que la afectación a la capacidad competitiva de la empresa no se produce directa sino mediatamente, a través de la actuación del encargado que comete una especie de engaño sobre el titular: se queda con la peor oferta y, a cambio, recibe una recompensa, incumpliendo así su compromiso de no defraudar. De ahí, que no deban ser consideradas típicas las conductas del encargado que no perjudican a su empresa, esto es, las que no consisten en quedarse con la peor oferta. Por lo que respecta a la conducta del que ofrece el incentivo (corrupción activa), ésta debe entenderse como una inducción a la defraudación interna, esto es, como una puesta en peligro concreta del patrimonio del titular tentando al encargado de forma idónea para que acepte la ventaja o incentivo. Si en lugar de ofrecer, su conducta consiste en aceptar la solicitud del encargado, estaría actuando como cooperador necesario respecto a ese acto de defraudación interna. (...) Por

consiguiente, cabe afirmar que la afectación de la competencia es siempre un bien jurídico mediato, que se debe lesionar necesariamente a través de la vulneración de las relaciones internas de confianza entre empresa y encargado. Lo que se protege en el delito de corrupción privada no es la competencia en sí misma, tal como se interpreta en Alemania, ni siquiera entendida como confianza en la existencia de una competencia leal (competencia en igualdad de condiciones). Tampoco se puede afirmar que el buen funcionamiento del mercado (estableciendo un paralelismo con el cohecho) es sin más el interés protegido en este delito. Más acertado resulta entender que la protección penal sólo opera (o debiera operar) cuando se altera el buen funcionamiento de las relaciones comerciales (afectación de la competencia) a través de la vulneración del deber (negativo) de no perjudicar el patrimonio de la empresa por parte del administrador, empleado o colaborador. Deber que se extiende al *extraneus* en la medida que favorece o induce al *intraneus* a infringir sus obligaciones “en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales”. (...) El injusto propio del delito de corrupción privada surge de la toma de decisión no razonable en favor de una determinada opción (peor oferta seguida de una comisión). Por tanto, hay delito cuando no se puede explicar en términos de racionalidad económica la decisión a favor del producto que representa una peor opción en el mercado, sin desvinculación de la ventaja obtenida. En cambio, la decisión en favor de un precio estándar (oferta igual) no puede llegar a ser típica en el sentido del art. 286 bis, aunque el sujeto hubiera podido conseguir un descuento para su empresa que de hecho ha ido directamente a su bolsillo, dejando así de beneficiar a la empresa. (Boleda, 2013, pp. 14 y 19)

Sin embargo, disentimos de algunas de las conclusiones a las que Silva Sánchez y Boleda Bardón llegan, a partir de la diferencia señalada.

La primera de ellas es que tanto en los actos de soborno pasivo —administración desleal en nuestro criterio— como en los de soborno activo el interés protegido es el mismo. No compartimos la idea que en la corrupción pasiva se afecten únicamente las reglas de fidelidad o confianza de no vulnerar el patrimonio de la empresa por parte de quien actúa solicitando o exigiendo sobornos y que en la corrupción activa se afecta la competencia leal, frente a los demás competidores que no pagan sobornos para que sus mercancías, productos o servicios sean adquiridos.

Es cierto que con la sanción de los actos de soborno pasivo se tutela el interés de la sociedad cuyo patrimonio se ve afectado cuando la empresa recibe mercancías de menor calidad que las que pudo haber adquirido, o cuando son de la mejor calidad pero se adquiere a un precio más alto, producto del acuerdo entre oferente y receptor de la ventaja indebida; pero también se protegen las reglas del mercado, que se verá afectado a partir de conductas contrarias a los deberes de gestión de los negocios mediante la utilización de la empresa como medio para enriquecerse indebidamente, aun cuando el acto concreto se lleve a cabo en beneficio de ella. En estos casos, aunque no se ocasione un daño patrimonial, existirá un daño reputacional frente a los demás competidores, pues el acto de corrupción del administrador terminará siendo un acto de empresa cuando esta se beneficia del mismo.

Por eso, insistimos, la corrupción es una forma de administración desleal, y ello con independencia de que el resultado implique un perjuicio patrimonial para la empresa, pues en este caso lo único que sucederá es que se ratifica aún más el acto de deslealtad, producto de una gestión indebida del patrimonio, pero también cuando este acto se utiliza con el propósito y el resultado de beneficiar a la empresa, pues en ese caso se están desbordando los principios de lealtad en los negocios, que no son predicables únicamente entre administrador y empresa.

En el caso del soborno activo, la sanción se encaminará a tutelar el interés de los participantes en el mercado de que pueden acudir a este en condición de igualdad las cuales se verían afectadas cuando un competidor ofrece, promete u otorga una dádiva a cambio de un favorecimiento; pero también a tutelar la administración leal de las empresas, cuya gestión se llevará cabo de manera transparente.

En este sentido, el legislador debería plantearse la idea de escindir los actos de ofrecimiento de sobornos en el sector privado, pues, tal y como están concebidos, se está regulando un hecho típico de administración desleal por fuera del ilícito en el que debería estar.

Esto no significa que se estén inobservando los compromisos internacionales derivados de la UNCAC, pues la administración desleal sería una forma de corrupción privada, y se contemplaría dentro de ella como conducta punible la utilización del patrimonio de una sociedad para el ofrecimiento de sobornos, así como la aceptación de sobornos que impliquen la inobservancia de los deberes del administrador y, también, aquellos que representen un peligro para el patrimonio de la sociedad que puede verse perjudicada patrimonial o reputacionalmente.

Nuestra propuesta consiste en que no siendo la corrupción una conducta delictiva, sino un concepto dentro del cual cabe agrupar diferentes comportamientos que implican un abuso de poder o de los medios económicos al alcance de quienes se desenvuelven en ese ámbito, y una inobservancia de los principios de ética en los negocios, el legislador podría diseñar un capítulo —dentro del título destinado a los delitos contra el orden económico social, denominado “de los actos de corrupción” o “delitos contra la buena fe, transparencia y competencia leal en los negocios”— para agrupar los diferentes comportamientos que constituyen una afectación a las relaciones internas entre gestores

de los negocios y el titular del negocio, pero también a las relaciones externas, en virtud de las cuales se espera que el mercado se desenvuelva en condiciones de transparencia.

Así, dentro de dicho capítulo, cabrían conductas como la administración desleal; el ofrecimiento, entrega o promesa de dádivas de quien no es administrador de una persona jurídica, los actos de uso indebido de información privilegiada, etc.

4. Conclusiones y propuesta de *lege ferenda*.

4.1. A la fecha, solo existen tres fallos por administración desleal, todos ellos por aceptación de cargos, en los cuales no se ha llevado a cabo un análisis dogmático sobre los elementos de los tipos penales ni sobre la importancia, desde la óptica del derecho penal económico, como verdaderos ilícitos cometidos dentro del ámbito de los negocios. Será entonces una responsabilidad futura de la administración de justicia analizar la utilidad e importancia de los ilícitos, tal y como quedaron configurados. Ni qué decir sobre el ilícito de corrupción privada, del cual no se registran decisiones judiciales.

4.2. La administración desleal como ilícito fue introducida a nuestro ordenamiento jurídico, junto con el denominado delito de corrupción privada, tan solo hace cinco años, sin que en el trámite de la ley que les dio nacimiento se evidenciara un debate profundo y serio sobre la incriminación de dichos comportamientos, del modelo a seguir y sobre todo del bien jurídico objeto de tutela, teniendo en cuenta para tal efecto la experiencia a nivel internacional en distintos ordenamientos jurídicos como el alemán, español, peruano, italiano, etc.

4.3. Tanto la administración desleal como la corrupción privada fueron ubicados, como por arte de magia, en el título consagrado a los ilícitos contra el patrimonio económico, siguiendo el modelo

español vigente para el momento, sin tener en cuenta la profunda discusión judicial y doctrinal que se presentaba sobre los mismos en dicho Estado. Se pasó por alto, además, que en España, los delitos contra el patrimonio económico y el orden socioeconómico hacen parte de un mismo título y, por ende, el ámbito de protección es mucho más amplio que en Colombia, dónde el Código Penal da un tratamiento diferente al patrimonio y al orden económico y social. La contemplación en nuestro ordenamiento jurídico de dos bienes jurídicos distintos, patrimonio económico y orden económico y social, generan que el tratamiento de los ilícitos ubicados en uno y otro título del Código Penal tengan un alcance diferente, pues mientras los primeros tutelan un interés individual los delitos contra el orden económico y social tienen un alcance supraindividual o macrosocial.

Es importante entender que desde el origen mismo de los ilícitos, esto es el proyecto de ley del estatuto anticorrupción del año 2011 que los contempló, la intención del ejecutivo como ponente del proyecto de ley fue la de consagrar herramientas útiles para combatir el fenómeno de la corrupción no solo en el sector público sino también en el sector privado, el que claramente tiene una gran responsabilidad en colaborar para la lucha contra dicho fenómeno que afecta gravemente el desarrollo de los países, como lo han demostrado diversos estudios sobre la material, e incluso instrumentos internacionales como la Convención de las Naciones Unidas de Lucha Contra la Corrupción

Así, como instrumentos para hacer frente a dicho flagelo en el sector privado, desde lo penal, se contemplaron los ya mencionados tipos penales. Con todo, en nuestro concepto, el alcance de los ilícitos se limitó en su importancia al ser ubicados en un bien jurídico de menor jerarquía como el patrimonio económico frente a otro como el orden económico y social, dentro del cual existen razones de peso para la ubicación de dichos ilícitos; una de ellas es que el Estado tiene interés en

que las relaciones en el sector empresarial —uno de los motores del desarrollo económico del país— se desenvuelvan con transparencia, tanto al interior de las empresas como en las relaciones de estas entre sí y con los demás agentes económicos.

4.4. A pesar de que la consecuencia de ubicar los delitos (administración desleal y corrupción privada) en el título destinado a los ilícitos contra el patrimonio económico armoniza con lo regulado en otras legislaciones como la italiana, la alemana y la misma española, especialmente en el caso de la administración desleal que se reputa como un ilícito contra el patrimonio, en nuestro entender, lo fundamental en este ilícito es el incumplimiento de los deberes del administrador, más allá de que se presente y se compruebe una afectación al patrimonio con el acto de administración desleal. No queremos decir con esto que todo incumplimiento de deberes deba terminar en una condena; por supuesto que la infidelidad de deberes deberá estar acompañado de un daño para que, desde la óptica de la antijuridicidad, pueda afirmarse la existencia de un injusto. Sin embargo, a diferencia de la consagración actual, deben entenderse que no todo daño que ocasiona un administrador infiel debe medirse desde la óptica de un detrimento patrimonial, pues los actos de gestión infiel pueden ocasionar otro tipo de consecuencias.

4.5. Por otro lado, aunque no desconocemos la importancia de hacer frente al flagelo de la corrupción, especialmente en el sector privado donde pasa desapercibida, y a la que nuestro ordenamiento penal poca importancia ha prestado, consideramos que el tratamiento de la corrupción privada como tipo penal autónomo presenta problemas, pues no es acertado hablar genéricamente de corrupción en el sector privado, ya que el fenómeno adquiere relevancia jurídico-penal dentro del ámbito societario, tanto en las relaciones económicas mercantiles como en el desenvolvimiento de las relaciones de las denominadas entidades sin ánimo de lucro. Así, es

importante recordar que desde el plano internacional, esto es en la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Corrupción, el concepto de corrupción privada está ligado al ofrecimiento, promesa o entrega de sobornos o a la aceptación de los mismos en el ámbito societario. Por ello, desde nuestro punto de vista, la corrupción privada forma un vínculo estrecho con la administración desleal, porque se trata de un acto más de administración infiel en el ejercicio de administración de una empresa.

En nuestro concepto, la entrega, promesa u ofrecimiento de sobornos, o la aceptación de los mismos por parte del administrador de una sociedad es un acto más de administración infiel en el ejercicio de la administración de una empresa.

Cuando un administrador decide utilizar el patrimonio de la sociedad, aun en pro del interés de esta, para el ofrecimiento de sobornos, lo hace afectando el patrimonio de la persona jurídica y desconociendo los deberes que todo administrador de una sociedad tiene. Sin embargo, el uso del patrimonio de una empresa para el ofrecimiento de sobornos, va más allá de un simple interés patrimonial, pues esos actos, más que el patrimonio de las sociedades, pueden afectar gravemente la reputación de la empresa, inclusive en los eventos en que ello no lleguen a generar un detrimento en el patrimonio de la empresa. Otro tanto ocurre cuando el administrador de una empresa solicita o acepta un soborno, pues está incumpliendo sus deberes, incluso si la solicitud o aceptación tiene como propósito beneficiar a la empresa, pues los deberes de un administrador no surgen de manera exclusiva entre el representante y el representado, sino que además se predicen en interés del desarrollo competitivo y equitativo en el mundo de los negocios. Ni qué decir cuando la aceptación o solicitud de un soborno tiene como fin la afectación del patrimonio de la empresa representada,

pues en este caso no es solo la inobservancia de deberes del administrador, sino que colateralmente se ocasiona un daño al patrimonio de la persona cuyo peculio precisamente se debe resguardar.

4.6. Lo anterior conlleva la necesidad de pensar en la configuración de un nuevo tipo penal que integre los ilícitos de administración desleal y el pago de sobornos, cuando estos provengan o sean aceptados por el administrador de un ente jurídico, en un solo delito de peligro, agravado cuando el resultado implique una afectación al patrimonio de la persona jurídica.

Lo anterior, porque los elementos del tipo objetivo y el bien jurídico dentro del cual se encuentran ubicados en la actualidad delitos de administración desleal y corrupción privada, impiden la existencia de un concurso de delitos en los casos en que el administrador de una sociedad emplee el patrimonio de la empresa para el ofrecimiento de sobornos, o acepte estos en perjuicio de la empresa. A la luz de la normatividad vigente, un caso como este obliga a aplicar el criterio de especialidad, conforme al cual se debe imputar el tipo penal con mayor riqueza descriptiva, es decir, terminaría por aplicarse el ilícito de administración desleal que contempla una pena menor. Lo anterior pone de relieve la idea de optar por una integración de los eventos de soborno ilícito y de administración desleal, castigando más allá del perjuicio a la persona jurídica el incumplimiento de los deberes de buena fe, que no es un simple principio ético en la gestión de las empresas.

Sin embargo, y para evitar lagunas de punibilidad surgen dos propuestas frente a quien no cumple calidades o gestiones de administrador, cuando estos llevan a cabo ofrecimiento de sobornos utilizando o no el patrimonio de la empresa: la primera de ellas es que subsista un tipo penal de entrega u ofrecimiento de sobornos para quienes no cumplen la condición de sujeto activo del delito; la segunda y más práctica, es hacer uso de los instrumentos de la parte general del código, específicamente de las instituciones de participación (determinador y compile) especialmente de

la del interviniente, que permitiría aplicar el tipo penal a quien no cumple la condición de sujeto activo de la conducta.

4.7. También consideramos oportuno contemplar, dentro del nuevo ilícito que se propone, otros actos de administración infiel que implican un desconocimiento grave a los deberes de una gestión transparente de los negocios, tal y como ocurre en la legislación peruana.

No se está abogando, sin embargo, en este trabajo por la idoneidad del modelo peruano a la hora de tipificar el ilícito de administración desleal, pues, aunque ofrece mayor seguridad jurídica en virtud de las conductas precisas que considera como delictivas, creemos que cierra las puertas a la sanción de actos futuros de administración infiel no contemplados en la norma, y que pueden surgir de las nuevas formas de criminalidad económica que día a día se especializa.

En este sentido, sería importante examinar la posibilidad de un modelo mixto, que permita hacer frente a hechos delictivos en el sector privado que constituyen formas de corrupción privada producto del **ejercicio infiel de gestión** de una persona jurídica, a partir del abuso del poder que se ostenta.

Para tal efecto, nuestra propuesta de *lege ferenda* es la siguiente:

Comete un delito de administración desleal quien, como administrador de hecho o de derecho, o miembro de un órgano de representación de la una sociedad o entidad sin ánimo de lucro, u otras formas similares de administración de patrimonio, lleva a cabo cualquiera de los siguientes comportamientos:

- 1.º Dispone del patrimonio administrado excediéndose en las facultados que por contrato o mandato legal le han sido conferidas.*
- 2.º Abusando de sus facultades como administrador, utiliza los bienes patrimoniales de la persona jurídica representada, o se apropia de ellos, ocasionándole un perjuicio económico.*
- 3.º Compromete a la persona jurídica frente a terceros abusando o excediéndose en las facultades que por contrato o mandato legal le han sido conferidas, ocasionado un daño económico a la misma.*
- 3.º No evita conscientemente una lesión al patrimonio administrado.*
- 4.º Frustra una posibilidad de negocio para la persona jurídica, en provecho propio o de un tercero.*
- 5.º Cuando valiéndose del nombre de la sociedad, solicite, reciba o acepte dadivas o beneficios no justificados, o los ofrezca, conceda o prometa a un empleado, administrador, socio o asesor de una sociedad, con el fin de beneficiarse a sí mismo o a un tercero, o con el propósito de afectar a un competidor de la empresa representada.*

4.8. Con relación a la conclusión plasmada en el numeral 4.6, consideramos que no resulta ajustado, desde la óptica del principio de proporcionalidad, sancionar en dos tipos penales diferentes, tanto de administración desleal como de corrupción privada, o en uno que aglomere los dos ilícitos, los actos de quienes ostentan el poder de gestión del negocio y de quienes no lo tienen (empleados, asesores, etc.), pues quienes mayores deberes tienen en la gestión limpia de un negocio son las personas que ostentan la responsabilidad de administración del mismo, conforme al principio de jerarquía.

No queremos con ello rechazar la idea de que en algunos casos particulares, los asesores o los empleados pueden afectar a la empresa mediante actos desleales o de ofrecimiento de sobornos, que valga decir también son actos de deslealtad, pero dichos comportamientos solo deberían ser sancionados en la medida en que impliquen una afectación real de los intereses de la persona jurídica, y en un tipo penal que se diferencie de los actos desvalorados frente a los administradores, o aplicando el tipo penal diseñado para los administradores a través de las instituciones de la parte general como la complicidad, determinación y la figura del interviniente, o el actuar por otro.

4.9. Nuestra propuesta finalmente consiste en incluir dentro del título destinado a los ilícitos contra el orden económico y social un capítulo dedicado a la gestión transparente y fiel en los negocios, dentro del cual se sancionen los actos constitutivos de corrupción privada, tales como la administración desleal, el uso indebido de información privilegiada, contrabando, incluyendo el ofrecimiento de sobornos por quienes no ostentan el cargo de administrador y, entre otros.

Consideramos que la ética en los negocios no es un aspecto que atañe solamente a la moral interna de las personas, sino que las reglas de transparencia en la gestión interna de las sociedades y de comportamiento externo de aquellas con los agentes económicos garantizan el buen funcionamiento de los pilares consagrados en la Constitución Política de 1991, como son la libertad de empresa con responsabilidad, la libre competencia, la propiedad privada adquirida por medios lícitos y la intervención del Estado en la economía. Por ello, la vulneración de los deberes de administración de las sociedades y los comportamientos que implican actos de corrupción privada que afecten la libre competencia son merecedores de un objeto de tutela jurídico-penal, por ser valores necesarios para el desenvolvimiento de las relaciones económicas, la distribución equitativa de la riqueza y el crecimiento económico del Estado.

Con todo, la tutela jurídico-penal debe ir más allá de la protección del patrimonio concreto de la empresa que resulte afectada con los actos de administración infiel mediante la disposición fraudulenta del patrimonio con el fin de satisfacer intereses personales o los de la propia sociedad a través del ofrecimiento o la aceptación de sobornos. En tanto que las reglas de gestión transparente de las empresas, tanto internas como externas, garantizan un ambiente de negocios seguro, su fin último está enderezado a preservar las condiciones de un mercado equilibrado y, por ende, la vulneración de las mismas, con independencia de la afectación patrimonial concreta, que por supuesto no es irrelevante, debe ser tratada como verdadero ilícito económico y como un atentado contra el bien jurídico orden económico, que se deriva de la propia Constitución para garantizar las condiciones de un orden económico justo.

Debemos entender y aceptar que en el mundo actual los riesgos que afectan las condiciones de convivencia pacífica son diferentes de aquellos con los que nació el derecho penal liberal orientado principalmente por el principio de *ultima ratio*. Por ello, la ética en los negocios y el desconocimiento y vulneración dolosa de los principios que gobiernan la gestión transparente de las empresas ameritan una sanción jurídico-penal; en este sentido, es importante destacar las palabras del profesor Jesús María Silva Sánchez en su última visita a nuestro país con motivo del “Seminario Internacional de Derecho Penal Económico y de la Empresa”, en el que destacó que las empresas no pueden estar regidas nunca más únicamente por el principio de maximización de la riqueza, y que al mercado hay que ayudarle para que se produzcan resultados para el bien común. En dicho sentido, es importante dotar al derecho penal de un sustento ético, pues el derecho penal por sí solo no puede conseguir objetivos importantes en la sociedad. Así, tiene que existir un sustrato ético y sobre él las normas penales pueden conseguir resultados positivos, pues cuando la ética falta las normas penales tienden a declinar.

Esto para sustentar la idea que un ilícito de administración desleal basado en el reproche a la infracción de los deberes del administrador más que en la afectación al patrimonio de la empresa que representa tiene un fuerte respaldo político-criminal, pero además está encaminado a prevenir la comisión de delitos que de sancionarse únicamente con base en el resultado ocasionado pueden evidenciar la poca utilidad de la disciplina penal frente a esta clase de delincuencia económica que ha demostrado su capacidad para producir resultados muy graves no solo a nivel individual de las sociedades que se ven afectadas con los actos de gestión infiel de sus administradores, sino a nivel macrosocial en los que los intereses de los acreedores se ven defraudados, al igual que los de los socios minoritarios cuyas opiniones nunca son tenidas en cuenta en la gestión de las empresas, ni que decir de los trabajadores que resultan perjudicados cuando a la empresa para la que laboran sufre tropiezos graves en su reputación o en su patrimonio, y para el mismo Estado que pierde cuando a uno de sus principales motores de desarrollo económico no le va bien.

4.10. Será entonces una cuestión del legislador revalorar la necesidad de combatir el fenómeno de la corrupción en el sector privado a través de herramientas jurídico-penales destinadas a sancionar los comportamientos que más afectan la transparencia en los negocios, con penas efectivas y normas encaminadas a enviar un mensaje claro de obligación de gestión ética y transparente en las relaciones internas y externas de las empresas. En dicho sentido, surge la necesidad de contemplar un nuevo capítulo dentro del título destinado a los ilícitos contra el orden económico y social, en el que se incluyan los ilícitos que afectan la gestión transparente y fiel de los negocios que son representativos de actos de corrupción privada y en el que sin duda debe estar el ilícito de administración desleal.

5. Bibliografía.

1. Abanto Vásquez, M.A. (2005). El derecho penal en una economía de mercado, influencia de la integración económica y la globalización. Recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20080612_04.pdf [octubre de 2013]
2. Abanto Vásquez, M.A. (2006). Acerca de la teoría de bienes jurídicos. En Ferre Olivé, J.C. (Dt). Revista Penal N° 18. Universidad de Huelva. Recuperado de <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/issue/view/20/showToc> [octubre de 2013]
3. Abello Gual, (2015). Derecho Penal Empresarial. Bogotá D.C: Leyer
4. Abello Gual, J. A. (2010) RESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIAL. Bogotá D.C.: Leyer.
5. Adriasola, G. (2010). El derecho penal económico: del bien jurídico supraindividual a su identificación con intereses individuales. Su evolución en Uruguay. 11th Annual Conference on Legal and Policy Issues in the Americas May 17-18, 2010 Sheraton Montevideo, Uruguay. Recuperado de https://www.law.ufl.edu/_pdf/academics/centers/cgr/11th_conference/Gabriel_Adriasola_Paper_DPE.pdf [diciembre de 2013]
6. Alonso Álamo, M. (2009). Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos. Estudios penales y criminológicos, vol. XXIX (2009) 61-105. Recuperado de <https://dspace.usc.es/bitstream/10347/4144/1/02.Alamo.pdf> [octubre de 2013]

7. Argandoña, A. (2004). La corrupción y las empresas: El caso de los pagos de facilitación. IESSE Business School – Universidad de Navarra. Recuperado de <http://www.ieseinsight.com/fichaMaterial.aspx?pk=1822&idi=1&origen=1>
8. Argandoña, A. (2007). La corrupción y las empresas. En IESSE Business School – Universidad de Navarra. Recuperado de <http://www.ieseinsight.com/fichaMaterial.aspx?pk=1036&idi=1&origen=1&ar=17&buscador=1&general=la+corrupci%u00f3n+y+las+empresas>
9. Arjona Trujillo, A. M (2003). La corrupción política: una revisión de la literatura. En Universidad Carlos III de Madrid Documentos de Trabajo. Recuperado de <http://docubib.uc3m.es/WORKINGPAPERS/DE/de021404.pdf>
10. Arocena, G.A. (sf). Administración fraudulenta. Centro de investigación interdisciplinaria en derecho penal económico [www.ciidpe.ar]. Recuperado de <http://www.ciidpe.com.ar/?p=205>
11. Arruñada, B. (1997) La criminalización del derecho societario: esbozo para un análisis crítico. En Boletín del círculo de empresarios, 62, 99-132. Recuperado de http://www.arrunada.org/Files/Research/%2fARRUNADA_1997_BCE_Criminalizacion_derecho_societario.pdf [octubre de 2013]
12. Astraloa, E. (2011). ¿Por fin un concepto unívoco de <<administrador de hecho>> en derecho penal y derecho societario?. En “Revista actualidad jurídica Uria Méndez” [<http://www.uria.com/>]. Recuperado de <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3191/documento/art07.pdf?id=3336> [p. 60-67]
13. Asua Bataarrita, A. (1993). El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin. En Anuario de

- derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 46, Fasc/Mes 1, 1993, págs. 81-166.
Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46430>
14. Audiencia Nacional – Sección Tercera – Sala De Lo Penal. Rollo de Sala Núm. 22/2004. Procedimiento Abreviado Núm. 325/2002. Trece de abril de 2005.)
 15. Audiencia Nacional, Sala de lo Penal. Sentencia 4811/2013, de 06 de noviembre de 2013. MP María Teresa Palacios Criado)
 16. Audiencia providencial de la Coruña (núm. 312/2011, de 6 de julio JUR 2011/319319)
 17. Bacigalupo Saggese, S. y Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. (2005). Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa. Perspectivas de la dimensión jurisprudencial. Barcelona: Ediciones Experiencia, S.L.
 18. Bacigalupo, E. (1999). Principios constitucionales de derecho penal. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L. Recuperado de <http://cubc.mx/biblioteca/libros/11.pdf> [octubre de 2013]
 19. Balcarce I, F. (2008) Breve relato sobre la ineficacia de la función político-criminal del bien jurídico penal. Centro de investigación interdisciplinaria en derecho penal económico [www.ciidpe.ar]. Recuperado de <http://www.ciidpe.com.ar/?p=334> [febrero de 2012]
 20. Balcarce, F.I. (2007). Derecho penal económico Origen multidisciplinario, caracteres y matices de su parte general. Centro de investigación interdisciplinaria en derecho penal económico [www.ciidpe.ar]. Recuperado de <http://www.ciidpe.com.ar/?p=304> [julio de 2013].
 21. Balmaceda, G. (2016). El delito de estafa. Bogotá D.C: Grupo Editorial Ibáñez.
 22. Barroso Gonzáles, M de la O. y Castro Vadillo N.J (2010). Estado del bienestar y crisis económica: una revisión bibliográfica. En XII Reunión de economía mundial. Recuperado de <http://www.usc.es/congresos/xiirem/pdf/32.pdf>

23. Bergalli, Roberto. (1983). Criminalidad de “Whithe-Collar crime”: forma-estado y proceso de concentración económica. Conferencia pronunciada en las jornadas de estudio sobre “El juez penal frente a la criminalidad económica”, organizada por el Consejo General del Poder Judicial” (23-25 de junio de 1983). Recuperado de <http://dspace.usc.es/handle/10347/4304> [diciembre de 2013]
24. Bernet Soro, A. (2006). El delito de administración fraudulenta en el seno de la sociedad mercantil. En revista internauta de práctica jurídica N° 18 [www.uv.es/~ripj/].
25. Bolea Bardon, C. (2013). El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes. En Revista para el análisis del derecho [www.indret.com]. Recuperado de http://www.indret.com/pdf/966_c.pdf [octubre de 2013]
26. Bottke, W. (1999). Criminalidad económica y Derecho criminal económico en la República Federal de Alemania. En Ferre Olivé, J.C. (Dt). Revista Penal N° 4. Universidad de Huelva. [p. 21-29] Recuperado de <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/62/57>. [octubre de 2013]
27. Caballero Brun, F. (2003). Sistemas Penales Comparados. Corrupción en el sector privado Chile. En Ferre Olivé, J.C. (Dt). Revista Penal N° 11 [p. 163-164]. Universidad de Huelva. Recuperado de <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/166> [octubre de 2013]
28. Carbajo Cascón, F (2008). Corrupción y derecho privado patrimonial, Capítulo VII [pp.193-232]. En Rodríguez García, N y Caparrós, F (2008). Corrupción y delincuencia económica. Bogotá D.C: Editorial Ibáñez.

29. Carnevali Rodríguez, R. (2008). Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional. En Revista Ius et Praxis vol. 14, n° 1. Universidad de Talca (Chile) P- 13-48. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19714102>. [octubre de 2014].
30. Carrera, D. P. (2002). Administración fraudulenta. Deslealtad de resguardadores de patrimonio ajeno. Buenos Aires: ASTREA.
31. Castro Cuenca, C.G y Ramírez Barbosa, P. A. (2010). DERECHO PENAL ECONÓMICO PARTE GENERAL. Bogotá D.C.: Ibáñez.
32. Castro Moreno, A. (1997). Consideraciones sobre el delito de administración desleal de sociedades. En Revista de las facultades de derecho y ciencias económicas y empresariales, N° 42 dedicado a: Derecho Penal [pp. 209-216]. Universidad Pontificia Comillas: Madrid.
33. Cervini, R (2014). Derecho penal económico perspectiva integrada. En Centro de investigación interdisciplinaria en derecho penal económico [www.ciidpe.ar]. Recuperado de <http://www.ciidpe.com.ar/?p=325>
34. Cesano, J.D. (2008). Criminalidad económica e internacionalización del derecho penal: experiencias en la unión europea y en el mercosur. En Legis Derecho Penal Contemporáneo Revista Internacional, N° 24 julio-septiembre 2008. [p. 57-85].
35. Cesano, J.D. (2011). El bien jurídico protegido en los delitos contra el orden económico: una contribución para su determinación. Centro de investigación interdisciplinaria en derecho penal económico [www.ciidpe.ar]. Recuperado de <http://www.ciidpe.com.ar/?p=372> [febrero de 2012]
36. Circular externa 100-006 (25/03/08). Superintendencia de sociedades de Colombia. Recuperado de

<http://www.supersociedades.gov.co/Web/circulares%20externas/circular%20externa%20006.pdf>

37. Circular Externa N°100-000003 (22/06/2015). Superintendencia de sociedades de Colombia.

Recuperado de <http://www.supersociedades.gov.co/superintendencia/normatividad/circulares-externas/Normatividad%20Circulares%20Externas/BDSS01-105059756-v1-2015-01-325522-000.PDF>

38. Código Civil de Italia (Real Decreto de 16 de marzo de 1942, n 262) Recuperado de

<http://www.altalex.com/documents/news/2013/11/26/disposizioni-penali-in-materia-di-societa-e-consorzi>

39. Código de Comercio de Francia. Recuperado de

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=3A86FC0D17F3E78B48812A1DADC171B3.tpdila09v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006161304&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20060106

40. Código Orgánico Integral Penal de Ecuador. Año I – N° 180 lunes 10 de febrero de 2014.

41. Código Penal de Bélgica. Recuperado de

<http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>

42. Código Penal de Costa Rica. Ley 4573 del 04 de mayo de 1970.

http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080616_22.pdf

43. Código Penal de Francia. Recuperado de [https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/es-](https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/es-Espanol-castellano/Traducciones-Legifrance)

[Espanol-castellano/Traducciones-Legifrance.](https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/es-Espanol-castellano/Traducciones-Legifrance)

44. Código Penal de Italia. Decreto Real 1938 de 19 de octubre de 1930.

45. Código Penal De La Nación Argentina. Ley 11.179 de 30 de septiembre de 1921 (T.O 1984).
Recuperado de <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#20>
46. Código Penal De Paraguay. Ley 11.160 de 1997.
47. Código Penal de Uruguay. Ley 9.155 de 04 de diciembre de 1933. Libro II, Título XIII Delitos Contra La Propiedad. Libro II Título IX Delitos Contra La Economía y La Hacienda Pública.
48. Código Penal Español. Ley 10 de 1995. Recuperado de Boletín Oficial del Estado <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>
49. Código Penal Federal De México. Código Penal para el distrito y territorios federales en materia de fuero común, y para toda la república en materia de fuero federal. Ley publicada en la sección tercera del diario oficial de la federación el vienes 14 de agosto de 1931. Recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080616_62.pdf
50. Código Penal Peruano. Decreto Legislativo 635 de 1991. Art. 198. Artículo modificado por la Ley 29307 de 2008. Recuperado de https://www.oas.org/juridico/mla/sp/per/sp_per_cod_pen.pdf
51. Código Penal Sueco. Recuperado de <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>
52. Comisión Asesora de Política Criminal (2012). Informe Final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado Colombiano. Recuperado de https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FINAL23NOV.pdf

53. Comisión Nacional Ciudadana para la lucha contra la corrupción Colombia (2015). Cuarto Informe. Recuperado de <http://ciudadanoscontralacorrupcion.org/es/informes/cuarto-informe-abril-2015-2>
54. Contraloría General de la Unión, Instituto Ethos de empresas y responsabilidad social y Grupo de trabajo del pacto empresarial por la integridad contra la corrupción (2010). La responsabilidad social de las empresas en el combate a la corrupción. Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito – Unodc –. Recuperado https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/Espanol-La-Responsabilidad-Social-Empresas-Combate-Corrupcion.pdf
55. Corte Constitucional Sentencia C-038 de nueve (09) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995). MP Alejandro Martínez Caballero
56. Corte Constitucional Sentencia C-070 de veintidós (22) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996). MP Eduardo Cifuentes Muñoz.
57. Corte Constitucional Sentencia C-645 de veintitrés (23) de agosto de dos mil doce (2012). MP. Nilson Pinilla Pinilla
58. Corte Constitucional Sentencia C-865 de septiembre 07 de 2004. Corte Constitucional. M.P Rodrigo Escobar Gil.
59. Corte Constitucional. Sentencia C-038 de nueve (09) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995). MP Alejandro Martínez Caballero.
60. Corte Constitucional. Sentencia C-118 de veintiuno (21) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996). MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.
61. Corte Constitucional. Sentencia C-205 de once (11) de marzo de dos mil tres (2003). MP. Clara Inés Vargas.

62. Corte Constitucional. Sentencia C-224 de treinta (30) de marzo dos mil nueve (2009). MP. Jorge Iván Palacio Palacio.
63. Corte Constitucional. Sentencia C-489 de veintiséis (26) de junio de dos mil dos (2002). MP. Rodrigo Escobar Gil.
64. Corte Constitucional. Sentencia C-632 de veinticuatro (24) de agosto dos mil once (2011). MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
65. Corte Constitucional. Sentencia C-909 de siete (07) de noviembre dos mil doce (2012). MP. Nilson Pinilla Pinilla.
66. Corte Constitucional. Sentencia C-939 de treinta y uno (31) de octubre de dos mil dos (2002). MP. Eduardo Montealegre Lynett.
67. Corte Suprema De Justicia – Sala De Casación Penal. Sentencia de octubre doce (12) de dos mil seis (2006). Rad. 25465. MP. Marina Pulida De Barón.
68. Corte Suprema De Justicia – Sala De Casación Penal. Sentencia de junio tres (03) de dos mil nueve (2009). Rad. 31722. MP. José Leónidas Bustos Martínez.
69. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 07 de abril de 2010 rad. 33173 MP Alfredo Gómez Quintero
70. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 17 de septiembre de 2008 rad. 25423 MP Julio Socha Salamanca
71. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 24 de febrero de 2011 rad. 33092 MP Javier Zapata Ortiz
72. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de ocho (08) de agosto de dos mil cinco (2005). Exp. 18609 MP. Herman Galán Castellanos.

73. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de ocho (08) de agosto de dos mil cinco (2005). Exp. 18609. MP Herman Galán Castellanos
74. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de once (11) de marzo de dos mil nueve (2009). Exp. 28563. MP. Alfredo Gómez Quintero.
75. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de once (11) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999). Exp. 12368. MP. Jorge Aníbal Gómez Gallego.
76. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de siete (07) de abril de dos mil diez (2010). Exp. 30148 MP. Alfredo Gómez Quintero.
77. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de trece (13) de mayo de dos mil nueve (2009). Exp. 31362. MP. Julio Enrique Socha Salamanca.
78. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de veintiuno (21) de octubre de dos mil nueve (2009). Exp. 29655 MP. Yesid Ramírez Bastidas.
79. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de veinticuatro (24) de noviembre de dos mil diez (2010). Exp. 34482. MP María del Rosario González
80. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de dieciséis (16) de diciembre de dos mil dos (2002). Exp. 20269. MP. Yesid Reyes Bastidas.
81. Dirección Jurídica Distrital (2013). Manual de entidades sin ánimo de lucro – ESAL –. Alcaldía de Bogotá. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/SPJ/manual/ManualESAL2013.pdf>
82. Donna, E.A. (2001). Derecho Penal Parte Especial. Buenos Aires, Argentina (2001): Rubinzal – Culzoni Editores.

83. Eaton (S.F). Política Mundial sobre regalos e invitaciones. Recuperado de http://www.eaton.com/ecm/groups/public/@pub/@eaton/@corp/documents/content/ct_251843.pdf.
84. Encizo Vanegas, C. (2011). Delitos Contra Bienes Jurídicos Patrimoniales. [pp. 331-396]. En Castro Cuenca, C (Coord) Manual de derecho penal parte especial Tomo I. Bogotá D.C.: Temis
85. Feijoo Sánchez, B. (2008). Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico. En Revista para el análisis del derecho [www.indret.com]. Recuperado de <http://www.indret.com/pdf/526.pdf>. [octubre de 2013]
86. Feller Schleyer, C. (2005). El derecho penal en la sociedad actual: un riesgo para las garantías penales. En Revista de derecho de la pontificia universidad católica de Valparaíso XXVI pp. 41-54. Recuperado de <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/564/532>
87. Foffani L. y Nieto Marín A. (2006). Corporate Governance y administración desleal. Casos y problemas prácticos de derecho comparado europeo. En Ferre Olivé, J.C. (Dt). Revista Penal N° 17. Universidad de Huelva. Recuperado de <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/270/260> [octubre de 2013]
88. Foffani, L. (2001). Criminalidad organizada y criminalidad económica. En Ferre Olivé, J.C. (Dt). Revista Penal N° 7. Universidad de Huelva. [p. 55-66] Recuperado de <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/98/93> [octubre de 2013]
89. Foffani, L. (2013). La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado. En Ferre Olivé, J.C. (Dt). Revista Penal N° 12. Universidad de Huelva. Recuperado de <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/176/171> [octubre de 2013]

90. Gaceta N° 019 (2011). Ponencia para primer debate proyecto de ley 174 cámara. Recuperado de
http://servoaspr.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=11&p_numero=174&p_consec=28123
91. Gaceta N° 1002 (2010). Ponencia para segundo debate proyecto de ley de ley 142 senado. Recuperado de
http://servoaspr.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=12&p_numero=142&p_consec=27614
92. Gaceta N° 1117 (2010). Texto definitivo aprobado en sesión plenaria al proyecto de ley 142 senado. Recuperado de
http://servoaspr.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=1037&p_numero=142&p_consec=28015
93. Gaceta N° 128 (2011). Ponencia para segundo debate proyecto de ley 174 cámara. Recuperado de
http://servoaspr.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=12&p_numero=174&p_consec=28486
94. Gaceta N° 258 (2011). Texto definitivo aprobado en sesión plenaria al proyecto de ley 174 de 2010. Recuperado de
http://servoaspr.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=1037&p_numero=174&p_consec=28771
95. Gaceta N° 311 (2010). Informe de conciliación al proyecto de ley 142 senado 174 cámara. Recuperado de

http://servoaspr.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=123&p_numero=142&p_consec=28920

96. Gaceta N° 312 (2011). Informe de conciliación al proyecto de ley 174 cámara, 142 de 2010
senado. Recuperado de

http://servoaspr.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=123&p_numero=174&p_consec=28921

97. Gaceta N° 784 (2010). Ponencia para primer debate proyecto de ley 142 senado. Recuperado de

http://servoaspr.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=11&p_numero=142&p_consec=27094

98. Gaitán Sánchez, O. M. (2014). Guía práctica de las entidades sin ánimo de lucro y del sector solidario. Cámara de Comercio de Bogotá. Recuperado de

<http://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/8345/Guia%20Practica%20Entidades%20sin%20Animo%20de%20Lucro.pdf?sequence=1>

99. García Caveró, P. (2005). FRAUDE EN LA ADMINISTRACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS Y DELITOS CONTRA LA CONFIANZA Y BUENA FE EN LOS NEGOCIOS. Lima: PALESTRA.

100. García Caveró, P. (2006). La administración fraudulenta de persona jurídica. Centro de investigación interdisciplinaria en derecho penal económico [www.ciidpe.ar]. Recuperado de <http://www.ciidpe.com.ar/area2/administracion%20fraudulenta%20de%20pj.%20Garcia%20Cavero.pdf> [octubre de 2013]

101. García Córdoba, R.F. (2006). Fraude por administración desleal. Recuperado de https://porticolegal.expansion.com/pa_articulo.php?ref=270

102. García De Enterría, J. (1996). Los delitos societarios. Un enfoque mercantil. Madrid (España): Civitas.
103. Gil Echeverry, J (2015). La especial responsabilidad del administrador societario. Bogotá D.C.: Legis Editores S.A.
104. Gómez Benítez, J.M (2014) ¿Delito de administración desleal por exigir a la sociedad filial el pago de un préstamo que pone en peligro su existencia?. Recuperado de <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/delito-de-administracion-desleal-por-exigir-a-la-sociedad-filial-el-pago-de-un-prestamo-que-pone-en-peligro-su-existencia.pdf>
105. Gómez-Jara Díez, C (2010) La situación actual española. La problemática de la administración desleal de los órganos societarios en el derecho penal español: ¿Un tipo de administración desleal en el artículo 252 del código penal? Capítulo V. En Gómez-Jara Díez, C y García Caverro, P. La administración desleal de los órganos societarios. Perú: ARA Editores 2010.
106. Gómez-Jara Díez, C. (2008). ¿Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?. En Revista de las facultades de derecho y ciencias económicas y empresariales, N° 74 dedicado a: Nuevas fronteras del derecho Penal [pp. 225-243. Universidad Pontificia Comillas: Madrid. Recuperado de <https://revistas.upcomillas.es/index.php/revistaicade/article/viewFile/355/281>
107. Gómez-Jara Díez, C. (Ed). 2010. La administración desleal de los órganos societarios. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
108. Gómez-Jara Díez, C. y García Caverro Percy (Eds). 2010. LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL DE LOS ÓRGANOS SOCIETARIOS. Lima: ARA EDITORES.
109. Hassemer, W. (1991). Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. En Revista Pena y Estado [función simbólica de la pena]. Recuperado de

http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20130708_01.pdf. [octubre de 2013].

110. Hefendehl, R. (2002). ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?. Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. En Revista electrónica de ciencia penal y criminología N° 4. Recuperado de http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf [octubre de 2013]
111. Hernández Basualto, H. (2005). La administración desleal en el derecho penal chileno. En revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI vol. 2 [201-258]. Recuperado de <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/575/543>
112. Hernández Quintero H.A (2008). Los delitos económicos en la actividad financiera. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibañez.
113. Huber, B. (2002). La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional. Instituto Max Plan. Recuperado de [http://publica.webs.ull.es/upload/REV%20ANALES/19-2002/05%20\(Barbara%20Huber\).pdf](http://publica.webs.ull.es/upload/REV%20ANALES/19-2002/05%20(Barbara%20Huber).pdf)
114. Iglesias Río, M.A y Medina Arnáiz T (2004). “Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea. En Ferre Olivé, J.C. (Dt). Revista Penal N° 14. Universidad de Huelva. Recuperado de <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/214/207> [octubre de 2013]
115. Informe Nacional de competitividad 2013-2014 (2013). Consejo Nacional de Competitividad [<http://www.compite.com.co/>] Recuperado de <http://www.compite.com.co/site/informe-nacional-de-competitividad-2013-2014/>
116. International Chamber of Commerce (2011). Reglas de la ICC para combatir la corrupción. Recuperado de <http://www.iccwbo.org/Data/Policiess/2011/Reglas-de-la-ICC-para-Combatir-la-Corrupci%C3%B3n/>.

117. Jakobs, G (2003). Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Traducción de Cancio Meliá, M. y Feijóo Sánchez, B. España: Tomson-Civitas.
118. Jiménez Díaz, M.J. (2014). Sociedad del riesgo e intervención penal. En Revista electrónica de ciencias penales y criminológicas [<http://criminet.ugr.es/recpc/>]. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-08.pdf>
119. Juan SanJosé R. J. (2014). El administrador ha distraído dinero de la sociedad ¿Apropiación indebida o Administración desleal?. Recuperado de <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/9291-el-administrador-ha-distraido-dinero-de-la-sociedad-iquest;apropiacion-indebida-o-administracion-desleal/>
120. Kindhäuser, U. (2002). Estudios De Derecho Penal Patrimonial. Lima-Perú: Editorial Jurídica Grijley.
121. Kindhäuser, U. (2007). Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán. En Política Criminal: Revista electrónica semestral de políticas públicas en materias penales N° 3. Recuperado de http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2713983
122. Kpmg Advisory Services Ltda – Forensic Services (2013). Encuesta de fraude en Colombia 2013. Recuperado de <https://www.kpmg.com/CO/es/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Documents/Encuesta%20de%20Fraude%20en%20Colombia%202013.pdf>
123. Kroll y Economist Intelligence Unit (2013). Informe global sobre fraude 2013/2014. Recuperado de <http://www.kroll.com/CMSPages/GetAzureFile.aspx?path=~%5Cmedia%5Cfiles%5Cintelligence-center%5Cglobal-fraud-report-2013-2014->

[spanish.pdf&hash=4242446fcc7f5aae3e5071caa4ac92a5a934bf8b372016ac5aee67d2fb8df000](#)

124. Lascano, C. J. (2003). La insostenible 'modernización del derecho penal' basada en la 'tolerancia cero' desde la perspectiva de los países 'emergentes'. Recuperado de <http://www.defensesociale.org/revista2003/10.pdf> [octubre de 2013]
125. Legis (2001-2002). Responsabilidad de los administradores de sociedades. Cd Eruditos Prácticos Legis.
126. Lescano, J. (2004). La protección penal del patrimonio. La estafa. Recuperado de www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/proteccion_patrimonio.doc [octubre de 2013]
127. Ley 1474 de 2011. En www.secretariassenado.gov.co
128. Ley Orgánica 1 de 2015. Por la cual se modifica la Ley Orgánica 10 de 1995. Recuperado de Boletín Oficial del Estado <https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3439.pdf>
129. López Díaz, C. (1999). Código Penal Alemán. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. Recuperado de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080616_02.pdf
130. López Peñaranda, G. (1995). Hechos Punibles Contra El Patrimonio En Colombia. Estudio sobre: Hurto - Estafa - Extorsión - Abuso de confianza y otras defraudaciones. Santafé de Bogotá, D.C.: Ediciones Jurídicas Radar.
131. Luzón Peña, D-M y Roso Cañadillas (2010). La administración desleal societaria en el derecho penal español. En revista para el análisis del derecho [www.indret.com]. Recuperado de http://www.indret.com/pdf/745_es.pdf [octubre de 2013]

132. Madrigal Zamora, R. (2003). Sistemas Penales Comparados. Corrupción en el sector privado Costa Rica. En Ferre Olivé, J.C. (Dt). Revista Penal N° 11 [p. 169-171]. Universidad de Huelva. Recuperado de <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/166> [octubre de 2013]
133. Mantilla Jácome, R (1988). Delitos Contra el Patrimonio Económico. De apoderamiento Hurto y Usurpación. Bogotá D.C.: Universidad Externado De Colombia.
134. Martínez Huaman, R. E. (sf) Análisis del delito de uso indebido del patrimonio de la persona jurídica. Recuperado de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20100831_04.pdf
135. Martínez Pérez, C. (1994). El delito societario de administración fraudulenta. (Entre el delito patrimonial de la “infidelidad” y el delito societario del “abuso de facultades jurídico-sociales). En Estudios penales y criminológicos, vol. XVII [pp. 262-352]. Recuperado de <https://dspace.usc.es/handle/10347/4178>
136. Martínez Zúñiga, L. (1985). De Los Delitos Contra El Patrimonio Económico. Bogotá D.C.: Segunda edición: Editorial Temis S.A.
137. Martínez-Bujan Pérez, C (2010). Los delitos de peligro en el derecho penal económico y empresarial [pp. 87-113]. En Serrano-Piedecabras, J.R. y Demetrio Crespo, E (Dts). El derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo. Madrid: Colex 2010.
138. Mayo Calderón B. (2007). La administración fraudulenta en la jurisprudencia del tribunal supremo español. Revista Nuevo Foro Penal Universidad Eafit. [p. 145-169]. Recuperado de <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/viewFile/1851/1851>. [mayo de 2015]

139. Mayo Calderón, B. (2005). La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del art. 295 del Código Penal Español y propuesta de ley. Granada: Editorial Comares.
140. Mir Puig, C. (2013). Sobre la reforma de los delitos de malversación en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 2013. En anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales N° 1 [205-250]. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2013-10020500250
141. Mir Puig, S. (1994). El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho. Editorial Ariel S.A.
142. Mizrahi, E (2012). Los presupuestos filosóficos del derecho penal contemporáneo. Conversaciones con Günther Jakobs. Buenos Aires: Universidad Nacional de la Matanza. Recuperado de http://www.kas.de/wf/doc/kas_32422-544-1-30.pdf?121017143347
143. Molina Arrubla C.M (2005). Delitos contra la administración pública. Bogotá D.C: Editorial Leyer
144. Montenegro, C. (1995). Delitos Contra el patrimonio económico. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
145. Moya Jiménez, A. (2010). La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas. 2ª Edición. España: Editorial Bosch S.A.
146. Muñoz Conde, F (1999). El delito de alzamiento de bienes. Barcelona: Editorial Bosch S.A.
147. Muñoz Conde, F. (1998). Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos. En Ferre Olivé, J.C. (Dt). Revista Penal N° 1 Universidad de Huelva. [p. 67-76] Recuperado de <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/15> [octubre de 2013]

148. Muñoz Conde, F. (2001). Administración desleal e insolvencia punible: problemas de imputación personal. En Arroyo Zapatero L.A (Coord.). Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos “in memoriam” vol. 2 (pp. 353.374). Ediciones de la Universidad Castilla de la Mancha.
Recuperado de http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/administracion%20desleal%20e%20insolvencia%20punible.%20problemas%20de%20imputacion%20personal.pdf [octubre de 2013]
149. Muriel Patino, M.V (2008). Corrupción y derecho privado patrimonial, Capítulo II [pp.35-53]. En Rodríguez García, N y Caparrós, F (2008). Corrupción y delincuencia económica. Bogotá D.C: Editorial Ibáñez.
150. Navarro Frías, I. y Melero Bosch, L. V (2011). Corrupción entre particulares y tutela del mercado. En Revista para el análisis del derecho [www.indret.com]. Recuperado de http://www.indret.com/pdf/845_1.pdf [octubre de 2013]
151. Nieto Marín, A. (2003). Sistemas Penales Comparados. Corrupción en el sector privado España. En Ferre Olivé, J.C. (Dt). Revista Penal N° 11 [p. 174-176]. Universidad de Huelva. Recuperado de <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/166>
152. Oficina de las Naciones Unidas Contra La Droga y El Delito – Unodc – y Cámara de Comercio de Bogotá (2014). Guía Anticorrupción para las empresas basadas en el estatuto anticorrupción. Recuperado de <http://bibliotecadigital.ccb.org.co/handle/11520/13890>
153. Oficio 220-081066 del 01 de julio de 2015. Superintendencia de Sociedades. Recuperado de <http://www.supersociedades.gov.co/superintendencia/normatividad/conceptos/conceptos-juridicos/Normatividad%20Conceptos%20Juridicos/OFICIO%20220-081066.pdf>

154. Otero González, P. (2012). Corrupción entre particulares (Delito de). En Eunomía. Revista en cultura de la legalidad N° septiembre 2012 – febrero 2013 [pp. 174-183. Recuperado de <http://eunomia.tirant.com/?p=1201>
155. Oviedo A., C.A (2008). Constitución económica y derecho penal: derecho penal económico en Colombia. En Hernández Quintero, H.A. (Coord). Cuadernos De Derecho Penal Económico N° 2. (45-71). Ibagué, Colombia: Universidad de Ibagué.
156. Pabón Reverend, J (2011). Fraude mediante cheque y del abuso de confianza [pp. 423-453]. En Castro Cuenca, C (Coord) Manual de derecho penal parte especial Tomo I. Bogotá D.C.: Temis
157. Pastor Muñoz N. y Coca Vila I. (2013) El nuevo delito de administración desleal en el anteproyecto de reforma del Código Penal. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/249970771_El_nuevo_delito_de_administracion_de_sleal_en_el_Anteproyecto_de_Reforma_del_Codigo_Penal
158. Pastor Muñoz, N. (2013). La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico. En Silva Sánchez, J. (2013). La teoría del delito en la práctica penal económica. (Parte I). Barcelona (España): Las Rozas: La Ley.
159. Pastor Muñoz, N° (2006). La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿derecho penal o auto regulación empresarial? En revista para el análisis del derecho [www.indret.com]. Recuperado de <http://www.indret.com/pdf/380.pdf>
160. Pedraza Monclou, J. (2011) Aspectos legales de las entidades sin ánimo de lucro y las cooperativas. En Manual de régimen tributario especial para el sector solidario y entidades sin ánimo de lucro. Editorial Nueva Legislación. Recuperado de

<http://doctrina.vlex.com.co/source/manual-regimen-tributario-especial-sector-solidario-entidades-sin-animo-lucro-6713>

161. Polaino Navarrete, M (2005). Funciones dogmáticas del derecho penal y legitimación material del sistema punitivo. En Revista Derecho Penal y Criminología Vol. 26 N° 79 [pp.46-76]. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1006/951>

162. Posada Maya, R. (2009). Derecho penal en la era de la globalización v.s. derecho pena de la globalización alternativa. En Cuadernos de derecho penal N° 2 [<http://revistas.usergioarboleda.edu.co/>]. Recuperado de http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/article/view/363/307

163. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (121/000065). Recuperado de http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&PIEC E=IWA0&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLUS.fmt&DOCS=7-7&QUERY=%28I%29.ACIN1.+%26+%28PENAL%29.OBJE.

164. Pwc (anteriormente Pricewaterhousecoopers) (2014). Encuesta sobre fraude y delito económico. Resultados en España. Recuperado de <https://www.pwc.es/es/publicaciones/gestion-empresarial/assets/encuesta-fraude-economico-2014.pdf> Recuperado de <http://www.bib.ufro.cl/portalv3/files/informe-global-de-la-corrupcion.pdf>

165. Rodríguez García, N. y Caparrós F. (Coords). 2008. Corrupción y delincuencia económica. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
166. Rodríguez Mourullo, G. (2009). ESTUDIOS DE DERECHO PENAL ECONÓMICO. España: CIVITAS.
167. Rojas, L.E (2009). El tipo de administración desleal en el derecho penal alemán. En Ferre Olivé, J.C. (Dt). Revista Penal N° 23 [138-171]. Universidad de Huelva. Recuperado de <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/384/375> [octubre de 2013]
168. Roxin, C (1997). Derecho Penal Parte General Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid (España): Editorial Civita S.A.
169. Roxin, C. (2013). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometida a examen. Revista electrónica de ciencias penales y criminológicas [en línea] núm. 15-01, p. 01: 1-01:27. Recuperado de <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf> [julio de 2014].
170. Ruiz López, H. (2009) Cartilla de Administradores. Superintendencia de Sociedades. En www.supersociedades.gov.co. Recuperado de [http://www.supersociedades.gov.co/inspeccion-vigilancia-y-control/informesypublicaciones/cartillas-y-guias/Cartillas%20y%20Guias/Cartilla%20ADMINISTRADORES%20\(9\).pdf](http://www.supersociedades.gov.co/inspeccion-vigilancia-y-control/informesypublicaciones/cartillas-y-guias/Cartillas%20y%20Guias/Cartilla%20ADMINISTRADORES%20(9).pdf)
171. Salsas J. y Murillo D. (2012). La lucha contra la corrupción en las empresas del IBEX 35 Percepción y participación de los stakeholders. En Instituto de Innovación Social ESADE [<http://www.esade.edu/research-webs/esp/socialinnovation>]. Recuperado de http://itemsweb.esade.es/wi/research/iis/publicacions/2012_CorrupcionIbex35.pdf
172. Salsas, J. y Murillo, D. (2011). Buenas prácticas en la lucha contra la corrupción. Empresas multinacionales. En Instituto de Innovación Social ESADE [<http://www.esade.edu/research->

webs/esp/socialinnovation].

Recuperado

de

http://itemsweb.esade.es/wi/research/iis/publicacions/2011_Anticorrupcion.pdf

173. Sánchez Bernal, J. (2010). La corrupción en el sector privado: debate en torno a su inclusión en el Código Penal. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3761314>
174. Sanguino Madariaga, A. (2007). Delitos contra el patrimonio económico en la jurisprudencia. Medellín-Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
175. Schünemann, B. (2007). El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. Hefendehl, R. La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho o juego de abalorios dogmáticos? Madrid-Barcelona, Madrid- España (2007): Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
176. Schünemann, B. (2010). ¿<<Infracción Grave Del Deber>> En La Administración Desleal? Capítulo II. Tipo Objetivo. Primera Parte. En Gómez-Jara Diez, C y García Caverro, P. La administración desleal de los órganos societarios. Perú: ARA Editores 2010.
177. Schünemann, B. (2010). El Tribunal Supremo Aleman En La Maraña Del Tipo De La Administración Desleal Capítulo IV. Comentario a la jurisprudencia reciente, Primera Parte. En Gómez-Jara Diez, C y García Caverro, P. La administración desleal de los órganos societarios. Perú: ARA Editores 2010.
178. Schünemann, B. (2010). Las cuestiones candentes de índole político-criminal y dogmático-penal, Capítulo I. Cuestiones generales. Primera Parte. Las cuestiones candentes de índole político-criminal y dogmático-penal, En Gómez-Jara Diez, C y García Caverro, P. La administración desleal de los órganos societarios. Perú: ARA Editores 2010.
179. Seher, G (2007). La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico. Hefendehl, R. La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho o

juego de abalorios dogmáticos? Madrid-Barcelona, Madrid- España (2007): Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

180. Serrano-Piedecabras, J. y Demetrio Crespo E. (Dts). 2010. El Derecho Penal Económico Y Empresarial Ante Los Desafíos De La Sociedad Mundial Del Riesgo. Madrid: COLEX.
181. Shukman, D (2016). Stephen Hawking: la humanidad está en riesgo y muchos de los peligros los hemos creado nosotros mismos. Eb www.bbc.com. Recuperado de http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/01/160119_stephen_hawking_peligro_gtg
182. Silva Henao, J. F (2012). Evolución y origen del concepto de “Estado Social” incorporado en la Constitución Política Colombiana de 1991. En Revista ratio iuris Vol. 7 N° 14 (enero-junio 2012) [pp. 141-158]. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4021602>
183. Silva Sánchez, J. M. (2001). La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Segunda edición, revisada y ampliada. Madrid (España): Civitas. Recuperado de http://www.ues.flakepress.com/Otros%20libros/Derecho/LA_EXPANSION_DEL_DERECHO_PENAL_-_silva_sanchez_jes_s_m_.pdf
184. Simons Vallejo, R. (2005). Sobre el contenido injusto de los delitos de apropiación indebida (reflexiones a propósito de los artículos 252 y siguientes del código penal español). En Ferre Olivé, J.C. (Dt). Revista Penal N° 15 [p. 150-168]. Universidad de Huelva. Recuperado de <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/239> [octubre de 2013]
185. Sintura, F. y Bernate, F (2013). El delito de administración desleal en la legislación penal colombiana. En Sintura, J. y Rodríguez N. (Ed). El Estado De Derecho Colombiano Frente A

La Corrupción. Retos y oportunidades a partir de del estatuto anticorrupción de 2011. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario Facultad de Jurisprudencia 2013.

186. Solarte De Bolívar, C. (1990). Delitos contra los intereses económicos particulares. Sus implicaciones civiles y comerciales. Bogotá, D. E., 1990: Ediciones Jurídicas Radar.
187. Suarez López, B. E. (2009). ¿Existe el bien jurídico-penal en el S. XXI?. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario. Núm. 63 2009, p. 3. Recuperado de <http://docplayer.es/300628-Existe-el-bien-juridico-penal-en-el-s-xxi-por-beatriz-eugenia-suarez-lopez-introduccion.html> [febrero de 2014.]
188. Suarez Sánchez, A (2003). Delitos contra el patrimonio económico [pp. 745-789]. En Lecciones de derecho penal parte especial. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
189. Suarez Sánchez, A. (2013). Delitos contra el patrimonio económico. 2ª Edición. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
190. Tadeo Henao, M. (2005). Convención de las naciones unida contra la corrupción y derecho interno colombiano marino. Recuperado de <http://partner.u4.no/themes/conventions/docs/UNCAC-Compliance-Review-Colombia.pdf>
191. Terradillos Basoco, J. (2008). Sistema penal y empresa. En Terradillos Basco, J. y Acale Sánchez M. (Coords). Nuevas tendencias en derecho penal económico. Seminario Internacional de Derecho Pena (Jerez 24, 25 y 26 de septiembre de 2007) (13-35). Cádiz (España): Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz.
192. Tiedemann, K. (1985). PODER ECONÓMICO Y DELITO (Introducción al derecho penal económico y de la empresa). Barcelona: Editorial Ariel, S.A.
193. Transparencia Internacional (2009). Informe Global de la corrupción 2009. Corrupción y sector privado. En web transparency international www.transparency.org. Recuperado de

http://www.transparency.org/whatwedo/publication/informe_global_de_la_corrupcion_2009_corrupcion_y_sector_privado

194. Transparencia Internacional (S.F.). Los negocios contra la corrupción. Un marco para la acción Implementación del 10mo principio del Pacto Global de las Naciones Unidas contra la corrupción. Recuperado de <http://www.pactomundial.org/wp-content/uploads/2015/08/Los-negocios-contra-la-corrupci%C3%B3n.-Global-Compact.pdf>
195. Transparencia por Colombia (2004). Serie Rumbo PYMES -Integras y Transparentes - Carta de Navegación “Guía de Manejo de la Herramienta”. Recuperado de http://www.centroscomunitariosdeaprendizaje.org.mx/sites/default/files/rumbo_pymes_integras_y_transparentes.pdf
196. Transparencia por Colombia (2011). Principios empresariales para contrarrestar el soborno. En biblioteca virtual en responsabilidad social y temas relacionados [<http://www.bibliotecavirtual.info/>]. Recuperado de <http://www.bibliotecavirtual.info/2011/05/principios-empresariales-para-contrarrestar-el-soborno/>
197. Trasparencia Por Colombia y Universidad Externado de Colombia (2015). Cuarta encuesta nacional sobre prácticas contra el soborno en empresas colombianas. Cuaderno de Transparencia N° 23. Recuperado de <http://transparenciacolombia.org.co/es/noticias/cuarta-encuesta-nacional-sobre-practicas-contra-el-soborno-en-empresas-colombianas>
198. Trasparencia Por Colombia y Universidad Externado de Colombia (2012). Tercera encuesta nacional sobre prácticas contra el soborno en empresas colombianas. Cuaderno de Transparencia N° 20. Recuperado de

http://www.anticorrupcion.gov.co/SiteAssets/Paginas/mediciones-nacionales/cuaderno20_encuesta_practicas_contra_soborno_empresas.pdf

199. Transparencia Por Colombia y Universidad Externado de Colombia (2008). Primera encuesta nacional sobre prácticas contra el soborno en empresas colombianas. Cuaderno de Transparencia N° 15. Recuperado de http://www.anticorrupcion.gov.co/SiteAssets/Paginas/mediciones-nacionales/cuaderno15_primera_encuesta_soborno.pdf
200. Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal. Sección 1. Sentencia de 13 de julio de 2015. MP. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.
201. Tribunal Supremo Español Sala de lo Penal. Sentencia de 15 de febrero de 2010. (ROJ: STS 916/2010, N° Resolución 91/2010, N° Recurso: 1488/2009, Ponente: Julian Artemio Sánchez Mellgar.
202. Tribunal Supremo Español Sala de lo Penal. Sentencia de 15 de octubre de 2014. (ROJ: STS 4085/2014, N° Resolución 655/2014, N° Recurso: 243/2014, MP. Joaquín Giménez García.
203. Tribunal Supremo Español Sala de lo Penal. Sentencia de 19 de mayo de 2009. (ROJ: STS 3901/2009, N° Resolución 623/2009, N° Recurso: 2243/2008, MP. Miguel Colmenero Menéndez De Luarda.
204. Tribunal Supremo Español Sala de lo Penal. Sentencia de 21 de febrero de 2013. (ROJ: STS 1166/2013, N° Resolución 162/2013, N° Recurso: 327/2012, MP. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.
205. Tribunal Supremo Español Sala de lo Penal. Sentencia de 21 de junio de 2007. (ROJ: STS 4016/2007, N° Resolución 565/2007, N° Recurso: 2389/2006, MP. Miguel Colmenero Menéndez De Luarda.

206. Tribunal Supremo Español Sala de lo Penal. Sentencia de 23 de abril de 1992. ROJ STS 20999/1992, N° Recurso 3654/1992, Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater.
207. Tribunal Supremo Español Sala de lo Penal. Sentencia de 25 de junio de 2010. (PROV\2010\264352). MP Luciano Varela Castro.
208. Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal. Sentencia 4822/2015, de 10 de noviembre de 2015. Recurso de Casación Núm. 328/2015. MP Julián Artemio Sánchez Melgar.
209. Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal. Sentencia 6189/2006, de 17 de julio de 2006. Recurso de Casación Núm. 1658/2005. MP Julián Artemio Sánchez Melgar
210. Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal. Sentencia 8/2008, de 29 de julio de 2002. Recurso de Casación Núm. 2038/2000. MP Juan Antonio Martín Pallín).
211. Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal. Sentencia 8/2008, de 24 de enero de 2008. Recurso de Casación Núm. 2172/2005. MP Juan Ramón Verdugo Gómez De La Torre)
212. Urquiza Videla, G. (sf). Apuntes sobre la administración fraudulenta de personas jurídicas: Un caso de fraude contable cometido para encubrir el uso indebido del patrimonio social. Recuperado de <http://www.teleley.com/revistaperuana/10urquiza-68.pdf>
213. Vaquera, G. (2009). Delitos económicos y psicología jurídica. En Asociación Latinoamericana de Psicología Jurídica y Forense [<http://psicologiajuridica.org/>]. Recuperado de <http://psicologiajuridica.org/archives/1418> [octubre de 2013]
214. Vargas Lleras, G. (2010). Exposición de motivos PL 142-10. “Proyecto de ley por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”. Ministerio del interior y de justicia. Recuperado de <http://www.notinet.com.co/pedidos/PL142-10EXPOSICIONDEMOTIVOS.doc>.

215. Vargas Lleras, G. (2010). Proyecto de ley 142 Senado y 174 Cámara. En Gaceta Congreso N° 607/10. Recuperado de http://servoaspr.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=142&p_consec=26704
216. Vélez Cabrera, L. (Ed). 2013 Guía práctica para administradores. Superintendencia de sociedades. <http://www.supersociedades.gov.co/prensa/publicaciones/Documents/GUIA%20ADMINISTRADORES%207.pdf>
217. Villegas Paiva. E. A. (2010). Los bienes jurídicos colectivos en el derecho penal. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales. Recuperado de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20091207_03.pdf [julio de 2014].
218. Yacobucci, G. J. (Dt). 2010. Derecho Penal Empresario. Buenos Aires – Montevideo: B de F.
219. Ziovuas, D. (2003). Sistemas Penales Comparados. Corrupción en el sector privado Alemania. En Ferre Olivé, J.C. (Dt). Revista Penal N° 11 [p. 151-154]. Universidad de Huelva. Recuperado de <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/166> [octubre de 2013]

¹ Tomado de Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (en línea) Recuperado el 26 de septiembre de 2016. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=B0dY4l3>

² Tomado de Transparency International (en línea) Recuperado el 26 de septiembre de 2016. Disponible en: <https://www.transparency.org/what-is-corruption/>.

³ “Unmask the Corrupt” Tomado de Revista El Financiero.com (en línea) Recuperado el 26 de septiembre de 2015. Disponible en: <http://www.elfinanciero.com.mx/mundo/los-15-casos-de-corrupcion-mas-graves-segun-transparencia-internacional.html>

⁴ De acuerdo al índice de Percepción de Corrupción (IPC) divulgado por Transparency International en el 2015, Colombia ocupa el puesto 83 a nivel mundial entre 167 países. (en línea) Recuperado el 27 de septiembre de 2016. Disponible en: <http://www.transparency.org/cpi2015#results-table>

⁵ “Artículo 250-A. Corrupción Privada. El que directamente o por interpuesta persona prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o asesores de una sociedad, asociación o fundación una dádiva o cualquier beneficio no justificado para que le favorezca a él o a un tercero, en perjuicio de aquella, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) hasta de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o asesor de una sociedad, asociación o fundación que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte una dádiva o cualquier beneficio no justificado, en perjuicio de aquella.

Cuando la conducta realizada produzca un perjuicio económico en detrimento de la sociedad, asociación o fundación, la pena será de seis (6) a diez (10) años”.

⁶ “Artículo 250-B. Administración Desleal. El administrador de hecho o de derecho, o socio de cualquier sociedad constituida o en formación, directivo, empleado o asesor, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraiga obligaciones a cargo de está causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

⁷ “En la actualidad, la corrupción se reconoce como uno de los mayores desafíos mundiales. Es uno de los obstáculos más importantes del desarrollo sostenible ya que tiene un impacto desproporcionado en las comunidades pobres y es corrosiva para la estructura de la sociedad. También hay que tener en cuenta el impacto que produce en el sector privado ya que impide el crecimiento económico, distorsiona la competitividad e implica riesgos legales y de reputación importantes. La corrupción además, es un riesgo muy costoso para las empresas, ya que en muchas partes del mundo implica un costo financiero extra de un 10% aproximadamente a los costos de los negocios. El Banco Mundial afirmó que “el soborno se ha convertido en una industria de más de mil millones de dólares” (Transparency International, (S.F), Introducción).

“En cuanto a la distribución geográfica, tal y como se aprecia en el mapa, las áreas en las que se detectan mayores casos de corrupción son: América Latina y África subsahariana, donde se encuentran los países con las instituciones políticas más corruptas; y Asia Pacífico, Oriente Medio, África del Norte, los Nuevos Estados Independientes, los Balcanes Occidentales y Turquía, que cuentan con las administraciones públicas percibidas como las más corruptas. En América del Norte el Parlamento y el poder legislativo también se perciben como instituciones corruptas.

El Barómetro detecta cinco sectores clave en los que las más de 73.000 personas entrevistadas en 41 países diferentes percibían la existencia de corrupción. Los partidos políticos aparecen en primer lugar, seguidos de cerca por la Administración pública y el Poder Judicial (68%, 63% y 60%, respectivamente). La empresa privada y los medios de comunicación ocupan los siguientes puestos, con un 50% y un 43% de los votos” (Salsas y Murillo, p. 9, 2011).

4 [“Los altos costos de la corrupción en Colombia

A pesar que el resultado de los datos entre la Tercera Encuesta Nacional Sobre Prácticas Contra el Soborno en Empresas Colombianas no pueden ser comparados con la Encuesta de Probidad 2006 de Confecámaras; es significativo que la percepción de los empresarios sobre los montos secretos pagados para asegurar la adjudicación de un contrato sea del 14,87%, valor superior al promedio nacional encontrado en la mencionada encuesta del 2006, la cual se ubicaba en el 12,91%. Esto puede indicar que los costos de la corrupción en Colombia han aumentado en el periodo 2006-2012.

El Consejo Privado de Competitividad considera que ‘si bien no existe una fórmula exacta para cuantificar el costo de la corrupción en Colombia, se estima que la corrupción le cuesta al Estado (...) alrededor de 1,6% del PIB’¹⁹, equivalente en el Presupuesto General de la Nación 2012 aproximadamente a 10,4 billones de pesos.

Si se tiene en cuenta que en el 2012 el PIB destinado a Salud es del 2%; las Actividades y servicios de la defensa nacional y las Actividades de Orden Público y seguridad ciudadana, tiene cada una un 1,5% del PIB²⁰; la transferencia a las universidades sin pensiones suma 2 billones de pesos y el presupuesto destinado para las víctimas de la violencia es de 2,9 billones de pesos; se puede dimensionar el tremendo costo de la corrupción para el país.

Influencias negativas, influencias positivas

Los empresarios en este estudio consideran que los sectores que mayor influencia tienen sobre las más altas autoridades gubernamentales son los pertenecientes al ‘sector real’ de la economía: grupos económicos, multinacionales y gremios.

Esta influencia tiene los dos lados de la moneda: por un lado tienen la capacidad de influir para la expedición de normas a la medida de los intereses propios; que las sanciones por malas prácticas no sean las correspondientes a la gravedad de las acciones; el contratar antes de lo permitido mediante la llamada ‘puerta giratoria’ a exfuncionarios públicos con relaciones y contactos en el alto gobierno y con un conocimiento profundo de los procedimientos, trámites y funcionarios en las diversas entidades; influenciar a la opinión pública mediante publicidad; o ejercer injerencia periodística en los medios de comunicación. Por otro lado, los sectores económicos tienen la capacidad de presionar para que haya transparencia en las reglas de juego de los negocios, se fortalezcan los mecanismos de autorregulación, se propenda por mejorar las prácticas para prevenir el soborno y la corrupción tanto al interior de las empresas como con terceros, unidos a políticas de responsabilidad social donde la transparencia sea uno de sus ejes. Se espera que las influencias positivas empiecen a predominar sobre las negativas mediante la implementación y difusión de Buenas Prácticas de transparencia empresarial” (Universidad Externado de Colombia y Corporación Transparencia por Colombia, 2012, p. 85-86)

El estudio de KPMG (2013) muestra algunas cifras importantes sobre delitos cometidos al interior de las empresas y desde estas. Así, por ejemplo, indica que “casi 7 de cada 10 empresas que operan en Colombia han padecido un fraude en los últimos doce meses”; que “en el año 2013 el costo estimado por crímenes económicos fue de \$3.600 millones de dólares, es decir el 1% del PIB nacional”; que “el 70% de los crímenes han sido realizados por empleados de las propias compañías”; que “el 46% de los crímenes económicos experimentados en el último año fueron de malversación de activos, pero el 51% del daño económico lo causo el fraude financiero”; así mismo, el “55% de los delitos de malversación de activos son cometidos por empleados ubicados en posiciones operativas”; y “el 26% de los

fraudes financieros se producen por prácticas de supeditaje gerencial”; también, que “el fraude financiero ha causado un daño económico cercano a los 1,800 millones de dólares americanos” y que “la corrupción ha implicado un daño económico cercano a los 800 millones de dólares americanos”.

“Muchas de las condiciones que propiciaron la crisis están estrechamente relacionadas con los riesgos de corrupción para las empresas. Estas condiciones incluyen serias deficiencias en los sistemas de integridad corporativa, como los conflictos de intereses que involucran a garantes externos clave, una transparencia y rendición de cuentas insuficiente en mercados importantes así como por ciertos agentes del mercado y mecanismos de control, y fallas graves en materia de auditoría integral corporativa, de gobernabilidad e integridad (...) La corrupción no es un tema secundario sino una cuestión central para las empresas, tanto en países en desarrollo y emergentes como en las naciones industrializadas. Afecta a las multinacionales de Estados Unidos y de Europa. Involucra a poderosos fabricantes en China, proveedores de servicios de tecnología de la información en la India, agricultores en América Latina e industrias extractivas en África, Asia Central y Medio Oriente. Es un tema que atañe a grandes conglomerados, empresas familiares y emprendedores individuales. Se estima que tan sólo en los países en vías de desarrollo y en transición, los políticos y funcionarios gubernamentales corruptos reciben sobornos por un total de entre 20.000 y 40.000 millones de dólares por año, lo que equivale a aproximadamente entre el 20% y el 40% de la ayuda oficial al desarrollo. Y lo que es más preocupante, el problema parece estar agravándose.

Muchos actores del sector empresarial disponen de un poder del que pueden abusar fácilmente en beneficio propio y en perjuicio de los demás sectores de la sociedad. Los ejecutivos y miembros de juntas directivas tienen facultades para dirigir las compañías y gestionar los riesgos con miras a lograr una rentabilidad sostenible para los accionistas y demás partes interesadas.

Los gerentes de compras controlan grandes presupuestos destinados a adquirir insumos para la empresa. Los gerentes de recursos humanos son responsables de contratar al personal. Los representantes sindicales tienen facultades conferidas por los trabajadores para representar sus intereses ante la dirección. Las sociedades de inversión administran los ahorros y las pensiones de los ciudadanos, y deben hacerlo de manera responsable. Los contables, los auditores y las agencias de calificación tienen la responsabilidad, delegada por las autoridades reguladoras y los inversionistas, de verificar y evaluar la información crítica y los riesgos que declaran las compañías. (...) Las razones comerciales para combatir la corrupción son claras. La mitad de los gerentes de las empresas internacionales consideran que la corrupción incrementa al menos en un 10% el costo de los proyectos, y en algunos casos hasta en un 25%¹⁴. Además de los costos financieros directos y de la pérdida de oportunidades comerciales, existen consecuencias perniciosas significativas para las marcas, la moral de los empleados y las relaciones externas de las empresas y los gobiernos. La aplicación más rigurosa de las normas anticorrupción en algunas jurisdicciones ha elevado notablemente los estándares, y cada vez son más frecuentes las sentencias judiciales y sanciones severas por decenas de millones de dólares” (Transparency International, 2009, p. xxix y 4-6)].

⁹ Ley Orgánica 1 (2015). Dicha ley fue impulsada por el Ministerio de Justicia, que presentó el proyecto de Ley 121/00065 (2013). A través de este proyecto, se impulsó una reforma y actualización integral al Código Penal español; sin embargo, en el específico caso de los delitos de administración desleal y corrupción privada el proyecto de reforma contempló las siguientes propuestas:

“i) Se propone incluir en el Capítulo VI <De Las Defraudaciones>, ubicado en el Título XIII <Delitos Contra El Patrimonio Económico y Orden Socioeconómico>, la Sección 1bis denominada Administración Desleal. Según el proyecto de reforma, el Código Penal de 1995 había optado por tipificar la administración desleal como un delito societario, a pesar de que se trataba de un delito patrimonial, que puede tener como sujeto pasivo a cualquier persona. El Código Penal vigente trae en el Título XIII <Delitos Contra El Patrimonio Económico y Orden Socioeconómico> el Capítulo XIII <Delitos Societarios>, y en su artículo 295 contempla la figura de la administración desleal. Sin embargo, el proyecto de reforma considera que al lado del ilícito de administración desleal el Código Penal contempla un delito de administración desleal el artículo 252 (ubicado en el capítulo de las defraudaciones), de ahí que sea necesaria una reforma integral.

ii) En cuanto al ilícito de corrupción privada (denominada por la ley española como corrupción entre particulares) el proyecto de reforma presentado en el año 2013 señala la necesidad de crea una nueva sección (4), <denominada corrupción en los negocios>, dentro del Capítulo XI <delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores> en el Título XIII <Delitos Contra El Patrimonio Económico y Orden Socioeconómico>, en la que se incluyen los delitos de pago de sobornos para obtener ventajas competitivas (se trate de corrupción en el sector privado o de la corrupción de un agente público extranjero), y se aprovecha también para introducir algunas mejoras técnicas en la regulación de estos delitos, que tienen por objeto garantizar la aplicación de dichos preceptos en todos los casos en los que, mediante el pago de sobornos, en beneficio propio o de tercero, se obtienen posiciones de ventaja en las relaciones económicas. Asimismo, se introduce del mencionado Título XI, una nueva figura delictiva que sanciona a los representantes o administradores de hecho o de derecho que dejan de adoptar las medidas expresa, necesarias para evitar la comisión de delitos”.

El proyecto de ley sufrió modificaciones en la redacción original de las figuras en mención, en los más de quince meses de debates que completó, con importantes propuestas sobre las que se volverá en el capítulo correspondiente al análisis de las figuras delictivas.

¹⁰ Para tal efecto fueron revisadas las Gacetas Nº 19 (08/02/2011), 78 (10/03/2011), 128 (30/03/2011), 258 (12/05/2011), 311 (25/05/2011), 312 (25/05/2011), 784 (19/10/2011), 1002 (01/12/2010) y 1117 (22/12/2010) del Congreso de la República.

¹¹ El Decreto-Ley 100 (1980) al hablar de la antijuridicidad, como requisito de la conducta punible, señalaba que la conducta típica que se considerara punible debía lesionar o poner en peligro sin justa causa el interés jurídico tutelado por la ley. Por su parte, la Ley 599 (2000) al hablar de la antijuridicidad señala que para que la conducta típica sea antijurídica debe lesionar o poner efectivamente en peligro sin justa causa el bien jurídico tutelado por la ley penal.

¹² “‘Simbólico’ en sentido crítico es por consiguiente un Derecho penal en el cual las funciones latentes predominan sobre las manifiestas: del cual puede esperarse que realice a través de la norma y su aplicación otros objetivos que los descritos en la norma: Con ellos se entiende —como ya expresa la determinación del concepto— por ‘funciones manifiestas’ llanamente las condiciones objetivas de realización de la norma, las que la propia norma alcanza en su formulación: una regulación del conjunto global de casos singulares que caen en el ámbito de aplicación de la norma, esto es, la protección de bienes jurídicos previstos en la norma. Las ‘funciones latentes’ a diferencia, son múltiples, se sobreponen parcialmente unas a otras y son descritas ampliamente en la literatura: desde la satisfacción de una

‘necesidad de actuar’ a un apaciguamiento de la población, hasta la demostración de un Estado fuerte. La previsibilidad de la aplicación de la norma se mide en la cantidad y cualidad de las condiciones objetivas, las que están a disposición de la realización objetiva instrumental de la norma. Una predominancia de las funciones latentes fundamenta lo que aquí denomino ‘engaño’ o ‘apariencia’: Los fines descritos en la regulación de la norma son —comparativamente— distintos a los que se esperaban de hecho; no se puede uno fiar de la norma tal y como ésta se presenta. Finalmente esta concreción de ‘simbólico’ no se trata sólo del proceso de aplicación de las normas, sino frecuentemente ya de la formulación y publicación de la norma: en algunas normas (como 220ª StGB) apenas se espera aplicación alguna” (Hassemer, 1995, pp. 23-36).

¹³ Frister (como se citó en Roxin, 2013, p. 6) señala lo siguiente: “Tanto los bienes jurídicos individuales como los bienes jurídicos de la colectividad sirven en última instancia a las posibilidades de desarrollo del individuo”. En su opinión, la diferencia estribaría tan solo en que la lesión de un bien jurídico individual afecta inmediatamente a la posibilidad de desarrollo de un determinado ser humano, mientras que la lesión de un bien jurídico de la colectividad afecta de modo mediato las posibilidades de desarrollo de todas las personas.

¹⁴ “a) Una tendencia que podríamos denominar ‘minimalista’ se caracteriza por una visión extremadamente crítica de la situación actual del Derecho Penal que hemos descrito en sus grandes rasgos. Una expresión ampliamente conocida de esta posición está representada por un grupo de profesores de Frankfurt a los que se les agrupa bajo la denominación de la “Frankfurt Schule” (Escuela de Frankfurt). Para esta posición, la situación actual del Derecho Penal es insostenible: el proceso de modernización del Derecho Penal tal como ha sido concebido y desarrollado en Alemania (y nosotros agregamos, en muchos otros países) conforma una situación insostenible del Derecho Penal, caracterizado por abusos, exacerbaciones, deformaciones y demolición que exige desde hace tiempo la Política Criminal oficial al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal. Denuncian los adherentes a esta tendencia cómo se desdibujan los principios limitadores del *ius punendi* e incluso cómo son utilizados para extender el Derecho Penal. Al efecto es sumamente ilustrativo un artículo de Marijón Kaiser, cuyo título es ‘Sobre el potencial incriminador de los principios limitadores del Derecho Penal. Competencias penales en la cuestión del aborto’^[9], en el que se desarrollan y analizan dos conocidas sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el aborto, y que contienen la idea que en virtud del principio de *ultima ratio* ya no se trata de establecer en qué condiciones o cuándo es legítimo recurrir a la norma penal sino de determinar en qué caso el legislador está obligado constitucionalmente a penalizar una conducta (deber de penalización o “prohibición de infra protección”) (...) Otra característica de esta corriente de pensamiento, o por lo menos de algunos de sus exponentes, es que se aboga por la limitación del derecho penal a la protección de intereses o expectativas indiscutibles, como lo son la vida, la integridad corporal, la libertad y la propiedad. Para quienes sustentan esta idea sólo esas expectativas tienen relación con la esencia del individuo y de su propia capacidad de permanencia en el tiempo, que es lo que justifica la protección penal^[10]. Esta postura representa sin duda un minimalismo extremo. En palabras de Roxin se trata por esta corriente ‘de limitar la legislación penal a un ‘Derecho penal básico’, a tratar con el instrumental de la dogmática clásica, y orientado de forma prioritaria a brindar protección individual frente a los delitos lesivos’, y cuyo propósito es ‘defender los elementos del Estado de Derecho limitadores de la pena frente a la desmesurada criminalización anticipada con la que el legislador intenta hacer frente a los riesgos sociales derivados de la moderna tecnología’^[11]” (Feller, 2005, pp. 5-6).

¹⁵ El profesor Silva Sánchez explica cuáles pueden ser algunas de las causas que han llevado a las legislaciones y a la doctrina a encontrar en el derecho penal un “instrumento de protección de los ciudadanos”, como, por ejemplo, la existencia de “nuevos intereses”, “la efectiva aparición de nuevos riesgos”, “la institucionalización de la inseguridad”, “la sensación social de inseguridad”, “la configuración de una sociedad de sujetos pasivos”, “la identificación de la mayoría social con la víctima del delito”, “el descrédito de otros instrumentos de protección”, “los gestores atípicos de la moral”, “la actitud de la izquierda política”, “el gerencialismo” y señala que estas causas de expansión sufren un grandioso impulso debido a dos fenómenos distintivos de las sociedades postindustriales como son la globalización económica y la integración supranacional (Silva, 2001).

¹⁶ “Es común afirmar, cuando se examinan los límites al poder punitivo del Estado, que uno de los principios más importantes es el de *ultima ratio*, entendido como una de las expresiones del principio de necesidad de la intervención del Derecho penal^[1]. (...) Es decir, estamos frente a un principio que se construye sobre bases eminentemente utilitaristas: mayor bienestar con un menor costo social^[3]. El Derecho penal deberá intervenir sólo cuando sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general^[4].

Los fundamentos utilitaristas del principio que se examina los podemos hallar en el movimiento de la Ilustración del siglo XVIII, a través del cual comienzan a sentarse las bases de un derecho penal de corte garantista^[5]. Es así, que la Declaración francesa de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789 señala en su Art. 8: ‘La ley no debe establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias...’^[6]. Es que la necesidad de la pena y la racionalidad de ésta se consideraban pilares esenciales para limitar la discrecionalidad con que el Antiguo Régimen administraba la justicia penal^[7]. Asimismo, disposiciones como la recién citada constituyen la materialización del espíritu de la época, pues las ideas expuestas por, entre otros, Beccaria^[8], el ‘revolucionario’ Jean Paul Marat^[9] o Bentham^[10], transitaban en esa dirección. (...) Para comprender el alcance, en su actual dimensión, del principio de *última ratio* como expresión del principio de estricta necesidad, debemos situarlo dentro del contexto de un Estado democrático de Derecho. Y es que conociendo la actual estructura de nuestro modelo de Estado nos permitirá precisar cuáles son los presupuestos para la fundamentación del Derecho penal^[12]. (...) Como señalan Maurach/Zipf: ‘*lure est civiliter utendum*, en la selección de los medios estatales de poder, el derecho penal debería ser una verdadera *ultima ratio*, encontrarse en último lugar y adquirir actualidad sólo cuando ello fuere indispensable para la conservación de la paz social. De ello se sigue que la naturaleza secundaria del derecho penal es una exigencia político-jurídica dirigida al legislador’ (Carnevali, 2008, p. 2-4).

¹⁷ [Roxin, *ob.cit.*, p. 56].

¹⁸ Así lo destacan los artículos 206 y 180 de la Ley 600 (2000) y Ley 906 (2004) respectivamente, leyes procesales vigentes.

¹⁹ [ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, Derecho penal. Parte general, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 489].

²⁰ [CREUS, Carlos. Derecho penal. Parte general. 5ª edición. Editorial Astrea. Universidad del Rosario. Buenos Aires, Bogotá. 2012, p. 194-195].

²¹ Real Academia Española (RAE, 2016) “**Valor** (Del lat. *valor*, -*ōris*). // **1.** m. Grado de utilidad o aptitud de las cosas, para satisfacer las necesidades o proporcionar bienestar o deleite. (...) **10.** m. *Fil.* Cualidad que poseen algunas

realidades, consideradas bienes, por lo cual son estimables. Los **valores** tienen polaridad en cuanto son positivos o negativos, y jerarquía en cuanto son superiores o inferiores.

²² RAE (2016) “**Interés**. (Del lat. *interesse*, importar). // **1.** m. Provecho, utilidad, ganancia. // **2.** m. Valor de algo. (...) **6.** m. pl. Conveniencia o beneficio en el orden moral o material”.

²³ Al respecto, acertadamente señala Martínez S.F, p. 6) “El estudio de cualquier tipo de la parte especial del Código Penal, debe comenzar por saber cuál es el bien jurídico penal a proteger, pues gracias al mismo sabremos qué acciones son idóneas para poner en peligro el bien jurídico”.

²⁴ Frente a esto hay dos posiciones, por un lado quienes consideran que el bien jurídico es todo objeto, entendido en sentido amplio tanto material como inmaterial, que la ley penal en sus respectivos tipos considera dignos de protección jurídica, de tal manera que es la ley la que va a establecer cuáles son los bienes jurídicos que merecen ser protegidos, sin embargo al ser esta una posición tan conservadora y positivista ha sido abandonada, dando paso a la segunda ellas, que indica que el bien jurídico es preexistente e independiente de su reconocimiento por la ley, pues se conforma de aquellos concretos intereses, valores o realidades valiosas de una persona de la sociedad, pero que vienen a ser importantes porque valiéndose de ellas se podrá lograr un adecuado desarrollo personal y social. (Suárez López, 2009, p. 6)

²⁵ Decreto-Ley 100 (1980), Libro II Título XIV. Delitos contra el patrimonio económico.

²⁶ Decreto-Ley 100 (1980), Libro II Título VII. Delitos contra el orden económico social; Ley 599 (2000). Libro II Título X. Delitos Contra el orden económico social.

²⁷ Ley Orgánica 10 (1995). Libro II. Título XIII Delitos Contra El Patrimonio y El Orden Socioeconómico.

²⁸ Código Penal De La Nación Argentina. Ley 11.179 de 30 de septiembre de 1921. (T.O 1984). Libro II, Título VI Delitos Contra La Propiedad. Libro II Título XIII Delitos Contra El Orden Económico y Financiero.

²⁹ Código Penal de Uruguay. Ley 9.155 de 04 de diciembre de 1933. Libro II, Título XIII Delitos Contra La Propiedad. Libro II Título IX Delitos Contra La Economía y La Hacienda Pública.

³⁰ Código Penal De Paraguay. Ley 11.160 de 1997. Libro II, Título II Hechos Punibles Contra Los Bienes De La Persona. Libro II Título VI Hechos Punibles Contra El Orden Económico y Tributario.

³¹ Ley publicada en la sección tercera del diario oficial de la federación el viernes 14 de agosto de 1931. Libro II, Título XIV Delitos Contra La Economía Pública. Libro II Título XXII Delitos En Contra De Las Personas En Su Patrimonio.

³² Código Penal Peruano. Decreto Legislativo 635 de 1991. Art. 198. Modificado por la Ley 29307 de 2008. Libro II, Título IX Delitos Contra El Orden Económico. Libro II Título V Delitos Contra El Patrimonio.

³³ Código Penal. Decreto Real 1938 de 19 de octubre de 1930. Libro Segundo, Título VIII Dei Delitti Contra L'Economia Pubblica L'Industria E Il Commercio. Libro II Título XIII Dei Delitti Contra Il Patrimonio.

³⁴ Código Orgánico Integral Penal. Año I – N° 180 lunes 10 de febrero de 2014. Título IV, Capítulo Segundo (Delitos Contra Los Derechos De Libertad) Sección Novena (Delitos contra el derecho a la propiedad). Capítulo Quinto (Delitos Contra La Responsabilidad Ciudadana) Sección Octava (Delitos económicos).

³⁵ Batarrita Azua, Adela (1993). Los inicios del denominado <<concepto personal de patrimonio>> se atribuyen en Alemania a Bockelmann, quien ya en 1944 reclama la primacía de la perspectiva subjetiva del titular del patrimonio, definiendo el patrimonio como el ámbito de desenvolvimiento de la propia persona y de sus intereses. (p. 123)

[...]

Próxima a esta orientación tanto en sus premisas como en sus resultados se encuentra la llamada concepción funcional del patrimonio representada fundamentalmente por Weidemann (161) y Morbotter (162), quienes parte de la lesión a la libertad de disposición patrimonial como objeto de protección de la estafa, en cuanto tal facultad del titular es considerada inesperada de un entendimiento dinámico de patrimonio (163). La construcción de Esser, conocida como <<concepción dinámica>>, conduce a los mismos resultados que la concepción personal en la valoración del daño, si bien asume el concepto jurídico económico de patrimonio, intentando compatibilizar éste con la protección de la <<libertad de actuación económica>>. (p. 124 y 125)

[...]

Presupuesto común a las distintas versiones de la orientación personal, es el entendimiento de que la protección penal del patrimonio se dirige a garantizar a su titular las posibilidades de desarrollo personal que le brinda aquellos bienes económicos bajo su señorío, más allá del aseguramiento de una suma abstracta del valor económico según el patrón del <<homo economicus>> (p. 125)

[...] El ejercicio de dominio o señorío, sobre los bienes patrimoniales bajo su titularidad implica la posibilidad de utilizarlos para satisfacer sus propias necesidades, gestionarlos, intercambiarlos, o disponer de ellos de acuerdo a sus planes.

[...]

Desde la teoría jurídico-económica la fundamentación de la protección penal del patrimonio no es ajena al significado personal, ya que no se niega, sino que se reconoce explícitamente que el patrimonio constituye un instrumento que sirve para asegurar a su titular un ámbito de realización económica y una esfera de su existencia. (p. 126)

[...]

Por lesión patrimonial se entiende aquella merma de la capacidad económica, concebida como el poder o señorío sobre bienes que posibilitan la satisfacción de las necesidades -en sentido amplio- del titular. (p. 127)

[...]

La frustración del fin perseguido con la aplicación patrimonial, o su reverso, la obtención del fin, pasa a ocupar el lugar central de la determinación de la lesión patrimonial, tanto en la concepción personal, como en las versiones funcionales de Weidemann (180 y Mohrbotter (181). (p. 128)

³⁶ ROJ STS 20999/1992, N° Recurso 3654/1992, Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater.

³⁷ En sentencia de 11 de febrero de 2015 (rad. 42.724 MP Eyder Patiño Cabrera) la Sala de Casación Penal se limitó a expresar lo siguientes: “el patrimonio económico, entendido como ese conjunto de derechos y obligaciones, susceptible de ser valorado en términos económicos, más concretamente, en dinero.”

³⁸ El Código Penal de Costa Rica denomina al ilícito “administración fraudulenta y apropiaciones indebidas”, en Perú se cataloga al ilícito como “fraude en la administración de personas jurídicas”, en Italia el Código de Civil lo denomina “Infidelidad Patrimonial”.

³⁹ “1) CONCEPTO DEL DELITO. La amplitud de su formulación, con la reserva a que obligan sus limitaciones subjetivas, hace pensar, frente al delito, en deslealtades de quienes se encuentran en la feliz situación de poder disponer, conforme a derecho, en un patrimonio ajeno” (Carrera, 2002, p. 41).

⁴⁰ “En efecto, la esencia de la administración desleal no reside en el uso temporal ilícito de los bienes de la empresa, sino que se basa en la vulneración de un deber de lealtad que, si bien en el delito común de administración desleal puede aparecer un tanto difuso, cuando se entra en la esfera de los órganos societarios tienen un contorno mucho más definido” (Gómez-Jara, 2010, p. 203).

“Pero además en este tipo se preserva de manera indirecta la estabilidad del tráfico económico: de manera indirecta porque a nuestro juicio lo que adicionalmente se protege de modo directo es la *fiabilidad del funcionamiento correcto de las sociedades*, que a su vez condiciona el funcionamiento del sistema económico. // 1. Efectivamente con este tipo se asegura y salvaguarda un *bien jurídico supraindividual*: se suele aludir a la tutela del sistema económico y su estabilidad, pero si concretamos más, hay que referirse al funcionamiento no del propio sistema económico, sino a la *fiabilidad del correcto funcionamiento del sistema societario*, de las sociedades como parte y pieza importantísima en la actualidad del sistema económico de un país (en régimen de economía de mercado, pero incluso también en los sistemas de economía mixta: colectivista/de mercado). // En la administración fraudulenta por tanto se protege por una parte *el patrimonio tanto social, como el patrimonio de los socios y de terceros equiparados* (cuentapartícipes, depositarios, titulares de valores o bienes administrados), pero por otra *también el correcto funcionamiento de las sociedades, del sistema societario, la fiabilidad de las sociedades, del sistema societario para la comunidad, como bien jurídico colectivo o supraindividual*^[9]. // Ambos bienes jurídicos van de la mano, porque no se castiga sin más el menoscabo del patrimonio individual, sino el de muchas personas (socios y otros terceros) junto con el patrimonio social, y además mediante la infracción por el administrador de un deber fundamental dentro de las relaciones societarias y consagrado por la legislación mercantil de sociedades: el deber de lealtad en la gestión de la sociedad y de los intereses patrimoniales de ésta y de los socios de modo que no se les causen daños indebidos, produciendo como efecto secundario el consiguiente perjuicio para terceros, empleados y acreedores; la expectativa y razonable seguridad de que no se producirá tal vulneración del deber de lealtad en la gestión social con sus indeseables repercusiones para terceros dentro del tráfico jurídico es la base de la confianza de la comunidad en el correcto funcionamiento del sistema societario” (Luzón y Roso 2010, pp. 6-7).

⁴¹ “Artículo 9º. Conducta Punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado. // Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad”.

“Artículo 10. Tipicidad. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal. // En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley”.

“Artículo 11. Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal”.

“Artículo 12. Culpabilidad. Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”.

“Artículo 21. Modalidades de la conducta punible. La conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa y la preterintención sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley”.

“Artículo 22. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”.

⁴² Según este principio, cuando un comportamiento es susceptible de subsumirse en dos tipos penales, como ocurría en el caso del delito de apropiación indebida y administración desleal de acuerdo con la posición adoptada por el Tribunal Supremo español, deberá castigarse conforme al precepto que prevea la pena más grave. Dicho principio se encuentra contemplado en el Código Penal español, que al respecto señala:

“Artículo 8º. Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: // 1ª. El precepto especial se aplicará con preferencia al general. // 2ª. El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible. // 3ª. El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. // 4ª. En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”.

⁴³ Sentencia del 15 de octubre de 2014 (ROJ: STS 4085/2014, N° Resolución 655/2014, N° Recurso: 243/2014, Ponente: Joaquín Giménez García.

⁴⁴ Sentencia del 21 de febrero de 2013 (ROJ: STS 1166/2013, N° Resolución 162/2013, N° Recurso: 327/2012, Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.

⁴⁵ “El tipo penal de administración desleal sólo se refiere a administradores, directivos, o empleados de ‘sociedades’, por esta razón, se excluyen otro tipo de personas jurídicas, como las fundaciones, las cooperativas, las asociaciones, y otras formas especiales de administración de bienes como los contratos fiduciarios, los mandatos de administración, las propiedades horizontales y en fin a todas las figuras jurídicas o entes colectivos diferentes a las sociedades mercantiles” (Abello 2015, pp. 99-100).

⁴⁶ “Al margen del supuesto habitual de comisión de hechos delictivos en el seno de sociedades existentes y en funcionamiento, pues la alusión contenida en los diversos tipos de sociedades “en formación” parece destinada a extender el mismo tratamiento penal a cualquier comportamiento engañoso o defraudatorio de alcance equivalente que pueda tener lugar en el proceso de constitución de la sociedad. La atribución de consecuencias penales a determinadas conductas irregulares que pueden producirse en la fase de fundación de la sociedad suelen presentarse, de hecho, como un elemento de gran satisfacción para la represión general del fenómeno de la delincuencia societaria” (García, 1996 p. 43).

⁴⁷ [PINZÓN, Gabino. Sociedades Comerciales, vol. I, Editorial Temis, Bogotá, cuarta edición, 1982, págs. 202 y ss.]

⁴⁸ “§ 0008 El representante legal es la persona a quien corresponden las funciones de administrar y representar a la sociedad, de acuerdo con las facultades y poderes determinados en los estatutos y en la ley. Es denominado de distintas formas: Gerente, gerente general, presidente, director general, etc., según se acuerde en los estatutos o se utilice en la práctica, siguiendo los usos o las modas empresariales del momento (C. Co, arts. 110, num. 6º y 196) (§ 0359, 0375). // Las características principales del cargo son: a) Desempeña funciones de administración y representación; b) Es permanente, pues es necesario que la sociedad tenga siempre un representante ante los terceros, y c) Sus funciones

están limitadas al desarrollo del objeto social. (...) § 0019 Tradicionalmente los doctrinantes clasifican las funciones que ejerce el representante legal en administrativas y representativas, las primeras referidas al orden interno, en cuanto al funcionamiento de la sociedad, y las segundas en el plano externo, en su actuación con terceros en el mundo de los negocios. Las funciones de administración son compartidas con la junta directiva, cada cual en su ámbito propio, mientras que la representación es exclusiva de aquél. // Se dice que, por regla general, las facultades del representante son tan amplias como el objeto social y solamente tienen las limitaciones expresamente estipuladas en los estatutos^[2]. La misma ley establece como principio que, a falta de estipulaciones en el contrato social, las personas que representan a la sociedad pueden celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad (C. Co., art. 196). // (2) PINZÓN, Gabino. Ob. cit., pág. 191. // Las restricciones que usualmente se pactan se refieren a exigir autorización previa de la junta directiva para la realización de determinados actos, generalmente teniendo en cuenta su naturaleza o cuantía, cuyos límites, en el caso de la cuantía, se permite fijar en salarios mínimos (Supersociedades, Ofi. EX-05560/88) (§ 0451)” (Responsabilidad de los Administradores de Sociedades, 2001).

Por su parte, con base en los Conceptos 312-010919 de 20 de marzo de 2002 de la Superintendencia de Sociedades, y la Resolución 11205 de 18 de abril de 2002 de la Superintendencia de Industria y Comercio, Gil Echeverri (2015) advierte solamente tendrán la condición de administradores, quienes figuren inscritos en el registro mercantil, ya que este es carácter constitutivo y no de simple publicidad. Así, las personas que figuren inscritas como representantes legales de una sociedad, conservaran dicha calidad hasta que esa designación sea cancelada con una nueva inscripción en el registro mercantil.

⁴⁹ Sus atribuciones están reguladas en los artículos 434 a 439 del Código de Comercio. “§ 0025 La junta directiva es el organismo colegiado que comparte, con el representante legal, las funciones de administración de la sociedad. Su existencia es obligatoria en la sociedad anónima y se puede pactar su creación en las sociedades de responsabilidad limitada, y en los otros tipos de sociedades, cuando la complejidad de los negocios sociales lo haga aconsejable. // Son características principales de la junta directiva: a) Está compuesta por el número de miembros que se indique en los estatutos, en todo caso no menos de tres; b) Su funcionamiento no es permanente sino ocasional; c) Sus funciones son de administración y no de representación; d) Se encuentra subordinada a la asamblea o junta de socios, y e) Actúa de manera colegiada, previa deliberación y decisión, y no mediante acciones individuales de sus integrantes”.

“§ 0036 Por regla general corresponde a la junta directiva ejercer las funciones señaladas en la ley y en los estatutos sociales, y ‘salvo disposición estatutaria en contrario, se presumirá que la junta directiva tendrá atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute o celebre cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y para tomar las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines’ (C. Co., art. 438). // La junta directiva no ejerce funciones de representación de la sociedad y las funciones administrativas las desarrolla de manera compartida con el representante legal. Para la determinación en los estatutos de las funciones propias de la junta directiva debe tenerse presente que ‘dejando a salvo las que son funciones privativas de la asamblea general, como reformar el contrato social, aprobar los balances de fin de ejercicio, disponer de las utilidades sociales, etc., en los estatutos pueden conferirse a una junta directiva todas las funciones de administración que sean compatibles con su misión de colaboradoras de los representantes legales de la sociedad’^[7]. // PINZÓN, Gabino, obra citada, pág. 210. // Es

importante advertir que la junta directiva por el hecho de funcionar ocasionalmente y de manera colegiada, es un organismo apropiado para la orientación general de la compañía pero no para desarrollar funciones particulares y concretas de administración que deban ser resueltas cuanto antes, pues en estos casos quien debe tener la competencia es el representante legal. (...) En cuanto a los períodos o épocas en que debe reunirse la junta directiva, no existe disposición alguna en la ley, pero es viable que los estatutos dispongan al respecto. En todo caso, la junta puede ser convocada por ella misma (cuando en reunión anterior se acordó la fecha de la siguiente o siguientes), por el representante legal (con plena libertad para hacerlo cuando lo considere conveniente o sea necesario), por el revisor fiscal o por dos de sus miembros que actúen como principales. No sobra insistir en la obligación de acatar estas convocatorias, ya sea con la presencia del miembro principal o del suplente, pues la ausencia injustificada o la imposibilidad de sesionar por falta de quórum hace responsables a los miembros ausentes por los perjuicios que de ese hecho se deriven para la sociedad. // Son permitidas las llamadas reuniones universales, que ocurren cuando, en cualquier momento, se encuentran presentes todos los miembros principales de la junta y deciden declararse en sesión. Las decisiones que así se tomen son plenamente válidas, si son adoptadas con las mayorías decisorias previstas en la ley (Supersociedades, Ofi. 220-23264, mar. 28/2000)” (Responsabilidad de los Administradores de Sociedades, 2001).

⁵⁰ “§ 0043 Los factores son las personas que con la calidad de mandatarios administran un establecimiento de comercio o una parte o ramo de la actividad del mismo. El Código de Comercio establece la figura del factor dentro del contrato de preposición (C. Co., arts. 1332 a 1339) (§ 0399 a 0406). // El factor puede ser una persona natural o una jurídica. Cuando se trata de una persona natural coexistirán el contrato de mandato y el laboral, pues es indudable que se presentan los elementos de una relación de esta clase, como son la subordinación (ya que está sujeto a la permanentes instrucciones y órdenes de la sociedad) y la prestación personal del servicio. // Al momento de la vinculación de una persona como factor, deben definirse los mismos aspectos señalados para el representante legal (§ 0008). // Los factores están facultados para celebrar todos los actos relacionados con el giro ordinario de los negocios del establecimiento que administren, incluidas las enajenaciones y gravámenes comprendidos dentro de dicho giro, salvo que se les haya impuesto algunas limitaciones (C. Co., art. 1335). // Deben cumplir todas la obligaciones generales que les corresponden como administradores sociales y las obligaciones particulares que se pacten o deriven del correspondiente contrato de preposición. La ley determina como obligaciones especiales del factor, en relación con el establecimiento o ramo de negocios que administra, las siguientes: a) llevar la contabilidad; b) cumplir las normas fiscales, y c) cumplir los reglamentos de las autoridades administrativas. Expresamente la ley establece que el factor deberá indemnizar a la sociedad por los perjuicios que se originen en el incumplimiento de estas obligaciones (C. Co., art. 1338) (§ 0405). // Los factores siempre deben actuar en nombre de sus mandantes y, por consiguiente, están obligados a expresar en los documentos que suscriban que lo hacen con poder o en nombre de la sociedad representada. Aún cuando actúan en nombre propio pueden llegar a obligar a la sociedad, si se presentan las circunstancias que señala el artículo 1337 del Código de Comercio (§ 0404)” (Responsabilidad de los Administradores de Sociedades, 2001).

⁵¹ “§ 0044 El liquidador es el representante legal de la sociedad durante la etapa de su liquidación y a quien le corresponde dirigir y adelantar todo el proceso comprendido entre la disolución y la extinción de la sociedad. // Se denomina liquidación privada (o voluntaria) a la regulada en los artículos 225 a 229 del Código de Comercio y que se

caracteriza por ser un proceso en cuyo trámite la intervención de las entidades oficiales es mínima y su dirección está a cargo de una persona privada que es liquidador. // El nombramiento del liquidador debe ser hecho por la asamblea de accionistas o junta de socios y está sujeto a inscripción en el registro mercantil. Mientras dicha designación no se realice y se inscriba, actuará como liquidador el representante legal que figure en el registro mercantil. La ley no ha señalado ninguna calidad especial para desempeñar este cargo, por lo que bastaría con ser mayor de edad y no encontrarse inhabilitado para ejercer el comercio. Sin embargo, es evidente la conveniencia de nombrar a personas que hayan conocido el desarrollo o desenvolvimiento de la sociedad, que tengan buenas capacidades para la negociación y de intachable conducta (C. Co. arts. 227 y 228) (§ 0384, 0385). (...) Es posible nombrar, como en el caso del representante legal, a una persona jurídica como liquidadora, siempre que ésta se encuentre habilitada por su objeto social para cumplir dicha tarea. El cargo lo desempeñará, en concreto, el representante legal de la sociedad liquidadora. // La Superintendencia de Sociedades está facultada para nombrar al liquidador cuando, luego de agotados los procedimientos legales y estatutarios, la sociedad no ha logrado hacer la designación. Dicha atribución se cumple respecto de sociedades vigiladas y controladas, sin embargo, ‘no puede ser ejercida por el organismo de inspección de manera oficiosa, sino que se requiere, además, que medie petición de alguno de los socios’^[11]. // (11) REYES VILLAMIZAR, Francisco. Obra citada, pág. 180. // El liquidador puede ser removido libremente por la sociedad, en cualquier momento, mediante la inscripción de un nuevo nombramiento, tanto cuando se trata del elegido por los socios como del escogido por la superintendencia. // § 0045 El liquidador adelanta, en general, dos clases de funciones: // 1. Las primeras, destinadas a continuar y concluir las operaciones pendientes al tiempo de la disolución, teniendo en cuenta que no se trata de seguir desarrollando el objeto social, sino de culminar los negocios pendientes y continuar apenas con los estrictamente necesarios para mantener la empresa funcionando pero sólo con miras a su liquidación inmediata. // Desde este aspecto, la ley contempla dos conductas especiales que comprometen la responsabilidad del liquidador: a) Cuando realiza operaciones o actos que no tienen por finalidad la inmediata liquidación, caso en el cual responderá frente a la sociedad, a los asociados y a terceros, y b) Cuando no adiciona al nombre de la sociedad la expresión ‘en liquidación’, circunstancia que lo hará responsable por los daños y perjuicios que se deriven de dicha omisión (C. Co., art. 222) (§ 0381). // 2. La segunda clase de funciones se refieren al adelantamiento de todo el proceso liquidatorio, que consiste, básicamente, en realizar el inventario del patrimonio social, vender los activos sociales, pagar el pasivo externo, reembolsar los aportes de los socios (pago del pasivo interno), obtener la aprobación de la cuenta final de liquidación y efectuar las inscripciones o solemnizaciones pertinentes. Este es un proceso complejo, que debe adelantarse de acuerdo con las disposiciones legales y estatutarias existentes, y en cuyo desarrollo el liquidador es responsable ante los asociados y ante terceros de los perjuicios que les cause por violación o negligencia en el cumplimiento de sus deberes (C. Co., art. 255). (...)

§ 0047 La liquidación obligatoria es definida como ‘un proceso netamente concursal, adelantado bajo la jurisdicción de la Superintendencia de Sociedades, aplicable a las compañías comerciales cuyas dificultades económicas exijan como principal solución la venta de todos sus bienes, con el objeto de atender en forma ordenada el pago de las obligaciones a su cargo, de acuerdo con el orden de prelación establecido en la ley’^[13]. // El liquidador es la persona encargada de dirigir este proceso y tienen simultáneamente las calidades de administrador, representante legal de la sociedad en liquidación y auxiliar de la justicia. // (13) CANTILLO VÁZQUEZ, Ignacio, MOJICA RODRÍGUEZ,

María Esperanza. Procesos de disolución y liquidación de sociedades comerciales. Legis, primera edición, 1999, pág. 217. // Es escogido por la Superintendencia de Sociedades de las listas que ha elaborado con personas idóneas para ejercer el cargo. Pueden aspirar a ser inscritas en las listas de liquidadores las personas naturales, las sociedades fiduciarias y las sociedades y personas jurídicas debidamente constituidas cuyo objeto sea la asesoría en la recuperación y liquidación de empresas, que no se encuentren inhabilitadas y cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 163 de la Ley 222 de 1995 (§ 0490) y en la Resolución 100-255 de 1999. El nombramiento y la remoción del liquidador deben inscribirse en el registro mercantil” (Responsabilidad de los Administradores de Sociedades, 2001).

Nota: La Resolución 100-255 de 1999 fue derogada por la Resolución 100-3041 de 31 de octubre de 2002, y esta a su vez fue derogada por la Resolución 100-000285 de 02 de marzo de 2004.

⁵² “§ 0049 El artículo 22 de la Ley 222 de 1995 dice: ‘Administradores. Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones’. La expresión final, destacada en bastardilla, ha sido objeto de distintas interpretaciones, unas restringidas y otras con mayor alcance. // 1. La interpretación restringida considera que, de acuerdo con la frase final, también son administradores quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o ‘detenten’^[14] funciones administrativas o funciones propias de los cargos de representante legal, liquidador, factor o miembro de junta o consejo directivo. De manera que se necesita que los cargos estén previstos en los estatutos y que dichos cargos conlleven funciones administrativas de naturaleza igual o similar a las cumplidas por quienes desempeñan los cargos enunciados al comienzo del artículo. El objetivo de la norma, interpretada de este modo, es evitar que por un cambio de nombre se eludan la responsabilidades legales. (...) Dentro de la línea restrictiva también se ubican quienes, además, exigen que las personas que desempeñan tales cargos aparezcan inscritas en el registro mercantil. Así, en palabras del profesor Sergio Rodríguez Azuero, ‘mal podrían, sin esta notificación, típicamente mercantil, frente a terceros, pretenderse que la simple consagración en los estatutos de determinados cargos, que sin publicidad serían privados y casi confidenciales frente a terceros, permitiese predicar de los mismos las funciones y los alcances propios de los administradores’^[15]. // (15) RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Responsabilidad civil de los administradores de sociedades. En Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, N° 312, noviembre de 1998, pág. 50. // En criterio de la Superintendencia de Sociedades, ‘la Ley 222 establece de manera explícita, en el artículo 22, qué personas tienen esa calidad, enunciando taxativamente los funcionarios que por razón del cargo ostentan esa condición, lo cual determina, igualmente, que exclusivamente a tales funcionarios se les aplican las normas que constituyen el estatuto de los administradores y por consiguiente que quienes no están expresamente definidos como tales, no son sujetos del régimen de deberes y responsabilidades previsto para ellos’ (Ofi. 220-45788/97, § 0459). Por lo así expresado, podría pensarse que la Superintendencia aboga por una interpretación restringida del artículo, pero otra cosa hizo en su Circular Externa 9 de 1997. // 2. La interpretación que amplía el alcance del artículo 22 de la Ley 222 se encuentra en la Circular Externa 9 de 1997 de la Superintendencia de Sociedades (§ 0468), en donde concluye que ‘es administrador quien obra como tal y también lo es quien está investido de facultades administrativas’. Incluye como administradores a quienes actúan en nombre de la sociedad, como sucede con los vicepresidentes, subgerentes, gerentes zonales, regionales, de mercadeo, financieros, administrativos, de producción, y de recursos humanos, entre

otros, ‘quienes pueden tener o no la representación de la sociedad en términos estatutarios o legales y serán administradores si ejercen funciones administrativas o si las detentan’. // *Esta última interpretación es ratificada en recientes documentos de la Superintendencia, como la Circular 100-006 de veinticinco (25) de marzo de dos mil ocho (2008) emanada del Superintendente de Sociedades Hernando Ruiz López, y en el documento denominado Cartilla de Administradores del año dos mil nueve (2009)” (Responsabilidad de los Administradores de Sociedades, 2001).

⁵³ “Artículo 29. Autores. Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento. // Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte. // También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado *o de hecho* [las cursivas son nuestras] de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado. // El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible”.

⁵⁴ “Si se revisa el ingente trabajo doctrinal en torno al Código Penal, la denominada “constitución negativa” introducida por el legislador español en 1995, no es difícil encontrar dos posiciones aparentemente antagónicas y diferenciadas sobre el concepto de administrador de hecho al que se referían tanto los novedosos delitos societarios de los artículos 290, 293, 294 y 295 como el artículo 31 del Código: (a) los autores que entendían que el Derecho penal no podía estar al margen del concepto mercantil de administrador de hecho, y que tal concepto mercantil se encontraba más próximo a la comparación con el administrador de derecho que por “circunstancia patológica” no podía ser considerado como tal administrador de derecho. Es decir, si administrador de derecho era aquella persona física o jurídica que reunía las condiciones de nombramiento y aceptación conforme a las exigencias del Derecho mercantil, debía entenderse por administrador de hecho aquel que no llegaba a ostentar el cargo de forma legítima, bien porque su nombramiento estaba viciado, bien porque incurrió en alguna causa de incapacidad o inhabilitación, o bien porque caducó su cargo^[2]; y (b) por otro lado, aquellos, más numerosos entre los penalistas favorables a la autonomía del Derecho penal, que propugnaban, frente a la tesis anterior, un concepto más amplio, más material que formal, que entendía por administrador de hecho cualquier persona que ejerciera “*realmente las funciones de gestión o administración de la sociedad o quien de facto maneja sus riendas, realizando funciones ejecutivas propias de un administrador*”^[3]” (Astraloa, 2011, p. 2).

Luzón y Roso (2010, p. 8) también hacen referencia a las dos interpretaciones que sobre el concepto de administrador de hecho se han tejido en la doctrina.

⁵⁵ “c) Es muy polémica la inclusión del socio dentro de los sujetos activos, pues en la realidad societaria los socios no tienen un papel de gestores, ni tienen la competencia, ni la posición dentro del organigrama social para llevar a cabo labores de gestión o de administración. No son atribuciones que vayan unidas a su condición y hay que buscar situaciones específicas en el que el socio detente una cierta capacidad de gestión^[17]” (Luzón y Roso 2010, p. 8).

⁵⁶ “§ 0051 A las personas vinculadas a la sociedad sin la categoría de administradores —en los términos del artículo 22 de la Ley 222 de 1995— no se les aplica el régimen de responsabilidad de los artículos 24 y 25 de la mencionada ley, pero están sujetos a las normas generales sobre responsabilidad civil y penal” (Responsabilidad de los Administradores de Sociedades, 2001).

⁵⁷ “En efecto, la regulación penal de los fraudes en la administración de personas jurídicas no se limita a las sociedades —lugar donde, ciertamente se produce el mayor número de supuestos de fraude patrimonial—, sino que considera el amplio espectro de las *personas jurídicas* [las cursivas son nuestras]. En este sentido, los tipos penales encuentran aplicación también en caso de formas de organización no estrictamente societarias, como sería el caso, por ejemplo, de las fundaciones, asociaciones, comités, etc.” (García, 2005, p. 21).

⁵⁸ “La extensión de la fórmula legal refleja claramente la voluntad del legislador de abarcar con esta figura delictiva prácticamente cualquier supuesto de administración fraudulenta, por el que los administradores se sirvan de sus facultades gestoras para obtener una ganancia personal o para beneficiar a un tercero en detrimento de los genuinos intereses sociales (...) A título meramente ejemplificativo, entraría aquí un supuesto que se ha reproducido de forma casi mimética en la mayoría de las crisis bancarias que han tenido lugar en nuestro país, como sería la obtención de préstamos de la sociedad por parte de los administradores (o de sociedades por ellos controladas) que no son devueltos o la obtención de ganancias sociales para deudas propias. Y también encajarían en este tipo, por ser las conductas preferentemente contempladas por el legislador, supuestos que parecen haberse reiterado en recientes escándalos financieros, como la utilización de fondos sociales para atender a gastos personales, el traspaso a la sociedad de cargas y obligaciones de un contrato que tienen como beneficiario personal al administrador, la adquisición por la sociedad de bienes y a precioso revalorizados y por encima de su precio de mercado para beneficiar al vendedor (fiduciario por lo general del administrador) o el pago de cantidades por supuestos servicios profesionales que en realidad no han sido prestados” (García, 1996 pp. 96-97).

“Como casos más corrientes de la acción abusiva en materia societaria se mencionan: // 1) Otorgamiento de garantías incausadas: las sociedades comerciales no son entes de beneficencia. Su constitución responde a necesidades de tipo lucrativo tenidas en cuenta por los socios. En consecuencias, las garantías (fianzas genéricas, avales, cauciones, etc.) deben guardar una estrecha relación con el objeto social, y objetivamente deben encontrar una justificación. // 2) Constitución de prenda, hipotecas u otros derechos reales: de este modo delinque un directivo social que otorga garantías hipotecarias sobre inmuebles de la sociedad, convirtiendo obligaciones quirografarias (genuinas y ficticias) en garantías reales. // 3) Suscripción de contratos cuyo cumplimiento por parte de la sociedad importa perjuicio: son los supuestos en que los administradores utilizan sus poderes con el ostensible propósito de beneficiar al administrador o a terceros con ellos vinculados, provocando de este modo un perjuicio a la sociedad. // 4) Préstamos en condiciones anormales (plazo, tasas de interés, moneda): un crédito mal tomado (en cuanto a oportunidades, tasa de interés, moneda de pago, etc.) significa, a veces, la asfixia financiera de la sociedad y ello conlleva secuelas no menos perjudiciales, como pueden ser la necesidad de fusión o enajenación otro grupo societario. // 5) Inversiones ajenas al objeto social: no sólo la enajenación de bienes, sino también la adquisición en condiciones decididamente desventajosas, pueden configurar el abuso defraudatorio, al igual que cualquier otra inversión extraña al objeto social” (Carrera, 2002 pp. 108-109).

⁵⁹ “SECCIÓN 2ª. De la apropiación indebida // Artículo 252. Serán castigados con las penas del artículo 249 ó 250, en su caso, *los que en perjuicio de otro* [las cursivas son nuestras] *se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo*

apropiado exceda de cuatrocientos euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable” Código Penal (1995).

⁶⁰ “Por disposición puede entenderse tanto conductas apremiatorias que impliquen una atribución de dominio definitiva, con actos dominicales que conlleven una voluntad de apropiación; el sector de la doctrina que así lo cree considera que existe una delgada línea roja que separa estos delitos con el de apropiación indebida, por cuanto existen supuestos en los que la actividad del administrador acaba conllevando la apropiación definitiva de algún bien social integrándolo en su patrimonio, conducta que lleva a compartir amplio campo común con el delito de apropiación indebida. Serían actos en los que el administrador deriva en alguna apropiación de bienes de la sociedad. // Pero por ‘disponer’ pueden entenderse supuestos de aprovechamiento de bienes que integran el patrimonio social sin que la sociedad o los socios obtengan beneficios, siendo estos destinados a obtener un beneficio para el administrador o un tercero” (Moya, 2010, p. 150).

⁶¹ Corte Suprema de Justicia (sentencias Rad. 33092, 2011; Rad. 33173, 2010; Rad. 25423, 2008).

⁶² “Aún en el caso en que los socios sean administradores, se entiende que estos han recibido un encargo de confianza. // Divorciada la propiedad y la gestión al interior de las sociedades, los administradores son colocados al frente del patrimonio social, debiendo explotarlo y conservarlo en bien de la propia sociedad y de sus socios, con respeto de los derechos de terceros” (Responsabilidad de los Administradores de Sociedades, 2001).

⁶³ “El delito de abuso de confianza, por ser de comisión instantánea, se consuma en el momento en que el infractor ejecuta un acto externo de disposición del bien con el ánimo de incorporarlo a su patrimonio” (Corte Suprema de Justicia, Exp. 20269, 2002).

⁶⁴ Para García de Enterría (1996) la apropiación de bienes, cuya gestión está encomendada, de manera directa o indirecta, es el supuesto más flagrante de administración desleal (p. 96).

⁶⁵ (ROJ: STS 4016/2007, N° Resolución 565/2007, N° Recurso: 2389/2006, Ponente: Miguel Colmenero Menéndez De Lurca, p.6)

⁶⁶ (ROJ: STS 3901/2009, N° Resolución 623/2009, N° Recurso: 2243/2008, Ponente: Miguel Colmenero Menéndez De Lurca, p.5)

⁶⁷ (ROJ: STS 916/2010, N° Resolución 91/2010, N° Recurso: 1488/2009, Ponente: Julian Artemio Sánchez Mellgar, p.6)

⁶⁸ CUI 110016000000201401663. Clemencia Soto Uribe.

⁶⁹ La primera condena por administración desleal se dio, por aceptación de cargos, dentro del Radicado N° 110016000000201201138.

⁷⁰ En la resolución, la Sala de Decisión se refirió, en síntesis, a los siguientes aspectos de fondo: “Consideró que la investigada tenía la condición de *‘persona natural vinculada’* a Interbolsa al momento de los hechos, pues en el expediente obra material probatorio suficiente para acreditar que estaba vinculada laboralmente a Interbolsa al momento de ocurrencia de los hechos, así como que intervino activamente en la estructuración y puesta en concreto de la negociación reprochada. (...) Los motivos que llevan a esta Sala a concluir que la investigada tenía la calidad de persona natural vinculada a Interbolsa en los términos de esta norma son los siguientes: // (i) En el expediente obran suficientes elementos de convicción para acreditar que la investigada, durante la época en que ocurrieron los hechos

indagados, tenía vigente una ‘*relación contractual*’ con Interbolsa (de naturaleza laboral) y, por tanto, era ‘*funcionaria*’ de la compañía^[40]. // 40 En efecto, en el expediente obra el contrato individual de trabajo a término indefinido de la investigada con Interbolsa, suscrito el 6 de julio de 1999 (Este contrato se encuentra en el CD al que remite el Acta que se halla en el folio 0045 de la Carpeta de Pruebas. La ubicación exacta del archivo dentro del CD es la siguiente: ‘*Pruebas Clemencia Soto Uribe/11.21/INTERBOLSA SCB Clemencia Soto Uribe/Clemencia Elena Soto/contrato/contrato de trabajo.tiff*’). Además, también obra la liquidación definitiva del contrato de la investigada, el cual da cuenta de una relación laboral que, a pesar de haber estado suspendida durante algunos periodos, estuvo vigente desde el 6 de julio de 1999 hasta el 4 de abril de 2013 (dicha liquidación se encuentra en un medio magnético (CD) marcado con mano alzada como sigue: ‘PRUEBAS CLEMENCIA SOTO URIBE’. Dicho CD es aquél al que remite el Acta de Transferencia de Medios Magnéticos que se encuentra en el Folio 0045 de la Carpeta de Pruebas. Dentro de dicho CD, la ubicación exacta del archivo es la siguiente: ‘*Pruebas Clemencia Soto Uribe/11.21/INTERBOLSA SCB Clemencia Soto Uribe/Clemencia Elena Soto/contrato/ liquidación -contrato-carta aumento-otros.pdf*’).

⁷¹ “Artículo 173.- Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece: (...) 7. El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos” (Código Penal de la Nación Argentina, ley 11.179)

⁷² “Este tipo está construido binariamente, esto es, exige por una parte una conducta lesiva del deber de lealtad y por otra la provocación de un perjuicio. Para que el tipo pueda verse cumplido, la conducta debe, primero, implicar una infracción del deber (...) y segundo causar un perjuicio en el patrimonio” (Rojas, 2009, p. 143).

⁷³ Para Carlos Gómez-Jara Díez “lo que generalmente se recibe con el nombramiento del Consejo de Administración o administrador de la sociedad son facultades de disposición genéricas —y no expresa o concretas— sobre el patrimonio ajeno; no se recibe dinero que debe entregarse o devolverse” (2010, p. 207).

⁷⁴ “Artículo 23. Deberes de los administradores. Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. // En el cumplimiento de su función los administradores deberán: // 1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social. // 2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias. // 3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal. // 4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad. // 5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada. //6. Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos. // 7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas. // En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio.

En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad”.

⁷⁵ Superintendencia de Sociedades (Oficio 220-081066, 2015). Así mismo “En términos generales frente al contenido y alcance de la capacidad de la sociedad, en el ámbito de la teoría de la especialidad, legislativamente reconocida, esta Superintendencia ha fijado como pautas las siguientes. // 1. Los terceros ajenos a la sociedad tienen la carga de informarse a través del certificado de existencia y representación legal vigente, cuáles son las actividades que enmarcan el objeto social principal de la sociedad, aquellas que guardan relación de medio a fin con el objeto principal (objeto secundario) y deducir, cuáles actos tienen como finalidad ejercer los derechos y cumplir las obligaciones legales y convencionales derivadas de la existencia y actividad de la sociedad, con el propósito de que dichos terceros tengan certeza que la sociedad tiene capacidad jurídica suficiente para celebrar determinado contrato con ellos y que quien suscribe el acto o contrato es efectivamente el representante legal de la sociedad, con facultades suficientes para obligarla. // 2. Los actos o negocios celebrados por la Sociedad que desborden las actividades determinadas en el objeto previsto en sus estatutos, quedan viciados de nulidad, luego en sede jurisdiccional la sociedad o terceros interesados pueden cuestionar su legalidad, como acción o como excepción, y, por tanto, su falta de vinculación y eficacia legal. // 3. Los administradores de la sociedad asumen responsabilidad administrativa, civil, fiscal y, en determinados casos, penal cuando realicen actos y contratos en exceso del objeto social de la empresa o con desbordamiento de las facultades que le fueron conferidas por la ley o los estatutos. (...) En resumen se tiene que en el régimen legal vigente, los representantes de la sociedad-persona jurídica por regla general pueden celebrar o ejecutar todos los actos o contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y funcionamiento de ella, dejando a salvo las limitaciones que se establezcan al respecto en los estatutos sociales, en los cuales, y de conformidad con lo dispuesto en el numeral sexto del artículo 110 del C. Co., se ha de expresar, entre otras cosas, ‘La forma de administrar los negocios sociales, con indicación de las atribuciones y facultades de los administradores, y de las que se reserven los asociados, las asambleas y las juntas de socios, conforme a la regulación legal de cada tipo de sociedad’. En tales términos, frente a cualquier acto que se pretenda acometer es preciso establecer en cada caso si el mismo sea gratuito u oneroso, se relaciona directamente con el desarrollo de la empresa que constituye el objeto de la sociedad, pues de ella se deriva su conformidad con él, en el entendido, claro está de que se trata de actos lícitos en lo que se refiere a su objeto o causa y su conformidad con las reglas sobre competencia comercial, a más desde luego del cumplimiento de los requisitos y formalidades que correspondan según la naturaleza jurídica de la relación o el negocio jurídico y, la calidad de las partes, entre otros” (Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-143225, 2013, Radicación No.: 2013-01-407839).

⁷⁶ “La exigencia típica de que el perjuicio sea causado “directamente” plantea enormes problemas en torno a la aplicación del concepto. Así, si se entiende tal requisito en sentido estricto, resulta claro que la interposición de la sociedad entre el daño y los sujetos pasivos contemplados, convertiría a menudo en técnicamente imposible la aplicación del delito, pues al versar el objeto de la acción sobre los bienes y el patrimonio social, la primera e inmediata perjudicada normalmente sería la propia sociedad. (...) los restantes sujetos pasivos (...), a lo sumo podrían alegar un perjuicio indirecto en la medida en que tienen intereses patrimoniales en la conservación del patrimonio social menoscabado” (Castro, Abraham, 1997, p. 5).

⁷⁷ “Con lo cual lo que se protege con el tipo penal de fraude en la administración de la persona jurídica es una expectativa; la expectativa de conducta de que el administrador no abusará de las facultades que le fueron conferidas, en base a la confianza que se depositó sobre él, para perjudicar patrimonialmente a la empresa, sus accionistas o a terceros relacionadas con ella. (...) Por otro lado, en lo referente al perjuicio patrimonial que se deriva de la administración desleal del patrimonio, el tipo penal no exige que la conducta del autor cause de forma material un perjuicio al patrimonio social, para que de esta forma se configure el delito; adoptando de esta forma, como bien señala Reyna Alfaro, el modelo alemán de Untrue o infidelidad. Ello quiere decir, que bastará con poner en peligro el patrimonio, ya que el tipo penal sólo exige que se actúe en perjuicio de la persona jurídica o terceros; pero el peligro no debe entenderse como uno de peligro abstracto; sino, en base a un derecho penal de *ultima ratio*, que con la acción delictiva tendría que existir una posibilidad real de lesión del patrimonio del administrado. (...) No basta con que el agente delictivo realice la acción delictiva (basta con el mismo para la configuración del delito de peligro abstracto), sino que tiene que existir un peligro real para el patrimonio administrado. Si no se interpreta de esta manera se estaría utilizando de forma irracional el Derecho penal (...) Ahora bien, este perjuicio debe ser entendido no sólo como la disminución del patrimonio social, sino también con la posibilidad de haber tenido un aumento del patrimonio, es decir cuando el administrador haya dejado de obtener beneficios para la persona jurídica estando, en base a sus obligaciones, en la posibilidad de hacerlo” (Martínez, 2010, pp. 10-12).

⁷⁸ “Artículo 98. ‘<contrato de sociedad - concepto - persona jurídica distinta’. Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social. // La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”.

“Artículo 637. Patrimonio de la corporación. Lo que pertenece a una corporación, no pertenece ni en todo ni en parte a ninguno de los individuos que la componen; y recíprocamente, las deudas de una corporación no dan a nadie derecho para demandarlas en todo o parte, a ninguno de los individuos que componen la corporación, ni dan acción sobre los bienes propios de ellos, sino sobre los bienes de la corporación. // Sin embargo, los miembros pueden, expresándolo, obligarse en particular, al mismo tiempo que la corporación se obliga colectivamente; y la responsabilidad de los miembros será entonces solidaria si se estipula expresamente la solidaridad. // Pero la responsabilidad no se extiende a los herederos, sino cuando los miembros de la corporación los hayan obligado expresamente”.

⁷⁹ En la medida en que es un principio del derecho civil que el patrimonio constituye prenda común de los acreedores, conforme se desprende de los artículos 2488 a 2492 del Código Civil.

⁸⁰ “En relación con esta cuestión, habitualmente se señala que la jurisprudencia y la doctrina alemanas han ampliado el concepto penal de perjuicio patrimonial en el delito de *Untreue* hasta el punto de llegar a incluir en el resultado de perjuicio patrimonial, las simples puestas en peligro concreto (“*Vermögensgefährdung*”), con el argumento de que en el tráfico económico determinados peligros que se ciernen sobre el patrimonio pueden ser considerados ya como una pérdida de valor^{[59],[60]}. Por otra parte, al hilo de esta cuestión se plantea la debatida cuestión de si deben o no ser castigados mediante este tipo delictivo los llamados negocios de riesgo^[61]” (Mayo, 2005, p. 22).

⁸¹ Sobre el impacto de la delincuencia económica Hernández (2005) ha señalado: “A esto debe agregarse que los efectos perjudiciales de la delincuencia económica no se circunscriben a las pérdidas económicas sino que,

adicionalmente, se expresan en un deterioro creciente de las prácticas de la vida económica y comercial, en la medida en que la actividad delictiva de determinadas empresas genera una importante presión en las empresas de la competencia para emular las mismas conductas, en lo que se da en llamar el efecto de arrastre o contagio^[9]. Si no llega a ser ése el caso, de todos modos el delito genera una grave situación de desventaja para los competidores honrados que cumplen con la ley, situación injusta e intolerable que no puede ser amparada por el sistema de justicia criminal. En definitiva, lo que está en juego es la vigencia de un mínimo ético en el desempeño de la actividad económica y comercial, entendiendo que dicha vigencia es presupuesto de desarrollo y progreso económico” (pp. 3-4).

⁸² “Se denomina ‘Derecho penal del riesgo’ a aquel cuyo objetivo es tridimensional: preservar el futuro luchando contra los nuevos grandes riesgos^[42], adquirir un carácter de dirección global o social a través de la protección de bienes jurídicos universales, mediante los delitos de peligro abstracto^[43] y, por último, incidir en la sociedad como Derecho penal simbólico. Del modo expresado lo denominan, en general, los detractores, mientras que sus defensores lo designan con el nombre ‘Derecho penal de la seguridad’. // El Derecho penal de riesgo pretende tutelar condiciones o estándares de seguridad necesarios para la estabilidad del sistema^[44]. Se admite de manera expresa la idoneidad del concepto de bien jurídico como elemento nuclear de una teoría del aseguramiento del futuro con los medios del Derecho penal^[45]” (Balcarce, 2007, p. 17).

⁸³ “Entre las causas que producen el fenómeno se encuentran: el nacimiento de nuevos intereses cuya trascendencia social sólo es advertida desde hace unos pocos años; el desarrollo de la economía; la aparición de las denominadas *nuevas tecnologías* y la elevación de la *seguridad* a bien jurídico independiente^[47]” (Balcarce, 2007, p. 18).

⁸⁴ “En la actualidad, se promociona una suerte de Derecho *de intervención* o de *segunda velocidad* 48, configurado como un Derecho sancionador situado a medio camino entre el Derecho penal y el Derecho de contravenciones o de infracciones al orden; entre el Derecho público y el Derecho civil. Se caracterizaría por contener garantías y procedimientos menos rigurosos y exigentes que los que acompañan al Derecho penal, pero como contrapartida, dispondría de sanciones de menor entidad que este último^[49]” (Balcarce, 2007, p. 18).

⁸⁵ “La teoría de la *acumulación delictiva*, por su parte, mezclada con la posibilidad cierta de un daño irreversible para la humanidad, ha puesto de manifiesto la necesidad de reprimir la conducta en estadios previos a la lesión atento a que ésta podría ser ilevantable y catastrófica. El delito de peligro abstracto se desembaraza del resultado material en que se realiza el peligro estadístico de la violación del deber de cuidado (delito culposos) y adquiere autonomía” (Balcarce, 2007, p. 19).

⁸⁶ “El Estado liberal-burgués fue un Estado pasivo, sólo interesado por el reconocimiento formal de ciertos derechos y libertades (sin preocuparse de las realidades concretas que rodean a cada ciudadano) conocidos como derechos de primera generación (derechos civiles y políticos)^[3]. Para nada debía interferir en la vida económica, ni en los flujos del mercado (Martínez de Pisón, 1998). // Sin embargo, a partir de la mitad del siglo XIX, los cambios estructurales van a ser de tal magnitud que se incrementarán sucesivamente las desigualdades sociales, ya que el desarrollo del capitalismo se establecerá como la única regla a seguir. A raíz de ello surgen nuevos movimientos sociales que reivindicarán más igualdad y mejores condiciones de vida y trabajo. // Como consecuencia de ese desarrollo indiscriminado del sistema capitalista de mercado, en 1929 estalla la crisis económica más grave del Siglo XX. A partir de esa fecha, las diferentes experiencias para superar las tensiones sociales confluirán en la aparición del Estado

de bienestar Keynesiano, que se fundamentará como un modelo político (que concibe la política social como una expansión de los derechos sociales o una materialización de los derechos políticos y democráticos) tras la Segunda Guerra Mundial (IIGM en adelante) (Rodríguez, 1990), el cual se comenta en los siguientes epígrafes” (Barroso y Castro, 2010, p. 4-5).

⁸⁷ “La primera afirmación pública del WWC que tiene éxito la hace Edwin H. Sutherland. No obstante, antes de Sutherland, otros autores como por ejemplo. E.A. Ross (1907) y A. Morris (1935) otorgaron atención a esa categoría de delitos y delincuentes ‘del mundo superior’ (*of the upper world*) y es indudable que este último —Morris— formuló algunos conceptos que después utilizó Sutherland. // Este autor manifestó que WWC es ‘el delito de la clase *White collar* o elevada, compuesta por profesionales u hombres de negocios respetables o al menos respetados, comparado con el ‘delito de la clase baja, compuesta por personas de un bajo *status* socio-económico. (...) Analizando las definiciones de estos autores sobre el concepto que ellos emiten acerca del WWC es dable advertir que en ellas no se emplea ningún elemento que provenga del clásico enfoque criminológico positivista. En todas se descarta cualquier análisis biosociológico del autor; sólo se consideran circunstancias que hacen a la posición socio-económica del sujeto activo y a su actividad profesional. Sutherland, luego de su primer enunciado, llega a ulteriores aclaraciones con las que conforma su definición del WWC. Él afirma que ‘WWC puede ser definido aproximadamente como un delito cometido por una persona de respetabilidad y elevado status socio-económico en el curso de sus ocupaciones’ (1949,9). Hartung dijo que ‘un WWC es definido como una violación de las leyes que regulan los negocios, la cual es cometida por una firma, para la firma o sus agentes durante la conducción de sus negocios’ (1950, 25). (...) Hay en todas estas definiciones un abandono total del paradigma etiológico acerca del comportamiento criminal individual. Mas al mismo ellas vana a ofrecer unos elementos que otorgan la pista para descubrir las razones por las cuales en aquella época se despierta un interés por el llamado WWC. En primer lugar, me refiero a la situación socio-económica del autor que Sutherland destaca. Esta referencia formula una clara alusión al poder económico o político que inviste al agente, lo cual sugiere la estrecha relación entre criminalidad y desarrollo estructural en el que ella se manifiesta. El proceso de veloz concentración del capital otorga a ciertas personas o grupos de ellas un poder limitado. Algunos datos de épocas posteriores lo confirman. En efecto, en 1948 las doscientas corporaciones industriales más grandes de los Estados Unidos controlaban el 48% de los capitales existentes en ese ámbito. En 1973 esas empresas habían elevado su predominio al 58%, mientras que las quinientas corporaciones más importantes del país controlaban al rededor del 75% de los capitales. Al mismo tiempo, el 75% de todas las participaciones accionarias en esas corporaciones estaba en manos del 2% de las familias más ricas del país (cfr. Helbroner 1973, 205) todo lo cual permitió afirmar a Joseph Goulden que no podía subestimarse el peligro que semejante supercontratación encierra para las estructuras económicas, política y social’ (1973, 11). // Es entonces clara la recepción que la teoría criminológica norteamericana hace de fenómenos y de situaciones que hasta entonces la criminología tradicional europea no se había ocupado. Si, además, tomamos en cuenta el elemento ‘respetabilidad’ de la definición de Sutherland – que deriva del anterior analizado tendremos la evidencian de que la coincidencia entre poder político y económico, que hasta entonces había imposibilitado la criminalización de los comportamientos naturales y habituales de los miembros de la clase económica-empresaria, ha despertado una primera preocupación criminológica. // Esta

preocupación no es extemporánea a la crisis de modelo económico-social libera. La intervención estatal en la sociedad y en la economía capitalista comienza a manifestarse” (Bergalli, 1983, pp. 18-22).

⁸⁸ “En términos dogmáticos, la concepción de Estado Social o, también denominado recientemente como Estado Social de Derecho, es un concepto propio de la ideología política alemana (*Sozialstaat* – estado social y *Sozialrechtsstaat* – estado social de derecho) (Wolfgang Schluchter, 1968: p. 45-63): Consiste en un sistema político que impone al Estado la misión de garantizar ciertos derechos considerados esenciales para la subsistencia mínima de la persona adentro de la sociedad sin privaciones irracionales; para el efecto, al Estado se le atribuye la prestación o coordinación de ciertos servicios, tales como la asistencia sanitaria, la salud, la educación pública, la regulación del trabajo y la vivienda digna, los subsidios familiares, el acceso a recursos culturales y recreativos, asistencia a los grupos vulnerables o discriminados, tales como minusválidos, ancianos y menores, inclusión social, protección del medio ambiente, planificación del mercado e impuestos sobre la renta, entre otros. // Se trata de un modelo Estatal que interviene directamente en la sociedad, en procura de asistencia social y redistribución de la riqueza para mitigar la desigualdad social que hace inoperantes las garantías del Estado de Derecho para un creciente número de ciudadanos (Wolfgang Böckenörde, 2000: p. 35). Promueve igualmente la integración de las clases sociales menos favorecidas, evitando la exclusión y la marginación. // Puede definirse, también, el Estado Social como un punto medio entre los sistemas totalmente liberales o de ‘derecha’ y los sociales o de ‘izquierda’, que pese a ser totalmente contrarios, pueden encontrar un punto de equilibrio al reconocerse valores fundamentales de uno y de otro, tales como el individualismo y la propiedad privada del modelo liberal, acompañados con las garantías sociales, tales como la función social de la propiedad, la regulación estatal de la economía, los sistemas de seguridad y asistencia social, entre muchas otras expresiones de inspiración socialistas y capitalista” (Silva, 2012, pp. 141-158).

⁸⁹ Cervini (2014) considera que la concepción estricta del DPE estaba dirigida a la protección de bienes jurídicos individuales de los particulares o del Estado, pero que no alcanzaba para la protección de intereses colectivos o supraindividuales.

⁹⁰ “Dentro de las manifestaciones del poder sancionatorio en el Estado Social de Derecho, aparece la potestad sancionadora en materia administrativa al lado de la potestad sancionadora en materia penal. El reconocimiento de la primera, que ha sido posterior en el tiempo, ha venido aparejado con el incremento de las actividades administrativas, el cual su vez se ha producido por el cambio en la concepción del papel del Estado contemporáneo. Si en sus inicios el Estado constitucional liberal se justificaba como garante de los derechos y libertades individuales, pero sin ningún compromiso con la verdadera promoción de los mismos, el Estado social de Derecho se concibe como el promotor de toda la dinámica social hacia la efectividad de tales derechos y garantías. A estos efectos, el Estado ha sido llamado al cumplimiento de nuevas actividades y al ejercicio de funciones como las de planeación e intervención de la economía, la redistribución del ingreso para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos fundamentales, la protección del medio ambiente, etc. // Ahora bien, la nueva concepción del Estado según la cláusula ‘social de Derecho’ produjo especialmente un incremento en las facultades administrativas. Si bien el constituyente y el legislador previeron y desarrollaron nuevos mecanismos de acción pública para el logro de los nuevos cometidos estatales, gran parte de esta actividad recayó en la Administración Pública. El creciente aumento de las actividades ejecutivas significó el correlativo incremento de sus poderes, entre

ellos el de sancionar el incumplimiento de los deberes para con ella. // El derecho administrativo sancionador, como nueva rama del derecho, supone de cierta manera una ruptura del principio clásico de la tridivisión de poderes, conforme al cual la represión de los ilícitos competía exclusivamente al poder judicial, más concretamente a la justicia penal. Este modelo de separación absoluta de funciones se reveló como insuficiente ante el significativo aumento del catálogo de infracciones, producto a su vez de la complejidad de las relaciones sociales en el Estado moderno y del comentado aumento de sus actividades. Las diferencias entre las infracciones que empezaron a ser sancionadas directamente por la Administración, y aquellas otras que se reservaron a la justicia penal, estribaba en los intereses que se protegían al castigar la conducta. Las sanciones administrativas, usualmente correspondieron al incumplimiento de deberes para con la Administración. A la base de este proceso, se reconocía, como lo afirma la doctrina, que “en un Estado social que requiere de una Administración interventora, la potestad sancionadora en manos de la administración le permite, en muchos casos, un ejercicio más eficaz de sus potestades de gestión”^[2]. // En efecto, la doctrina jus publicista afirma que la potestad sancionadora forma parte de las competencias de gestión que se atribuyen a la Administración: ‘si el órgano está facultado normativamente para imponer un mandato, o regular una conducta en servicio del interés público, su incumplimiento implica que ese órgano tiene la atribución para lograr la garantía del orden mediante la imposición de los castigos correspondientes’^[3] (...)” (Corte Constitucional, 2002).

⁹¹ “En Venezuela, la quiebra del banco Latino llevó a la miseria a 1,2 millones de personas seducidas por tasas de interés del 72 por ciento (Hernández, 2008, p. 419). En Albania, el país más pobre de Europa, ladrones piramidales se encargaron de volatizar en su propio beneficio las transferencias de los trabajadores emigrados, que en 1995 ascendieron a 385 millones de dólares (Hernández, p. 195). // En México se presentó en 1982 una de las peores crisis que ha afectado la economía de ese país, toda vez que ‘se obtuvieron múltiples préstamos en millones de dólares, ya que se estaba sufriendo una gran fuga de capitales, desquebrajándose la confianza del público’^[19]” (Hernández, 2011, p. 100).

⁹² “En Colombia, como consecuencia de la utilización indebida de fondos captados del público para lograr el dominio de otras entidades, los autopréstamos y la captación ilegal, se presentó una crisis financiera que perjudicó a 70.000, ahorradores y generó pérdidas que a valor presente pueden superar los ocho billones de pesos. (...) Cuando el país se sentía a la vanguardia en materia de legislación penal, como que habíamos actualizado nuestro estatuto penal teniendo en cuenta las corrientes más avanzadas del mundo y siguiendo de cerca el proyecto Español de 1980, fuimos sorprendidos por una de las más graves crisis económicas que haya padecido el país, fruto de los aviesos comportamientos de unos banqueros inescrupulosos y de la banca de hecho ejercida por algunos ciudadanos que aprovecharon la desintermediación de los recursos por situaciones coyunturales como la bonanza cafetera y la ‘bonanza marimbera’, para apropiarse de los recursos del público. // De inmediato, como es costumbre, el legislador respondió con medidas de orden penal, elevando a la categoría de delitos comportamientos que hasta ese momento estaban consagrados como infracciones administrativas, sancionados por la alta policía económica ejercida por las Superintendencias Bancaria (hoy Superintendencia Financiera), de Control de Cambios, de Sociedades, de Industria y Comercio y la Comisión Nacional de Valores. De esta manera, se dictó el Decreto 2919 de 8 de octubre de 1982 que declaró el estado de emergencia económica en el país por el término de 24 horas. // El mismo día, el ejecutivo dictó el decreto legislativo 2920 de 1982, que en su capítulo tercero consagra la protección penal de la confianza en el

sistema financiero, creando los delitos de: absorción interfinanciera o de absorción de entidades industriales y comerciales por entidades financieras; la concentración de crédito y el ejercicio ilegal de la función de intermediación financiera. Estos comportamientos fueron reiterados como hechos punibles en el Decreto 1730 de 1991 conocido como el Estatuto Orgánico del sistema financiero, hoy Decreto 663 de 1993 (modificado por la Ley 510 de 1999 y la Ley 795 de 2003)” (Hernández, 2011, p. 100).

⁹³ “1. Por Economía se entiende el sistema económico de la sociedad. El objetivo de un sistema económico es la utilización con la máxima eficiencia, en todo tiempo y lugar, de los recursos limitados, es decir, la gestión óptima de los bienes. Los sistemas económicos adquieren diferentes formas según la clase de Estado y de sociedad. Los sistemas económicos regulados pueden estar planificados o sólo enmarcados. Los mercados son sistemas económicos no regulados o tan sólo enmarcados, son los participantes en la economía los que toman las decisiones de forma particularizada. // 2. Los mercados pueden estar constituidos al estilo darwiniano, aunque no necesariamente. Su legitimación moral filosófica no estriba en la ley del más fuerte, y menos aún en el terror impuesto por el poder financiero de quien ostenta el capital. Los mercados son legitimados por el hecho de que hacen lo mejor posible para llevar prosperidad a la sociedad, a través de una posterior comparación con otros sistemas económicos. En las sociedades nacionales libres sus miembros son concebidos como personas originariamente libres. Para ello también son apelados a articular sus necesidades y a demandar que sean satisfechas. El mercado es un sistema económico con estas características. En un mercado desarrollado, a los miembros de la sociedad se les considera emancipados para traducir sus necesidades en dinero^[3], para demandar la satisfacción de sus necesidades en moneda de curso legal y para compensarlas con las necesidades de otros sobre la base del precio. Los miembros de la sociedad son sujetos del mercado con la misma libertad para demandar y ofertar bienes y servicios; tienen la libertad de producir tales bienes, ponerlos en circulación y consumirlos. Los elementos estructurales esenciales constitutivos del mercado son estas libertades, la igualdad de acceso al mercado, la competencia no distorsionada y con igualdad de oportunidades, y la configuración de los precios por parte de los sujetos del mercado. Los factores del sistema económico de una sociedad libre son flexibles. Los mercados de sociedades nacionales libres son partes del mercado de la moderna sociedad mundial. Están globalizados^[4], en tanto no se lo impida la estructura material, como por ejemplo la imposibilidad de transportar bienes pesados (por ejemplo, materiales de construcción). No existe una economía mundial planificada; lo que existe es el mercado mundial. Las empresas y sus dueños son *global players in a free global market*” (Booth Wilfried, 1999, pp. 1-2).

⁹⁴ “Uno de los pilares fundamentales del Estado colombiano está constituido por el trabajo. La Constitución reconoce y ampara la propiedad obtenida con base en el esfuerzo y en el mérito que el trabajo implica, y se lo desestimularía en alto grado si se admitiera que sin apelar a él, de modo fácil, por fuera de escrúpulos y restricciones, puede obtenerse y acrecentarse el patrimonio personal y familiar. // Lo propio tiene que afirmarse de la libertad de empresa, de la actividad económica y de la iniciativa privada, aseguradas en nuestro sistema dentro de los límites del bien común y bajo el supuesto de las obligaciones y los compromisos que implica su función social. La industria, el comercio, la producción agrícola y ganadera, la intermediación financiera, la gestión empresarial en sus diversas modalidades, razonable y lícitamente ejercidos, son factores de desarrollo que la Constitución protege, y fuente legítima de progreso y bienestar para quien se ocupa en ellos. En cambio, el montaje de empresas delictivas, la ejecución de actos con

objeto ilícito, el saqueo del Tesoro público, el negocio basado en la corrupción, la ganancia obtenida en abierta oposición a los valores jurídicos y éticos que la comunidad profesa son extraños al orden constitucional, atentan contra él y conspiran gravemente contra la pacífica convivencia y contra el bien público y privado, por lo cual no pueden acogerse a sus garantías ni contar con su protección” (Corte Constitucional, Sentencia C-374, 1997)

⁹⁵ “La Constitución Económica puede definirse como la parte del Texto Fundamental que sienta los principios superiores que orientan y fundan la posición del Estado en relación con la economía y los derechos de los asociados en este mismo ámbito. A juicio de la Corte, dicha parte de Constitución, se encuentra compuesta por: ‘... las normas constitucionales que ordenan la vida económica de la sociedad y establecen el marco jurídico esencial para la estructuración y funcionamiento de la actividad material productiva, señalando los fundamentos esenciales que deberán tener en cuenta los operadores económicos...’. La Constitución Económica supone entonces la realización del orden económico y social justo como finalidad superior prevista en el preámbulo de la Carta Fundamental, para lo cual asume como imperativo positivo la ordenación del Estado en aras de obtener los beneficios del desarrollo armónico, de la promoción de la productividad y de la competitividad, en la explotación, transformación y producción de bienes y en la prestación de servicios” (Corte Constitucional, Sentencia C-865, 2004, pp.).

⁹⁶ Sentencia C-083 de 1999.

⁹⁷ [Sentencia C-233/97.]

⁹⁸ [Sentencia C-083 de 1999].

⁹⁹ [Ibídem].

¹⁰⁰ [Raúl Cervini. Revista de derecho 2008. Derecho Penal Económico. Perspectiva integrada. Publicación arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay. Págs. 11-58].

¹⁰¹ “Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...). 24. Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. *Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles (la cursiva es nuestra)*”.

¹⁰² “Artículo 23. Deberes de los administradores. Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. // En el cumplimiento de su función los administradores deberán: // 1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social. // 2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias. (...) 7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas. // En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad”.

¹⁰³ “7.1. Dentro de las sociedades democráticas y pluralistas modernas el sistema económico requiere de la permanente intervención del Estado, con el propósito de mantener el equilibrio necesario para la convivencia pacífica dentro de la colectividad, pues las desigualdades económicas entre las personas que la integran representan un importante factor dentro de las causas que originan las alteraciones del orden social y político. (...) 7.5. El desarrollo económico de la comunidad está directamente ligado al devenir de las empresas, toda vez que ellas, generalmente, son el resultado de importantes inversiones de recursos provenientes de particulares, destinadas a buscar beneficios económicos para un sector, pero que, al mismo tiempo, significan vinculación de trabajadores e interlocución industrial o comercial con otros agentes. Este ejercicio normalmente implica comercio de bienes y servicios que, en consideración a unos precios razonables, resulta cuantitativa y cualitativamente apto para el mejoramiento de la calidad de vida de todas las personas (C. Po. arts. 333 y 334). // Las relaciones comerciales entre los agentes que integran la vida económica de una nación deben ser intervenidas por el Estado, dentro del límite y con los propósitos establecidos por el constituyente. Estos fines no pueden ser otros que los relacionados con la defensa del interés general, teniendo en cuenta que la libertad de empresa no es absoluta en tanto ella implica responsabilidades sociales y económicas” (Corte Constitucional, Sentencia C-042, 2006).

¹⁰⁴ “La consagración superior de la actividad económica y la iniciativa privada como libres, dentro de los límites del bien común (art. 333 Const.), ha sido desarrollada por esta Corte como la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico según su preferencia, vocación e idoneidad, con miras a generar, mantener o incrementar patrimonio, que a su vez comprende los conceptos de libertad de empresa y libertad de competencia¹⁰⁴, sin que pueda afectarse el interés general, que siempre debe prevalecer (art. 1º Const.)” (Corte Constitucional, Sentencia C-909, 2012).

¹⁰⁵ Véase, artículo 16.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁰⁶ En el artículo 100 del Código de Comercio se reconoce la existencia de sociedades civiles. Sin embargo, la misma disposición las somete a las reglas de creación, funcionamiento, disolución y liquidación de las sociedades comerciales, pero se las excluye, por una parte, el Decreto 3100 de 1997 del ámbito de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades y, por otra, el artículo 1º de la Ley 550 de 1999 de la posibilidad de acudir al trámite concursal de reestructuración de empresas.

¹⁰⁷ Aun cuando, en Colombia, mediante el Decreto 2155 de 1992, se derogó el permiso de funcionamiento que debía otorgar la Superintendencia de Sociedades para la constitución y el inicio de actividades por parte de determinadas compañías, no por ello dejaron de existir en nuestro ordenamiento las denominadas “sociedades irregulares”. Estas se pueden definir como aquellas compañías creadas con anterioridad a la vigencia de dicho decreto y que no obtuvieron la autorización de la Superintendencia de Sociedades para iniciar la ejecución de su objeto social. En estos casos, según el artículo 500 del Código de Comercio: “En cuanto a la responsabilidad de los asociados se asimilarán a las sociedades de hecho” (véase, Sanín, 1999, p. 75).

¹⁰⁸ Véase, Reyes F, el autor cita al doctrinante Paillusseau (1991).

¹⁰⁹ La designación del nombre social puede corresponder de acuerdo a la tipología societaria a una razón social o denominación social. Entiéndase por *razón social* la inclusión del nombre completo o el solo apellido de alguno o algunos de los socios para identificar a la sociedad, seguido de las expresiones que se exijan para cada tipo societario.

En cambio la *denominación social*, corresponde no a la indicación de los nombres de los asociados sino de las actividades de explotación económica previstas en el objeto social.

¹¹⁰ Dice el artículo 110: “La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará: (...) 3. El domicilio de la sociedad y el de las distintas sucursales que se establezcan en el mismo acto de constitución” (Código de Comercio).

¹¹¹ Dispone el artículo 99: “La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad” (Estatuto Mercantil).

¹¹² Determina el artículo 469: “Son extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior” (Estatuto Mercantil).

¹¹³ Distintas normas del Código de Comercio reconocen el patrimonio como atributo de la personalidad de las sociedades. Así, por ejemplo, en las sociedades anónimas, se dispone como causal de disolución la reducción del “patrimonio neto” por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito (art. 457-2).

¹¹⁴ Véase, Valencia (1996) y Velásquez (1996).

¹¹⁵ Dispone el artículo 37: “El patrimonio es el valor residual de los activos del ente económico, después de reducir todos sus pasivos” (Decreto 2649, 1993). Si bien *contablemente* el patrimonio se reduce a las operaciones susceptibles de ser registradas al cierre de un ejercicio contable, con la finalidad de elaborar los estados financieros que permitan proceder al reparto de utilidades (C. Co. art. 151); en *stricto sensu*, en el campo *jurídico*, el patrimonio involucra no solo la universalidad de derechos y obligaciones presentes (susceptibles de ser contabilizados), sino también los que se obtengan en el futuro (C.C., art. 2488), con el fin de garantizar los derechos de los acreedores.

¹¹⁶ “Ver sentencias T-291 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz”.

¹¹⁷ “Ver la sentencia C-524 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz. La Corte expresó en esta oportunidad: ‘(El) Estado al regular la actividad económica cuenta con facultades para establecer límites o restricciones en aras de proteger la salubridad, la seguridad, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la Nación, o por razones de interés general o bien común. En consecuencia, puede exigir licencias de funcionamiento de las empresas, permisos urbanísticos y ambientales, licencias sanitarias, de seguridad, de idoneidad técnica, etc., **pero en principio y a título de ejemplo, no podría en desarrollo de su potestad de intervención interferir en el ámbito privado de las empresas, es decir, en su manejo interno, en las técnicas que se deben utilizar en la producción de los bienes y servicios, en los métodos de gestión**, pues ello atentaría contra la libertad de empresa y de iniciativa privada’ (negrilla fuera de texto)”.

¹¹⁸ “Así, ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados —particularmente en el campo de los derechos fundamentales— que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *ius punendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del

Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas. // Pero lo anterior no implica que la Constitución haya definido de una vez por todas el derecho penal, puesto que el Legislador, obviamente dentro de los marcos fijados por la propia Carta, tiene ante sí un espacio relativamente autónomo, caracterizado, a su turno, por unos valores, presupuestos y finalidades propios, pese a su acentuado grado de constitucionalización. Así, a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, el Estado tipifica las conductas prohibidas y fija las condignas sanciones (principio de legalidad de la pena) y en este quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas, que pueden ser más o menos drásticas, según el propio Legislador lo considere políticamente necesario y conveniente. // Dentro de ciertos límites son posibles entonces diferentes desarrollos de la política criminal, que corresponden a orientaciones distintas en la materia. Esto es perfectamente compatible con el carácter democrático de la Constitución y el reconocimiento del pluralismo político que implica la alternancia de mayorías políticas. Las leyes no son entonces siempre un desarrollo de la Constitución sino que son, en muchas ocasiones, la concreción de una opción política dentro de los marcos establecidos por la Carta: son pues un desarrollo dentro de la Constitución, ya que la Carta es un marco normativo suficientemente amplio, de suerte que en él caben opciones políticas y de gobierno de muy diversa índole” (Corte Constitucional, Sentencia C-038, 1995).

¹¹⁹ “La relación de alternatividad implica que aquellos supuestos en apariencia subsumibles tanto en el delito de apropiación indebida como en el de administración desleal, deberán castigarse conforme al precepto que prevea la pena más grave, lo cual, a su vez, dependerá de las circunstancias concretas del caso (cuantía del perjuicio causado, concurrencia de *circunstancias agravantes* (las cursivas son nuestras) previstas en el art. 250 CP)” <https://ocw.uca.es/mod/manual/view.php?id=1075&sec=106>.

¹²⁰ “**Artículo 8** // Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: // 1ª. El precepto especial se aplicará con preferencia al general. // 2ª. El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible. // 3ª. El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. // 4ª. En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”.

¹²¹ “Motivación // El binomio apropiación indebida/administración desleal es un delito nuclear en la corrupción empresarial y no sólo en ella. Hay concordia en que el artículo 295 CP requiere una profunda reconsideración, para dotarle de una función propia y clara, evitando a la vez reducirlo a una especie de apropiación indebida intraempresarial, de la que no se sabe exactamente quiénes podían ser los autores y quiénes las víctimas. La mención a que la actuación tenía que ser fraudulenta contribuye a la oscuridad del precepto, en el que como ausencia más notable está la de la administración desleal de patrimonios de personas físicas. // A su vez, la descripción del delito de apropiación indebida abre la posibilidad de que ambas normas se superpongan en determinados casos, lo cual hacía difícil trazar una delimitación clara, y necesaria en atención a las penas imponibles. // La consecuencia para la vida de las sociedades mercantiles no puede ser buena, ni para los socios ni para los gestores, pues no está claro cuándo es posible actuar contra el administrador, y ni siquiera hay la necesaria concordia en orden a diferenciar entre perjuicio patrimonial y perjuicio económico. // Pero los males que se señalan no son remediados por el Proyecto, que persiste en la más inadmisibile vaguedad, lo cual, y eso es lo más grave, y así se ha señalado ya en la doctrina, se dejan en la

muy posible impunidad acciones como las de perjudicar a la Sociedad por no hacer dolosamente lo necesario para que ésta aumente sus beneficios, ya sea por desviar el negocio a favor propio o de un tercero. Igualmente queda en una nebulosa la utilización de bienes y recursos sociales en beneficio del administrador, que solo se transformaría en delito si se produce la imposibilidad de reponer el monto o la evaluación económica de lo utilizado. Tampoco parece clara la incriminación de las omisiones dolosas de acciones que pueden evitar la lesión del patrimonio social, como puede ser el renunciar a reclamar un pago o indemnización, o ejercer acciones para lograr una reparación. // En cuanto a las penas imponibles se continúa con la absurda técnica de remitir a las previstas para el delito de estafa (art. 249), tanto las penas básicas como las cualificadas, lo cual es incorrecto tanto porque lo adecuado es establecer la pena que exprese la valoración de la conducta —y no hacer eso no se justifica en nombre de una supuesta economía legislativa— cuanto porque muchas de las cualificaciones previstas para el delito de estafa no tienen sentido alguno en relación con las conductas de apropiación indebida o de administración desleal. // Tampoco es posible dar por supuesto que una administración desleal y una estafa han de ser siempre acciones de la misma gravedad, lo cual hace más absurda la remisión punitiva. // En cuanto a las cualificaciones, es patente, pensando en la reciente historia de la vida financiera española, que en cabeza de ellas debiera figurar la derivada de la administración desleal de entidades financieras (Bancos y Cajas), así como las sociedades de inversiones, agencias de valores, compañías de seguros, y tras ellas es admisible que se indicara como criterio el de la especial gravedad, llegando incluso a una especial cualificación si la cantidad en que se cifre el perjuicio es especialmente alta”.

¹²² “Artículo L152-6 (abrogado el 6 de Julio de 2005) Para saber más de este artículo. // Modificado por Ordenanza nº 2000-916 del 19 de Septiembre de 2000 - art . 3 (V) JORF 22 de septiembre de 2000 en vigor el 1º de Enero de 2002. Abrogado por Ley nº 2005-750 del 4 de Julio de 2005- art 4 JORF 6 de julio de 2005. // El hecho, por todo director o asalariado, de solicitar o de aceptar o convenir, directamente o indirectamente a espaldas y sin la autorización de su empleador, de ofertas o de promesas de dádivas, presentes, descuentos o primas por cumplir o abstenerse de cumplir, un acto de su función o que le facilite su función, es castigado con 2 años de prisión y con 3000 euros (1) de multa. // Es castigado con las mismas penas, el hecho por cualquiera, de ceder a las solicitudes (solicitudes) o ruegos definidos en el aparte precedente, o de tomar la iniciativa. // En el caso previsto, en el presente artículo, el tribunal puede igualmente, pronunciar, a título de pena complementaria, por un periodo de cinco años o más, la suspensión o inhabilitación de derechos cívicos, civiles y de familia, previsto por el artículo 131-26 del Código Penal. // (1) Multa aplicable desde el 1º de Marzo de 1994”.(<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050&idArticle=LEGIARTI000006646585&dateTexte=&categorieLien=cid>)

¹²³ “Artículo 445-1 (introducido por Ley nº 2005-750 de 4 de julio de 2005 art. 3 Diario Oficial de 6 de julio de 2005) Será castigado con cinco años de prisión y multa de 75.000 euros el hecho de proponer, en cualquier momento, directa o indirectamente, cualquier tipo de oferta, promesa, donación, presente o ventaja con el fin de obtener la realización o el dejar de realizar un acto propio de su actividad o de su función o facilitado por su actividad o función, violando sus obligaciones legales, contractuales o profesionales, por parte de una persona que, sin ser depositaria de autoridad pública o estar encargada de una misión de servicio público, desarrolle, en el marco de una actividad profesional o social, una función de dirección o un trabajo para una persona física o jurídica o para cualquier organismo. Será

castigado con las mismas penas el hecho, respecto de alguna de las personas contempladas en el párrafo anterior, de acceder a su solicitud, realizada en cualquier momento, directa o indirectamente, de cualquier tipo de oferta, promesa, donación, presente o ventaja, por realizar o dejar de realizar uno de los actos contemplados en el citado párrafo, violando sus obligaciones legales, contractuales o profesionales”.

(<http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>)

“Artículo 445-2 (introducido por Ley nº 2005-750 de 4 de julio de 2005 art. 3 Diario Oficial de 6 de julio de 2005) Será castigado con cinco años de prisión y multa de 75.000 euros, el hecho, cometido por una persona que, sin ser depositaria de autoridad pública ni estar encargada de una misión de servicio público, desarrolle en el marco de una actividad profesional o social, una función de dirección o un trabajo para una persona física o jurídica o cualquier organismo, de solicitar o aceptar, en cualquier momento, directa o indirectamente, cualquier tipo de oferta, promesa, donación, presente o ventaja por realizar o abstenerse de realizar un acto propio de su actividad o de su función o facilitado por su actividad o función, violando sus obligaciones legales, contractuales o profesionales”.(<https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/es-Espanol-castellano/Traducciones-Legifrance>)

¹²⁴ “Capítulo II- Fraudes // Sección III bis- Corrupción privada // Art 504 bis*1ero. Es constitutivo de corrupción privada pasiva el hecho de que una persona que tiene la calidad de administrador o de gerente de una persona jurídica, de mandatario o de preponente de una persona jurídica o natural, de solicitar o aceptar, directamente o por interpuesta persona, una oferta, una promesa o un beneficio de cualquier naturaleza, para ella o para un tercero, para hacer o abstenerse de hacer un acto de su función o facilitado por su función, sin el conocimiento ni autorización, según el caso, del consejo directivo o de la asamblea general, del mandante o del empleador. // *2do. Es constitutivo de corrupción privada activa el hecho de proponer, directamente o por interpuesta persona, a una persona que tenga la calidad de administrador o de gerente de una persona jurídica, de mandatario o de preponente de una persona jurídica o natural, una oferta, una promesa o un beneficio de cualquier naturaleza, para ella o para un tercero, para hacer o abstenerse de hacer un acto de su función o facilitado por su función, sin el conocimiento ni autorización, según el caso, del consejo directivo o de la asamblea general, del mandante o del empleador. // Art. 504to. *1ero. En caso de corrupción privada, la pena será de seis meses a dos años en prisión y una multa de 100 (euros) a 10000 (euros) o una de estas penas. // *2. En el caso donde la solicitud referida al artículo 504 bis, *1ero, esté seguida de una proposición referida al artículo 504 bis, *2do, al igual que, en el caso donde la propuesta referida en el artículo 504 bis, *2, sea aceptada, la pena será de prisión de seis meses a tres años y una multa de 100 (euros) a 50000 (euros) o una de estas penas”. (<http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/16036/preview>)

¹²⁵ “Una persona que da, promete u ofrece un soborno u otra inadecuada recompensar a un empleado u otra persona definida en el Capítulo 20, Sección 2, para el ejercicio de funciones oficiales, será condenada por el soborno a una multa o prisión de hasta dos años” (<http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>)

¹²⁶ “Un empleado que recibe, acepta una promesa o exige un soborno u otra recompensa inadecuada para el ejercicio de sus funciones, será condenado por aceptar un soborno a una multa o prisión de hasta dos años. Lo mismo se aplicará si el empleado ha cometido el acto antes de obtener el cargo o después de salir de ella. Si el delito es grave, se impondrá la pena de prisión de seis años. // Las disposiciones del párrafo primero, en relación con un empleado se aplicarán también a: // 1. un miembro de una dirección, administración, junta, comisión u otro organismo que pertenece al

Estado, un municipio, diputación, asociación de las autoridades locales, la parroquia, la sociedad religiosa o con la oficina de seguridad social, // 2. una persona que ejerce una asignación regulada por ley, // 3. un miembro de las fuerzas armadas bajo la Ley sobre las infracciones disciplinarias de miembros de las Fuerzas Armadas, etc. (1986: 644), u otra persona que realiza una misión oficial prescrito por la Ley, // 4. una persona que, sin tener una cita o cesión de dicha manera, ejerce la autoridad pública, y // 5. una persona que, en un caso que no sea indicado en los puntos 1-4, en razón de un cargo de confianza se le ha dado la tarea de gestionar la otra asuntos legales o financieros, o de forma independiente de manejo una misión que requiera conocimientos técnicos calificados o ejercicio de la supervisión la gestión de estos asuntos o asignación”

¹²⁷ “Modificación introducida por la Ley 6 de noviembre de 2012. Art. 2635. Corrupción entre privados. (1) A menos que el hecho se constituya en un crimen más grave, los administradores, los directores generales, los dirigentes asignados a la redacción de los documentos contables de la sociedad, los alcaldes y los liquidadores, que, después de la dación o de la promesa de dinero o alguna otra utilidad, para sí mismos o para otros, cumplan u omitan actos, en violación de las obligaciones inherentes a sus trabajos u obligaciones, causen daño a la sociedad, serán castigados con la reclusión de uno a tres años. // Se aplica la pena de reclusión hasta un año y seis meses si el hecho es cometido por quien está bajo la dirección o vigilancia de uno de los sujetos indicados anteriormente. // Quien da o promete dinero o alguna otra utilidad a las personas indicadas anteriormente será castigado con las penas aquí previstas. // Las penas establecidas anteriormente serán duplicadas si se trata de sociedades con valores cotizados en mercados regulados como italianos o en otros estados de la Unión Europea o difusos entre el público en medida relevante a lo comentado en el artículo 116 del texto único de las disposiciones en materia de intermediación financiera, de los cuales el decreto legislativo 24 febrero 1998 n. 58, y sucesivas modificaciones. // Se procede con una queja de la persona afectada, a menos que del hecho derive una distorsión de la concurrencia en la adquisición de bienes o servicios”.

¹²⁸ “1. Si los hechos a que se refieren los artículos de esta Sección resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado. // Los hechos se considerarán, en todo caso, de especial gravedad cuando: // a) el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado, // b) la acción del autor no sea meramente ocasional, // c) se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, o // d) el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad. // En el caso del apartado 4 del artículo 286 bis, los hechos se considerarán también de especial gravedad cuando: // a) tengan como finalidad influir en el desarrollo de juegos de azar o apuestas; o // b) sean cometidos en una competición deportiva oficial de ámbito estatal calificada como profesional o en una competición deportiva internacional”.

¹²⁹ “En los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitara el perjudicado, el Juez o Tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado. // Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas: // 1.º En el caso de los delitos previstos en los artículos 270, 271, 273, 274, 275, 276, 283, 285 y 286: // a) Multa del doble al cuádruple del beneficio obtenido, o que se hubiera podido obtener, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años. // b) Multa del doble al triple del beneficio obtenido, favorecido, o que se hubiera podido obtener, en el resto de los casos. // En el caso de los delitos previstos en los artículos 277, 278,

279, 280, 281, 282, 282 bis, 284 y 286 bis al 286 quater: // a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad. // b) Multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos. // 2.º Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

¹³⁰ “A los efectos de este capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado”.

¹³¹ “Infidelidad seguida de dación o de la promesa de utilidad. Los administradores, los directores generales, los dirigentes asignados a la redacción de los documentos contables de la sociedad, los alcaldes, y los liquidadores, los cuales, después de la dación o promesa de utilidad, cumplan u omitan actos, en violación de las obligaciones inherentes a su oficio, ocasionado daño a la sociedad, serán castigados con la reclusión de hasta 3 años. // La misma pena se aplica a quien da o promete la utilidad. // La pena será duplicada si se trata de una sociedad con valores cotizados en mercados regulados como italianos o en otros estados de la Unión Europea o difusos entre el público en medida relevante a lo comentado en el artículo 116 del texto único en particular el decreto legislativo del 24 de febrero de 1998, n. 58. // Se procede a la queja de la persona afectada”.

¹³² “Art. 2635. Corrupción entre privados. (1) A menos que el hecho se constituya en un crimen más grave, los administradores, los directores generales, los dirigentes asignados a la redacción de los documentos contables de la sociedad, los alcaldes y los liquidadores, que, después de la dación o de la promesa de dinero o alguna otra utilidad, para sí mismos o para otros, cumplan u omitan actos, en violación de las obligaciones inherentes a sus trabajos u obligaciones, causen daño a la sociedad, serán castigados con la reclusión de uno a tres años. // Se aplica la pena de reclusión hasta un año y seis meses si el hecho es cometido por quien está bajo la dirección o vigilancia de uno de los sujetos indicados anteriormente. // Quien da o promete dinero o alguna otra utilidad a las personas indicadas anteriormente será castigado con las penas aquí previstas. // Las penas establecidas anteriormente serán duplicadas si se trata de sociedades con valores cotizados en mercados regulados como italianos o en otros estados de la Unión Europea o difusos entre el público en medida relevante a lo comentado en el artículo 116 del texto único de las disposiciones en materia de intermediación financiera, de los cuales el decreto legislativo 24 febrero 1998 n. 58, y sucesivas modificaciones. // Se procede con una queja de la persona afectada, a menos que del hecho derive una distorsión de la concurrencia en la adquisición de bienes o servicios”.

¹³³ “Ley orgánica 5 de 2010. Art. 74. Corrupción entre particulares. (Artículo 286 bis. Código Penal). // 1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja. // 2. Con las mismas penas será castigado el directivo,

administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales. // 3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio. // 4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales”.

¹³⁴ “Los delitos de peligro concreto exigen que la acción del sujeto activo cause un resultado consistente en la creación de un concreto peligro de lesión para el bien tutelado, o sea, en unas condiciones tales que quepa afirmar que dicho bien jurídico estuvo en una situación próxima de lesión, porque el objeto material o el sujeto pasivo entraron en el radio de acción peligrosa” (Martínez-Buján, 2010, p. 88).

¹³⁵ Cfr. Méndez (1993, pp. 211 y ss.) y Rodríguez (1994, pp. 13 y ss.).

¹³⁶ Cfr. Kindhäuser (1989, p. 189, especialmente la nota al pie de página N° 1).

¹³⁷ “1.tr. Obligarse a hacer, decir o dar algo” RAE (2016).

¹³⁸ “Presentar y dar voluntariamente algo” RAE (2016).

¹³⁹ “1.tr. Dar, otorgar, hacer merced y gracia de algo” RAE (2016).

¹⁴⁰ “1.tr. Dicho de una persona: Tomar lo que le dan o le envían” RAE (2016).

¹⁴¹ “1.tr. Pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado” RAE (2016).

¹⁴² “1.tr. Recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga” RAE (2016).

¹⁴³ http://www.eaton.com/ecm/groups/public/@pub/@eaton/@corp/documents/content/ct_251843.pdf.

¹⁴⁴ http://www.pepsico.es/pdf/Codigo_de_Conducta.pdf

¹⁴⁵ “Hay tipos penales en los que el aspecto subjetivo se agota en el dolo como voluntad conciente de la realización del hecho, pero hay otros en los cuales dicho componente requiere un plus subjetivo, esto es, una finalidad que persigue un objeto que se encuentra más allá de la realización del tipo objetivo y que permite concebir en abstracto dos momentos distintos: el primero que se ejecuta al actualizar el tipo penal, en tanto que el otro —si bien depende del primero como su presupuesto— no requiere una concreta realización pero sí la exteriorización de una particular intención o tendencia que se procura alcanzar con el hecho. Por tanto, los denominados elementos subjetivos del tipo distintos del dolo son propósitos definidos o destacadas finalidades que van más allá de la realización del tipo objetivo y que suponen en el autor un determinado cometido o intención que se pone de presente en la forma como actualiza el tipo objetivo” (Corte Suprema de Justicia, Exp. 28563, 2009).

“Cuando las normas contienen expresiones afines tales como ‘perseguir objetivos’, o ‘con el propósito’, o ‘para’, o ‘con fines’, que corresponden a predicados de verbos rectores y denotan sólo finalidad y no necesariamente otra conducta concreta o realizada, con razón dice la dogmática jurídico-penal que tales manifestaciones se identifican

como elementos subjetivos del tipo de secuestro extorsivo, distintos del dolo, que como tales no exigen su cristalización para que sea completa la tipicidad del delito. Desde luego que la adecuación típica del hecho punible de secuestro extorsivo sí exige un comportamiento externo y central de ‘arrebatar’, ‘sustraer’, ‘retener’ u ‘ocultar’ a una persona, pero no es necesario que se haya concretado, verbigracia, una exigencia económica, pues basta que el sujeto haya privado de la libertad a la víctima asistido de dicho propósito” (Corte Suprema de Justicia, Exp. 12368, 1999).

¹⁴⁶ “Preocupados por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley, // Preocupados también por los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero, // Preocupados asimismo por los casos de corrupción que entrañan vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados, y que amenazan la estabilidad política y el desarrollo sostenible de esos Estados, // Convencidos de que la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella, // Convencidos también de que se requiere un enfoque amplio y multidisciplinario para prevenir y combatir eficazmente la corrupción, (...) Convencidos de que el enriquecimiento personal ilícito puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley, // Decididos a prevenir, detectar y disuadir con mayor eficacia las transferencias internacionales de activos adquiridos ilícitamente y a fortalecer la cooperación internacional para la recuperación de activos, (...) Teniendo presente que la prevención y la erradicación de la corrupción son responsabilidad de todos los Estados y que estos deben cooperar entre sí, con el apoyo y la participación de personas y grupos que no pertenecen al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones de base comunitaria, para que sus esfuerzos en este ámbito sean eficaces, // Teniendo presentes también los principios de debida gestión de los asuntos y los bienes públicos, equidad, responsabilidad e igualdad ante la ley, así como la necesidad de salvaguardar la integridad y fomentar una cultura de rechazo de la corrupción, (...) Tomando nota con reconocimiento de los instrumentos multilaterales encaminados a prevenir y combatir la corrupción, incluidos, entre otros la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la Organización de los Estados Americanos el 29 de marzo de 1996, el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados Miembros de la Unión Europea, aprobado por el Consejo de la Unión Europea el 26 de mayo de 1997, el Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, aprobado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos el 21 de noviembre de 1997, el Convenio de derecho penal sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de enero de 1999, el Convenio de derecho civil sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1999 y la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana el 12 de julio de 2003, // Acogiendo con satisfacción la entrada en vigor, el 29 de septiembre de 2003, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, // Han convenido en lo siguiente” (UNCAC, 2003).

¹⁴⁷ “El sector privado desempeña un papel fundamental y cada vez más amplio en el bienestar de las sociedades, las comunidades y los individuos. Puede ayudar a producir la riqueza económica necesaria para sacar a las personas de la pobreza y contribuir a extender el acceso a la atención sanitaria, a la educación y a otros servicios públicos vitales. Puede generar oportunidades económicas que permitan concretar las expectativas de los jóvenes, de los pobres, de los excluidos y de todas aquellas personas que tengan el firme propósito de afianzar su proyecto individual para mejorar continuamente y asegurar un futuro próspero a sus familias. // Puede asimismo ser fuente de ideas, innovación y eficiencia en el uso de recursos para enfrentar los desafíos ambientales de nuestra época. No obstante, el sector privado también puede fracasar en todos estos ámbitos: cuando unos pocos se enriquecen a costa de la mayoría, cuando abusa irresponsablemente del medio ambiente y obstaculiza la innovación, cuando genera exclusión, desestabiliza a la sociedad y fomenta la corrupción en las comunidades, los mercados, los gobiernos y las relaciones internacionales, socavando con ello las condiciones de su propia existencia. // Los riesgos de corrupción en el sector empresarial y su control son factores cruciales que determinarán si las empresas y los mercados consiguen desempeñar adecuadamente el papel productivo que les corresponde o si sucumbirán a su potencial destructivo” (Transparencia Internacional, 2009, p. 3).

¹⁴⁸ “En el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, creemos que es posible crear una economía global sostenible e integrador que ofrece beneficios duraderos a las personas, comunidades y mercados. Esa es nuestra visión. // Para que esto suceda, el Pacto Mundial de la ONU apoya a las empresas a: // 1. Hacer negocios de manera responsable al alinear sus estrategias y operaciones con *diez principios [la cursiva es nuestra]* en materia de derechos humanos, trabajo, medio ambiente y lucha contra la corrupción; y // 2. Llevar a cabo acciones estratégicas para avanzar en *los objetivos generales de la sociedad*, tales como los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU, con énfasis en la colaboración y la innovación”.

¹⁴⁹ “La corrupción socava cada uno de estos pilares del éxito empresarial, por cuanto implica tomar atajos y eludir la competencia honesta en lugar de generar valor real y competitivo para los clientes, pone en riesgo la integridad corporativa e individual, aparta y desmotiva a los emprendedores y científicos más brillantes e innovadores, e implica también avalar y sustentar un entorno de negocios en el que la complicidad tiene precio, los funcionarios públicos abusan de su poder para su beneficio particular y la confianza pública en la colaboración entre las empresas y la sociedad se quiebra progresivamente” (Transparencia Internacional, 2009).

¹⁵⁰ “El sector privado desempeña un papel fundamental y cada vez más amplio en el bienestar de las sociedades, las comunidades y los individuos. Puede ayudar a producir la riqueza económica necesaria para sacar a las personas de la pobreza y contribuir a extender el acceso a la atención sanitaria, a la educación y a otros servicios públicos vitales. Puede generar oportunidades económicas que permitan concretar las expectativas de los jóvenes, de los pobres, de los excluidos y de todas aquellas personas que tengan el firme propósito de afianzar su proyecto individual para mejorar continuamente y asegurar un futuro próspero a sus familias. // Puede asimismo ser fuente de ideas, innovación y eficiencia en el uso de recursos para enfrentar los desafíos ambientales de nuestra época. No obstante, el sector privado también puede fracasar en todos estos ámbitos: cuando unos pocos se enriquecen a costa de la mayoría, cuando abusa irresponsablemente del medio ambiente y obstaculiza la innovación, cuando genera exclusión, desestabiliza a la sociedad y fomenta la corrupción en las comunidades, los mercados, los gobiernos y las relaciones internacionales,

socavando con ello las condiciones de su propia existencia. // Los riesgos de corrupción en el sector empresarial y su control son factores cruciales que determinarán si las empresas y los mercados consiguen desempeñar adecuadamente el papel productivo que les corresponde o si sucumbirán a su potencial destructivo” (Transparencia Internacional, 2009).

¹⁵¹ “Se estima que las 100.000 entidades que gozan de tratamiento especial, por ser planteadas como sin ánimo de lucro, pesan el 15% del producto interno bruto (PIB) y, en un año como el 2012, de pujanza, tuvieron ingresos netos de 129,6 billones de pesos” (Morales, 24 de agosto del 2015).