

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

**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DEL FRAUDE POR ADMINISTRACIÓN
DESLEAL EN LA LEGISLACIÓN PENAL VIGENTE EN GUATEMALA**

RICARDO ANTONIO POLANCO GARCÍA

GUATEMALA, ABRIL DE 2012

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

**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DEL FRAUDE POR ADMINISTRACIÓN
DESLEAL EN LA LEGISLACIÓN PENAL VIGENTE EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

RICARDO ANTONIO POLANCO GARCÍA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

Abogado y Notario

Guatemala, abril 2012

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic. Marco Vinicio Villatoro López

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

Presidente:	Licda. Liliana Irasema Araujo Pérez
Vocal:	Lic. Ronald David Ortíz Orantes
Secretario:	Lic. Ronaldo Amilcar Sandoval Amado

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Ernesto Rolando Corzantes Cruz
Vocal:	Licda. Marta Eugenia Valenzuela Bonilla
Secretario:	Lic. Juan Ramiro Toledo Alvarez

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



DEDICATORIA

- A DIOS:** Por ser la luz en mi camino y permitir que cumpla una de mis mejores metas, gracias por darme salud y vida para culminar mi carrera, y permitir que mis padres mi esposa y mi familia puedan estar presentes en éste momento tan especial de mi carrera.
- A MIS PADRES:** María del Carmen García Martínez y Abel Antonio Polanco Solórzano, Gracias por darme la vida y la oportunidad de superarme a través de sus consejos para ser un hombre de bien, gracias por todo el amor que me tienen.
- A MI ESPOSA:** Gracias mi amor por que lo que hoy soy es gracias a ti, pues tu has sido la fuente de inspiración en mi vida, tu fuerza y tu amor me guiaron y me dieron fuerzas para llegar hasta donde estoy.
- A MIS HERMANOS:** Que Dios les bendiga y les enseñe el camino para que puedan tener una vida llena de satisfacciones y triunfos pero sobre todo que tengan vida, salud y felicidad.
- A MIS SUEGROS:** Por permitirme ser parte de su familia, por sus consejos y por el ejemplo que me han dado, para alcanzar todo lo que me proponga.
- A MIS TIOS:** Por todo el cariño y apoyo brindado.
- A MIS ABUELITOS:** Que Dios los tenga en su reino y desde ahí iluminen mi camino, y puedan disfrutar este momento de mi vida tanto como yo, aunque ya no estén conmigo.
- A MIS AMIGOS:** Por brindarme todo el apoyo, y ser parte del esfuerzo para culminar mi carrera.



- A:** **LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES**
Lugar donde adquirí mis conocimientos y que ahora me da la oportunidad de ser un Profesional.
- A:** **LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**
Por ser la casa de estudios que permitió alcanzar un éxito más de mi vida.
- A:** **MIS PADRINOS DE GRADUACION, A MI ASESOR, REVISORES, COMPAÑEROS DE TRABAJO Y CATEDRÁTICOS, POR APOYARME SIEMPRE Y HACER QUE LA META ALCANZADA SEA UN EXITO DE TODOS, GRACIAS.**



ÍNDICE

Pág.

INTRODUCCIÓN.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1 El patrimonio.....	1
1.1 Elementos del patrimonio	2
1.2 Indivisibilidad del patrimonio	4
1.3 Subrogación real.....	7
1.4 Los bienes	7
1.5 Clasificación contenida en el Código Civil	13
1.6 La propiedad y demás derechos reales.....	14
1.7 Objeto de los derechos reales	19
1.8. Clasificación de los derechos reales.....	20
1.9 Numero de los derechos reales.....	21
1.10 La propiedad.....	22

CAPÍTULO II

2. La administración del patrimonio ajeno	31
2.1 Fundamentos de administración.....	31
2.2 Fundamentos doctrinarios y legales	37
2.3 Clasificación de las personas jurídicas.....	39
2.4 La tutela.....	40
2.5 Elementos configurativos de la administración fraudulenta.....	41

CAPÍTULO III

3. Qué es fraude?.....	49
3.1 Generalidades del delito de fraude	50

3.2 La responsabilidad individual en el delito de fraude cometido por personas Jurídicas	61
---	----

CAPÍTULO IV

4 El fraude por administración desleal.....	65
4.1 Insuficiencia de los tipos penales clásicos para encuadrar la conducta de administración desleal de patrimonio de la persona jurídico	72
4.2 Sobre las formas de administración desleal uso indebido del patrimonio.....	74
4.3 Necesaria creación del tipo penal de administración desleal de patrimonio ajeno.....	77
CONCLUSIONES.....	79
RECOMENDACIONES.....	81
BIBLIOGRAFÍA.....	83



INTRODUCCIÓN

El delito de fraude contemplado en la legislación penal vigente en Guatemala, en la descripción de la conducta típica el legislador se refiere exclusivamente a los delitos cometidos por funcionarios o empleados públicos, y al tener la acepción más común de la palabra fraude es definida como un acto de engaño, utilizado de manera deliberada con la intención de obtener una errónea e injusta ventaja, sin embargo en la sociedad guatemalteca diversos son los tipos de fraude existentes, y ocurren frecuentemente pero al no estar tipificados en el ordenamiento jurídico y al contar a su vez con igual apariencia que con otros delitos, el juez cuenta con la necesidad de asimilarlos de la misma manera para poder sancionarlos.

Por esas razones la hipótesis planteada en la presente tesis, la cual se pretende comprobar es la inexistencia de la legislación penal vigente de los diferentes tipos de fraude existentes, y la administración desleal de los bienes ajenos de los particulares, teniendo como objetivo influir en la creación de las normas legales necesarias para responsabilizar y sancionar penalmente a todas las personas que se valieron de la utilización de medios fraudulentos para afectar el patrimonio ajeno a través de una administración desleal.

El presente trabajo deja a nuestro entender, conforme a la descripción de la conducta típica de que el legislador se refiere a los administradores que tengan, por decisión expresa del titular del patrimonio administrado, de la autoridad competente, o por derivar de la ley, un nombramiento formal que le designe y habilite legalmente para



administrar o cuidar bienes ajenos, a los administradores legales, como los albaceas, tutores, liquidadores de una sociedad disuelta, administradores de los bienes del ausente, a los padres que ejercen la patria potestad, etc. Administradores tanto de personas físicas como jurídicas. Cualidad personal de administrador legal requerida en el tipo, que nos permite apreciar y delimitar sin ninguna dificultad, las conductas típicas que configuran en el delito de fraude por administración desleal, frente aquellas que fuera del ámbito de una administración legal, son susceptibles de ser calificadas como otra modalidad de fraude.

Dado lo anterior, la presente investigación aborda en su capítulo primero todo lo relativo al patrimonio, definiciones legales, doctrinarias, etc., en su segundo capítulo define la administración del patrimonio ajeno; el tercer capítulo gira alrededor del fraude y sus tendencias normativas en el ámbito jurídico guatemalteco; y, para de último pero no menos importante, trata todo lo relativo al delito de fraude por administración desleal con los análisis correspondiente.

El investigador manifiesta que los métodos utilizados en la elaboración de la presente tesis fueron: el jurídico o interpretativo, el deductivo, el inductivo, y el analítico. Y como técnicas de investigación las directas, y bibliográficas.

Esperando sea del gusto del lector y que de alguna forma se denote la importancia del contenido de la presente para el acervo doctrinario-legal de los profesionales del derecho en Guatemala.



CAPÍTULO I

1. El patrimonio

El autor Manuel Osorio establece que “La Academia entiende por patrimonio, además de lo que queda dicho, los bienes propios adquiridos por cualquier título. En una definición más jurídica, el patrimonio representa una universalidad constituida por el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a una persona y que pueden ser apreciables en dinero.”¹

El tratadista Rafael Rojina Villegas afirma que: “es un conjunto de bienes y deudas inseparablemente ligadas, porque todos ellos se encuentran afectados a un fin económico”.² Las doctrinas que presenta el patrimonio son:

1. Teoría clásica o del patrimonio personal: Es aquella que dice que el patrimonio es la emanación de la personalidad y la potestad jurídica de que esta investida una persona como tal.
2. Teoría moderna o del patrimonio afectación: Esta teoría ve en el patrimonio una universalidad que descansa sobre la común destinación de los elementos que la componen.

¹ Osorio, Manuel “**Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**”. Pág. 729

² Rojina Villegas, Rafael. “**Derecho civil mexicano**”. Pág. 17



1.1. Elementos del patrimonio

a) Derechos reales: El derecho real, es el poder jurídico que se ejerce en forma directa e inmediata sobre un bien para su aprovechamiento total o parcial, siendo este poder jurídico oponible a terceros; consiguiente son elementos del derecho real:

- i. La existencia de un poder jurídico.
- ii. La forma de ejercicio de este poder en relación directa e inmediata entre el particular y la cosa.
- iii. La naturaleza económica del poder jurídico que permite aprovechamiento total o parcial de la misma.
- iv. La oponibilidad respecto a terceros para que el derecho se caracterice como absoluto, valedero *erga omnes*.

b) Derechos personales: En el derecho personal, la escuela clásica no encuentra ninguna de las características señaladas, define el derecho de crédito o personal como "La relación jurídica que otorga al acreedor la facultad de exigir del deudor una prestación o una abstención del carácter patrimonial o moral. Los elementos del derecho personal son:

- i. Una relación jurídica entre sujeto activo y pasivo.
- ii. La facultad que nace de la relación jurídica a favor del acreedor para exigir cierta conducta del deudor.



c) El objeto de esa relación jurídica que consiste en una prestación o abstención de carácter patrimonial o simplemente moral, El derecho real tiene como objeto un bien, acción persecutoria y derecho de preferencia.

La preferencia en el derecho real se rige por dos principios

1. El que es primero en tiempo, es primero en derecho, dentro de la misma categoría de derechos reales.
2. La mejor calidad del derechos real le otorga preferencia sobre derechos reales de inferior categoría, aún cuando sean constituidos con anterioridad, es decir, ante la igualdad de derechos reales, por ser de la misma categoría, la preferencia se establece por el tiempo, pero cuando los derechos son de diversa categoría, cuando los hay de mejor calidad que otros, la preferencia se determina por la naturaleza del derecho y no por el tiempo. El tratadista Marcel Planiol menciona que: "La naturaleza del derecho real, es idéntica en su esencia a la del derecho personal: que son dos especies del mismo género, aunque las mismas, porque todo derecho real se resuelve en una relación jurídica entre sujeto activo y pasivo".³

³ Planiol, Marcel. "Tratado elemental de derecho civil". Pág. 102.



1.2. Indivisibilidad del patrimonio

Toda persona sólo puede tener un patrimonio, nunca podrá tener dos o más patrimonios. El patrimonio es indivisible, es una universalidad de derechos y obligaciones, tiene el atributo de la unicidad. Los derechos y obligaciones que corresponden a un sujeto tendrán que agruparse, vincularse y referirse a una persona, constituyendo un todo. De lo expuesto se desprende que como la persona puede tener diversos fines jurídico-económicos por realizar, o que el derecho puede afectar en un momento dado un conjunto de bienes para proteger ciertos intereses, tales como lograr el patrimonio familiar o el fondo mercantil, como también lograr la continuidad jurídica de la personalidad y del patrimonio en los casos de ausencia y sucesión hereditaria. Pueden conforme esta doctrina, existir distintos patrimonios en una persona, como masas autónomas de bienes, derechos y obligaciones, derogándose por consiguiente el principio de indivisibilidad. Esta excepción se mantiene dentro de las características principales, necesariamente debe tener un patrimonio y solamente pueden tener bienes las personas.

En este sentido los tratadistas Planiol, Ripert y Picard sostienen que "...no se mantiene en sus límites clásicos la doctrina del Patrimonio-Personalidad, no se llega al extremo de aceptar la tesis moderna, sino que sigue siendo el eje tanto para régimen de los bienes como para el de las sucesiones, el concepto clásico de Patrimonio-Personalidad,



pero con la modalidad de que no se admiten como principios absolutos la inalienabilidad ni la indivisibilidad...”.⁴

El concepto de Patrimonio Personalidad no nos da una explicación satisfactoria de un conjunto de instituciones reconocidos en el derecho, ante lo anterior, para darle explicación a instituciones de importancia nace la teoría que considera al patrimonio como lo mencionan los tratadistas Planiol, Ripert y Picard: “Patrimonio, es un conjunto de bienes, derechos y obligaciones, afectados a la realización de un fin jurídico-económico que le da autonomía propia y que permite la existencia de un régimen jurídico especial, para darle también fisonomía distinta en el derecho, a esa masa autónoma de bienes”.⁵

Cuando el fin es jurídico-económico, es decir, cuando la separación dentro del patrimonio ordinario de la persona la regula el derecho, para conseguir una finalidad tanto jurídica como económica y crea una institución especial para este fin, organizando un régimen distinto, encontramos el patrimonio de afectación por ejemplo el Patrimonio Familiar: El derecho considera necesario para la conservación de la familia, su creación. Hay un fin económico y además un fin reconocido por el derecho. Al reconocer ese fin se hace necesaria una reglamentación jurídica que le da autonomía al conjunto de bienes que lo constituyen, protegiendo los bienes, declarándolos inalienables, inembargables, prohíbe se constituyan derechos reales sobre los mismos, reconoce un

⁴ Planiol, Ripert y Picard. “**derecho civil II**”. Pág. 56

⁵ **Ob. Cit.** Pág. 60



mínimum de bienes del patrimonio, dentro del patrimonio del jefe de una familia para proteger ésta. Sociedad conyugal: Existe una finalidad jurídico-económica reconocida y protegida por el derecho. Hay por consiguiente autonomía en tal conjunto, que en nuestro derecho se constituye como el régimen económico del matrimonio.

Referente al patrimonio del ausente existe una finalidad de orden jurídico como es la conservación de los bienes de la persona que en un momento no se sabe si existe y en dónde se encuentra. El derecho organiza ese patrimonio para conservarlo y nombrar un representante. Esta sustitución provisional debe ser transitoria, luego también debe procederse a la declaración de ausencia para encomendar la administración de los bienes a los presuntos herederos. Posteriormente debe venir la presunción de muerte del ausente a efecto de regular al patrimonio del mismo bajo el régimen hereditario abriéndose la sucesión para conceder la posesión a los presuntos herederos y garantizar a los acreedores del ausente; pero este tampoco es definitivo, se necesita tener la certeza de su muerte para operar la transmisión hereditaria en definitiva; hasta entonces el patrimonio del ausente se convierte en patrimonio del heredero, pero, además se acepta la posibilidad de que aparezca el ausente y exija la restitución de sus bienes. Todo ello va afectando el conjunto de bienes, derechos y obligaciones, lo mismo para el patrimonio que existe en el concurso, en la quiebra o en el fundo mercantil.



1.3. Subrogación real

Las adquisiciones producen el desprendimiento de un bien, el cual se transmite, pero se recibe en compensación un equivalente económico, de tal manera que no se causa merma sensible en el equilibrio patrimonial, por ello los patrimonios deben quedar económicamente intactos en las adquisiciones a título oneroso, produciendo una propia subrogación real. El supuesto típico es la compra-venta.

En las adquisiciones a título gratuito, se produce la transmisión, sin ninguna contraprestación que produzca equivalente patrimonial, como por ejemplo la donación.

1.4. Los bienes

El Artículo 442 del Código Civil establece que los bienes "...son las cosas que pueden ser objeto de apropiación, lo que puede constituir objeto de un patrimonio, pueden ser muebles o inmuebles...".

a. Clasificación doctrinaria

Atendiendo a lo que establece la licenciada Hilda Violeta Rodríguez Villatoro menciona la siguiente clasificación:



a.1 Por su naturaleza los bienes pueden ser

Corporales: aquellos que tienen una existencia física apreciable por nuestros sentidos, como por ejemplo podemos mencionar cualquier bien mueble o inmueble.

Incorporales: Aquellos que aún no teniendo manifestación concreta y tangible, producen efectos jurídicos determinables. Como por ejemplo podemos mencionar los derechos de autor.

a.2 Por su determinación los bienes pueden ser

Genéricos: Aquellos a los que se alude identificándolos por su naturaleza común, por ejemplo podemos mencionar una máquina de escribir

Específicos: Aquellos que se particularizan por elementos de exclusiva pertenencia a su naturaleza, haciendo mención por ejemplo de Una máquina de escribir marca de determinada marca.

a.3 Por sus posibilidades de uso repetido los bienes pueden ser

Consumibles: son aquellos en los que su uso altera su sustancia de tal manera que impide su ulterior aprovechamiento. Como por ejemplo la gasolina, estando regulado en el Artículo 713 del Código Civil.



No consumibles: siendo aquellos en los cuales, a pesar del uso que de ellos se hace, mantienen su naturaleza intacta. Como por ejemplo las máquinas, de igual forma esta regulado en el Artículo 713 del Código Civil.

a.4 Por su posibilidad de substitución los bienes pueden ser

Fungibles: son aquellos que por no tener una individualidad propia y determinada pueden ser sustituidos por otros de su mismo género. Tomando como ejemplo los cereales regulado en el Artículo 454 del Código Civil.

No Fungibles: Los que teniendo una individualidad propia, precisa y concreta, no pueden ser representados o sustituidos por otros, tal y como lo regula el Artículo 454 del Código Civil.

a.5 Por la posibilidad de fraccionamiento, los bienes pueden ser

Divisibles: son aquellos que pueden dividirse en varias partes sin detrimento de su naturaleza. Tal es el caso de una finca rustica.

Indivisibles: son aquellos que no deben dividirse porque ello produciría menoscabo en su uso y naturaleza. Como por ejemplo el cronómetro.



a.6 Por la jerarquía de su relación los bienes pueden ser

Principales: Cuando los bienes son independientes y tienen mayor importancia y valor en relación a otros bienes. Como por ejemplo, un vestido en relación a los botones del mismo. Tal y como se encuentra regulado en los Artículos 687 y 691 del Código Civil.

Accesorios: Cuando los bienes dependen de uno principal y su existencia está condicionada a la existencia del principal. El Código Civil lo regula en los Artículos 449, 688, 692.

a.7 Por su existencia en el tiempo los bienes pueden ser

Presentes: Aquellos que gozan de existencia actual, viven la realidad del orden físico o legal en el momento de ser tenidos en cuenta como tales al constituirse una relación jurídica. Como por ejemplo las Maquinaria, fincas.

Futuros: Aquellos que si su existencia no es real, deben racionalmente esperarse que pueda tenerla, como susceptibles de venir a la vida. Tales como una cosecha en una finca.



a.8 Por su existencia en el espacio y posibilidad de desplazamiento

Inmuebles o Raíces: Son aquellos que no pueden trasladarse de un punto a otro sin deterioro, el Código Civil lo regula en el Artículo 442. Los bienes inmuebles o raíces se dividen en:

- Inmuebles por su naturaleza: Suelo y subsuelo regulado en el Artículo 445 del Código Civil.
- Inmuebles por incorporación: los que se hayan unidos al suelo de una manera permanente. Como por ejemplo los edificios, y los árboles. Regulado en el Artículo 447 del Código Civil.
- Inmuebles por destino: Los que siendo muebles están al servicio de un fundo. Como por ejemplo los semovientes cuando están al servicio de una finca. Regulado en el Artículo 455 del Código Civil.
- Inmuebles por Analogía: Bienes incorpóreos que por constituir derechos sobre inmuebles se asimilan a estos. Como por ejemplo la hipoteca, regulado en el Artículo 446 del Código Civil.



- Bienes Muebles: Son aquellos que son susceptibles de trasladarse de un punto a otro sin menoscabo de su naturaleza. Tomando como ejemplo el equipo mobiliario de oficina.

a.9 Por su constitución y contenido los bienes pueden ser

Singulares: Que son comprensivos de los simples y los compuestos. Los primeros son aquellos constituidos por un todo orgánico. Como por ejemplo un caballo. Y Los segundos integrados por la fusión de varios simples. Como por ejemplo un motor.

Universales: Son los bienes que están constituidos por varios elementos entre los que no existe una vinculación pero que forman un todo. Tales como una biblioteca, o un rebaño.

a.10 Por la susceptibilidad de tráfico los bienes pueden ser

Dentro del comercio: Los que son susceptibles de tráfico mercantil.

Fuera del comercio: Los que no son susceptibles de tráfico mercantil.



a.11 Por el carácter de su pertenencia los bienes pueden ser

De dominio público: son aquellos cuyo dominio se atribuye al Estado o al municipio. Pueden ser: de uso público común como lo son las calles, parques, plazas. Y los de uso público no común pueden ser el subsuelo, yacimientos de hidrocarburos. Regulado en el artículo 457 y 458 del Código Civil.

De Propiedad Privada: Aquellos que son pertenencia de los particulares. Regulado en el Artículo 460 del Código Civil.

1.5. Clasificación contenida en el Código Civil

Tiene relevancia en la legislación la clasificación que divide los modos de adquirir la propiedad en modos originarios y derivativos.

a) Modos originarios: Cuando la adquisición de la propiedad se realiza sin existir relación jurídica con el anterior propietario o cuando no existe anterior propietario. En el primer caso, es ejemplo típico la usucapión, también denominada prescripción adquisitiva. En el segundo caso, puede ponerse como ejemplo la ocupación de un bien que no ha pertenecido antes a nadie.

b) Modos derivativos: cuando preexistiendo la propiedad, esto es el derecho de propiedad sobre un bien, este es transmitido a otra persona en virtud de una relación



jurídica. Por ejemplo cuando se realiza una compraventa, y por razón de ella un bien pasa a ser propiedad de otra persona.

Crítica: Se observan defectos lógicos en la clasificación bipartita de modos originarios y derivativos, que obliga a reunir en uno de sus miembros situaciones muy diversas y con diferentes causas.

El Código Civil no adopta ninguna clasificación de los modos de adquirir la propiedad. Simplemente se limita a enumerarlos, sin orden previamente establecido, por ello es importante la clasificación ya descrita anteriormente.

1.6. La propiedad y demás derechos reales

a) Derechos reales

Es un poder jurídico que se ejerce en forma directa e inmediata sobre un bien para su aprovechamiento total o parcial, siendo este poder jurídico oponible a terceros (erga omnes).

Es de importancia la distinción entre los derechos reales y los derechos personales, debido a que estas clases de derechos, los cuales en su conjunto son denominados derechos patrimoniales, tomando en consideración que los primeros tienen por finalidad



las cosas del mundo exterior y los segundos su objetivo es alcanzar determinados actos que lleva a cabo el ser humano.

También a los derechos reales se les denomina derechos patrimoniales, debido a que los mismos son representativos o tienen un valor pecuniario, de conformidad con la legislación civil guatemalteca.

Dentro de los derechos reales, el titular cuenta con una relación y poder jurídicos inmediatos sobre la cosa. En el derecho personal, la relación jurídica se encuentra referida a otra persona. El derecho de propiedad sobre un bien inmueble, se concibe de manera directa sobre el mismo.

Pero, cuando una persona adeuda a otra una determinada cantidad de dinero, la relación jurídica se entiende que existe de derecho, o dicho en otras palabras, la relación jurídica que deviene por el surgimiento de un derecho, solamente existe de persona a persona.

En los derechos reales se hace énfasis en la cosa, para resaltar el poder y la facultad sobre la misma. En los derechos personales se hace mención especial a la relación jurídica.



El dar una definición de los derechos reales ha sido motivo de diversas discusiones que han desembocado en el surgimiento de las siguientes tres teorías que a través de distintos puntos de vista pretenden fundamentar su posición:

- Teoría clásica: Esta teoría surgió en Roma y se fundamentaba en la relación que existía entre un hombre y una cosa (ius in ré). El tratadista Diego Espín Cánovas establece que la teoría clásica concibe los derechos reales como “Un señorío inmediato sobre una cosa que puede hacerse valer erga omnes; el titular del derecho real ostenta un poder inmediato y directo sobre la cosa; hay por tanto, una relación directa entre persona y cosa”.⁶

Los opositores a la teoría clásica funda su objeción en la inexistencia de relación entre persona y cosa, contrario sensu exponen que todo derecho relaciona a personas entre si.

- Teoría personalista u obligacionista: También denominada por el autor Diego Espín Cánovas como teoría anteclásica, mencionando que “surgió en Europa en oposición a la teoría clásica, derivado de los cuestionamientos formulados por el jurista alemán Windchaid, sobre la existencia de una relación jurídica entre el hombre y una cosa.

⁶ Espín Canovas, Diego. “Manual de derecho civil español”, Pág. 26



La teoría obligacionista fundamenta la naturaleza jurídica del derecho real en el vínculo de carácter personal que surge entre el titular del derecho frente a los hombres, quienes están obligados a abstenerse de perturbarlo.

La teoría personalista considera que las relaciones jurídicas solo pueden existir entre personas, no entre personas y cosas como lo concibe la teoría clásica”.⁷

En oposición a la teoría clásica, los derechos reales no están conformados por el poder directo entre la persona y la cosa sino que consiste en la relación jurídica que surge entre el titular del derecho real y las demás personas que por razones del vínculo existente quedan obligados a abstenerse de perturbar al titular del derecho en relación a la cosa objeto del mismo

- Teoría ecléctica: Al considerar que la teoría clásica y la teoría personalista adoptan posiciones extremas, al afirmar la teoría clásica que la relación jurídica surge entre persona y cosa; y la teoría personalista que el derecho real se reduce únicamente a la obligación pasiva universal de un no hacer, surge la teoría ecléctica.

Berker, el precursor de la teoría ecléctica extrae elementos de la teoría clásica y de la teoría obligacionista para formular la siguiente afirmación: El derecho real está

⁷ *Ibid.* Pág. 27



conformado por dos elementos fundamentales: el elemento interno y el elemento externo.

El elemento interno está constituido por el poder que tiene el titular del derecho sobre la cosa y el elemento externo lo conforma su oponibilidad erga omnes.

Por su parte el tratadista Diego Espín Cánovas define el elemento interno como “la inmediatividad del poder del hombre sobre la cosa. El poder hace alusión a la potestad conferida por la ley, al titular del derecho, que la cosa es el objetivo sobre el que se proyecta el poder y que la inmediatividad es la manera que asume la relación jurídica, la que se traduce en ausencia de intermediarios personalmente obligados. Y el elemento externo lo define como “la absolutividad del derecho real, ya que se da frente a todos, en oposición al derecho personal...”.⁸

Tomando en cuenta las tres teorías y partiendo de la posición armónica de la teoría ecléctica por considerarla más acertada, podemos definir los derechos reales como el poder directo e inmediato que una persona tiene sobre un bien y que puede ser ejercitado y hecho valer frente a terceros.

⁸ **Ibid.** Pág. 28



1.7. Objeto de los derechos reales

Son objeto de los derechos reales, las cosas que están en el comercio (se ejercen sobre la totalidad de ellas sobre una parte material o por una alícuota) y los derechos en los casos previstos especialmente.

Los derechos reales se ejercen directamente sobre su objeto, es decir que se ejercerían directamente sobre cosas y derechos.

De lo expuesto se desprende que en la estructura interna del derecho real, existe un sujeto titular del mismo que obtiene directamente de una cosa o de un derecho el beneficio o ventaja que le otorga el derecho real, sin intervención de una persona para conseguir la satisfacción de su interés. La doctrina en general cuando describe la relación jurídica considera que esa satisfacción inmediata obtenida por el titular de un derecho real se obtiene sobre una cosa.

Es objeto de las relaciones reales la cosa determinada que esté en el comercio. Se ejerce sobre la totalidad de la cosa, sobre una parte material o por una alícuota. Es acertada la mención de una cosa determinada, porque la posesión es un poder de hecho que no puede ejercerse sobre una cosa que no esté individualizada.



El objeto de un derecho real no puede ser un derecho, porque el titular no obtiene las ventajas que el mismo concede directamente de un derecho, sino que es necesaria la actuación o la prestación de otra persona, es decir el sujeto pasivo cuando el derecho gravado es personal; y cuando se constituye sobre un derecho real, el nuevo derecho real tiene por objeto la cosa del derecho real gravado, en realidad no se grava un derecho real, lo que ocurre es que se transmiten algunas de las facultades sobre la cosa, que el mismo comprende, constituyéndose así un nuevo derecho real.

1.8. Clasificación de los derechos reales

- a) Derechos reales de goce y disposición: Son los derechos reales en sentido estricto, siendo derecho pleno (derecho de propiedad o dominio).

- b) Derechos reales de mero goce: Son los que confieren facultades de inmediata utilidad sobre el bien ajeno (uso, usufructo, habitación y servidumbre).

- c) Derechos reales de garantía: Estos derechos solo otorgan la posibilidad de obtener el valor de la cosa a través de la facultad de promover su venta, sin que en cambio otorguen facultades inmediatas sobre el bien (prenda e hipoteca)



1.9. Número de los derechos reales

El dilema de la enumeración de los derechos reales sintetiza en dos encontrados sistemas, el numerus apertus, fundamentado en el criterio de que los particulares pueden crear la diversidad del negocio jurídico, figuras de derechos reales no consignados en la ley, y la tesis numerus clausus que preconiza que no existen más derechos reales que los taxativamente legislados.

El tratadista Federico Puig Peña menciona que “Los antecedentes históricos, reconocen que las dos doctrinas (positiva y negativa) tienen engarce en las fuentes tradicionales. Efectivamente en el derecho romano predominó la tesis del numerus clausus, ya que no admitió más derechos reales que la servidumbre, la anticresis, la superficie y los derechos de garantía. Fuera de éstos, no existía la posibilidad de crear tipos con efectos jurídicos. En el derecho germánico, en cambio sí existió esa posibilidad amplísima de constituir nuevos derechos reales.

Después, las cosas cambiaron; el espíritu de libertad del pueblo francés volvió a admitir el sistema del numerus apertus, y por su influencia muchos códigos (sobre todo latinos) se declararon decididos partidarios de esta doctrina. En este aspecto, el Código español no estableció ninguna cortapisa, y la Ley hipotecaria, al hablar de los títulos que se inscriben en el Registro, claramente manifestó su tendencia al decir que podían tener entrada en el mismo aquellos en que se constituyan, reconozcan, transmitan,



modifiquen o extingan los derechos de usufructo, uso, habitación, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales”.⁹

Consideramos que en nuestra legislación prevalece el sistema de numero abierto, porque el Código Civil, en el Artículo 1125, establece: numeral segundo “Los títulos traslativos de dominio de los inmuebles y en los que se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, patrimonio familiar, hipoteca, servidumbre y cualesquiera otros derechos reales...”.

1.10. La propiedad

a) Antecedentes históricos

El derecho de propiedad hunde sus raíces en la civilización occidental, en el primitivo culto a los antepasados (dioses lares). Se comenta que en el fondo se enterraban los antepasados, cuya memoria era representada por el dios hogar, el fuego, de la casa. Esto marca una cultura rural donde el culto no era público, estatal, sino reservado a cada familia.

Los que rendían culto a los mismos dioses del hogar se llamaban de la misma manera (apellido), y la nueva esposa debía ser alzada al traspasar el umbral pues no podía

⁹ Puig Peña, Federico. “Compendio de derecho civil español” Pág. 40



llegar frente al hogar por su pie sino porque alguien que sacrificaba en él la transportaba.

La esposa también debía llorar en el momento de su boda porque efectivamente abandonaba a los dioses a los que había sacrificado desde niña para pasar a tributar ante dioses extraños abandonando su apellido de soltera. El momento central de la boda era cuando se corta la torta para brindar el nuevo sacrificio de la pareja a los dioses del hogar quienes, de serle este propicio, derramaban fertilidad y felicidad.

En este contexto el solo hecho de que un animal ajeno o una persona tocará los límites de una propiedad implicaba la obligación de ser sacrificado. La leyenda de la fundación de Roma y la explicación de la muerte de Remo por la mano de Rómulo; tal la causa de la prohibición de los edificios medianeros hasta el reinado de Nerón, época de decadencia de las antiguas creencias.

El padre de familia era el único sujeto de derecho y, como tal, dueño de la vida y de la muerte de sus parientes y propietario, dominum, de todos sus bienes. El sistema de derechos reales solo comprendía al dominio y a unas pocas y acotadas desmembraciones de éste.

Esta civilización que se encuentra en el sustrato de todos los actuales países occidentales ata irremediabilmente la noción de propiedad a un derecho de contenido sagrado.



Llegada la Edad Media y bloqueado el mar Mediterráneo por las fuerzas del Islam, así como la falta de comunicación y por lo tanto de comercio, genera el fenómeno del feudalismo, el que, basado en el pacto de vasallaje y en una interpretación bíblica por la cual todo poder es emanado de Dios, hace de la propia defensa de la posesión la causa del derecho de propiedad y su justificación por voluntad divina.

El autor Raúl Navas establece: "...Las personas y las cosas quedan ligadas por vínculos atados por la propiedad de la tierra. El dominio se reparte en innumerables desmembraciones supuestas. En la cúspide de la pirámide, el Lord Paramount, señor entre los demás señores a quien todos le deben tributo de armas, soldados y provisiones. En la escala más baja, el siervo de la gleba, que debe al inmueble feudal servicios personales, que no es más que un accesorio del fundo y se trasmite con él.

Ocurrida la Revolución Francesa, inspirada en escritores que unían el concepto de libertad al concepto de propiedad, también allí encontramos las libertades de propiedad definida como un derecho sagrado. El derecho se centra en relaciones entre personas libres. Se adopta el sistema de derechos reales de la época clásica de Roma aunque sin su carga religiosa".¹⁰

En la actualidad, en las constituciones de los estados modernos encontramos siempre, sean estos socialistas o capitalistas, una referencia expresa, directa y central al derecho de propiedad, sin embargo podemos ensayar el siguiente esquema:

¹⁰ Navas, Raúl. "Derechos reales de propiedad, uso y goce". Pág. 23



- En la primitiva Roma el número de los derechos reales era restringido.
- La profusión de derechos reales fue el sustrato jurídico del feudalismo.
- La Revolución Francesa, al liberar a las personas y las cosas, volvió al sistema de derechos reales de la primitiva Roma.
- La unificación de los derechos como producto de la integración mundial que acarrea la Organización Mundial del Comercio puede generar modificaciones del sistema.

b) Definición de propiedad

El autor Rafael Rojina Villegas menciona que “la propiedad se manifiesta en el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa, para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, siendo oponible este poder a un sujeto pasivo universal, por virtud de una relación que se origina entre el titular y dicho sujeto”.¹¹

La Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 39 establece: “...Propiedad Privada. Se garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana. Toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley. El Estado garantiza el ejercicio de este derecho y deberá crear las condiciones que faciliten al propietario el uso y disfrute de sus bienes, de manera que se alcance el progreso individual y el desarrollo nacional en beneficio de todos los guatemaltecos...”.

¹¹ Rojina Villegas, Rafael. “Derecho civil mexicano”. Tomo III Editorial Porrúa, México, 1985. Pág. 45



El Código Civil en el Artículo 464 establece: "...La propiedad es el derecho de gozar y disponer de los bienes dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones que establecen las leyes...".

c) Teorías que justifican la existencia de la propiedad privada

c.1. De la ocupación: Esta teoría dice que la propiedad privada se fundamenta en la apropiación que el hombre hizo de las cosas que no tenían propietario, para servirse de ellas en la satisfacción de sus necesidades y que de una mera apropiación pasajera, pasó a integrar una relación permanente y estable, garantizada por respecto de cada una de las adquisiciones de los demás.

c.2. Teoría del trabajo: Esta teoría afirma que el derecho de la propiedad privada es justo y legítimo porque el hombre adquiere los bienes mediante su trabajo e imprime el hombre a las cosas el sello de su personalidad.

c.3. Teoría de la ley: Esta teoría dice que la propiedad se funda en la ley ya que únicamente la ley puede sancionar la renuncia de todos y servir al goce de uno solo.

c.4. Teoría moderna: Esta teoría afirma que si el derecho a la propiedad debe ser individual, su ejercicio debe ser social, es decir que el propietario tiene el deber de tomar en cuenta el interés de los demás, y el legislador puede hacer que el propietario lo recuerde al establecer algunas limitaciones.



d) Sentido social del derecho de propiedad: Algunos países han presenciado el paso violento y terrible por las consecuencias de todo orden que produjo el paso de la propiedad individualista, nacida de la revolución, a la propiedad colectiva que representa el comunismo; es decir de un todo a la nada, de un propietario a un simple servidor del Estado.

Sin embargo nace una tercera fuerza que sintetiza el derecho de la propiedad actual, es una doctrina llamada *doctrina solidarista*, con arreglo a la cual debe continuar la propiedad articulada en la teoría de los derechos subjetivos privados, necesarios para el desenvolvimiento y progreso de la humanidad; sin prepotencias, sin abusos, ceñida a su verdadera misión, actuando en los límites que su sentido social e histórico le imponen, viviendo una vida transpersonalista en lo más propio sentido.

e) Características de la propiedad

- Es un derecho absoluto: Es decir, el propietario ejercía su derecho de manera omnímoda, arbitraria e ilimitada. Esto era el *ius abutendi* de los romanos, se podía pues, a luz de esta concepción abusar del derecho.
- Es un derecho exclusivo: La exclusividad reside en que el propietario puede rechazar la participación de terceras personas en el uso y disfrute del bien.



- Es un derecho perpetuo: Por cuanto que el mismo no conlleva una razón de caducidad.

f) Facultades que integran el derecho de propiedad

La doctrina las estudia como simples manifestaciones de la plenitud general que constituye la propiedad, dividiéndose en dos tipos:

- Facultades de disposición: Las que se dividen en dos clases: *Facultades de disposición* (strictu sensu): Referidos a la potestad del propietario de enajenar sin obstáculos de ninguna naturaleza los bienes sobre los que ejercen su derecho. Enajenar es transmitir, es hacer ajeno lo que es mío, y se puede transmitir por negocios entre vivos, mortis causa, en forma onerosa o bien gratuita, aunque en la actualidad se ha restringido el sentido de este término hasta limitarlo a las transmisiones.

Facultad de gravar: Gravar es imponer una limitación sobre un bien a efecto de garantizar con ello el cumplimiento de una obligación. Todo propietario en virtud de un acto volitivo puede imponer gravámenes sobre sus bienes.

- Facultades de uso y aprovechamiento: Estas facultades comprenden el uso, que es la utilización de los bienes de acuerdo a su naturaleza para la satisfacción de



las necesidades humanas, y, el aprovechamiento que es el disfrute de los beneficios o frutos que produzca un bien.

g) Modos de Adquirir la propiedad: Son aquellos hechos jurídicos a los cuales la ley reconoce la virtud de hacer surgir el dominio en un determinado sujeto. Siendo su clasificación:

- Primitivas u originarias: Cuando las cosas no ha estado en el patrimonio de determinada persona. No ha tenido dueño (Ocupación, Accesión).
- Derivadas: La transmisión del dominio supone una transmisión de un patrimonio a otro (contrato, herencia, prescripción, adjudicación).
- Adquisición a título universal: Se transfiere el patrimonio como universalidad jurídica (herencia).
- Adquisición a título particular: Cuando se transmite bienes determinados (contratos, legados).
- Adquisición a título gratuito: Cuando el adquirente recibe un bien sin tener que cubrir ninguna contra-prestación (donación, herencia, legados).



- Adquisición a título oneroso: Cuando el adquirente paga cierto valor en dinero, bienes o servicios, a cambio del bien que recibe (contrato onerosos).
- Adquisición ínter vivos o transmisiones por acto entre vivos: Es el acto jurídico en general.
- Adquisición por causa de muerte: herencia legítima y testamentaria, legado

h) Extensión y limitaciones que integran el derecho de propiedad

La legislación tiende a poner limitaciones cada vez más numerosas, se encuentran dos categorías de limitaciones legales: unas de interés social, teniendo mayor trascendencia y entre ellos se pueden señalarlos derivados de no destruir propiedades agrícolas industriales, etc. Las circunstancias o normas en la cual se gravan tierras ociosas.

Y otras veces las limitaciones a la propiedad derivan de las relaciones de vecindad estando entre estas:

- La prohibición de hacer excavaciones que lesionen al vecino.
- Obligación del propietario de establecer límites de su propiedad.
- Prohibiciones de algunas edificaciones y plantaciones, sino se sujetan a condiciones especiales.



CAPÍTULO II

2. La administración del patrimonio ajeno

La administración de un patrimonio ajeno puede dar lugar a un conjunto de irregularidades. Por un lado, el administrador puede abusar de la libertad que tiene para administrar el patrimonio y afectar de esta manera a terceras personas. Pero, por otra parte, el administrador puede también infringir una serie de deberes de fidelidad frente al patrimonio, afectando finalmente la confianza depositada por los titulares o beneficiarios del patrimonio. Ambos supuestos de administración desleal pueden configurar un ilícito penal, en la medida que afecten gravemente los intereses patrimoniales de los titulares del patrimonio o de terceras personas. Si se abusa de las facultades de administración para perjudicar a terceras personas, el ilícito penal asumirá la forma de un delito de dominio, mientras que si se trata de la infracción del deber de fidelidad patrimonial frente al titular del patrimonio administrado, estaremos ante un delito de infracción de un deber.

2.1. Fundamentos de administración

La administración, es una actividad de máxima importancia dentro del que hacer de cualquier empresa, ya que se refiere al establecimiento, búsqueda y logro de objetivos. Todos somos administradores de nuestras propias vidas, y la práctica de la



administración se encuentra en cada una de las facetas de la actividad humana, negocios, escuelas, gobierno, familia, etc.

El establecimiento y logro de objetivos, son tareas retadoras y productivas para cualquier tamaño de empresa, y descubriremos que los obstáculos administrativos que se nos presentan para lograr nuestro éxito, son muy similares en todo tipo de actividad empresarial.

a) Definición de administración: La administración es un proceso consistente en la distribución y asignación correcta de recursos de la empresa para poder alcanzar eficientemente los objetivos establecidos por medio de las actividades de planeación, organización, dirección, control.

El autor Agustín Reyes Ponce, afirma que la administración es “Un proceso social que lleva consigo la responsabilidad de planear y regular en forma eficiente las operaciones de una empresa, para lograr un propósito dado”.¹²

Por su parte, Manuel Osorio, citando a Rafael Bielsa, nos dice que administración “Es el ordenamiento económico de los medios de que se dispone y uso conveniente de ellos para proveer a las propias necesidades”.¹³

¹² Reyes Ponce, Agustín. “**Administración moderna**”. Pág. 14

¹³ Ob. Cit. Pág. 60



Es el conjunto de actividades por medio de las cuales se logra y se asegura la máxima prosperidad tanto para el patrón como para cada uno de los empleados de manera estable.

b) Función del administrador: La tarea principal de un buen administrador consiste en fijar objetivos y al mismo tiempo administrar los recursos humanos, materiales, monetarios y de mercado, para lograr los resultados deseados dentro de las limitantes de tiempo, esfuerzo y costos predeterminados.

c) Clases de administración: Para poder comprender la manera en que se divide la administración, podemos decir que existe una administración pública y una administración privada. La primera, entendida como aquella que se da en la relación del Estado con los particulares; mientras que la segunda, es aquella que se da entre los particulares, sin intervención directa del Estado. Pero, algunos autores, como Jorge Mario Castillo González, nos mencionan la siguiente clasificación por razón académica con exclusividad en: Administración activa, consultiva, controladora, burocrática y colegiada.

- Administración activa es aquella que decide y ejecuta.
- Administración consultiva o de colaboración es la que cumple con asesorar a los órganos de la administración activa acerca de los actos y resoluciones que deba tomar cuando ejercita sus funciones. Estos desarrollan su actividad a lo interno de la administración y sus opiniones pueden ser facultativas, obligatorios o vinculantes.



- Administración de control es la que se realiza sobre los actos de la administración activa para comprobar su legalidad y conveniencia.
- Administración burocrática es aquella que se integra por órganos individuales o unipersonales y que se basa en el orden jerárquico. La persona que actúa en esta clase de administración recibe el nombre de funcionario o empleado público.
- Administración colegiada es la que se forma por una pluralidad de personas que actúan conjuntamente. Se caracteriza porque las decisiones de la mayoría prevalecen sobre la voluntad de la minoría.

También, la podemos clasificar en micro administración, que es la que comprende el nivel personal, familiar y la empresarial, y; macro administración, que en la esfera privada se refiere a las entidades transnacionales y en la esfera pública se relaciona con la actividad del Estado.

d) Requisitos técnicos, humanos, organizativos del administrador: Los administradores de cualquier tamaño de negocio que triunfan, son aquellos que están especializados en las tareas técnicas, humanas y organizativas de la empresa. Los conocimientos y habilidades técnicas incluyen entender y ser expertos en una actividad específica. La habilidad técnica, capacita a una persona a desempeñar la mecánica necesaria para un trabajo particular, esto puede ser, saber cómo operar y reparar una



maquina impresora, etc. El conocimiento y habilidad humana, incluye la habilidad para trabajar con otros y generar la operación de las personas o grupo de trabajo, Esto quiere decir, por ejemplo, saber qué hacer y poder comunicar ideas y convicciones a otros y entender los pensamientos que los demás tratan de transmitir.

Los conocimientos y habilidades organizativas incluyen tener la habilidad para visualizar la empresa en conjunto y al mismo tiempo todas las funciones comprendidas en una situación o circunstancias particulares. La aplicación de este requisito puede implicar tomar por ejemplo, la decisión de ofrecer otro producto o servicio adicional a los ya establecidos.

e) Actos de administración: Dentro de los actos jurídicos con contenido económico, el autor Planiol, Savatier y Ripert establece que “los actos de administración de un patrimonio son aquellos que no lo comprometen esencialmente, sino que son actividades normales para conservarlo, explotarlo y emplear sus rentas. En los actos de administración puede cederse la tenencia o el uso del bien, pero no el dominio”.¹⁴

Son ejemplos de actos de administración, la percepción de alquileres, la reparación de un edificio, la siembra de un campo o su cosecha, o la venta de los productos obtenidos.

Como vemos, realizando estos actos, el patrimonio se mantiene intacto o se acrecienta, pero no disminuye, ni se altera en forma sustancial, como ocurre con los actos de

¹⁴ Planiol, Savatier, y Ripert. “**Tratado practico**”. Pág. 79



disposición, como puede ser una donación, una venta, un perdón de deudas, o un arrendamiento por un período muy prolongado. En este último caso si bien el objeto no sale del patrimonio administrado, está sujeto a riesgos, como por ejemplo, de un deterioro del valor de la renta como consecuencia de la inflación. La enajenación de frutos es un acto de administración, pues no hay alteración del patrimonio original. En una venta, si bien puede ser conveniente, se altera la estructura del patrimonio al cambiar la cosa vendida por dinero.

Tienen administración de bienes ajenos, y no su disposición, por ejemplo, los padres sobre los bienes de sus hijos bajo patria potestad, los tutores y curadores sobre los bienes de sus pupilos, necesitando autorización judicial para los actos de disposición.

En el concurso preventivo el deudor tiene la administración de sus bienes, vigilado por el Síndico, debiendo requerir autorización del Juez para disponer de los mismos, para protección de sus acreedores.

El mandatario que ha recibido un mandato en términos generales, se entiende que solo está facultado para efectuar actos de administración. Para los actos de disposición, se requiere de poder especial.



2.2. Fundamentos doctrinarios y legales

Son el punto de partida para el estudio de las instituciones en las que se va desarrollando el tema a estudiar, por lo marcan las directrices en cuanto autores manifiestan criterios en los estudios de instituciones del derecho.

- a) Personas colectivas o morales (dentro del ámbito civil): Para el derecho existen dos clases de personas: las físicas, naturales o individuales y las denominadas personas jurídicas, morales, sociales, abstractas, civiles, ficticias o incorporales.

La legislación civil de Guatemala ha aceptado la denominación persona jurídica. Los distintos nombres expuestos, dan una idea inicial de los problemas que se confrontan para precisar la naturaleza de la persona jurídica. El origen de tales entes se encuentra, en realidad, en un hecho sociológico: el hombre ha mostrado, desde muy antiguo, una tendencia a agruparse, a asociarse para alcanzar objetivos comunes, ya políticos, ya de lucro, ya de simple convivencia.

- b) Principales teorías para determinar la naturaleza de las personas jurídicas: La naturaleza de las personas jurídicas, o sea su esencia y propiedades características, ha sido uno de los puntos más estudiados y más debatidos modernamente en el derecho civil. Aunque todas las legislaciones admiten ahora su existencia, en la doctrina aun persisten criterios irreductibles desde el punto de vista oncológico.



Esta sostiene que el hombre, en cuanto a dotado de razón y capacidad, pueda adquirir deberes y contraer obligaciones, es decir, que si no existe esto, es una persona ficta.

Parte del punto de vista que solo el ser humano, Viene dotado de la facultad de razonar y de reflexionar, es capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. En consecuencia, los derechos y obligaciones imputados a algo que no sea un varón o una mujer, están necesariamente imputados a un ser ficticio, que carece de facultad de raciocinio. Lógicamente, al dar o reconocer el derecho la posibilidad de que ciertos entes creados por el hombre tengan también personalidad jurídica, se está ante una persona ficticia, de creación legal porque en última instancia la ley es la que otorga o admite esa nueva categoría de persona, con capacidad jurídica limitada al logro de los fines expresos que persiguen.

- 1) Teoría de la ficción legal: Coincide con la anterior que considera al hombre como persona, pero rechaza toda sustancialidad de persona jurídica. Bajo este rubro pueden agruparse distintos criterios, que coinciden con la teoría de la ficción legal en afirmar que sólo el hombre es persona, pero divergen al no admitir el concepto de ficción y afirmar que la persona jurídica carece de existencia natural o legal.
- 2) Teoría de la realidad: Esta rechaza toda ficción legal y doctrinal, afirmando que la orientación de la persona jurídica colectiva o moral o que su componente básico o específico está basado en una orientación biológica, psicológica y orgánica.



Los distintos criterios englobados en esta teoría hacen a un lado cualquier idea de ficción, así como el fundamento de que sólo el ser humano es persona. Afirman que las personas jurídicas tienen vida propia, y consecuentemente son sujeto de derecho.

2.3. Clasificación de las personas jurídicas

Desde el punto de vista legal no hay clasificación de las personas jurídicas, sino una enumeración, por cierto hecha no con todo acierto. Como lo regula el Artículo 15 del Código Civil.

“El Estado, las municipalidades, las iglesias de todos los cultos, la Universidad de San Carlos de Guatemala y las demás instituciones de derecho público creadas o reconocidas por la ley. Las fundaciones y demás autoridades de interés público creadas o reconocidas por la ley;

Las asociaciones sin finalidades lucrativas, que se proponen promover, ejercer y proteger sus intereses sindicales, políticos, económicos, religiosos, sociales, culturales, profesionales o de cualquier otro orden, cuya constitución fuere debidamente aprobada por la autoridad respectiva. Los patronatos y los comités para obras de recreo, utilidad o beneficio social, creados o autorizados por la autoridad correspondiente, se consideran también como asociaciones”.



2.4 La tutela

Debemos decir que cada tratadista desarrolla una definición de esta institución, pero en el fondo todos coinciden en que la Tutela es la institución que brinda protección a los menores de edad y a los incapaces. A continuación se transcriben algunos conceptos de varios tratadistas:

El autor mexicano Rafael de Pina menciona que la tutela: “Es una institución supletoria de la patria potestad mediante la cual se prevee a la representación, a la protección, a la asistencia y al complemento de los que no son suficientes para gobernar su persona y derechos por sí mismos, para regir en fin su actividad jurídica”¹⁵

a) Características de la tutela: De las definiciones ya mencionadas decimos que las características de la institución de la tutela son:

- Su función es eminentemente protectora de la persona que por su edad, o por determinadas circunstancias físicas o mentales no puede valerse por sí misma y no está bajo la patria potestad.
- El cargo de tutor es un cargo público de naturaleza especialísima y de obligatorio desempeño por razón de la propia función tuitiva.

¹⁵ Rafael de Pina, “Elementos de derecho civil mexicano”, Pág. 385.



- b) La tutela es substituta de la patria potestad, con las rígidas limitaciones que la ley impone a su ejercicio para la debida protección de los intereses del tutelado.

- c) La protutela: El cargo de protutor va íntimamente unido al de tutor. La ley fiscaliza con aquella el recto ejercicio de la tutela. Son obligaciones del protutor:
 - a) intervenir en el inventario y avalúo de los bienes del menor de edad, y en el otorgamiento de la garantía que debe presentar el tutor; además de defender los derechos del menor en juicio o fuera de él, siempre que esté en oposición con el tutor; promover el nombramiento del tutor, cuando proceda o quede vacante.

 - d) intervenir en la rendición de cuentas del tutor; d) ejercer las demás atribuciones que le señale la ley. Regulado en el Código Civil en el Artículo 304.

El protutor tiene la obligación de vigilar los actos del tutor, cuando el puesto del tutor quede vacante el protutor es el que viene a ejercer todas las funciones; el protutor no está obligado a presentar inventario sino sólo a exigir que se haga a intervenir en él, el protutor tiene responsabilidad solidaria

2.5 Elementos configurativos de la administración fraudulenta:

Para que se configure dicho delito es necesario que se den todas y cada uno de los siguientes elementos: a) debe haber un perjuicio económico al interés social confiado; b) dicho perjuicio debe haber sido causado con dolo o en forma intencional c) el delito



solo puede ser cometido por quienes la ley, un acto jurídico, o disposición de la autoridad confiere el cuidado, administración o cuidado de bienes pecuniarios ajenos.

- El perjuicio:

Conforme señala la ley ésta requiere para la configuración de este delito que se hayan perjudicado los intereses confiados. Según la doctrina comentada el perjuicio a los intereses confiados puede ser tanto directo como indirecto, este último supuesto se dio en casos donde se debatía si los actos de los administradores de entidades financieras encuadraban en el tipo penal teniendo en cuenta que el perjuicio no había recaído sobre los intereses directamente confiados a aquellos sino sobre el Estado en su carácter de garante de los depósitos.

En el caso de los perjuicios considerados indirectos la jurisprudencia más tradicional de la Corte Suprema se ha inclinado a considerar que solo los actos que causan directamente un perjuicio a los intereses confiados pueden caer dentro de la figura penal que se analiza.

En el caso de fraude en la administración los intereses confiados son los bienes e intereses pecuniarios pertenecientes a la persona cuyo manejo, administración o cuidado están a cargo de otra persona designada por la ley, disposición de la autoridad o acto jurídico.



Ello trae aparejado que el tipo penal no abarca la protección de intereses que no hayan sido confiados al administrador; es decir, todos aquellos que no pertenezcan a la sociedad, al ente administrado; tal serían el caso de los bienes personales de los directores, representantes de la sociedad, de los accionistas del ente o de terceros ajenos a ese ente.

La ley tiende a proteger el bien jurídico interés social de la persona. El concepto de interés confiado abarca no solamente los bienes en sentido estricto, sino también todos los derechos susceptibles de apreciación pecuniaria.

Asimismo, el concepto de perjuicio de los intereses confiados se refiere tanto al perjuicio propiamente dicho, como a la frustración de un derecho en expectativa o ganancia.

Así lo entiende cierta doctrina al sostener que por intereses confiados ha de entenderse toda forma de provecho, traducible en dinero efectivo, a que el titular tiene derecho, siempre con el deber de cuidado de su patrimonio, que jurídicamente corresponde al agente

En ese sentido resulta interesante citar un fallo penal en el que se reconoció a los accionistas de una sociedad el derecho a reclamar por daños y perjuicios derivados de una maniobra que les impidió ejercer su derecho de preferencia para suscribir nuevas acciones, aunque no se encuadró dicha conducta dentro de la administración



fraudulenta por considerar que en todo caso se había perjudicado un derecho en expectativa.

El fallo en cuestión fue criticado severamente por la doctrina penal más calificada por entender que la frustración de un derecho en expectativa constituía un real perjuicio y por ende cabía encuadrar dicha situación dentro de la administración fraudulenta si se reunían todos los demás elementos del tipo penal mencionados precedentemente.

Hoy día difícilmente se pueda sostener que los derechos en expectativa no puedan ser objeto del delito de administración fraudulenta en las sociedades; fundamentalmente porque el perjuicio tanto puede estar representado por un menoscabo propiamente dicho, como frustración de un derecho o menoscabo impropio.

Como quedó expuesto anteriormente, una vez determinado si existió perjuicio a los intereses confiados, el próximo paso para establecer si se está frente a una administración fraudulenta consiste en acreditar que el autor haya obrado con dolo; es decir con conocimiento e intención o voluntad de realizar la conducta prohibida. Con ello quedan excluidas del tipo penal todos los perjuicios al interés social causados por mera imprudencia o negligencia.

Otro factor de exoneración de responsabilidad penal, además de aquellos actos lesivos originados en conductas negligentes o imprudentes, lo constituyen todos aquellos actos cometidos por error o ignorancia por parte de quien los ejecuta, siempre que dicho error



no sea imputable a quien realiza el acto; ya que no parece razonable que se exonere penalmente a quien originó el error.

El error, siempre que sea insalvable o excusable, como eximente de responsabilidad tiene una interpretación restrictiva, puesto que se presume que quien desempeña un cargo determinado conoce las obligaciones a las que está sometido. Entonces, dentro de la esfera objetiva excluye la tipicidad penal el error, tanto el que recae sobre los elementos descriptivos del tipo penal como sobre que esa conducta este prohibida. En ambos casos, el error debe ser inevitable o invencible. Si bien la ley no excusa el error sobre la prohibición, ya que aquella se reputa conocida, este principio cede dada la creciente complejidad normativa, circunstancia que la hace ser desconocida aún para quienes en razón de su función tienen mayores posibilidades de permanecer actualizados. Conforme reza Carrera en la obra comentada, la figura en examen ofrece un corpus estructurado por un querer determinado del autor: el fin de procurar para si o para un tercero un lucro indebido o para causar daño.

El delito solo puede ser cometido por quienes la ley, un acto jurídico, o disposición de la autoridad confiere el cuidado, administración o cuidado de bienes pecuniarios ajenos. Los autores del delito de administración fraudulenta solo pueden ser cometidos por quienes por disposición de la ley, de la autoridad tuvieran a su cargo el manejo, la administración o cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos. La doctrina considera que la posibilidad de confiar la administración de bienes ajenos mediante un acto jurídico ensancha la base proporcionada por las otras fuentes, por lo que el tipo



penal podría incluir la actuación de mandatarios de todo tipo, apoderados, viajantes de comercio, factores, comisionistas o consignatarios. Ello así, quedan excluidos de la represión penal del delito en estudio –pudiendo ser autores de otros delitos sin embargo, como el de estafa - quienes revistieren la calidad de administrador de hecho; es decir, todos aquellos que tuvieran el manejo de bienes ajenos sin que exista un acto jurídico, de la autoridad o emanado de la ley que así los instituya.

Esto no quiere decir que quienes realicen la conducta punible y no reúnan las condiciones especiales del tipo penal (tener la administración o manejo en virtud de la ley, de la autoridad o de un acto jurídico) no puedan ser partícipes del delito si actúan con el conocimiento y la colaboración de quien sí reúne tales cualidades. El código penal básicamente clasifica que quienes realizan la conducta punible lo pueden hacer en calidad de autores, partícipes, instigadores, También contarían con esa exoneración de penalidad quienes, no obstante ser autores según las distintas fuentes legales citadas, revistieran tal calidad en virtud de un acto jurídico nulo, por ser contrarios a las normas vigentes o afectar intereses generales de una manera nula e insanable, pudiendo comprender ese efecto tanto para los actos jurídicos propiamente dichos, como sería el supuesto de una asamblea en la que no se han cumplido con los recaudos legales, así como en el supuesto de una disposición de la autoridad viciada de nulidad; por ejemplo si se designa administrador judicial a una persona que carece de las condiciones para la tarea encomendada.



Por otra parte, a los efectos de ser imputado autor de un delito es preciso que se den los requisitos exigidos para ser autor además de reunir éstas las condiciones exigidas por la ley; es decir debe haber tomado parte en la ejecución del hecho o al menos haber tenido el dominio del mismo, ya sea que lo haya ejecutado por mano propia o a través de un tercero.

En la figura penal en examen abarca un sin número de conductas del que hacer empresario que no necesariamente encuadran en el delito que nos ocupa. Frete a un caso de fraude en la administración societaria será preciso determinar en primer lugar si hubo realmente un perjuicio para los intereses sociales confiados; por cuanto puede darse el caso que un hecho que aisladamente puede ser evaluado como perjuicio no lo sea en realidad si se tienen en cuenta determinadas circunstancias: por ejemplo: que ese acto evitó un mal mayor. En segundo lugar, una vez determinado que efectivamente se produjo un perjuicio a los intereses confiados, será necesario establecer objetivamente si existe una relación causal adecuada entre el supuesto perjuicio y el acto imputado a una persona determinada.

En derecho penal la única causalidad que tiene relevancia penal es la adecuada, es decir, no cualquier relación de causa efecto puede ser imputado al obrar humano. En ese sentido, no se puede imputar a alguien un resultado que no sea consecuencia directa de su accionar. Un tercer paso consiste en determinar si el autor obró con conocimiento de causa; es decir si actuó con lo que en derecho penal se denomina dolo. Actuar con dolo implica para el derecho penal realizar una conducta con



conocimiento de lo que se está haciendo y con la voluntad de llevar a cabo la finalidad de la conducta prohibida.

Muchos actos perjudiciales, resultado de una causalidad adecuada son realizados sin dolo; ya sea porque se ignoran las circunstancias de hecho descritas en el tipo penal o porque las mismas se llevan a cabo bajo algún tipo de condicionamiento que impide al sujeto obrar conforme a derecho.

Finalmente, pueden concurrir el perjuicio, la relación de causalidad, el dolo y aún así el autor puede no haber delito; puesto el imputado no reúne las condiciones de autor que marca la ley: tener la administración de bienes ajenos en virtud de un acto jurídico, disposición de la ley o de la autoridad: el supuesto del administrador de hecho.



CAPÍTULO III

3) ¿Qué es fraude?

El autor Jaen Vallejo menciona que: es “Practica de la simulación o del artificio con intención de engañar o lesionar a otro. Ordinariamente el fraude involucra la representación falsa y voluntaria o la ocultación deliberada de un hecho importante con el fin de inducir a otras personas a que haga o se abstenga de hacer algo en su detrimento, o a no revelar un hecho importante; de esta manera, podrá inducirse fraudulentamente a una persona a que renuncie a sus derechos sobre una propiedad, o a que abandone sus derechos legales, o que firme un contrato desventajoso”.¹⁶

De igual forma manifiesta Jean Vallejo que “El fraude es una impostura o ardid de mala fe. Aplicado a la contabilidad, el fraude consiste en cualquier acto u omisión de acto de naturaleza dolosa y por tanto de mala fe o de negligencia grave, consiste en despojar al propietario de lo que por derecho le pertenece, sin su consentimiento o conocimiento, o en exponer erróneamente una situación, ya sea deliberadamente o por negligencia grave”.¹⁷

Algunos fraudes son descubiertos a través de las técnicas de comprobación normales del programa del auditor interno. Se considera así mismo que es función de la auditoria

¹⁶ Vallejo, Jean. “Derecho penal aplicado”. Pág. 45

¹⁷ Ibid. Pág. 46



interna la prevención de aquéllos mediante la recomendación de adecuadas medidas de protección, como parte de los procedimientos de operación, más bien que el descubrimiento del fraude una vez cometido.

Cuando se descubre un fraude, al auditor ha de interesarle no solamente el monto implicado, sino también el estudio del mecanismo utilizado para cometerlo y la operación de las comprobaciones y controles establecidos con el fin de que pueda evitar o hacer menos posible su repetición.

La responsabilidad del auditor interno en el desarrollo, mantenimiento y evaluación de la suficiencia del control interno, constituye su principal contribución al propósito de evitar fraudes o de hacer posible su inmediato descubrimiento mediante la tramitación de métodos y controles de operación diarios.

3.1. Generalidades del delito de fraude:

La acepción más común de la palabra fraude es definida como un acto de engaño, utilizado de manera deliberada con la intención de obtener una errónea e injusta ventaja.

La conceptualización del delito de fraude es de importancia y propia de la naturaleza de un convenio, en el cual tiene que existir acuerdo entre las partes que lo celebran, debido a que sin la existencia de dicho acuerdo en todo lo que sea fundamental, no



puede existir un convenio, de forma que si por fraude una de las partes en el convenio ha sido engañada, el convenio es cancelado y anulado.

Cuando una de las partes, intervinientes dentro de un convenio, se conduce de manera fraudulenta, engaña en algo que es completamente accidental, que se encuentra contemplado en el convenio y que no lo indujo a celebrarlo, el convenio cuenta con validez.

Si un precio más elevado o términos mayormente favorables se obtienen mediante el fraude, existe en consecuencia dolo y posteriormente se entrega más del valor justo, existe entonces obligación de hacer una restitución debido a la injusticia que se ha cometido.

Es importante para el interés público que ninguna persona sea beneficiada mediante el fraude. La parte que actúa de manera fraudulenta ocasiona un daño en el otro, al cometer el fraude que no existiría si su proceder hubiera contado con la debida legalidad.

El sujeto que ha sido defraudado, tiene que contar con la facultad de rescindir el convenio y tratar posteriormente de recuperar el estado en el cual se encontraba originalmente, de ser posible. De manera que los convenios afectados por el delito de fraude por alguna de las partes a pesar de que no haya sido bajo un error sustancial, tienen la opción de cancelarse por la persona que ha sido engañada, cuando el



convenio pueda ser anulado. Cuando el fraude haya sido cometido a través de una tercera persona sin la connivencia de la otra parte del convenio, no existe razón para que el mismo sea anulado. El fraude que se comete en contra de una persona y en contra de la justicia, es un delito en contra de la ley. No incurre en fraude aquel sujeto que sale del territorio de la República de Guatemala en el que la ley le obliga a obedecer dicho ordenamiento jurídico.

a) Tipos de fraude tipificados en el orden jurídico Guatemalteco:

Diversos son los tipos de fraude existentes en la sociedad guatemalteca y ocurren frecuentemente en el país, pero al no encontrarse tipificados en el ordenamiento jurídico y al contar a su vez con igual apariencia que con el delito de estafa, el juez penal cuenta con la necesidad de asimilarlos de la misma manera para poder sancionarlos, siendo los mismos los que a continuación se enumeran y explican para una clara comprensión:

a.1 Fraude procesal

Fraude procesal es la falsedad en una actuación procesal, judicial o administrativa y para que sea conducta punible se requiere que quien pueda engañar tenga el deber jurídico de decir la verdad o de presentar los hechos en forma verídica.



El fraude procesal es el llevado a cabo mediante cualquier sujeto, el cual se interesa en la pronta resolución de un asunto jurídico que se está conociendo en alguna institución judicial, provoca además un engaño mediante informaciones falsas para la obtención de un beneficio en consecuencia de dicha información, la cual no habría sido obtenida cuando la información brindada hubiere sido la auténtica.

El mismo por finalidad tiene como objetivo engañar al juez en un determinado procedimiento judicial. No se tiene que confundir en ningún momento el fraude procesal con la estafa procesal. El primero es un delito contra la administración de la justicia y el segundo es un delito contra el patrimonio de una persona. Con el fraude procesal se protege la eficacia de la administración pública, para que la misma se encargue de garantizar una debida protección legal, a los intereses jurídicos que tienen que ser resueltos.

Para que ocurra la existencia del fraude procesal, es requisito indispensable la existencia de una actuación judicial o administrativa, frente a los funcionarios correspondientes y es indispensable también que dentro de éstos deba resolverse algún asunto jurídico. El fraude procesal consiste, en el engaño en los procesos judiciales o administrativos existentes y es la forma más común, de desvirtuar el bien jurídico de la administración de justicia de Guatemala. La función del juez para solucionar los asuntos jurídicos de conformidad con su conocimiento y decisión, se tiene que fundamentar en la adecuada valoración de los hechos frente a la normatividad correspondiente, o sea que siempre cuenta con una evaluación de la realidad presente o pasada, con base a la verdad aportada frente al proceso.



Lo anotado en el párrafo anterior del actual trabajo de tesis significa que, el fraude procesal no se puede tipificar con mentiras y distorsiones de la verdad que son normales en los litigios judiciales, sino que de dichas actuaciones deben encontrarse apoyadas en pruebas falsas, capaces de influir al juez a dictar una sentencia errónea; por el hecho de que en un litigio se llevan a cabo perjurios falsos, o bien falsos testimonios y tampoco ello quiere decir que se está cometiendo algún delito.

a.2 Utilización de medios fraudulentos:

Cualquier persona puede incurrir en el delito de fraude procesal, siempre que se encuentre obligado por su calidad en una actuación de tipo procesal. El inculpado en un juicio penal, no comete fraude procesal si engaña al juez en lo relativo a su participación en los hechos que se le incriminan.

La utilización de medios fraudulentos en una actuación judicial, se caracteriza por presentarle al oficial correspondiente, las cosas o los hechos, distintos de cómo pasaron en la realidad, o sea, contrarios a la verdad. Para que los mismos sean calificados de fraude procesal es necesario que sean incidentes en la administración o bien judicialmente.

El fraude procesal se tiene que basar en hechos o en situaciones que sean influyentes en la decisión del juez. La utilización de medios fraudulentos consiste en la



manifestación de testimonios falsos, en la alteración de registros contables y en peritajes que no cuentan con veracidad.

a.3 La provocación de error en un empleado judicial

La provocación de error en un empleado oficial, es la consecuencia del medio fraudulento empleado por el agente y se tiene que tomar en cuenta, la relación causal y el momento consumativo del delito. La inducción al error significa la provocación en el sujeto, de un juicio falso o bien contrario a la realidad sobre el asunto objeto de valoración intelectual.

El fraude procesal se considera realizado desde el momento en el cual el sujeto en una actuación procesal, utiliza medios fraudulentos, a pesar de que el error que comete el funcionario se produzca con posterioridad.

El juez se encuentra obligado a buscar y posteriormente a examinar si existe algún tipo de error, o sea, que tiene que encargarse de descubrir el error existente y para el efecto utiliza su capacidad legal para la resolución de los asuntos judiciales que se presenten.

El elemento subjetivo del fraude procesal se constituye por la intención del autor de conseguir una sentencia o una resolución no acorde a la ley. El error o la falta se tiene que materializar mediante una resolución judicial. Si el agente se vale de medios probatorios falsos para la demostración ante un juez de una pretensión que considera



legítima, la culpabilidad entonces queda excluida, ya que aunque el agente ha actuado con una prueba falsa lo ha hecho de manera consciente de lo que realiza frente a la administración de justicia, consistente en una reclamación justa y lo que se decide no es contrario a la norma jurídica.

El fraude procesal no exige que se produzca el resultado esperado por el agente, sino que basta con que se considere como consumado debido a la inducción de error en un funcionario público. El fraude anotado no se tiene que confundir con las estafas que se llevan a cabo en los procedimientos judiciales. En los procedimientos en mención, existe estafa cuando un litigante o un abogado simula un proceso para constreñir a la contraparte a la entrega de una determinada cantidad de dinero.

También puede existir estafa en los procedimientos judiciales, cuando un sujeto simula un accidente y comienza las reclamaciones necesarias para la obtención de una reparación por parte de su asegurador.

b) Causas degenerativas de la existencia del delito de fraude en Guatemala

En Guatemala se considera que existen fraudes debido a que en nuestros días los mismos ocurren debido a la:

- Falta de controles adecuados;
- Poco personal;



- Personal mal capacitado;
- Baja y alta rotación de los puestos;
- Existencia de documentación confusa;
- Sueldos bajos;
- Existencia de activos de fácil conversión;
- Legislación deficiente;
- Realización de actividades no compatibles entre sí.

Es una realidad que evitar la comisión del delito de fraude es responsabilidad de todos los empleados de una empresa. Debido a ello es de importancia la creación de una cultura empresarial que se encamine a minimizar el riesgo de fraude.

- Ámbito de aplicación de la ley penal en los delitos relativos al fraude:

El Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, regula la extraterritorialidad de la ley penal en el Artículo número 5 al señalar: "Este Código también se aplicará:

- Por delito cometido en el extranjero por funcionario al servicio de la República, cuando no hubiere sido juzgado en el país en el que se perpetró el hecho.



- Por delito cometido en nave, aeronave o cualquier otro medio de transporte guatemalteco, cuando no hubiere sido juzgado en el país en el que se cometió el delito.
- Por delito cometido por guatemalteco, en el extranjero, cuando se hubiere denegado su extradición.
- Por delito cometido en el extranjero contra guatemalteco, cuando no hubiere sido juzgado en el país de su perpetración, siempre que hubiere acusación de parte o del Ministerio Público y el imputado se hallare en Guatemala.
- Por delito que, por tratado o convención, deba sanción Guatemala, aun cuando no hubiere sido cometido en su territorio.
- Por delito cometido en el extranjero contra la seguridad del Estado, el orden constitucional, la integridad de su territorio, así como falsificación de la firma del Presidente de la República, falsificación de moneda o de billetes de banco, de curso legal, bonos y demás títulos y documentos de crédito”

c) La tipificación del delito de fraude

El Código Penal Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala en el Artículo número 450 regula el delito de fraude al señalar: “El funcionario o empleado público que, interviniendo por razón de su cargo en alguna comisión de suministros, contratos, ajustes, o liquidaciones de efectos de haberes públicos, se concertare con los



interesados o especuladores, o usare de cualquier otro artificio para defraudar al Estado, será sancionado con prisión de uno a cuatro años”.

“Es importante, establecer la conducta que en nuestra legislación penal vigente, regula en lo relacionado al delito de fraude regulado como se describe en el párrafo anterior y es notable que únicamente está dirigido a todas aquellas personas que por razón de su cargo ya sea éstos funcionarios o empleados públicos se concertaren con otras personas ya sea interesados o especuladores, como ya lo indique se concertaren con éstos en la comisión de suministros, contratos, ajustes o liquidaciones de haberes públicos y específicamente se refiere a cualquier otro artificio usado para defraudar al Estado, al hacer un análisis de lo que el legislador dejó plasmado en el Código Penal se entiende que no se regula ningún otro tipo de fraude que pudiera existir y éste pueda ser cometido por personas particulares, que no administren bienes del estado y por lo consiguiente pueda estar regulado también lo relacionado a personas que administren bienes de empresas particulares o participen en el fraude hacia estas empresas con la ayuda y apoyo de personas que en determinado momento ostentan intereses particulares de carácter económico, de lo anteriormente escrito se determina que existen figuras delictivas que se pueden encuadrar en diversos tipos penales de una manera general y se hace manifiesta la no existencia de una figura penal, en la que se pueda encuadrar el delito de fraude por administración desleal de manera general, y que el mismo pueda ser dirigido a encuadrar también ilícitos penales cometidos por personas particulares.



Diversos casos de actividad delincencial en el ámbito empresarial relacionada a la actuación de una persona jurídica se pueden presentar con la evasión fiscal mediante la creación de empresas ficticias, el proporcionar datos falsos relativos a la situación de la persona jurídica, la contaminación del medio ambiente por parte de una compañía minera, el abuso por parte de cierta empresa de la posición monopólica que ostenta en el mercado de tal manera que distorsiona la libre competencia”.

Actualmente el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra relacionada de manera esencial al campo de los delitos económicos, o sea, a lo referente a todas las acciones delincuenciales y a las infracciones administrativas que se cometen dentro del marco de la participación de una persona jurídica, en la vida económica del país, así como también dentro del tráfico jurídico, cobrando importancia la noción de criminalidad de empresa como la suma de todos los delitos que se cometen a partir de la actuación de una empresa mediante entidades colectivas.

Dicha categoría de criminalidad de empresa determina el respeto de los delitos económicos, cometidos al margen de una actividad empresarial y el respeto de los delitos cometidos dentro de la empresa contra la empresa misma, o bien contra los miembros de ella.

3.2. La responsabilidad individual en el delito de fraude cometido por personas jurídicas:

En lo referente al delito de fraude en la administración de personas jurídicas, el mismo se configura cuando el socio fundador, miembro del directorio, del consejo de administración, del consejo de vigilancia, administrador o liquidador de la empresa, lleva a cabo distintas acciones delictivas en perjuicio de la misma empresa o bien de terceros, encontrándose entre los de mayor frecuencia los siguientes actos:

- Ocultamiento a los socios, accionistas o asociados de la verdadera situación de la empresa;
- Aceptar, estando en prohibición de hacerlo, acciones o título de la misma persona jurídica como garantía de crédito;
- Distribución de utilidades inexistentes;
- Utilización en provecho propio o de terceros, del patrimonio de la persona jurídica.

Frente a la comisión de actos indebidos se presentan dificultades de orden probatorio como lo son, que se realice una tarea casi imposible de identificar a la persona natural que es responsable del delito cometido al interior de la empresa para la cual lleva a cabo actuaciones, por lo que en atención a dicha dificultad referida a individualizar a los órganos de gestión de la persona jurídica, es aconsejable la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y por ende, aceptar la aplicación de



sanciones a la propia empresa. Es de importancia también anotar que el tercer civilmente responsable u obligado indirecto comparte la responsabilidad civil, con el principal culpable por el daño ocasionado a consecuencia de su delito.

La responsabilidad civil, es la reparación del patrimonio del daño ocasionado y va a ser asumida tanto por el responsable directo, como también por la persona jurídica o natural en cuyo nombre ha actuado.

El juez al tener conocimiento de un hecho delictivo cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica, puede entonces aplicar todas o bien algunas de las siguientes medidas:

- Clausura de locales con carácter temporal o definitivo;
- Disolución de la sociedad;
- Suspensión de las actividades de la sociedad;
- Prohibición a la sociedad de llevar a cabo en el futuro determinadas actividades en cuyo ejercicio haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Actualmente existen algunos aspectos que a pesar de la importancia con la cual cuentan, por lo general suelen ignorarse al momento de calificar un hecho que puede catalogarse como delito de fraude en la administración de personas jurídicas. Cuando el presunto autor no ostenta la calidad correspondiente de socio fundador, de miembro del directorio, del consejo de administración, del consejo de vigilancia, de administrador o de liquidador de la empresa, no existe entonces



la posibilidad de atribuirle la comisión del delito de fraude en la administración de personas jurídicas, debido a que éste último es un delito especial, o sea, que requiere para su configuración que el sujeto activo tenga alguna de las condiciones anteriormente anotadas, pues de lo contrario no enfrenta a un caso atípico desde la perspectiva del derecho penal.

La investigación preliminar llevada a cabo por el fiscal penal, toma suma importancia si se toma en cuenta que es en dicha etapa, en la cual se van a acopiar los elementos probatorios de prueba, o los indicios razonables de la comisión del delito que constituyan una causa probable para posibilitar con ello la promoción de manera eficaz, de la acción penal ante el órgano jurisdiccional.

De no ocurrir de la forma anotada en el párrafo anterior del actual trabajo de tesis, entonces se estaría formalizando una denuncia penal sin ningún sustento legal y por dicho motivo puede ser denegada por el juez, propiciándose de esa forma un marco de impunidad para que se pueda admitir en aras de una recta administración de justicia.

La pericia contable es fundamental, debido a que a la vez se determina la adulteración de los libros y también de las partidas contables de la empresa, para establecer si se ha producido otra clase de falsificación en las actas de directorio o en los acuerdos de la junta general de accionistas.



También otro de los elementos de vital importancia consiste en la pericia de valorización, debido a que mediante ella se determina el monto del perjuicio patrimonial, no solamente a la propia persona jurídica sino también a los terceros interesados.

Dicha pericia de valorización que se decreta cuando ya se ha comenzado el proceso penal, requiere de su ratificación a nivel judicial a fin de que ostente eficacia probatoria.

Actualmente los miembros de las juntas directivas, los miembros ejecutivos y del consejo de administración, son quienes resultan ser los culpables de las acciones ilícitas que se llevan a cabo en torno a las actividades de las personas jurídicas, debido a que las actuaciones de éstas últimas no cuentan con vida si no es debido al actuar de sus representantes legales.

Es muy importante estudiar y analizar detenidamente el grado o bien el nivel de responsabilidad, con el cual cuentan cada uno de los miembros de las empresas guatemaltecas, para así determinar los niveles de responsabilidad en el actuar ilícito derivado de la comisión del delito de fraude realizado por un administrador desleal.



CAPÍTULO IV

4) El fraude por administración desleal

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

Cualidad personal de administrador legal requerida en el tipo, que nos permite apreciar y delimitar sin ninguna dificultad, las conductas típicas que configuran el delito de fraude por administración desleal, frente aquellas que fuera del ámbito de una administración legal, son susceptibles de ser calificadas como delito de robo, de abuso de confianza o de cualquier otra modalidad de fraude.



Por ejemplo, el administrador legal que abusando de sus facultades de administración, perjudica la integridad del patrimonio ajeno por él administrado, 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 realiza operaciones perjudiciales al patrimonio de su titular en beneficio propio o de un tercero, será responsable penalmente como autor de fraude por administración desleal, pero no de otro delito, porque siguiendo el principio de especialidad, es evidente que el fraude por administración desleal es más específico como tipo delictivo que el robo, el abuso de confianza o cualquier otra modalidad de fraude.

Visto a la inversa, cuando una persona, sin tener la cualidad personal de administrador legal, es decir, no habilitado por nombramiento alguno, perjudica la integridad de un patrimonio ajeno, empleando alguna o algunas de las maniobras fraudulentas descritas en el tipo de fraude por administración desleal, no será responsable penalmente de dicho fraude, lo será de otro tipo penal, pero no de fraude por administración desleal, desde luego, supuesto distinto será, sí la persona que no tiene dicha cualidad personal, se constituyó en cómplice del administrador legal, por la concurrencia de tal administrador, responderá penalmente por el delito de fraude por administración desleal, bajo la forma de autor, coautor o participé, conforme al Código Penal.

Como es notorio, en el ámbito del derecho penal, la responsabilidad penal se atribuye a quien despliega de una manera efectiva el comportamiento delictivo, de ahí que,



imputar la comisión del delito de fraude por administración desleal, al administrador único o unipersonales, no representa ningún problema, pues es obvio, que desempeñan su cargo con autonomía y bajo su propia responsabilidad, pero, cuando la administración elegida fue la mancomunada o conjunta, y por lo tanto, colegiada o solidaria, por su composición, no ocurre lo mismo, ya que, si se atiende exclusivamente a la condición formal de miembro de una administración colegiada, podría pensarse que todos sus integrantes son autores del delito, sin embargo, conforme a los principios generales del derecho penal, sólo responderán penalmente por su propia conducta como autores los administradores legales que hayan participado en cualquiera de las etapas de su ejecución, dado que la responsabilidad penal es individual, sin descartar que, los administradores legales que teniendo conocimiento de su comisión, y sin haber participado en los hechos reputados como delictuosos, no los denuncian, responden como encubridores por el cargo que desempeñan.

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



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

Aclarando lo anterior, cuando el patrimonio administrado, pertenece a dos o más personas en copropiedad, (hipótesis más usual), al margen de su número, no puede ignorarse, que en la copropiedad, el derecho de propiedad se convierte o transforma en tantos derechos de propiedad como copropietarios sobre la totalidad del mismo objeto, de tal forma, que cada uno de esos copropietarios ejerce su derecho de propiedad pleno sobre la cuota que le corresponde, igual al derecho de propiedad exclusivo.

De este modo, como regla general, desde un punto de vista de justicia material, cualquier copropietario agraviado por la conducta típica, como titular del derecho patrimonial afectado, en lo individual, sin que previamente se liquide y divida la copropiedad, se encuentra legitimado para impugnar los actos fraudulentos que el administrador desleal haya realizado en perjuicio de la integridad de su patrimonio, así como para presentar su formal querrela ante el Ministerio Público, quien excluyendo



desde luego a los copropietarios que por un interés propio o ajeno, otorgaron el perdón al administrador desleal, o pudiendo ejercitar su derecho de querellarse, se abstuvieron, porque prefirieron silenciarlo, deberá iniciar la averiguación o investigación de los hechos denunciados, y en su caso, consignar o sea ejercitar la acción penal en contra del administrador desleal, por la cuota o parte que pertenece en exclusiva a los querellantes, verbigracia, el veinticinco por ciento, el cincuenta por ciento, etcétera, sin que sea necesaria, para satisfacer dicho requisito previo de procedibilidad que exige, la actuación conjunta de todos o de quien tenga legítimamente la representación de los comuneros o de la persona jurídica, sostener lo contrario, daría o podría dar lugar a situaciones de verdadera impunidad, en aquellos supuestos en los cuales el penalmente responsable es precisamente el administrador legal, o, el legítimo representante o alguno de los condueños, y en los casos, de copropietarios, coherederos o socios mal avenidos, que no suelen ser pocos los supuestos, en todo caso, se fomentaría la impunidad en la comisión de cualquier delito patrimonial.

Cabe aclarar que, en todo caso, la determinación resultante de la cuantía del perjuicio económico causado al patrimonio administrado, no debe valorarse sobre la base de una operación aislada, si no debe tenerse teniendo en cuenta el conjunto de todas las gestiones y operaciones realizadas por el administrador legal sobre el patrimonio administrado, porque de esta manera se podrá establecer de forma explícita y con claridad, si la operación considerada de forma aislada, deberá reputarse como fraudulenta o por su origen estratégico está destinada a reportar ventajas fiscales, por ejemplo, al elegir como opción terminal en el contrato de arrendamiento financiero, se



opta por participar con la arrendadora financiera en el precio de la venta de los bienes a un tercero, en un precio casi siempre simbólico, en las proporciones y términos que se convengan en el contrato.

Si los titulares del patrimonio dado a un tercero en administración son ausentes e ignorados, o, son incapaces, por su minoría de edad o por encontrarse sujetos a tutela, habremos de indagar caso por caso, observando las reglas de la legislación civil, ¿cuál es la persona idónea para suplir su ineptitud para presentar la querella?, tanto en aquellos casos en los que el responsable penal es precisamente aquél que tiene la administración legal de su patrimonio o su representación legal o voluntaria (patria potestad o tutela), o ambas (administración y representación), como en los restantes casos, por ejemplo, cuando quien debiera hacerlo no lo hacen, ¿quién o quienes deben sustituirlo o remplazarlo?.

Admitido todo lo anterior, como razonablemente no puede ser de otra manera, resulta obvio que, el copropietario, coheredero o socio, que aprovechándose de su posición de administrador legal, en beneficio propio o de un tercero, se apodera o dispone fraudulentamente, en todo o en parte, de la cosa común, del caudal hereditario, o del capital social, por la coexistencia de los restantes copropietarios, coherederos o socios, comete fraude por administración desleal, pues es innegable, que, carece de legitimidad para disponer de la parte que sobre el patrimonio común legítimamente pertenece en exclusiva a los demás copropietarios, coherederos o socios, ya que, el patrimonio común le es ajeno en todo lo que sobrepase la parte o cuota que le corresponde.



Aunque a veces se diga lo contrario, en mi opinión y con el máximo respeto por quienes piensen lo contrario, de acuerdo con el criterio que se viene defendiendo, como una consecuencia lógica, si se quiere que los tipos penales de índole patrimonial cumplan su objetivo, diría lo siguiente, no puede haber más precisión que ésta: el copropietario, coheredero o socio, que sin la debida autorización o contra la voluntad de su titular, sustrae u ocupa, en todo o en parte, el patrimonio que pertenece en exclusiva a los restantes copropietarios, coherederos o socios, comete sin duda, algún delito de índole patrimonial (robo, abuso de confianza, fraude, despojo o daño en propiedad ajena), ya que tanto en el ámbito del derecho civil como penal, esta adueñándose de una parte que no le pertenece, es decir, que le es ajena, por ser legítimamente propiedad de otra u otras personas.

Vistas así las cosas, este planteamiento es el que mejor se adecua, a nuestro juicio, a la letra del tipo penal que se analiza y el que debe prosperar y adquirir firmeza en nuestro derecho, para que cualquier condueño agraviado, en lo individual, antes de que se proceda a la liquidación y división de la cosa común, tenga la facultad de ejercitar aislada y plenamente el derecho que le corresponde de querellarse contra aquél que cometió el fraude y perjudicó sus derechos patrimoniales, así como el encanto que siempre produce la posibilidad, supuesta o real, de poder recuperar el patrimonio lesionado por el administrador desleal, bajo tal postura, sobre todo, se frena la posibilidad de que, cualquier condueño o cotitular, con un propósito de enriquecimiento ilícito, personal o de un tercero, impunemente pueda realizar acciones de dominio o de



disposición patrimonial que disminuyan negativamente o pongan en situación de peligro el patrimonio de los demás copropietarios, coherederos o socios.

4.1. Insuficiencia de los tipos penales clásicos para encuadrar la conducta de administración desleal de patrimonio de la persona jurídica

La doctrina penal venía solicitando la creación de un tipo penal específico relacionado a la conducta desleal del administrador de patrimonio ajeno, específicamente del patrimonio de la persona jurídica, ya que los tipos penales clásicos eran incapaces de englobar el desvalor de estas conductas. Antes que existiera una regulación penal específica de los delitos de fraude en la administración de personas jurídicas, se trataba, de manera ineficaz, de encajarlas en el delito de estafa, la cual no cubría de forma adecuada los elementos constitutivos de una administración desleal. Como se sabe, para la realización de la conducta típica del delito de estafa se requiere que el sujeto activo haga caer en error al sujeto pasivo, utilizando como medio el engaño, haciendo que de forma pasiva le entregue de manera voluntariamente el bien de carácter económico, lo cual desenlaza en un perjuicio para la víctima y en el provecho ilícito del agente delictivo o un tercero.

Conductas que no despliega el administrador desleal, el cual no induce en ningún momento a error, por medio del engaño, al sujeto pasivo para recibir su patrimonio; sino, todo lo contrario, el administrador dispone ya del patrimonio, el cual al hacer uso del mismo genera, de forma dolosa, un perjuicio para su administrado, pero no



apropiándoselos; es decir, no dispone del bien por medio de engaño, sino ,el administrador, dispone del bien del administrado y de esa manera genera un perjuicio económico. Lo que propiamente existe en la administración desleal es un quebrantamiento de la relación de confianza entre el administrado y su administrador, elemento que no se encuentra en el delito de estafa. Al respecto, la Sentencia del Tribunal de instancia penal en la cual hace referencia que “el tipo penal de la estafa requiere que el autor induzca al sujeto pasivo, mediante engaño, a realizar una disposición patrimonial perjudicial [...] administración desleal [...] en la que no hay engaño sino defraudación de una relación de confianza respecto de un sujeto que no tiene que efectuar ninguna disposición patrimonial, pero que ha otorgado, en confianza, poderes a otro para que las realice”. De lo que se aprecia que ambos delitos defraudan distintas expectativas normativas; así nos dice Iván Meini: “...Los delitos societarios, por el contrario, no precisan de tal engaño ni error, y por consiguiente, tampoco de disposición patrimonial alguna. En ellos, el sujeto activo, abusando de las funciones propias del cargo, causa un perjuicio evaluable. Cada uno de estos injustos se construye pues sobre la base de diferentes desvalores de acción”.

En base a lo antes dicho, encontramos que el bien jurídico protegido en ambos delito es distinto, siendo que en el delito de estafa se busca proteger la expectativa que terceros no los harán caer en error, por medio de engaño, para apropiarse de sus bienes, generándoles perjuicios evaluable económicamente; en tanto, en delito de fraude en la administración de persona jurídica la expectativa protegida es la de que los administradores, aprovechando la confianza que se deposita en ellos, no abusaran de



sus poderes generando perjuicios al patrimonio de la persona jurídica, de los accionistas o de terceros relacionadas con ella.

4.2. Sobre las formas de administración desleal (uso indebido) del patrimonio

Resulta acertado la modificación respecto al círculo de posibles sujetos activos del delito, administrador o representante, pues propiamente comete este delito el administrador y no, como en la anterior redacción, el socio; pues, en puridad, el socio tiene como función tomar acuerdos directivos, mientras que el administrador dispone de los bienes en ejecución de los acuerdos, es decir que son los acuerdos quien delimitan las obligaciones del administrador.

Los delitos de administración desleal de patrimonio de la persona jurídica, han sido dividido en dos tipos: el tipo de abuso, que, como señala Bacigalupo, protege el patrimonio del administrado (en su caso “social”) en las “relaciones externas”, es decir, “en las relaciones jurídicas obligacionales contraídas por el administrador con terceros a cargo del patrimonio del administrado”; y el tipo de la infidelidad, que protege las “relaciones internas”, es decir, “entre el administrador y la sociedad, frente a los perjuicios que pueda causar el administrador por infracción de sus deberes”. En esta última no es necesario que exista de por medio algún negocio jurídico con terceros, sino básicamente una relación administrado-administrador. Esto dos tipos de conductas se adecuan al verbo usar regulado en el código penal básicamente, porque el administrador puede, incumpliendo sus funciones, hacer un uso indebido del patrimonio



de la empresa o dejar que otros usen de forma perjudicial, también abusando de sus funciones generando un perjuicio para su administrada.

El eje central de nuestro tema lo encontramos en la interpretación del verbo rector “usar”; así el agente cometerá el delito cuando use el patrimonio de la persona jurídica en contra de sus obligaciones, generando un perjuicio patrimonial; pero que pasaría, si el agente en vez de usar el patrimonio, decidiera apropiarse del mismo, ¿estaríamos aquí en presencia del delito de apropiación ilícita? ¿Aplicaríamos el Código Penal en razón de que si ya es reprochable el usar el patrimonio de la persona jurídica, más aun, es más reprochable el apropiarse de ella?

Sobre el particular encontramos opiniones heterogéneas en la doctrina y jurisprudencia internacional, ya que por una parte existen autores, como Salinas Siccha, que plantean, basado en el principio de especialidad y del apotegma jurídico a fortiori, que si el administrador se apropia del patrimonio de la persona jurídica también podría ser sancionado. Por otro lado, encontramos autores como García Caveró, que consideran que para la configuración del delito no se requiere una apropiación del patrimonio del administrado, sino que sólo se tiene que administrar de forma desleal el patrimonio.

El delito de administración desleal en la modalidad que estamos evaluando está referido a la utilización en provecho propio del patrimonio de la empresa y conforme ya deslindamos anteriormente las mensualidades de quinientos mil dólares no fueron ingresadas al patrimonio de la empresa y los procesados utilizaron [apropiaron] dicha



suma en provecho propio, han incurrido en el delito de Administración Fraudulenta, habiendo perjudicado a la empresa y a los socios de la empresa y en todo caso será al momento de fijar la reparación civil donde se descontará la suma que ya se comprometieron a devolver al Estado, lo que no los exime de responsabilidad penal en agravio de la persona jurídica en este caso resulta evidente que ha habido desmedro en el patrimonio de la empresa, ya que según el contrato ascendía a quinientos mil mensuales, pero no fue así habiéndose beneficiado con este patrimonio de la empresa procesada es beneficiarse personalmente de esos dineros que le corresponden a la persona jurídica.”

Al respecto, se aprecia que la confusión surge de ampliar el ámbito de aplicación del delito de administración desleal, uso del patrimonio, a supuestos de apropiación. El hecho que la jurisprudencia engloba a los delitos de apropiación indebida como si fueran delitos administración desleal, especial referencia al uso del patrimonio, perjudicando patrimonialmente al administrado, se puede apreciar que el administrador obtiene un beneficio, siendo éste el punto en el que muchas veces da pie a la confusión de los delitos. Soy de la opinión que para la configuración del ilícito penal de fraude en la administración de persona jurídica, uso indebido del patrimonio, basta con el abuso de funciones del administrador y el consecuente perjuicio para la persona jurídica. Considerar que si el administrador se apropia del bien llevaría a incongruencia dogmáticas, pues tal como lo señala Sánchez-Vera Gómez-Trelles, al poner el caso del banquero que decide enviar determinada cantidad de dinero del Banco a un tercero: “por lo que respecta a los terceros que hayan recibido el dinero (o el objeto mueble),

existe una gran diferencia entre si el hecho es calificado como de apropiación indebida o si lo es como de administración desleal. En el primero de los casos, como ya dijimos, tales sujetos tan sólo pueden responder como receptadores o encubridores pero no como partícipes accesorios del delito..., pues el hecho principal ya se halla consumado cuando ellos intervienen. En cambio, en el segundo de los supuestos, es decir, si el hecho principal es calificado como de administración desleal, los terceros intervinientes podrían responder, en principio, como partícipes en dicho delito de administración desleal".¹⁸

Como se puede apreciar, la relevancia de la delimitación del delito de administración desleal del delito de apropiación ilícita, no sólo permite resolver cuestiones dogmáticas, sino problemas prácticos.

4.3. Necesaria creación del tipo penal de administración desleal de patrimonio ajeno (persona jurídica y persona natural):

La conducta delictiva del administrador, no tiene porque limitarse sólo a personas jurídicas, sino todo lo contrario el centro de imputación, administración desleal, también puede realizarse sobre el patrimonio de un particular; situación que no se encuentra regulada en nuestro Código Penal, y que también ha sido criticado por la doctrina comparada. Quiere decir que la administración desleal del patrimonio no es propiedad exclusiva de las personas jurídicas, aunque aquí es donde tiene un mayor desarrollo,

¹⁸ Sánchez, Vera. Gómez "Gestión de cobro de morosos y derecho penal". Pág. 39



sino que también del patrimonio de particulares, así refiere Jaén Vallejo citando a Bacigalupo: debería proteger “relaciones jurídicas que no sólo se dan en el marco de la administración de sociedades” [...] nadie sostuvo-añade Bacigalupo- que el delito de administración desleal se debía configurar como un delito societario”. No existe ninguna razón para que la administración desleal no se haga sobre el patrimonio de una persona natural.

La defraudación de expectativa pesa sobre la administración desleal del patrimonio, sea social o personal. Esta limitación lleva al inconveniente de que si el administrador al hacer un uso indebido del patrimonio de un particular, generándole perjuicios patrimoniales, no podrá ser sancionado penalmente, porque su conducta no podría ser tipificada, primero, en el delito de apropiación indebida, porque no existe apropiación, y segundo, tampoco podría ser sancionado por el delito de fraude en la administración de persona jurídica, porque el sujeto pasivo tiene que ser, como el propio título señala, una persona jurídica; dejando así un vacío de punibilidad. Una solución al problema sería, la propuesta de lege ferenda de establecer un tipo penal general de administración desleal del patrimonio ajeno, tal como se aprecia en el Código Penal alemán”.¹⁹

Vallejo, Jaén. “Derecho penal aplicado”. Madrid; España. Editorial CCS. 2003.



CONCLUSIONES

1. En Guatemala no está tipificado el delito de fraude por administración desleal cometido por particulares, ni existe una sanción de acuerdo al nivel de participación existente, en el grado de beneficio obtenido en el patrimonio afectado, estando únicamente aplicado a funcionarios y empleados públicos, siendo que es un delito principal, que también afecta los bienes de los particulares y no únicamente a los bienes del Estado.
2. No existe en Guatemala, una institución en la cual se registren los bienes a administrar de los particulares, y controle a los administradores del patrimonio ajeno, como medida de prevención a la administración desleal, y que además se encargue de educar y capacitar adecuadamente a los mismos, tomando en cuenta la cantidad y precio de los bienes, crear las garantías necesarias suficientes para cumplir con tal obligación.
3. Según la legislación penal vigente en Guatemala, está tipificado el delito de fraude, sin embargo no se cuenta con la sanción acorde con la magnitud del tipo penal establecido y las posibles consecuencias que la comisión del mismo pueda generar, que va desde defraudar al Estado, hasta obtener un beneficio en un proceso penal previamente establecido.
4. La administración del patrimonio ajeno, no solo se da en el Estado y a través de sus



funcionarios, por ser éstos los administradores del patrimonio del pueblo; sino también por medio de personas individuales, que administran bienes de personas jurídicas, tales como sociedades mercantiles, en relación a entidades privadas y organizaciones no gubernamentales. Y no existen los controles necesarios para prevenir la comisión del delito de fraude por administración desleal.



RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala, a través del Congreso de la República, debe crear las normas que regulen el delito de fraude por administración desleal, puesto que es un delito principal que afecta el patrimonio de los particulares y no debe estar aplicado únicamente a funcionarios y empleados públicos que administren bienes del Estado, creando además la sanción adecuada para aplicarla acorde al nivel de participación existente, y el grado de beneficio obtenido en el patrimonio afectado.
2. El Estado deberá implementar la creación de una institución encargada del registro y control de los bienes a administrar y de los posibles administradores, establecer su idoneidad y capacidad para realizar tales actos, tomando en cuenta la cantidad y precio de los bienes y crear las garantías necesarias y suficientes para tal administración, además un establecimiento que se encargue de la educación y capacitación de los administradores.
3. Se hace necesario por medio del Congreso de la república de Guatemala, la reforma al Código Penal en su Artículo 450, en lo relacionado a la sanción establecida, debido a que ayudaría en la prevención del delito, imponiendo una pena de prisión más alta a la que actualmente está establecida, y así prevenir que el estado siga siendo el medio para enriquecer a otros.



4. La Contraloría General de Cuentas de la Nación deberá contar con una base de datos de auditores legales que puedan servir de medios de prueba en los procesos penales en los cuales haya resultado la comisión del delito de fraude por administración desleal, no solo dentro del estado sino también en las personas jurídicas, realizando además auditorías internas dentro de las personas jurídicas cuyos bienes son administrados por personas individuales, obteniendo con ello una pericia contable fundamental en los procesos penales que se deriven del delito de fraude por administración desleal.



BIBLIOGRAFÍA

AUBRI Y REU, RIPERT Y PLANIOL. *Instituciones del Derecho Civil.* Tomo II Ed.: Porrúa, México 1993.

BERDUGO DE LA TORRE. *Manual de derecho penal parte III, consecuencias jurídicas del delito*. Barcelona, España. 1994

CABANELLAS, Guillermo. *“Diccionario enciclopédico de derecho usual”*. Tomo II. Buenos Aires, Argentina. Ed. Heliasta, 2005.

CAMPOS, Mayra y Omar Vargas, *“Los actos de investigación a cargo del Ministerio Público”*, su incidencia en los derechos fundamentales, San José, Costa Rica: Ed. Jurídica Continental, 1998.

DE PINA, Rafael. *“Diccionario de derecho”*. 11ª. Ed.: Distrito Federal, Mexico: Ed. Porrúa, S. A. 1983.

DE MATA VELA, José Francisco y Hector Anibal de Leon Velasco. *“Derecho Penal Guatemalteco”*. Guatemala, Ed. “El Niño de Oro”. 1995.

GARCÍA. CAVERO. Percy. *Lecciones de derecho penal. Parte general.* Editorial. Fua. Barcelona. España. 2008. Pág. 830

GONZALEZ CUELLAR, Nicolás, *“Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal”* España: Ed. Colex, 1990.

JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. *“Serie de estudios clásicos del derecho penal”*. Volumen 4, México, Ed. Jurídica Universitaria. 2001.

LLOBET, Javier, *“Proceso penal comentado”*, Universidad para la Cooperación Internacional, San José, Costa Rica: Ed. Mundo Gráfico, 1998.



MAIER, Julio, “**Derecho procesal penal argentino**”, 2 vols., Buenos Aires, Argentina. Ed. Hammurabi, 1989.

MALATESTA, Framarino, “**Lógica de las pruebas en materia criminal**”, 2 vols. 4ta. Ed.; Colombia: Ed. Temis S.A., 1988.

MORENO C., Víctor, “**La defensa en el proceso penal**”, España: Ed. Civitas, 1982.

MORGAN SANABRIA, Rolando. **Material de apoyo para el curso planeación del proceso de la investigación científica**. 2a. ed.; Guatemala: Ed. Universitaria, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco y García Aran, Mercedes. “**Derecho penal. Parte general**”. Sexta Edición, Valencia, España, Ed. Tirant lo Blanch, 2004.

NAVAS, Raúl. **Derechos reales de propiedad, uso y goce**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Oxford, 1999.

OSSORIO Manuel. “**Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**”. 23a. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1996.

PACHECO, Máximo, “**los derechos humanos, documentos básicos**”, Santiago, Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1987.

PLANIOL. Marcel. **RIPERT**. Jorge. **Derecho civil**, Editorial Pedagógica Iberoamericana. México, 1996.

PLANIOL. Marcel. **Tratado elemental de derecho civil**. Traducción de la 12ª Edición Francesa por José M. Cajita. Edición española de 1945. Pág. 365

PLANIOL. SAVATIER Y RIPERT. Tratado practico. Editorial Rimski-Korsakov, Nikolay. Buenos Aires. Argentina. Edición 2005.

PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil español**. Tomo II. Volumen 2. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1971.



RIVERO J., Marcos, Gilbert Armijo y Javier Llobet, “**Nuevo proceso Penal y constitución**”, San José, Costa Rica: Ed. Investigaciones Jurídicas S.A., 1998.

RAFAEL DE PINA, “**Elementos de derecho civil mexicano**”, Tomo I, Pág. 385. Real Academia Española. “**diccionario real academia española**”. Imp / Ed.: Madrid: Gredos, 1963.

RODRÍGUEZ, Alejandro. “**Manual de derecho penal guatemalteco**”. Guatemala, Ed. Llerena, 2001.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. “**Introducción al estudio del derecho**”. México: Ed. Porrúa, (s.f.).

SÁNCHEZ, Vera. Gómez “**Gestión de cobro de morosos y derecho penal**”. Pág. 39

SOPENA. “**Diccionario Enciclopédico**”. 5t.: Barcelona, España: Ed. Ramón Sopena, S.A. Tomo II.

SENDRA, Vicente Gimeno. “**del juicio oral y la sentencia**”, España: Ed. Universitaria Ramón Areces: 2003.

ZAFFARONI, Eugenio. “**manual de derecho penal**”. México, D.F.: Ed. Cárdenas, 1998.

Legislación:

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

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



Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Asamblea Nacional Constituyente, Decreto 1-86. 1986

Código Procesal Penal, Decreto Número 51-92, del Congreso de la República de Guatemala.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 2-89, 1989.