

*Capítulo 8*

# *Malversación o peculado en el sector privado*

**DEMELSA BENITO SÁNCHEZ\***  
**MARÍA SOLEDAD GIL NOBAJAS\***

## **1. INTRODUCCIÓN**

Este trabajo examina el delito de malversación o peculado en el sector privado tal como se regula en los instrumentos legales internacionales y regionales existentes en materia de corrupción y en los ordenamientos nacionales de referencia, tanto en el ámbito latinoamericano (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú), con especial referencia a Colombia, como fuera de él (España y EE.UU.).

---

\* Licenciada y doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca (España) con premio extraordinario. Máster en intervención criminológica y victimológica por la Universidad Miguel Hernández (España). Actualmente es profesora de Derecho Penal en la Universidad de Deusto, acreditada en la figura de profesora titular por la ANECA (Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y la Acreditación - España). Sus investigaciones se centran en las siguientes temáticas: el delito de corrupción transnacional, el delito de trata de personas, el diseño de la política criminal basada en la evidencia y el derecho penal de la aporofobia, temas sobre los que posee diversas publicaciones. Tiene reconocidos dos sexenios de investigación por la CNEAI (Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora - España). Ha sido investigadora principal de dos proyectos I+D+i financiados por el gobierno de España, y ha participado en proyectos competitivos de la Comisión Europea, del gobierno de España, de gobiernos autonómicos y de gobiernos extranjeros. Ha realizado estancias de investigación en el Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Colonia (Alemania) y en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Parma (Italia). ORCID: 0000-0002-8836-5930.

\* Licenciada con Diploma de Especialidad Económica y Doctora en Derecho en la Universidad de Deusto (España). Profesora Contratada Doctora

En el título de este capítulo se opta por el uso de los términos de malversación y peculado en el sector privado, que son los que aparecen en la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción (en adelante, CNUCC), pese a que son términos que pueden tener significados diversos en los ordenamientos nacionales; razón por la cual es muy difícil establecer un concepto unívoco. De manera general, son dos las figuras delictivas que se pueden incluir en esas expresiones que utiliza la CNUCC, a saber, la apropiación indebida y la administración desleal, por utilizar la terminología más común en las legislaciones analizadas. El primer delito consiste en realizar actos de apropiación de las cosas ajenas recibidas, es decir, actuar respecto de ellas como si fueran propias (Muñoz Conde, 2023: 454). El segundo delito no implica la apropiación de los bienes, pues esto encajaría en el delito anterior, sino que consiste en excederse en el ejercicio de las facultades de administración sobre un patrimonio ajeno generando un perjuicio (Muñoz Conde, 2023: 461). Con todo, las definiciones de los tipos penales varían de unos sistemas jurídicos a otros, como se explicará en los apartados correspondientes de este capítulo.

El objetivo de este trabajo es contestar al siguiente interrogante: ¿los tipos penales de malversación o peculado en el sector privado pueden dar una respuesta idónea al fenómeno de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT) en América Latina, en general, y Colombia, en particular? Para lograr este objetivo se ha considerado que la estructura más apropiada para este capítulo debe ser la siguiente. Tras este apartado introductorio, la sección segunda ofrece un análisis de las iniciativas internacionales y regionales en materia de corrupción. En concreto, y a diferencia de lo que sucede en otros capítulos de esta obra, únicamente se analizan la

---

en Derecho Penal de la Universidad de Deusto (España). Sus principales líneas de investigación se centran en la criminalidad empresarial, corrupción privada y pobreza y derecho penal. Tiene reconocidos dos sexenios de investigación por la CNEAI (Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora - España). Ha realizado estancias de investigación en el Centro de Derecho Penal de la Universidad de Nanterre-París X (Francia) y en el Instituto de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad de Friburgo de Brisgovia (Alemania). ORCID: 0000-0001-5333-1127.

Convención de Naciones Unidas contra la corrupción y la Propuesta de Directiva anti-corrupción de la Unión Europea, pues ningún otro instrumento normativo universal o regional ha incluido estos tipos penales vinculados al sector privado. En las secciones tercera y cuarta se lleva a cabo el análisis comparado de los diversos países que se han tomado como referencia. En concreto, en la sección tercera se estudian los países de referencia fuera del ámbito latinoamericano (España y EE.UU.); y en la sección cuarta se estudian los países de referencia en el ámbito latinoamericano (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú). La sección quinta aborda la regulación y la experiencia de Colombia en esta materia, sección que finaliza con un análisis comparado entre este país y los estándares internacionales, y entre este país y los ordenamientos jurídicos nacionales de referencia. La última sección ofrece una propuesta de estrategia integrada de acción para América Latina, en general, y para Colombia, en particular, en relación con la regulación de la malversación o peculado en el sector privado como herramienta idónea en la lucha contra la corrupción asociada al COT.

## 2. LA REGULACIÓN EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES UNIVERSALES Y REGIONALES

### 2.1. *Instrumentos internacionales universales*

A nivel internacional universal, los instrumentos de referencia en materia de corrupción son la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, y el Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. De esos dos instrumentos, solo la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción se ocupa del delito objeto de estudio en este capítulo. En concreto, es el art. 22 de este cuerpo normativo el que insta a los Estados parte a tipificar la malversación o peculado en el sector privado del siguiente modo:

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades

económicas, financieras o comerciales, la malversación o el peculado, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo.

Nótese, antes de entrar en el análisis de los elementos de este delito, que el art. 22 CNUCC pertenece a ese bloque de preceptos con menor fuerza vinculante dentro de la Convención en tanto que no exige a los Estados parte la adopción de medidas para tipificar como delito esta conducta, sino que solo les exige “considerar la posibilidad” de adoptar tales medidas, como sucede también, por ejemplo, con el delito de corrupción entre particulares o con el delito de soborno pasivo de funcionarios extranjeros e internacionales.

Para el análisis del delito recogido en el art. 22 CNUCC se comenzará por los elementos del tipo objetivo y se seguirá por los elementos del tipo subjetivo. Dentro de los primeros, por lo que respecta al sujeto activo, debe indicarse que el delito se configura como un delito especial pues solo puede ser sujeto activo quien reúna unas determinadas cualidades, a saber, “una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella”. El sujeto pasivo lo será la persona titular del patrimonio gestionado, que podrá ser una persona física o una persona jurídica. El art. 22 CNUCC no especifica la conducta típica de este delito, limitándose a decir que tal conducta es “la malversación o el peculado” de los bienes que se mencionan. Lo mismo sucede en el art. 17 CNUCC, que exige a los Estados parte el castigo de la malversación o peculado realizada por funcionario público. En el *nomen iuris* del art. 22 se habla de “otras formas de desviación de bienes”, junto a los conceptos de malversación, peculado y apropiación indebida, expresión que puede ayudar a comprender cuál es la conducta típica que se quiere castigar. En todo caso, los *travaux préparatoires* de la Convención señalaron lo siguiente “en algunos países el significado de la palabra “desviación” no incluye la malversación o el peculado ni la apropiación indebida, mientras que en otros países se entiende que la desviación queda abarcada en esos conceptos o se considera como sinónimo de ellos” (Naciones Unidas, 2003, párrafo 30). Además, el art. 22 concreta que esta conducta debe llevarse a cabo “en el curso de actividades econó-

micas, financieras o comerciales”, lo que constituye una de las principales diferencias con el delito de malversación cometido por un funcionario público. El objeto material del delito viene determinado por “cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado” al sujeto activo. La CNUCC define el concepto de “bienes” en el art. 2.d como aquellos “activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”. En lo que respecta al tipo subjetivo, el delito es eminentemente doloso, como lo pone de manifiesto el hecho de que el art. 22 exige que la conducta se cometa intencionadamente.

Más allá del art. 22, la CNUCC impone otras obligaciones respecto de este delito, como lo hace respecto del resto de delitos que se mencionan en su articulado. En concreto, se insta a los Estados a adoptar las medidas legislativas y de otra índole necesarias para tipificar las formas de participación, a saber, el cómplice, el colaborador y el instigador (art. 27.1); la tentativa (art. 27.2) y la preparación (art. 27.3).

Igualmente, se exige a los Estados que adopten las medidas que sean necesarias, “en consonancia con sus principios jurídicos”, para que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables por su participación en delitos tipificados con arreglo a la Convención (art. 26.1). Esa responsabilidad podrá ser penal, civil o administrativa (art. 26.2), y las sanciones, penales o de otro tipo, que en todo caso incluirá sanciones pecuniarias, deberán ser eficaces, proporcionadas y disuasivas.

En cuanto a las sanciones para personas físicas, habrán de tener en cuenta la gravedad de los delitos (art. 30.1). Del mismo modo, la gravedad de los delitos habrá de ser tenida en cuenta para conceder la libertad anticipada o la libertad condicional de los responsables (art. 30.5). Asimismo, se deberán prever penas de inhabilitación para ejercer cargos públicos o para ejercer cargos en una empresa de propiedad total o parcial del Estado (art. 30.7).

Otra consecuencia derivada del delito que igualmente han de incorporar los Estados a sus legislaciones es el decomiso del producto

del delito o de bienes por valor equivalente, así como de los instrumentos empleados o destinados a emplearse en la comisión (art. 31).

La CNUCC también exige a los Estados parte el establecimiento de “un plazo de prescripción amplio” siempre “con arreglo a su derecho interno”, y de un “plazo mayor” o la interrupción de la prescripción cuando el presunto responsable haya eludido la administración de justicia (art. 29).

## 2.2. *Instrumentos internacionales regionales*

### 2.2.1. Europa

En el ámbito europeo son varios los instrumentos normativos existentes en materia de corrupción, tanto en la Unión Europea como en el Consejo de Europa. Entre los primeros, se hallan el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de la Unión Europea o funcionarios de los países de la Unión Europea<sup>1</sup>, la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado<sup>2</sup>, y la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del derecho penal<sup>3</sup>. Esta directiva exige el castigo del cohecho y de la malversación en el sector público exclusivamente, además del castigo del fraude fiscal y del blanqueo de capitales. En la Unión Europea existe una propuesta de directiva anticorrup-

---

<sup>1</sup> Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, DOUE C 195, de 25 de junio de 1997.

<sup>2</sup> Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, DOUE L 192, de 31 de julio de 2003.

<sup>3</sup> Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del derecho penal, DOUE L 198, de 28 de julio de 2017.

ción<sup>4</sup> que pretende dar unidad a tanta dispersión normativa que existe actualmente en relación con la criminalización de la corrupción. En el marco del Consejo de Europa, por su parte, los instrumentos normativos de referencia son el Convenio penal sobre la corrupción<sup>5</sup> y el Convenio civil sobre la corrupción<sup>6</sup>, ambos del año 1999.

### 2.2.1.1. Unión Europea

Pese a la proliferación normativa en el ámbito de la corrupción que existe en la Unión Europea, no existe en ninguno de los instrumentos actualmente en vigor una referencia a la malversación en el sector privado. Es la Propuesta de directiva anti-corrupción la que incluye la criminalización de la apropiación indebida en el ámbito privado, junto a la malversación de fondos públicos, para “aplicar un enfoque integral en la lucha contra la corrupción” (Comisión Europea, 2023: considerando 12). El art. 9 de la Propuesta señala lo siguiente:

#### *Malversación y apropiación indebida*

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, cuando se cometan intencionadamente, las siguientes conductas sean punibles como infracción penal:

- a) el compromiso, el desembolso, la apropiación o la utilización por un funcionario, de forma contraria a los fines para los que estaban previstos, de bienes cuya gestión se le haya encomendado directa o indirectamente;
- b) el compromiso, el desembolso, la apropiación o la utilización, de forma contraria a los fines para los que estaban previsto y en el marco de actividades económicas, financieras, empresariales o comerciales,

---

<sup>4</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la corrupción, por la que se sustituyen la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo y el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo. Bruselas, 3.5.2023, COM(2023) 234 final, 2023/0135 (COD).

<sup>5</sup> Convenio penal sobre la corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999.

<sup>6</sup> Convenio Civil sobre la Corrupción (Convenio número 174 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1999.

por una persona que, en cualquier calidad, dirija una entidad del sector privado o trabaje para ella, de bienes cuya gestión se le haya encomendado directa o indirectamente.

En los considerandos de la Propuesta de directiva anti-corrupción se señala que para que las conductas de malversación o de apropiación indebida sean consideradas delictivas “deben dar lugar a una ventaja para el funcionario o para un tercero” (Comisión Europea, 2023: considerando 12). Sin embargo, no se observa en el art. 9 propuesto esta exigencia.

Los elementos objetivos y subjetivos del delito son esencialmente idénticos a los del art. 22 CNUCC, lo que no es de extrañar pues la Propuesta de directiva anti-corrupción indica desde el inicio que pretender actualizar el marco normativo de la Unión Europea en materia de corrupción incorporando las normas internacionales vinculantes, como las de la CNUCC (Comisión Europea, 2023: exposición de motivos). La única diferencia que se aprecia entre ambos textos está en la descripción de la conducta típica, siendo el art. 9 de la Propuesta de directiva anti-corrupción más detallado que el art. 22 CNUCC al especificar que la conducta objeto de castigo será el “compromiso, desembolso, apropiación o la utilización [de los bienes] de forma contraria a los fines para los que estaban previstos”.

La Propuesta de directiva impone a los Estados miembros, además, el castigo de las formas de participación, como la inducción (art. 14.1) y la complicidad (art. 14.2), así como de la tentativa (art. 14.3).

También exige la Propuesta de directiva a los Estados miembros que adopten medidas para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables por los delitos contemplados en ella cuando se cometan en su favor por cualquier persona física que ostente un cargo directivo dentro de ellas, o cuando la falta de supervisión o control por parte de estas personas haya hecho posible que personas bajo su autoridad cometan uno de estos delitos (art. 16). En estos casos, las personas jurídicas deberán ser castigadas con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias (art. 17.1). Estas sanciones podrán consistir en multas, penales o no penales. La Propuesta de directiva especifica que el “límite máximo no sea inferior

al 5% del volumen de negocios mundial total de la persona jurídica, incluido el de las entidades vinculadas, en el ejercicio económico anterior a la decisión de imposición de la multa” (art. 17.2.a). Además, se mencionan las siguientes posibles sanciones en el art. 17.2:

b) exclusión de dicha persona jurídica del disfrute de ventajas o ayudas públicas; c) exclusión temporal o permanente de los procedimientos de contratación pública; d) inhabilitación temporal o permanente de dicha persona jurídica para el ejercicio de actividades comerciales; e) retirada de los permisos o autorizaciones para el ejercicio de las actividades en el contexto de las cuales se haya cometido la infracción penal; f) posibilidad de que las autoridades públicas anulen o resuelvan el contrato con ellas en el contexto de cuya ejecución se haya cometido la infracción; g) intervención judicial de dicha persona jurídica; h) disolución judicial de dicha persona jurídica; y i) cierre temporal o permanente del establecimiento que se haya utilizado para cometer la infracción.

En cuanto a las sanciones para personas físicas, la Propuesta de directiva exige que sean “efectivas, proporcionadas y disuasorias” (art. 15.1) pero, además, establece unos límites que los Estados miembros habrán de tener en cuenta. Así, por ejemplo, para los delitos de malversación y de apropiación indebida, se exige que se castiguen con una pena privativa de libertad máxima de, al menos, 5 años (art. 15.2)<sup>7</sup>. No obstante, únicamente para estos delitos, cuando los daños o perjuicios ocasionados, o las ventajas obtenidas, sean inferiores a 10000€, los Estados miembros podrán recurrir a sanciones no penales (art. 15.3).

Más allá de estas sanciones, los Estados miembros deberán adoptar las medidas necesarias para que todos los delitos referidos en la Propuesta de directiva, incluidas la malversación y la apropiación indebida, puedan castigarse con sanciones, penales o de otra índole, tales como las siguientes:

---

<sup>7</sup> El mismo límite se establece para los delitos de soborno en el sector privado, tráfico de influencias y abuso en el ejercicio de funciones. Los delitos de cohecho en el sector público y de obstrucción a la justicia se deberán castigar con una pena privativa de libertad máxima de, al menos, seis años. Y para el delito de enriquecimiento ilícito, el límite será de, al menos, cuatro años.

a) multas; b) destitución, suspensión o traslado; c) inhabilitación para i) el ejercicio de un cargo público; ii) el ejercicio de una función de servicio público; iii) el ejercicio de un cargo en una persona jurídica que pertenezca total o parcialmente a dicho Estado miembro; iv) el ejercicio de las actividades comerciales en el contexto de las cuales se haya cometido la infracción penal; d) privación del derecho de sufragio pasivo en proporción a la gravedad de la infracción penal cometida; e) retirada de los permisos o autorizaciones para el ejercicio de las actividades en el contexto de las cuales se haya cometido la infracción penal; y f) exclusión del acceso a la financiación pública, incluidas las licitaciones, las subvenciones y las concesiones (art. 15.4).

Como consecuencia derivada del delito, la Propuesta de directiva anticorrupción no menciona el decomiso. Sin embargo, este deberá ser aplicable respecto de los delitos que se contienen en la Propuesta, como respecto de cualquier otro, como se dispone en otras normas de la Unión Europea, fundamentalmente, en la Directiva (UE) 2024/1260<sup>8</sup>.

La Propuesta de directiva, a diferencia de la normativa existente hasta el momento en la Unión Europea en materia de corrupción, contiene una disposición muy detallada sobre los plazos para la prescripción de las infracciones penales contempladas en el texto. El art. 21 comienza exigiendo a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para establecer “un plazo de prescripción, a contar desde la comisión de la infracción, que otorgue el tiempo suficiente para investigar, acusar, sustanciar el juicio oral y dictar sentencia eficazmente en relación con dichas infracciones” (art. 21.1). Para el caso concreto de los delitos de malversación y apropiación indebida, ese plazo no podrá ser inferior a 10 años (art. 21.2.b). El plazo podrá ser menor “siempre que pueda interrumpirse o suspenderse en caso de que se produzcan determinados actos y que el régimen aplicable en materia de suspensión y prescripción no reste eficacia al proceso judicial ni a la aplicación disuasoria de las penas” (art. 21.3). En todo caso, para el delito que nos ocupa no podrá ser inferior a 8 años (art. 21.3.b).

---

<sup>8</sup> Directiva (UE) 2024/1260, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de abril de 2024, sobre recuperación y decomiso de activos (DOUE Serie L, de 2 de mayo de 2024).

### *2.2.1.1. Consejo de Europa*

En el marco del Consejo de Europa, los instrumentos legales de referencia en materia de corrupción son los dos convenios del año 1999 mencionados, el Convenio penal y el Convenio civil. En el primero de ellos, donde se establecen las obligaciones para los Estados parte de tipificar determinadas conductas como delito, no aparece mención a la malversación o peculado, ni en el sector público, ni en el sector privado.

### **2.2.2. América Latina**

El instrumento normativo de referencia en materia de lucha contra la corrupción es la Convención interamericana contra la corrupción del año 1996. Sin embargo, y a diferencia de lo que sucede con la mayoría de los delitos que son objeto de análisis en este volumen, esta Convención no establece disposiciones relativas al castigo de la malversación o apropiación indebida en el ámbito privado.

### **2.3. Análisis comparado**

Los instrumentos normativos supranacionales en materia de corrupción han prestado escasa atención al castigo de la malversación o peculado en el sector privado. Como se ha podido comprobar en el estudio llevado a cabo en los epígrafes anteriores, solo la CNUCC impone obligaciones al respecto. Y, en todo caso, esta obligación es relativa, pues el art. 22 CNUCC lo que exige a los Estados parte es “considerar la posibilidad” de tipificar como delito estas conductas, pero no exige su criminalización, como sí lo hace respecto de conductas tales como el soborno activo y pasivo de funcionarios nacionales, el soborno activo de funcionarios extranjeros o la malversación en el sector público. En el momento de redacción de estas líneas existe, además, una Propuesta de directiva anti-corrupción en la Unión Europea que sí hace referencia al castigo de la apropiación indebida en el sector privado. Las diferencias entre este texto de la Unión Europea y la CNUCC son escasas. En primer lugar, en la Propuesta de directiva anti-corrupción existe una verdadera obligación de criminalizar estas

conductas en el sector privado. Es decir, va más allá de la mera consideración de tipificar<sup>9</sup>. En segundo lugar, la Propuesta de directiva anti-corrupción ofrece una definición de la conducta típica, cosa que no hace la CNUCC. La Propuesta entiende que este delito incluye “el compromiso, el desembolso, la apropiación o la utilización [de los bienes], de forma contraria a los fines para los que estaban previsto”. Es decir, se recogen conductas que en los diferentes ordenamientos jurídicos pueden encajar bien en el delito de apropiación indebida, bien en el delito de administración desleal. En tercer lugar, la Propuesta de directiva anti-corrupción difiere de la CNUCC en lo que respecta a la precisión con la que establece obligaciones en cuanto a la duración de las penas y la duración de los plazos de prescripción. La Propuesta de directiva, con el fin de lograr una verdadera armonización de las legislaciones penales en esta materia, impone unos límites concretos que los Estados miembros han de respetar.

### 3. LA REGULACIÓN EN LOS SISTEMAS NO LATINOAMERICANOS DE REFERENCIA

#### 3.1. *España*

Hasta la reforma del CP español por la LO 1/2015, de 30 de marzo, además de tipificarse como delito patrimonial la apropiación indebida, también se incriminaba la administración desleal, pero como un delito exclusivamente societario. Los problemas de delimitación de ambas figuras, fundamentalmente en la modalidad apropiadora de distracción de dinero (consecuencia de la restricción del ámbito de aplicación del entonces art. 295 CP al ámbito societario), dio lugar a varias interpretaciones. Frente a la tesis de los círculos secantes, defendida fundamentalmente por el Tribunal Supremo (STS 224/1998, de 26 febrero), y que se consolida tras la introducción

---

<sup>9</sup> En todo caso, los Estados miembros de la Unión Europea ya tipifican, en general, estas conductas, como se indica en la propia Propuesta de directiva anti-corrupción, aunque las definiciones de los tipos penales difieren de unas legislaciones a otras (Comisión Europea, 2023: 13-14).

del art. 295 en el CP de 1995<sup>10</sup>, la mayoría de la doctrina defendía que la mayor penalidad asignada a la apropiación indebida llevaba a negar la existencia de un concurso de normas entre ambos delitos, existiendo un ámbito de aplicación autónomo de cada uno. Así, cuando no era posible acreditar una apropiación en sentido estricto, la frontera entre la administración desleal y la apropiación indebida se situaba en un acto de disposición que suponía un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, es decir, un acto dominical definitivo frente a meros usos temporales ilícitos (Castro Moreno, 1998: 305 y s.; Gómez Benítez, 2001: 142; Martínez-Buján Pérez, 2001: 112).

Con la reforma del CP por medio de la LO 1/2015, se suprimió el delito de administración desleal del art. 295 CP, pasando a integrarse, con un nuevo contenido, dentro de los delitos patrimoniales del título XIII (delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico), capítulo VI (de las defraudaciones). Reforma que igualmente ha afectado al número del artículo y al contenido del delito de apropiación indebida. En consecuencia, el art. 252 CP, que tipifica actualmente la administración desleal, dispone:

1. Serán castigados con las penas del artículo 248 o, en su caso, con las del artículo 250, los que, teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.
2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.

Por su parte, el art. 253 CP tipifica el delito de apropiación indebida en los siguientes términos:

1. Serán castigados con las penas del artículo 248 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier

---

<sup>10</sup> Para una revisión de la evolución jurisprudencial, véase la STS 206/2014, de 3 de marzo.

otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.

2. Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.

El bien jurídico protegido en estos delitos es el patrimonio, aunque son conductas que también pueden tener relevancia socioeconómica, en la medida en que no siempre es posible deslindar claramente la afectación patrimonial y la socioeconómica (Muñoz Conde, 2023: 449).

En cuanto a los sujetos activos de estos delitos, ambos se configuran como delitos especiales. Para ser sujeto activo del delito de apropiación indebida es necesario que la persona haya recibido la cosa por algún título que obligue a devolverla. Por su parte, la administración desleal exige que el sujeto tenga facultades para administrar un patrimonio ajeno, por disposición legal, ordenadas por autoridad o asumidas voluntariamente en virtud de un negocio jurídico. Se asume un concepto amplio de “administrador”, incluido todo aquel que de facto actúa como tal, siguiendo la misma interpretación que en el ya derogado delito societario de administración desleal, en el que se recogía expresamente como sujeto activo al administrador “de hecho o de derecho”. En ambos delitos el sujeto pasivo puede ser una persona física o jurídica, titular del patrimonio perjudicado con el acto de apropiación indebida o de administración.

El objeto material de la apropiación indebida es cualquier cosa mueble en sentido funcional (dinero, efectos, valores), que se debe recibir bajo un título que produce la obligación de entregarla o devolverla, trasladando la posesión, no la propiedad (por ejemplo, depósito, comisión, custodia, mandato o prenda con desplazamiento). No caben en este delito los bienes inmuebles ni los derechos referidos a estos, que se desplazan al delito de administración desleal, cuyo objeto material, por tanto, incluye bienes muebles e inmuebles. Tampoco se menciona expresamente en el art. 253 CP el título de administración, lo que parece que se desplaza al delito de administración desleal con independencia de si se está ante un incumplimiento definitivo de la obligación de devolver (Muñoz Conde, 2023: 474).

Aunque la reforma del CP español en el año 2015 encontraba su justificación en que el sujeto pasivo podía ser cualquier persona (no solo una sociedad o persona jurídica), no hizo desaparecer completamente la controversia sobre el ámbito de aplicación propio de los delitos de apropiación indebida y administración desleal. No obstante, el problema se diluye en la práctica, puesto que la penalidad es la misma, remitiéndose ambos preceptos a las penas asignadas al delito de estafa, según su gravedad: (a) tipo básico (pena de prisión de 6 meses a 3 años); (b) delito leve (multa de 1 a 3 meses cuando lo defraudado no excede de 400 euros); y (c) modalidad agravada si concurren alguna de las agravantes específicas del art. 250 CP (pena de prisión de 1 a 6 años y multa de seis a 12 meses), aplicables igualmente a la apropiación indebida y a la administración desleal. De especial interés en el ámbito de estos delitos es la agravante prevista en el numeral 5º del art. 250.1, cuando el valor de lo defraudado excede los 50.000 euros o afecta a un elevado número de personas. Finalmente, el CP prevé un tipo hiperagravado en el art. 250.2, cuando el valor de lo defraudado supera los 250.000 euros, que se castiga con pena de prisión de 4 a 8 años y multa de 12 a 24 meses.

En esencia, ambas figuras delictivas permiten cubrir todas las hipótesis que recomienda tipificar el art. 22 CNUCC, esto es, situaciones en las que el perjuicio patrimonial existe cuando se causa una disminución de patrimonio, cuando el acto de gestión desleal determina una falta de incremento del patrimonio administrado, así como cuando se crea una situación de peligro de pérdida del mismo, lo que ocurre cuando la integridad patrimonial se expone a una situación relevante de peligro. Frente a la regulación anterior, los arts. 252 y 253 CP vienen a cubrir situaciones de quien hace suya la cosa que había recibido con la obligación de devolverla (apropiación indebida), como quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlos y abusa o se excede en el ejercicio de las facultades de administración, con actuaciones para las que no ha sido autorizado y de las que se deriva un perjuicio al patrimonio administrado (administración desleal) (Martínez-Buján Pérez, 2016: 32). De manera que comete apropiación indebida el que recibe la posesión de una cosa mueble por un título que le obliga entregarla o devolverla y realiza algún acto que implica el incumplimiento definitivo de esta

obligación, disponiendo de la cosa como si fuera propia, o niega haberla recibido; mientras que responde del delito de administración desleal quien tiene facultades de disposición de un patrimonio ajeno y realiza sobre él actos para los que no estaba autorizado y que causan un perjuicio al administrado, sin que tenga por qué haber ánimo de apropiación (Muñoz Conde, 2023: 467 et. seq.). Ambas figuras delictivas exigen la causación del perjuicio patrimonial, que supone la pérdida para el dueño del valor económico de la cosa, que en el caso del delito de apropiación indebida pasa a incorporarse al patrimonio del sujeto activo.

La apropiación indebida y la administración desleal únicamente se castigan en su modalidad dolosa. La primera de estas figuras exige, además, un elemento subjetivo específico, el ánimo de lucro o *animus rem sibi habendi*. Un elemento así no se exige en el delito de administración desleal, por lo que en este caso sí cabría admitir un dolo eventual (Gálvez Jiménez, 2020: 465).

El CP español castiga las formas de participación en los arts. 28 y 29, en concreto, la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad. El inductor y el cooperador necesario reciben la misma pena del autor. El cómplice, por su parte, recibe menos pena (inferior en grado a la prevista para el autor). La tentativa se castiga en el sistema penal español respecto de cualquier delito del Libro II (art. 16.1 CP), siempre que su naturaleza así lo permita; y la pena a imponer es la de la infracción consumada reducida en uno o dos grados. Los actos preparatorios en el sistema español no son punibles con carácter general. Únicamente se castigan tres tipos de actos preparatorios (conspiración, proposición y provocación para delinquir) y solo cuando la ley lo prevea expresamente (arts. 17 y 18 CP). En el caso de los delitos que nos ocupan, únicamente se prevé el castigo de los actos preparatorios para la apropiación indebida pero no para la administración desleal (art. 269 CP), y la pena aplicable en estos supuestos es la inferior en uno o dos grados a la prevista para el delito.

El CP español no prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas para estos delitos, lo que puede encontrar su causa en las propias condiciones de atribución de responsabilidad del art. 31 bis CP para estas, fundamentalmente en atención al requisito de que el delito se cometa en beneficio directo o indirecto de la persona jurí-

dica. Así, se estaría considerando que, como regla, la persona jurídica es la perjudicada por estos delitos. No obstante, la casuística que puede presentarse es más diversa, de manera que puede ocurrir que la condición para ser sujeto activo del delito recaiga sobre una persona jurídica que, por ejemplo, administra a otra, como se desprende de la Propuesta de directiva anti-corrupción de 2023, en la que sí se prevé la responsabilidad de la persona jurídica por apropiación indebida y administración desleal cuando se cometan en su favor.

Al tratarse de delitos dolosos, el art. 127 CP ordena la pérdida o decomiso de los efectos que provengan de estos, “de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”. También se prevé el decomiso por valor equivalente y el decomiso ampliado para los supuestos y bajo las condiciones que señalan los arts. 127 bis y ter CP, entre los que se incluyen los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico del título XIII en el que se integran los delitos de apropiación indebida y administración desleal.

En atención a la gravedad de estos delitos, la prescripción oscila entre 1 año (delito leve), 5 años (tipo básico) o 10 años (tipos agravados e hiperagravado), de acuerdo con los plazos señalados en el art. 131 CP. Dicha prescripción se interrumpe cuando el procedimiento se dirige contra el culpable, que vuelve a correr de nuevo desde el momento en que se paraliza el procedimiento o se termina sin condena (art. 132.2).

### **3.2. EE. UU.**

Como se mencionó en la introducción, este capítulo opta en el título por usar la terminología de la CNUCC para referirse al delito objeto de estudio: la malversación o peculado en el sector privado. Dentro de estas expresiones se incluyen delitos que las legislaciones nacionales denominan de diversa manera, como se ha visto, por ejemplo, en el examen de la legislación española, donde se usan las expresiones “apropiación indebida” y “administración desleal”. En el ámbito anglosajón, la voz que se utiliza para traducir el término

malversación es *embezzlement* y, de hecho, el art. 22 CNUCC emplea en su versión en inglés la expresión “*Embezzlement of property in the private sector*” para referirse a este delito.

En EE.UU. la definición del delito de *embezzlement* así como las penas son distintas en los diferentes Estados y en la legislación federal (Homer & Byrne, 2023: 194). En este epígrafe solo se tendrá en cuenta la legislación federal, ante la imposibilidad de abordar en un trabajo de este tipo la legislación de los diferentes Estados. A nivel federal, el título 18 del *US Code* recoge hasta 30 infracciones diferentes que engloba en una categoría denominada “*embezzlement and theft*” en el capítulo 31 de la parte I, si bien, la mayoría se refieren a conductas que en la tradición jurídica española y latinoamericana encajarían en el delito de malversación en el sector público. De hecho, el examen realizado al país sobre el grado de cumplimiento de la CNUCC señaló que no hay una norma federal que prohíba la malversación en el sector privado en todas las circunstancias (UNODC, 2012: 61), aunque algunas disposiciones de la legislación federal sí podrían aplicarse a las conductas que la CNUCC denomina malversación en el sector privado, como las secciones 656 y 657, que se reproducen a continuación:

*§656. Theft, embezzlement, or misapplication by bank officer or employee.*

*Whoever, being an officer, director, agent or employee of, or connected in any capacity with any Federal Reserve bank, member bank, depository institution holding company, national bank, insured bank, branch or agency of a foreign bank, or organization operating under section 25 or section 25(a) of the Federal Reserve Act, or a receiver of a national bank, insured bank, branch, agency, or organization or any agent or employee of the receiver, or a Federal Reserve Agent, or an agent or employee of a Federal Reserve Agent or of the Board of Governors of the Federal Reserve System, embezzles, abstracts, purloins or willfully misapplies any of the moneys, funds or credits of such bank, branch, agency, or organization or holding company or any moneys, funds, assets or securities intrusted to the custody or care of such bank, branch, agency, or organization, or holding company or to the custody or care of any such agent, officer, director, employee or receiver, shall be fined not more than \$1,000,000 or imprisoned not more than 30 years, or both; but if the amount embezzled, abstracted, purloined or misapplied does not exceed \$1,000, he shall be fined under this title or imprisoned not more than one year, or both.*

§657. *Lending, credit and insurance institutions*

Whoever, being an officer, agent or employee of or connected in any capacity with the Federal Deposit Insurance Corporation, National Credit Union Administration, any Federal home loan bank, the Federal Housing Finance Agency, Farm Credit Administration, Department of Housing and Urban Development, Federal Crop Insurance Corporation, the Secretary of Agriculture acting through the Farmers Home Administration or successor agency, the Rural Development Administration or successor agency, or the Farm Credit System Insurance Corporation, a Farm Credit Bank, a bank for cooperatives or any lending, mortgage, insurance, credit or savings and loan corporation or association authorized or acting under the laws of the United States or any institution, other than an insured bank (as defined in section 656), the accounts of which are insured by the Federal Deposit Insurance Corporation, or by the National Credit Union Administration Board or any small business investment company, or any community development financial institution receiving financial assistance under the Riegle Community Development and Regulatory Improvement Act of 1994, and whoever, being a receiver of any such institution, or agent or employee of the receiver, embezzles, abstracts, purloins or willfully misapplies any moneys, funds, credits, securities or other things of value belonging to such institution, or pledged or otherwise intrusted to its care, shall be fined not more than \$1,000,000 or imprisoned not more than 30 years, or both; but if the amount or value embezzled, abstracted, purloined or misapplied does not exceed \$1,000, he shall be fined under this title or imprisoned not more than one year, or both.

Además, el referido informe de evaluación del cumplimiento de la CNUCC señala que las conductas de malversación en el sector privado se penalizan principalmente en la legislación de los Estados federados, ya que el concepto de *embezzlement* hace referencia al quebranto de los deberes de confianza, y eso está relacionado con organizaciones privadas, por lo que se regula a través de normas de Derecho corporativo o comercial de los Estados, más que por la legislación federal (UNODC, 2012: 61)

Si bien el concepto de *embezzlement* difiere de unos Estados a otros, en general, se entiende que abarca las conductas de apropiación ilícita de una cosa de otro por parte de quien tiene la posesión legal de la misma (UNODC, 2012: 61). Aunque el concepto incluye cualquier tipo de bien, normalmente el delito de *embezzlement* se refiere a dinero (Homer & Byrne, 2023: 193). La distinción con el *theft* que está en el mismo capítulo 30 radica en el hecho de que en este caso el que

sustraer la cosa de otro no la posee legítimamente. Según el informe de evaluación del grado de cumplimiento de la CNUCC, también se pueden incluir los casos de *false pretenses*, esto es, tipos penales que criminalizan la representación falsa de un hecho material con el fin de hacer que una víctima transfiera a otro el título de propiedad. (UNODC, 2012: 61). Asimismo, también se pueden incluir algunos supuestos de fraude penalizados en el título 18 del *US Code*, parte I, capítulo 63, “*Mail fraud and other fraud offenses*”, como las secciones 1341 y 1343, que prohíben el uso de comunicaciones interestatales para promover un plan para defraudar a alguien en su propiedad (UNODC, 2012: 61).

Como puede observarse, los tipos penales del *US Code* que se pueden relacionar con la malversación en el sector privado son muy variados, al igual que las posibles penas a aplicar, que pueden llegar a los 30 años de prisión en el caso de las secciones 656 y 657 y hasta los 20 años de prisión en el caso de las secciones 1341 y 1343.

Por lo que respecta a otras consecuencias derivadas del delito, debe puntualizarse que la legislación estadounidense aplica el decomiso tanto penal como civil. Esta regulación fue considerada por los evaluadores de la CNUCC como más avanzada incluso que la propia Convención, que solo se refiere al decomiso civil como algo opcional (UNODC, 2012: 104).

El título 18 del *US Code* castiga diversas formas de participación en el delito, como la complicidad o la inducción (§ 2), así como la conspiración para delinquir (§§ 371-373). También se castiga la tentativa de algunos delitos, como, por ejemplo, los recogidos en las secciones 1341 y 1343. Además, las *Federal Rules of Criminal Procedure* contemplan situaciones en las que el acusado puede ser considerado culpable por tentativa (UNODC, 2012: 81).

Conforme a la tradición jurídica estadounidense, las personas jurídicas pueden ser penalmente responsables por los delitos cometidos por sus empleados, agentes u oficiales cuando los mismos realicen una conducta delictiva en el marco o con ocasión de sus funciones y en beneficio de la entidad.

El plazo de prescripción para la mayoría de los delitos federales (no capitales) es de cinco años, y comienza a contar desde el momen-

to en que el delito se cometió (*US Code*, título 18, parte II, capítulo 213, sección 3282). Este plazo fue discretamente cuestionado por los evaluadores de la CNUCC, quienes recomendaron una ampliación “para permitir una investigación y enjuiciamiento adecuados” de los delitos de corrupción en tanto que por su naturaleza pasan desapercibidos durante muchos años (UNODC, 2012: 84 y 85), pero por el momento no se han ampliado esos plazos.

### 3.3. Análisis comparado

El sistema español y el sistema federal estadounidense difieren notablemente en cuanto a la tipificación de esas conductas que podrían encajar en el delito que la CNUCC denomina malversación o peculado en el sector privado. Como se ha visto, en España son dos los tipos penales que, claramente, dan cumplimiento a ese mandato de Naciones Unidas: el delito de apropiación indebida y el delito de administración desleal. En EE.UU. no existe a nivel federal un delito que se corresponda exactamente con el delito de malversación o peculado en el sector privado tal como se recoge en el art. 22 CNUCC, aunque algunos tipos penales del título 18 del *US Code* servirían para castigar conductas relacionadas con la corrupción en el sector privado.

Siendo los tipos penales tan dispares, no parece coherente realizar una comparativa de los elementos objetivos y subjetivos del tipo, pues se tipifican cosas diferentes. Como elementos similares únicamente se encuentran dos. En primer lugar, estos delitos se configurarían como delitos especiales, es decir, delitos en los que solo puede ser sujeto activo la persona que reúna las cualidades especificadas en el tipo penal. En segundo lugar, existe cierta similitud en cuanto al objeto material de delito, que no tiene por qué referirse en exclusiva a dinero, sino que puede incluir otros bienes.

También son dispares las penas previstas en uno y otro ordenamiento jurídico. En el caso español, la pena de prisión máxima en el tipo básico es de tres años de prisión; en el tipo agravado, esto es, por ejemplo, cuando el perjuicio supere los 50000 euros, es de 6 años de prisión; y en el tipo hiperagravado, por ejemplo, cuando el perjuicio

supere los 250000 euros, es de 8 años de prisión. En EE.UU., los delitos federales de referencia tienen penas de prisión mucho más elevadas, pudiendo llegar a los 30 años. Los plazos de prescripción también varían. En la legislación española, los tipos básicos de apropiación indebida y de administración desleal prescriben a los 5 años, pero los tipos agravados prescriben a los 10, lo que puede contribuir a la persecución de estos delitos si se descubren mucho tiempo después de cometidos. En la legislación estadounidense todos los delitos referidos prescriben a los 5 años. Por lo que respecta al decomiso, ambas legislaciones permiten tanto el decomiso penal como el llamado decomiso civil, aunque esta última expresión no es de uso común en España, pues el decomiso sin necesidad de condena penal se ha incorporado recientemente a la su legislación. De hecho, en el caso español, el decomiso sin condena solo se permite respecto de un listado cerrado de delitos. En ese listado sí están la apropiación indebida y la administración desleal pero solo en el caso de continuidad delictiva y de reincidencia.

## **4. LA REGULACIÓN EN LOS SISTEMAS LATINOAMERICANOS DE REFERENCIA**

### ***4.1. Argentina***

El CP argentino tipifica entre los delitos contra la propiedad (título VI) los delitos de apropiación indebida y malversación o peculado en el sector privado en el art. 173, apartados 2 y 7 respectivamente. Ambas figuras delictivas se integran en el capítulo VI, “De las estafas y otras defraudaciones”.

En concreto, el art. 173.2 CP castiga al que:

[...] que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver.

Por su parte, el art. 173.7 CP incrimina al:

[...] que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos.

Esta regulación recuerda a la española, reproduciendo, en esencia, sus elementos típicos. Como puede observarse, ambos tipos penales se configuran como delitos especiales en lo que se refiere al sujeto activo. El sujeto pasivo lo será el titular del bien jurídico protegido (el patrimonio), que puede ser tanto una persona física como una persona jurídica. El objeto material del delito de apropiación indebida solo puede ser una cosa mueble que, además, debe haberse recibido en virtud de un título que produce obligación de entregarla o devolverla. El objeto material del delito de apropiación indebida es más amplio, pues se incluye cualquier tipo de bien, esto es, también los inmuebles, así como cualquier interés pecuniario ajeno; y el sujeto activo debe tener a su cargo el manejo, la administración o cuidado de tales bienes o intereses. Tanto el delito de apropiación indebida como el de administración desleal se castigan exclusivamente en su modalidad dolosa, exigiendo el segundo un elemento subjetivo específico como es el ánimo de lucro propio o de un tercero, o el fin de causar daño.

Ambas figuras delictivas se castigan con la misma pena, de prisión de 1 mes a 6 años, lo que diluye en la práctica la distinción existente entre ellas.

Por su parte, el art. 301 CP castiga con pena de 6 meses a 2 años la figura de fraudes al comercio y a la industria en los siguientes términos:

[...] el director, gerente, administrador o liquidador de una sociedad anónima, o cooperativa o de otra persona colectiva que a sabiendas prestare su concurso o consentimiento a actos contrarios a la ley o a los estatutos, de los cuales pueda derivar algún perjuicio. Si el acto importare emisión de acciones o de cuotas de capital, el máximo de la pena se elevará a tres años de prisión, siempre que el hecho no importare un delito más gravemente penado.

Conforme a los arts. 42 y 44 CP se castiga la tentativa de cualquier delito, lo que lleva con carácter general a una disminución de un tercio de la pena; no así los actos preparatorios, que no son punibles en el ordenamiento jurídico-penal argentino, aunque esto se ha considerado conforme a la CNUCC en tanto que el precepto relativo a este tema, el art. 27.3 CNUCC no es de aplicación obligatoria (UNODC, 2013a: 44). Igualmente, el art. 45 CP castiga las diferentes formas de participación en un delito, los cómplices primarios (art. 45: “los que prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse”), los cómplices secundarios (art. 46: “los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo”) y los instigadores (art. 45: “los que hubiesen determinado directamente a otros a cometerlo”).

En virtud del art. 23 CP, la condena por un delito conlleva el decomiso o desapoderamiento definitivo del bien que ha servido para cometer el delito y, en lo que interesa a los efectos de los delitos de apropiación indebida y administración infiel, de las cosas o ganancias que son producto o el provecho del delito en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros. El desapoderamiento de estos bienes deberá ser ejecutado a través de un procedimiento de remate y su producto será entregado a los damnificados con el fin de reparar el daño causado por el delito. Con el decomiso también se busca evitar que el producto o provecho del delito beneficie, en cualquiera de las formas que puedan asumir dichos bienes, a quienes los han perpetrado o los han facilitado (UNODC, 2013a: 55).

Aunque Argentina ha consagrado la responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante la Ley 27401 para los delitos de corrupción que definen su ámbito de aplicación, entre ellos no se encuentran los delitos de apropiación indebida y administración infiel o desleal. Esta exclusión no debe extrañar, pues parece asumir la premisa, como también parece desprenderse de la regulación española, de que, por regla general, será la persona jurídica la perjudicada por la apropiación o desviación de los fondos de los que es titular, incum-

pliendo así la condición requerida para atribuir responsabilidad penal de las personas jurídicas el que el delito les procure un beneficio.

Los delitos de apropiación indebida, administración infiel y fraudes al comercio y a la industria prescriben, según dispone el art. 62 CP, entre los 2 y los 12 años, después de haber transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito (6 años para los delitos de apropiación indebida y administración infiel y 2 años para fraudes al comercio y a la industria). En atención a lo dispuesto en el art. 67 CP, la interrupción se suspende “en los casos de los delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones previas o prejudiciales, que deban ser resueltas en otro juicio. Terminada la causa de la suspensión, la prescripción sigue su curso interrumpe por la comisión de otro delito”. A su vez, la interrupción se interrumpe por la comisión de otro delito, así como por el primer llamado a una persona en el proceso penal para recibirle declaración indagatoria, así como por otras actuaciones procesales que indica también el art. 67.

#### **4.2. *Brasil***

El art. 168 CP brasileño castiga como delito contra el patrimonio (título II) la apropiación indebida (capítulo V), con pena de 1 a 4 años y multa, a quienes se apropien “de bienes muebles ajenos, de los que se tiene posesión”. La pena aumenta en un tercio si el sujeto recibe la cosa: a) en depósito necesario; b) en calidad de tutor, curador, liquidador, albacea, o depositario judicial; c) por razón de oficio, empleo o profesión.

Este delito se configura como un delito especial desde la perspectiva del sujeto activo, quien debe tener la posesión de la cosa o haber recibido la cosa en virtud de un determinado título o por razón de oficio, empleo o profesión. Sujeto pasivo será el titular del patrimonio afectado, ya sea persona física o jurídica. El objeto material del delito solo puede ser un bien mueble, excluyéndose los inmuebles. En el tipo subjetivo, el delito es doloso y no exige ningún elemento específico.

La Comisión de Seguimiento de las disposiciones de la CNUCC recomendó a Brasil considerar la posibilidad de penalizar plenamente todas las formas de malversación o peculado en el sector privado (UNODC, 2015a: 12). En este sentido, se prevé una tipificación que coincide parcialmente con la conducta descrita en el art. 22 CNUCC en el art. 177 CP (capítulo VI, “De la estafa y otros fraudes”), relativo al fraude y al abuso durante la creación y la administración de una empresa. En concreto, en relación con el peculado o malversación en el sector privado, se destacarán las conductas incriminadas en los apartados I a VII del art. 177, parágrafo 1º:

- I. El director, gerente o supervisor de una sociedad anónima, que, en un prospecto, informe, dictamen, balance o comunicación al público o asamblea, haga una declaración falsa sobre las condiciones económicas de la sociedad, u oculta fraudulentamente, total o parcialmente, un hecho relativo a ellos;
- II. El director, gerente o supervisor que promueva, mediante cualquier artificio, un precio falso de las acciones u otros valores de la empresa;
- III. El director o gerente que toma un préstamo de la empresa o utiliza, para beneficio propio o de un tercero, de bienes o haberes sociales, sin autorización previa de la asamblea general;
- IV. El director o gerente que compra o vende, por cuenta de la empresa, acciones emitidas por ésta, excepto cuando la ley lo permita;
- V. El director o gerente que, como garantía de crédito social, acepta acciones de la sociedad misma;
- VI. El director o gerente que, a falta de balance, en desacuerdo con él, o mediante balance falso, distribuye ganancias o dividendos ficticios;
- VII. El director, gerente o supervisor que, por intermedio o en colusión con un accionista, obtenga la aprobación de cuenta o dictamen.

También este es un delito especial en cuanto al sujeto activo, pues solo puede serlo el “director, gerente o inspector de una sociedad anónima”. Sujeto pasivo lo será el titular del patrimonio afectado, que en este caso se limita a un tipo específico de persona jurídica, lo que parece convertirlo en un delito de naturaleza fundamentalmente societaria. Este delito solo se castiga si se comete con dolo.

Las anteriores conductas se castigan con la misma pena, prisión de uno a cuatro años y multa. Además, el art. 14.II CP ordena el castigo de la tentativa, favorecida con una disminución de la pena de uno a dos tercios respecto de la pena correspondiente al delito consumado. No se castigan los actos preparatorios, en la tónica de los sistemas jurídicos latinoamericanos. Por su parte, el art. 29 CP casti-

ga la participación en el delito, que si fuese de menor importancia, podrá llevar a una disminución de la pena de un sexto a un tercio de la pena del delito.

El art. 91 CP dispone, a salvo de los derechos de terceros de buena fe, el decomiso, entre otros conceptos, del producto del delito o de cualquier bien o valor que constituya un beneficio obtenido por el agente con la comisión del delito, incluyendo los bienes o valores equivalentes a estos cuando no fueren encontrados o se hallaren en el extranjero. Con todo, la legislación brasileña no contempla el decomiso sustitutivo y el decomiso ampliado, lo que ha sido objeto de recomendación en el examen de aplicación de la CNUCC (UNODC, 2015a: 8 y 12).

No se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas para estos delitos. En realidad, penalmente únicamente se prevé el castigo de las personas jurídicas por los delitos contra el medio ambiente, rigiéndose su sanción por vía administrativa por delitos de corrupción (Ley 12.846, de 1 de agosto de 2013, sobre responsabilidad administrativa y civil de personas jurídicas por la práctica de actos con la administración pública, nacional o extranjero).

Finalmente, en atención a los plazos previstos en el art. 109, la prescripción de estos delitos será de 8 años, al tratarse de penas superiores a 2 años, pero que no superan los 4 años. Las causas de interrupción de la prescripción (causas procesales que la interrumpen y reincidencia), se contemplan en el art. 117, volviéndose a computar de nuevo el plazo completo de prescripción desde el día de la interrupción.

### **4.3. Chile**

El § VIII (“Estafas y otros engaños”) del título noveno del CP chileno, referido a los delitos contra la propiedad, tipifica los delitos de apropiación indebida y malversación o administración infiel en el art. 470. En relación con el delito de apropiación indebida, recogido en el núm. 1 de dicho precepto, la doctrina ha entendido que encuentra correlato con el delito de malversación de funcionarios públicos del art. 233 et seq. CP (UNODC, 2015c: 21).

Según el art. 470 CP, se castigarán con las penas del art. 467 CP (que oscilan entre presidio menor y máximo y multa de 5 a 30 unidades tributarias mensuales):

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

En cuanto a la prueba del depósito en el caso a que se refiere el art. 2.217 del Código Civil, se observará lo que en dicho artículo se dispone.

La Ley 21121, promulgada el 12 de noviembre de 2018, que modifica el CP y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción, introdujo en el n.º 11 del art. 470 CP el “genuino” delito de administración desleal (Hernández Basualto, 2021: 207), siguiendo con ello la recomendación de incluir tipos penales más precisos para dar cumplimiento al art. 22 de la Convención de Mérida, incluso reconociendo su naturaleza facultativa. Hasta la aprobación de la Ley 21121, las conductas de peculado o administración desleal venían siendo subsumibles, bien en el delito de apropiación indebida, bien en la estafa<sup>11</sup>, dependiendo de si el perjuicio es el resultado de un acto malicioso de un depositario o bien de una maquinación encaminada a una disposición patrimonial (UNODC, 2015c: 4-5, 22).

---

<sup>11</sup> A estos efectos, el art. 473 dispone:

“El que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores de este párrafo, será castigado con presidio o relegación menores en sus grados mínimos y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales. [] En caso de que el patrimonio encomendado fuere el de una sociedad anónima abierta o especial, el administrador que realizare alguna de las conductas descritas en el párrafo primero de este numeral, irrogando perjuicio al patrimonio social, será sancionado con las penas señaladas en el artículo 467 aumentadas en un grado. Además, se impondrá la pena de inhabilitación especial temporal en su grado mínimo para desempeñarse como gerente, director, liquidador o administrador a cualquier título de una sociedad o entidad sometida a fiscalización de una Superintendencia o de la Comisión para el Mercado Financiero. [] En los casos previstos en este artículo se impondrá, además, pena de multa de la mitad al tanto de la defraudación.

Así, con esta Ley de 2018, el n° 11 del art. 470 CP establece:

11. Al que teniendo a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona, o de alguna parte de éste, en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto o contrato, le irrogare perjuicio, sea ejerciendo abusivamente facultades para disponer por cuenta de ella u obligarla, sea ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado.

Si el hecho recayere sobre el patrimonio de una persona en relación con la cual el sujeto fuere guardador, tutor o curador, o de una persona incapaz que el sujeto tuviere a su cargo en alguna otra calidad, se impondrá, según sea el caso, el máximo o el grado máximo de las penas señaladas en el artículo 467.

Ambas figuras delictivas se configuran como tipos penales especiales en lo que se refiere al sujeto activo, pues solo pueden ser cometidos por personas que ostentan determinadas cualidades. En el primer caso, quien haya recibido la cosa en virtud de un título que produce la obligación de entregarla o devolverla. En el segundo, quien tiene a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otro, o de parte de éste, en virtud de la ley, una orden de la autoridad o un acto o contrato. Sujeto pasivo lo será el titular de la cosa o patrimonio ajenos, que podrá ser una persona física o una persona jurídica. En el delito de apropiación indebida, solo puede ser objeto material una cosa mueble, dinero, o una universalidad jurídica cuando se ha entregado en administración un patrimonio completo o un conjunto de bienes que por su naturaleza pueden considerarse una universalidad (en la que se pueden integrarse bienes inmuebles (Matus Acuña & Ramírez Guzmán, 2018: 380 y 382), mientras que en el delito de administración desleal puede recaer sobre la administración exclusiva de un bien inmueble. Ambos delitos se castigan exclusivamente en la modalidad dolosa, y no contienen elementos subjetivos específicos.

Chile castiga las formas imperfectas de ejecución como tentativa (el delincuente da inicio a la ejecución, pero faltan uno o más actos para su cumplimiento) o frustración (el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el delito se consuma, pero esto no se produce por causas ajenas a la voluntad del sujeto (art. 7 CP), con una rebaja en la pena del autor de dos o un grado respectivamente

(art. 51 y 52 CP)<sup>12</sup>. Aunque el CP chileno castiga la conspiración y proposición para cometer un delito, solamente es posible cuando así se prevé expresamente (art. 8 CP), por lo que la ausencia de previsión expresa a tal efecto en los delitos objeto de análisis excluye el castigo de los actos preparatorios.

Por otro lado, el CP chileno castiga ampliamente las formas de participación delictiva, autores, cómplices y encubridores (art. 14), considerándose autores y, en consecuencia, siendo castigados con la misma pena que estos a los instigadores y a quienes colaboran con los autores, ya sea facilitando los medios para cometerlo, bien no impidiendo su comisión (art. 15). Por su parte, la complicidad, regulada en el art. 16, permite castigar a todo el que no pueda considerarse autor, en la medida en que coopere a la ejecución del delito con actos anteriores o simultáneos a su comisión. Si intervienen con posterioridad a la ejecución del delito, se les castiga como encubridores, conforme al art. 17 CP.

La amplitud con la que el sistema penal chileno castiga el *iter criminis* y las formas de participación delictiva permite cubrir una amplia diversidad de hipótesis de casos de apropiación indebida y administrador desleal. Además, una particularidad que ofrece este ordenamiento jurídico frente a otros sistemas penales, dentro y fuera de América Latina, es que, por aplicación de la Ley 20393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que delimitan su ámbito de aplicación, se encuentra el art. 470. En consecuencia, el sujeto activo de un delito de apropiación indebida y administración desleal podrá ser tanto una persona física como una persona jurídica, si bien en este último caso deberán cumplirse las condiciones para hacerlas responsables en los términos que establece el art. 3 Ley 20393, debiéndose acreditar, entre otros aspectos, que el delito se comete en su interés.

En atención a lo dispuesto en los arts. 94 CP chileno y art. 233 Código Procesal Penal (en adelante, CPP), la prescripción de los delitos

---

<sup>12</sup> Existen, a su vez, reglas específicas penológicas para la tentativa y la frustración en caso de crímenes y delitos simples para los cómplices y encubridores (arts. 53 y 54 CP).

de apropiación indebida y administración desleal es de cinco años, plazo que se interrumpe cuando el imputado comete un nuevo delito, y se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él (arts. 96 CP y 233 a) CPP)<sup>13</sup>. El art. 100 CP contempla una regla específica que aumenta la prescripción cuando el imputado huye fuera de territorio chileno, de forma que cada dos días de ausencia se cuenta como uno para el cómputo de la prescripción.

#### 4.4. México

El CP federal no acoge la figura de la apropiación indebida, si bien castiga entre los “Delitos en contra de las personas en su patrimonio” del título vigésimo segundo, capítulo II (abuso de confianza), el delito de abuso de confianza. Conforme al art. 382, se tipifica “[...] al que, con perjuicio de alguien, disponga para sí o para otro, de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio”.

A estos efectos, las penas varían en función del monto del abuso: a) prisión hasta 1 año y multa hasta de 100 veces el salario, cuando el monto no exceda de 200 veces el salario; b) prisión de 1 a 6 años y multa de 100 hasta 180 veces el salario, cuando el monto excede de 200 pero no de 2000; c) prisión de 6 a 12 años y multa de 120 veces el salario, cuando el monto es mayor de 2000.

Por su parte, el art. 383 CP federal asimila a un abuso de confianza a los efectos de la pena determinadas situaciones de depósito judicial.

Al margen de esta provisión legal, y también dentro de los delitos contra el patrimonio del título vigésimo segundo, cobra interés la figura de administración desleal tipificada en el art. 388 CP federal, en el capítulo III (fraude). Según este artículo:

Al que por cualquier motivo teniendo a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos, con ánimo de lucro perjudique al titular de

---

<sup>13</sup> Indica igualmente el art. 96 CP que si una vez suspendida la prescripción, se paraliza la prosecución del procedimiento por tres años o se termina sin condenarle, continúa la prescripción como si no se hubiera interrumpido.

éstos, alterando las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente, o a sabiendas realice operaciones perjudiciales al patrimonio del titular en beneficio propio o de un tercero, se le impondrán las penas previstas para el delito de fraude.

En cuanto a la pena, por remisión al delito de fraude (estafa) del art. 386, las conductas anteriores se castigan con: (a) pena de 3 días a 3 meses o de 30 a 180 días multa, cuando el valor de lo defraudado no excede de 10 veces el salario; (b) prisión de 6 meses a 3 años y multa de 10 a 100 veces el salario, cuando el valor de lo defraudado excede de 10, pero no de 500 veces el salario; (c) pena de prisión de 3 a 12 años y multa de hasta 120 veces el salario, cuando el valor de lo defraudado es mayor de 500 veces el salario. A esto se acompaña, por vía del art. 40 CP federal, el decomiso de las ganancias y de los bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito (con excepción de aquellos sobre los que exista declaratoria de extinción de dominio), lo que también incluye el decomiso por valor equivalente sobre los bienes del o de los responsables cuando los bienes hayan desaparecido o no se encontrasen por causa achacable al o a los responsables delictivos. Quedan fuera de la aplicación de decomiso los bienes que pertenezcan a un tercero o terceros de buena fe.

Ambas figuras delictivas, tanto el delito de abuso de confianza como el delito de administración desleal son delitos especiales en atención al sujeto activo. En el primer caso, se debe haber transmitido a la persona la tenencia de la cosa; en el segundo, la persona debe tener a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos. Sujeto pasivo lo será el titular del bien jurídico afectado, el patrimonio, que en ambos casos podrá ser una persona física o jurídica. El objeto material difiere en un delito respecto del otro, como sucede en la mayoría de los sistemas analizados. En el caso del delito de abuso de confianza solo pueden ser objeto material las cosas muebles, mientras que en el delito de administración desleal se amplía a cualquier tipo de bien ajeno, lo que incluye también los inmuebles. Los dos tipos penales solo se castigan en la modalidad dolosa. Además, en el supuesto de la administración desleal se exige un elemento subjetivo específico, esto es, actual en beneficio de propio o de un tercero.

Como se observa, el delito de administración desleal va más allá de lo recomendado en el art. 22 de la Convención de Mérida, al exigir acreditar un perjuicio al propietario o una conducta perjudicial en los bienes del propietario, lo que a juicio del Informe de seguimiento del cumplimiento de las disposiciones de esta Convención, podría llevar a limitar su ámbito de aplicación (UNODC, 2015b: 45). Además, al configurarse como un delito de fraude, el art. 388 no cubriría los casos de mera utilización de la propiedad sin alterar las cuentas o hacer desaparecer operaciones inexistentes. Es por ello que la Comisión de seguimiento habría recomendado modificar la regulación mexicana al objeto de incluir todos los elementos de la malversación en el sector privado descritos en el art. 22 (UNODC, 2015b: 45).

Conforme al art. 12 CP federal, la tentativa, entendida como realización de todos o parte de los actos ejecutivos no seguido de consumación por causas ajenas a la voluntad del agente, se castiga con carácter general, lo que conduce a una disminución de la pena de hasta dos tercios (art. 63). Además, la participación delictiva también se castiga de forma general ampliamente conforme al art. 13 CP federal, tipificando junto a las distintas formas de autoría (autoría directa, coautoría, autoría mediata) y participación (instigadores, colaboradores y cómplices), el acuerdo o preparación de la ejecución del delito. No obstante, únicamente para los instigadores, colaboradores y cómplices el art. 64 bis ordena imponer una pena de hasta las tres cuartas partes del correspondiente delito, en función de la modalidad de participación.

Además, pueden ser sujetos activos del delito de administración desleal del art. 388 CP federal tanto las personas físicas como las personas jurídicas, en este último caso en virtud de lo dispuesto en el art. 11 bis CP federal y, particularmente, en el art. 422 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP). Para ello, habrá de cumplirse las condiciones que establece este último precepto, lo que lleva principalmente a requerir que el delito se cometa en su beneficio o a través de los medios que la entidad proporcione.

La prescripción de los delitos de apropiación indebida y administración desleal del sistema jurídico mexicano se somete a los plazos de prescripción que establecen los arts. 102 et. seq. CP federal. En

concreto, para estos delitos corresponde un plazo que será igual al término medio aritmético de la pena privativa de la libertad que señala la ley para el delito de que se trate, pero en ningún caso será menor de 3 años (art. 105), lo que implica un plazo de prescripción que oscila entre los 3 y los 7 años en atención a la penas mínimas y máximas que se les asigna. Ahora bien, debe tenerse presente que los plazos de la prescripción se duplican respecto de quienes se encuentren fuera del territorio nacional mexicano, si por dicha circunstancia no es posible realizar una investigación, concluir un proceso o ejecutar una sanción (art. 101 CP federal). Solo se interrumpe la prescripción por las actuaciones que se practiquen en la averiguación del delito y de los delincuentes (art. 110 CP federal), lo que se interpreta por las autoridades mexicanas como investigación formal (UNODC, 2015b: 72).

#### 4.5. *Perú*

El CP peruano tipifica entre los delitos contra el patrimonio (título V) el delito de “apropiación ilícita común” en el art. 190 (capítulo III), el cual señala lo siguiente:

El que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Si el agente obra en calidad de curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial o en el ejercicio de una profesión o industria para la cual tenga título o autorización oficial, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Cuando el agente se apropia de bienes destinados al auxilio de poblaciones que sufren las consecuencias de desastres naturales u otros similares la pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años.

En el capítulo VI, todavía entre los delitos contra el patrimonio, se tipifica el fraude en la administración de personas jurídicas (arts. 198 y 199). En concreto, la administración fraudulenta se incrimina en el art. 198:

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, el que, ejerciendo funciones de administración o representación de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes:

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

Ambos tipos penales se configuran como delitos especiales. En el primer caso, solo puede ser sujeto activo la persona que ha recibido el bien, el dinero o el valor en virtud de un título que produce obligación de entregarlo, devolverlo o hacer con él un uso determinado. En el segundo caso, solo puede ser sujeto activo la persona que ejerza funciones de administración o representación de una persona jurídica. El sujeto pasivo es el titular del patrimonio afectado, que en el caso del delito de apropiación indebida puede ser una persona física o jurídica, pero en el caso del delito de administración desleal solo lo puede ser una persona jurídica, a diferencia de lo que suele ser lo común en otros ordenamientos jurídicos. El objeto material en el primer delito es un bien mueble o un valor. En el segundo delito, el objeto material es más amplio, incluyéndose, por ejemplo, los bienes inmuebles. Las dos figuras delictivas se castigan únicamente en la modalidad dolosa, no siendo punible la imprudencia. En el caso de

la apropiación indebida se exige un elemento subjetivo específico, el *animus rem sibi habendi* (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria, R.N. 1891-2001, Arequipa).

La tentativa del delito se castiga de manera general en el CP peruano conforme al art. 16. En los casos de delitos intentados el juez castigará “disminuyendo prudencialmente la pena”, salvo que no fuera posible la consumación del delito “por ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto” (art. 17: tentativa impune). Asimismo, el CP peruano castiga las formas de participación, en concreto, la instigación (art. 14), que se castiga con la misma pena del autor, y la complicidad primaria y secundaria (art. 15). En el primer caso, el partícipe recibe la misma pena del autor; en el segundo caso se le disminuye prudencialmente la pena. La legislación penal peruana no castiga los actos preparatorios. La evaluación realizada al país sobre el grado de cumplimiento de la CNUCC recomendó, precisamente, el castigo de los actos preparatorios (UNODC, 2013b: 8 y 66).

El art. 102 del CP peruano ordena el decomiso de los instrumentos y de los efectos o ganancias del delito, cualesquiera transformaciones que hayan experimentados. También se prevé el decomiso por valor equivalente.

Perú ha optado por sancionar administrativamente a las personas jurídicas por delitos de corrupción, si bien el art. 105 CP ordena al juez imponer alguna o algunas de las consecuencias accesorias (clausura, disolución, suspensión de actividades, prohibición de actividades y multa, y en todo caso intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores y acreedores de la entidad) cuando el delito se comete en el ejercicio de su actividad o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo.

El delito de apropiación ilícita común prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena privativa de libertad fijada por la ley para el delito, según el art. 80 CP peruano, esto es, a los 4, 6 o 10 años en función de la modalidad que tipifica el art. 190, respectivamente. Por su parte, el plazo de prescripción de la administración fraudulenta es de 5 años. En todo caso, la prescripción se interrumpe por las actua-

ciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, o por la comisión de un nuevo delito doloso (art. 83).

#### 4.6. Análisis comparado

Todos los países latinoamericanos de referencia en este capítulo prevén en sus ordenamientos jurídicos tipos penales que castigan esas conductas que el art. 22 CNUCC denomina malversación o peculado en el sector privado. Los cinco países distinguen, sin entrar en especificaciones sobre tipos atenuados o agravados, dos modalidades delictivas, como también lo hace la legislación española, analizada *supra* 3.1: las conductas de apropiación indebida de cosas muebles ajenas, y las conductas de administración desleal o fraudulenta de patrimonios ajenos.

Por lo que respecta al delito de apropiación indebida, en los cinco sistemas analizados, como también en España, se configura como un delito especial, puesto que solo lo puede cometer quien previamente tienen la legítima posesión de la cosa, pero no la propiedad, porque la ha recibido por un título que le obliga a devolverla o entregarla. Los distintos preceptos mencionan, a modo de ejemplo, alguno de esos títulos, como el depósito o la comisión, aunque también se aprecia que en ocasiones el título de administración se incluye, expresamente, en el delito de apropiación indebida, como ocurre en Argentina, Chile y Perú, con la particularidad de que Perú es el único país de todos los sistemas jurídicos analizados donde ambos delitos se castigan con distinta pena. También este último país agrega, además, el hecho de haber recibido la cosa “para hacer un uso determinado”. La conducta típica se suele identificar con el verbo apropiar. En ninguno de los cinco sistemas se castiga el hecho de negar haber recibido la cosa, como sí lo hace España. Normalmente se exige el perjuicio para el titular del bien jurídico, el patrimonio ajeno, aunque no lo prevén así el ordenamiento brasileño y el peruano. En todos los ordenamientos se castiga solo la modalidad dolosa, no la imprudente. Y, en general, se exige un elemento subjetivo específico como es el ánimo de lucro o el *animus rem sibi habendi*.

El delito de administración desleal, por su parte, no es tan similar en los ordenamientos de referencia. Todos comparten el hecho de

que se trata de un delito especial por razón del sujeto activo. En el caso de Argentina y Chile, al igual que España, el sujeto debe estar a cargo de la gestión del patrimonio ajeno por disposición de la ley, de la autoridad o de un acto jurídico, como en el caso español. México amplía esta exigencia a “por cualquier motivo”. Brasil, sin embargo, limita la realización de este delito de administración desleal a quien es director, gerente o supervisor de una sociedad anónima, en la línea de la incriminación del *embezzlement* del *US Code*, aunque en este último caso también se exige que, además, el sujeto activo disponga del objeto material por razón de su cargo. Perú solo considera sujeto activo a quien tenga funciones de administración o representación de una persona jurídica. Esto implica que en Brasil y en Perú solo puede ser sujeto pasivo del delito de administración desleal una persona jurídica (en el caso concreto de Brasil, una sociedad anónima), pero no una persona física, lo que parece configurar este delito fundamentalmente como delito societario, similar a la regulación española anterior a la reforma del CP de 2015 y a los textos internacionales que se refieren a esta materia. El art. 22 CNUCC, aunque no especifica la conducta típica (lo que permite integrar tanto supuestos de apropiación indebida como de administración desleal), define sujeto activo con una doble condición: (a) tratarse de una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella; y (b) tenga confiados los bienes, fondos, títulos privados o cualquier otra cosa de valor por razón de su cargo. Delimitación similar que prevé la Propuesta de directiva anti-corrupción, al exigir que el sujeto tenga cualquier posición en una entidad del sector privado y, cumulativamente, tener encomendadas facultades de disposición sobre los bienes.

En esta misma línea, una diferencia reseñable de los sistemas jurídicos analizados es la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a una persona jurídica, pues no siempre tiene por qué ser perjudicada por estos delitos, sino beneficiada por su comisión. Únicamente EE.UU, Chile y México permiten considerarla como sujeto activo. Ello sin perjuicio de la posible responsabilidad por vía administrativa en que pudieran incurrir conforme a su legislación doméstica en los países donde no se ha consagrado la responsabilidad penal de la persona jurídica o no se prevé para los delitos de apropiación indebida y administración desleal.

En todos los países analizados, este delito solo se castiga en su modalidad dolosa. Y algunos, como Argentina y México exigen un elemento específico, como el ánimo de lucro.

Las penas de cada delito difieren notablemente de unos ordenamientos a otros, aunque en todos se prevé la imposición de penas de prisión. En algunos, además, se agrega la multa. Se puede ver la comparativa de penas por países en la tabla 1, en el epígrafe 5.2. Asimismo, en la tabla 2, ubicada también en dicho epígrafe se puede ver la comparativa por países en relación con la regulación de otras cuestiones que también se exigen en la CNUCC (castigo de la tentativa, las formas de participación y los actos preparatorios, decomiso, prescripción y responsabilidad de las personas jurídicas por estos delitos).

## 5. EL SISTEMA COLOMBIANO

### 5.1. *Desarrollo normativo*

El CP colombiano tipifica entre los delitos contra el patrimonio económico (título VII), los delitos de abuso de confianza y de administración desleal. Ambas figuras delictivas se ubican en el capítulo V. En los arts. 249 y 250 se tipifican, respectivamente, los delitos de abuso de confianza y de abuso de confianza calificado; y en el art. 250-B se castiga la administración desleal.

En concreto, art. 249 castiga “[a]l que se apropie en provecho suyo o de un tercero, de cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por un título no traslativo de dominio”.

El mismo precepto también castiga los casos en los que “no hubiere apropiación sino uso indebido de la cosa con perjuicio de tercero”.

El tipo agravado del art. 250 se aplica cuando la conducta se comete:

1. Abusando de funciones discernidas, reconocidas o confiadas por autoridad pública.
2. En caso de depósito necesario.
3. Sobre bienes pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la totalidad o la mayor parte, o recibidos a cualquier título de éste.

4. Sobre bienes pertenecientes a asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales.

El art. 250-B castiga

[a]l administrador de hecho o de derecho, o socio de cualquier sociedad constituida o en formación, directivo, empleado o asesor, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraiga obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios.

Este precepto, que reproduce el contenido del antiguo delito societario de administración desleal del CP español (derogado con la reforma de 2015), fue adicionado por la Ley 1474 de 2011, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública (ley conocida como Estatuto anticorrupción). Esta norma vino a dar cumplimiento a las disposiciones de la CNUCC, entre ellas, el art. 22 CNUCC, pues la regulación penal hasta el momento en Colombia solo contemplaba el delito de abuso de confianza, que no albergaba todas las conductas que pueden encajar en el concepto de malversación o peculado en el sector privado (Osorio Chacón, 2013: 376; Prieto Larrotta, 2022: 622).

Ambos tipos penales recogen delitos especiales en lo que al sujeto activo respecta. Así, en el delito de abuso de confianza, solo puede ser sujeto activo quien ha recibido la cosa por un título no traslativo de dominio. El delito de administración desleal queda restringido al ámbito societario pues solo puede ser cometido por quien sea administrador de hecho o de derecho, o por un socio, de cualquier sociedad constituida o en formación. Como sujeto pasivo de este delito aparece el titular del patrimonio afectado, que en el primer caso podrá ser persona física o jurídica, pero en el segundo caso solo lo podrá ser una persona jurídica. El objeto material del delito de abuso de confianza se restringe, como es habitual en otros sistemas jurídicos, a cosas muebles ajenas. En el delito de administración desleal no existe esta restricción, por lo que caben también los bienes inmuebles. Ambos delitos se castigan únicamente en la modalidad dolosa, y ambos exigen un elemento subjetivo específico, como es el ánimo de lucro, propio o ajeno. Este elemento subjetivo específico parece

eliminar la posibilidad de que el delito se pueda cometer con dolo eventual (Sintura Varela & Bernate Ochoa, 2013: 502).

Con respecto a las penas para estos delitos, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos estudiados, en el caso colombiano, la apropiación indebida y la administración desleal tienen penas diferentes. El tipo básico de apropiación indebida se castiga con una pena de prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses y multa de trece puntos treinta y tres (13.33) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si el valor de la cosa mueble no excede de diez (10) salarios mínimos legales, entonces la pena de prisión será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses y la pena de multa será de hasta de quince (15). El tipo atenuado, es decir, cuando no hubiere apropiación sino uso indebido de la cosa con perjuicio de tercero, la pena se reducirá en la mitad. Para el tipo agravado, la pena será de prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses, y la multa será de cuarenta (40) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes. El delito de administración desleal, por su parte, se castiga con una pena de prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De acuerdo con el art. 29 del CP colombiano se castiga la tentativa con una pena “no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada”. También se castiga, conforme al art. 30 del texto punitivo, dos formas de participación, a saber, el determinador y el cómplice. El primero recibe la misma pena del autor. El segundo recibe la pena de la infracción disminuida de una sexta parte a la mitad. No se castigan los actos preparatorios, aunque la Comisión de Seguimiento de la CNUCC lo recomendó (UNODC, 2014: 92).

Según el art. 100 CP, procederá el decomiso de los instrumentos, efectos y, en lo que a los efectos de estos delitos interesan, bienes que pertenezcan al responsable y sean utilizados para el delito o que provengan de su ejecución. No se prevé legalmente el comiso de bienes sustitutos o de valor equivalente.

Colombia no ha reconocido, por el momento, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, habiendo optado por su sanción ad-

ministrativa por delitos de corrupción (leyes 2195 de 2022 y 1778 de 2016). En consecuencia, solo las personas físicas podrán ser sujetos activos de los delitos de apropiación indebida y administración fraudulenta.

En cuanto a la prescripción, estos delitos prescriben en un tiempo igual al máximo de la pena privativa de libertad fijada en el CP, que en ningún caso será inferior a 5 años ni excederá de 20 (art. 83). Hay que tener en cuenta que el término de la prescripción aumenta en su mitad en caso de servidores públicos y de particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores, pero nada se prevé respecto de agentes privados que gestionen fondos privados. La prescripción se interrumpe con la formulación de la imputación, volviendo a comenzar a correr un plazo de prescripción por un tiempo igual a la mitad del que se establezca, según el delito, en el art. 83, y que no podrá ser inferior a 5 años ni superior a 10 (art. 86).

## **5.2. Fortalezas y debilidades**

La regulación de Colombia en materia de malversación en el sector privado cumple con las exigencias del art. 22 CNUCC, como la propia Comisión de Seguimiento de la Convención indicó en su momento (UNODC, 2014: 65). Como se ha explicado en el epígrafe anterior, el CP colombiano recoge dos delitos que se corresponden con aquello que pretender criminalizar la CNUCC en el ámbito privado: la apropiación ilícita de bienes muebles ajenos y la gestión fraudulenta de patrimonios ajenos.

Ambas figuras delictivas del ordenamiento colombiano se asemejan a las que se contemplan a los ordenamientos de los países de referencia en este trabajo. Respecto del primer delito, el de apropiación indebida, que en el CP colombiano se denomina “abuso de confianza”, como el CP federal de México, debe indicarse que, como en todos los ordenamientos analizados, se configura como un delito especial pues es necesario que el sujeto activo haya recibido la cosa en virtud de un título no traslativo de dominio. Y como sucede en todos los sistemas, el sujeto pasivo —el titular del patrimonio— puede ser una persona física o una persona jurídica. Igualmente, coincide con el resto de re-

gulaciones en lo concerniente al objeto material, que se limita a cosas muebles ajenas. Coincide también con otros ordenamientos, como el brasileño, el mexicano o el peruano, en la no exigencia expresa de un perjuicio, que si es necesario en los ordenamientos argentino, chileno y español. También es igual al resto de países de referencia el tipo subjetivo del art. 250-B CP colombiano, que exige dolo y un elemento subjetivo específico, el *animus rem sibi habendi*.

La regulación colombiana difiere de otras, sin embargo, en los tipos atenuado y agravado. Por ejemplo, el CP colombiano castiga con menos penas esos supuestos en los que el autor no se apropia de la cosa ajena, sino que simplemente hace un uso indebido de ella, siempre en perjuicio de un tercero. En el resto de ordenamientos, los tipos atenuados normalmente se relacionan con el valor de la cosa. Tal es el caso de España, por ejemplo, que aplica el delito leve de apropiación indebida cuando el valor no excede de 400 euros. También se centran en el monto de la cosa los ordenamientos chileno y mexicano. El tipo agravado del CP colombiano tiene diferencias y similitudes con otros ordenamientos. Por ejemplo, al igual que el CP de Brasil, en Colombia se agrava la pena si la cosa mueble ajena se ha entregado como depósito necesario. Además, como sucede en sistemas como el chileno, el mexicano o el español, en Colombia también se agrava la pena por razón de valor de la cosa (así, según el art. 267 del CP colombiano, la agravación se produce cuando el valor supere los cien salarios mínimos y es aplicable a todos los delitos contra el patrimonio económico).

Por lo que respecta al delito de administración desleal o fraudulenta, se observan también diferencias y similitudes con el resto de legislaciones, aunque quizá aquí sean más las diferencias. Cuestión común es el hecho de que el delito se configure como un tipo penal especial por razón del sujeto activo. Sin embargo, las cualidades específicas exigidas a las personas para ser sujetos activos no son las mismas. Por ejemplo, en el caso de Chile o España se exige que el sujeto activo tenga en comendada la gestión de un patrimonio ajeno por ley, por la autoridad o por un negocio jurídico (y en el caso de México, “por cualquier motivo”). En Colombia, sin embargo, como en Argentina, Brasil y Perú se exige que el sujeto activo sea administrador de una sociedad, como sucedía en la legislación española

antes de la reforma realizada en el año 2015 y se adscriben, además, los textos internacionales en la materia, según se ha visto *supra* en el análisis comparado de los sistemas jurídicos latinoamericanos de referencia. Esto tiene como consecuencia que en el primer grupo de países pueden ser sujetos pasivos del delito tanto las personas físicas como las jurídicas, que sean titulares del patrimonio administrado, mientras que, en el segundo grupo, al configurarse como un delito societario, solo lo puede ser una persona jurídica. Además, Colombia no reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas (pero sí administrativa por delitos de corrupción). En el delito de administración desleal también se encuentra una importante diferencia en el tipo subjetivo pues el CP colombiano exige un elemento subjetivo específico: el ánimo de lucro propio o ajeno, que no se exige en ninguna otra legislación de referencia salvo en la mexicana.

Quizá la diferencia más llamativa entre la regulación colombiana y la del resto de países es que Colombia castiga con distinta pena estas dos modalidades delictivas, como se puede observar en la tabla 1. Solo Perú mantiene esta distinción que en otros países (Argentina, Brasil, España, México) ya no se observa.

**Tabla 1. Penas para los delitos de apropiación indebida y administración desleal en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, España, México y Perú**

País	Penas	
	Apropiación indebida	Administración desleal
Argentina	Art. 173.2. Prisión de 1 mes a 6 años	=
Brasil	Art. 168. Prisión de 1 a 4 años y multa. Tipo agravado: se aumenta la pena de prisión en un tercio.	=
Chile	Art. 470.1. Las penas oscilan entre presidio menor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado mínimo, y multa en diversas cuantías en función del perjuicio.	=
Colombia	Art. 249. Tipo básico: prisión de 16 a 72 meses y multa de 13.33 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Tipo atenuado: prisión de 16 a 36 meses y multa de hasta de 15. Tipo atenuado por uso indebido: pena reducida la mitad. Tipo agravado: prisión de 48 a 108 meses, y multa de 40 a 750 salarios mínimos legales mensuales vigentes.	Art. 250-B. Prisión de 4 a 8 años y multa de diez (10) hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes

País	Penas	
	Apropiación indebida	Administración desleal
España	Art. 253. Tipo básico: prisión de 6 meses a 3 años. Tipo agravado: prisión de 1 a 6 años y multa de 6 a 12 meses. Tipo hiperagravado: prisión de 4 a 8 años y multa de 12 a 24 meses. Delito leve: multa.	=
México	Art. 382. Las penas varían en función del monto del abuso: prisión hasta 1 año y multa de 100 veces el salario, cuando el monto no exceda de 200 veces el salario; prisión de 1 a 6 años y multa de 100 hasta 180 veces el salario, cuando el monto excede de 200 pero no de 2000; prisión de 6 a 12 años y multa de 120 veces el salario cuando el monto es mayor de 2000.	=
Perú	Art. 190. Prisión de 2 a 4 años. Tipo agravado: prisión de 3 a 6 años. Tipo hiperagravado: prisión de 4 a 10 años	Art. 189. Prisión de 2 a 5 años y multa de 180 a 365 días-multa.

Fuente: elaboración propia.

Para la comparativa del resto de *items* (castigo de la tentativa, formas de participación y actos preparatorios; prescripción, decomiso y responsabilidad penal de las personas jurídicas por estos delitos), se puede ver la tabla 2. Los países de referencia castigan sin excepción la tentativa y diversas formas de participación en un delito. Los actos preparatorios, sin embargo, no se castigan en todos los países. Tampoco la CNUCC exige su castigo, sino que solo se lo plantea a los Estados como una opción. Todos los sistemas prevén el decomiso o figuras similares, como la extinción de dominio, para privar a los responsables de las ganancias ilícitas. Los plazos de prescripción son muy dispares, pero, en general, son lo suficientemente amplios (al menos, en los tipos básicos y agravados) como para permitir la persecución de estos delitos y no favorecer la impunidad de los responsables. Además, todos ellos contemplan normas sobre la interrupción de la prescripción, generalmente con el acto de imputación penal o la reiteración delictiva, volviendo por regla a comenzar el plazo de prescripción desde un inicio o con un plazo específico lo suficientemente amplio para evitar la impunidad, como sucede en Colombia.

También se observan divergencias en el tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tema al que se dedican otros volúmenes de esta colección. Colombia y Perú no han previsto un sistema de responsabilidad penal, sino administrativa. Brasil lo ha previsto, pero de manera muy limitada, solo para los delitos medioambientales, pero no para los delitos de corrupción, que se sancionan desde el Derecho administrativo. Argentina, Chile, España y México, que sí han incorporado a sus legislaciones penales la responsabilidad de las personas jurídicas con un sistema *de numerus clausus*, también difieren en cuanto al tratamiento de estos delitos, pues en Argentina y España estos delitos no están dentro del listado atribuible a entes con personalidad jurídica, mientras que sí lo están en Chile y México. En todo caso, en estos países es difícil imaginar que una persona jurídica vaya a responder por estos delitos pues, normalmente, la persona jurídica será la perjudicada en su patrimonio, por lo que no se cumpliría el requisito de que se vea beneficiada, para poder hacerla así responsable.

**Tabla 2. Comparativa del castigo de la tentativa, las formas de participación y los actos preparatorios, regulación de decomiso, la prescripción y la responsabilidad de las personas jurídicas por delitos de apropiación indebida y administración desleal en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, España, México y Perú**

País	Castigo de la tentativa	Castigo de la participación	Castigo de la preparación	Decomiso	Prescripción	Responsabilidad penal de personas jurídicas
Argentina	Sí	Sí	No	Sí	De 2 a 12 años	No se prevé para estos delitos
Brasil	Sí	Sí	No	Sí	8 años	No se prevé para estos delitos
Chile	Sí	Sí	Sí. Previsión expresa	Sí	5 años	Sí se prevé para estos delitos
Colombia	Sí	Sí	No	Sí	Misma duración que la pena privativa de libertad máxima	No se prevé responsabilidad penal de las personas jurídicas en general

País	Castigo de la tentativa	Castigo de la participación	Castigo de la preparación	Decomiso	Prescripción	Responsabilidad penal de personas jurídicas
España	Sí	Sí	Sí. Previsión expresa	Sí	Tipo básico: 5 años. Tipo agravado: 10 años. Delito leve: 1 año	No se prevé para estos delitos
México	Sí	Sí	Sí	Sí	Entre 3 y 7 años.	Sí se prevé para estos delitos
Perú	Sí	Sí	No	Sí	Misma duración que la pena privativa de libertad máxima	No se prevé responsabilidad penal de las personas jurídicas en general

Fuente: elaboración propia.

## 6. CONCLUSIONES

Este capítulo pretendía responder al interrogante de si y en qué manera los tipos penales de malversación o peculado en el sector privado pueden dar una respuesta idónea al fenómeno de la corrupción asociada al COT en América Latina, en general, y Colombia, en particular.

Del análisis realizado en las páginas anteriores se colige que estos dos tipos penales podrían tener una importancia relativa en la lucha contra la corrupción, tanto la pública como la privada. Eso es así desde una perspectiva de que las conductas que aquí se han analizado en ocasiones aparecerán como delitos instrumentales para perpetrar los delitos de cohecho en el sector público o de corrupción en el sector privado.

El ejemplo más evidente puede ser aquel en el que el administrador de un patrimonio ajeno, como puede ser el patrimonio de una sociedad, destine parte de este al pago de un soborno, siempre que eso genere un perjuicio al patrimonio administrado, requisito que se exige en todos los ordenamientos analizados. Estaríamos en este caso ante un delito de administración desleal, que sería el delito-medio

para cometer el delito-fin, que sería el delito de cohecho en el sector público o la corrupción privada. Es decir, nos hallaríamos ante una concurrencia de conductas delictivas que habrían de resolverse en cada sistema por las normas sobre los concursos de delitos. También podrían tener cabida en este escenario las decisiones de atribuirse sueldos millonarios y jubilaciones doradas, con quebranto del deber de lealtad para la entidad. Esta hipótesis resulta coherente con los sistemas jurídicos analizados que, incluso habiendo consagrado la responsabilidad penal de las personas jurídicas, excluirían su previsión a estos delitos, en la medida en que la entidad titular del patrimonio perjudicado, en definitiva, los accionistas o socios, serían los afectados por el delito. De otra forma, se está ante un ámbito delictivo de atribución de responsabilidad a los administradores por el perjuicio causado a la propia entidad y, por ello, a los accionistas o socios cuyo patrimonio gestionan. Pero esta interpretación no tiene en cuenta que en el mundo societario es altamente frecuente, sobre todo cuanto mayor es la corporación, que una persona jurídica se nombre administradora de otra persona jurídica y que, a través de sus administradores o directivos puede también cometer estos delitos.

Lo anterior abre la puerta a la íntima conexión entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal con el fenómeno de la corrupción pública y privada, incluida la asociada al COT, a la luz de su caracterización como delitos societarios a la que parece adscribirse los textos internacionales universales y regionales en la materia y que algunos ordenamientos jurídicos han seguido en la incriminación de estas conductas. No hay que olvidar que uno de los factores que ha conducido sistemáticamente a las graves crisis financieras vividas ha tenido su origen en la asunción de muy altos riesgos de las entidades bancarias y financieras en la gestión del patrimonio privado ajeno que han tenido encomendados sus cargos de gestión, que realizando operaciones especulativas con fondos de dudosa procedencia (compra de activos tóxicos, concesión de préstamos para dudosas operaciones en condiciones especiales o sin una correcta evaluación del riesgo que, en muchas ocasiones, conectaban con tramas de corrupción pública o privada). Las graves consecuencias económicas, políticas y sociales a que han conducido estas situaciones pusieron en el epicentro del debate tanto la necesidad de establecer reglas de funcionamiento del mercado, especialmente en el ámbito

de la actividad financiera (Righi, 2020: 4), como particularmente la necesidad de implementar en el ámbito de las empresas sistemas de *compliance*.

A pesar de lo anterior, en ninguno de los sistemas jurídicos analizados se recogen especificidades en los tipos penales de apropiación indebida y de administración desleal relacionadas con la corrupción en el ámbito público o en el privado.

## **7. RECOMENDACIONES PARA AMÉRICA LATINA Y COLOMBIA**

Tal y como se ha expuesto, todos los sistemas jurídicos de referencia analizados, incluida Colombia, incorporan provisiones penales que tipifican los delitos de apropiación indebida y administración desleal, a pesar de que la CNUCC regula el peculado en el sector privado entre las disposiciones que son de cumplimiento facultativo por los Estados. No obstante, del análisis realizado en este capítulo, se ofrecen algunas recomendaciones, en general para el ámbito de América Latina, y en particular para Colombia.

### ***7.1. Recomendaciones para América Latina***

1. Se recomienda a los países del entorno latinoamericano valorar la conveniencia de eliminar el ánimo de lucro como requisito de naturaleza subjetiva en la incriminación del delito de administración desleal. La exigencia de este elemento en los sistemas nacionales que así lo prevén no parece estar en la línea con la tónica general del resto de regulaciones del entorno. Además, es un requisito disfuncional para la persecución y castigo de estas conductas, pues favorecen la impunidad del hecho en supuestos de administración desleal en los que no consta o se acredita el ánimo de lucro, pero sin embargo sí se produce un perjuicio al patrimonio ajeno administrado y, por ende, al bien jurídico protegido.

2. En el caso de Perú, se recomienda unificar las penas de los delitos de apropiación indebida y administración desleal, vía que han

seguido el resto de países del ámbito latinoamericano objeto de análisis, así como España.

3. Lo anterior abre la puerta a valorar en aquellos ordenamientos jurídicos que restringen el ámbito de punición del delito de administración desleal al ámbito societario, particularmente en Brasil y Perú, la tipificación igualmente de la gestión desleal de todo patrimonio ajeno. Aunque existiría una estrecha conexión entre esta figura delictiva y la corrupción pública y privada fundamentalmente cuando se trata de la gestión de corporaciones, no existe razón para dejar fuera de la protección penal el patrimonio de cualquier persona física frente a los abusos y excesos en la administración encomendada a un tercero.

4. En el caso específico de Argentina sería conveniente que la regulación penal de los delitos de apropiación indebida y administración desleal estableciese distintos niveles de penalidad en función del monto del perjuicio causado, en línea con las previsiones agravatorias, y en algún caso, atenuante en atención a la menor relevancia del perjuicio ocasionado, que contienen el resto de legislaciones penales del entorno latinoamericano. Aunque Perú contiene una tipificación y castigo del delito de apropiación indebida en esta dirección, esta recomendación se hace extensible a la penalidad asignada al delito de administración desleal, que hace distinción de la penalidad en función del perjuicio ocasionado al patrimonio administrado.

5. Aunque la CNUCC no obliga al castigo de los actos preparatorios en los delitos de corrupción, los sistemas latinoamericanos deberían seguir reflexionando sobre la conveniencia de alcanzar un consenso de mínimos en cuanto al castigo de los actos preparatorios, únicamente punibles en México y en Chile. En este último caso conforme a un sistema de previsión expresa en el que se incluyen las figuras delictivas objeto de análisis comparado en este capítulo.

6. En el contexto del fenómeno de la corrupción y la estrecha conexión existente entre conductas de peculado, fundamentalmente en relación con entidades financieras y bancarias, con tramas de corrupción privada y pública, las personas jurídicas se convierten en una de las principales actoras de estos delitos. Por ello, los ordenamientos jurídicos nacionales que reconocen la responsabilidad penal

de las personas jurídicas deberían incluir en su ámbito de aplicación estos delitos, particularmente en el caso de Argentina y Brasil. De igual manera, en aquellos sistemas nacionales que, al menos por el momento, no reconocen el castigo penal de las personas jurídicas, deben asegurarse de que la vía administrativa que las sanciona por delitos de corrupción también se aplique a los delitos de peculado.

## **7.2. Recomendaciones para Colombia**

1. En la misma línea que se recomienda, en general, en el ámbito de América Latina, debería revisarse en la legislación colombiana la tipificación del delito de administración desleal para suprimir de entre sus elementos típicos la exigencia de ánimo de lucro, dado que la necesidad de acreditar dicho requisito podría favorecer la impunidad del hecho cuando no consta o no es posible su acreditación, a pesar de que se produce un claro perjuicio al patrimonio ajeno administrado y al bien jurídico.

2. Sería conveniente que Colombia valorase la posibilidad de unificar las penas de los delitos de apropiación indebida y administración desleal, para lo que igualmente debería valorarse que el delito de administración desleal ampliara su ámbito de punición a todo supuesto de administración desleal de patrimonio ajeno, y no exclusivamente en el ámbito societario.

3. Siguiendo la misma recomendación que se ha realizado en el caso peruano, debería revisarse el CP colombiano para que las conductas de administración desleal se castiguen en relación con cualquier patrimonio ajeno, tanto si su titular son sociedades o personas jurídicas como personas físicas, puesto que no se encuentra la razón por la que estas últimas queden fuera del ámbito de protección de esta figura delictiva.

4. Colombia debería seguir reflexionando sobre la conveniencia de consagrar la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de corrupción, en los que tengan cabida los delitos de apropiación indebida y administración desleal. La Ley 2195 que permite sancionar administrativamente a las personas jurídicas por delitos de corrupción no integra en su ámbito de aplicación estos delitos, por lo

que consideramos que debería reformarse su contenido para darles cabida.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### *Doctrina*

- Castro, A. (1998). *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*. Madrid: Marcial Pons.
- Gálvez, Aixa. (2020). “El delito de administración desleal (artículo 252 CP)”. En Bustos Rubio, Miguel & Abadías Selma, Alfredo. *Una década de reformas penales. Análisis de diez años de cambios en el Código Penal (2010.2020)*. Bosch Editor. Pp. 453-476.
- Gómez, J. (2001). *Curso de derecho penal de los negocios a través de casos: reflexiones sobre el desorden legal*. Madrid: Colex.
- Hernández, N. (2021). “Chile”. En Olasolo, Héctor; Buitrago Díaz, Esperanza; Mané Granados, Carmen Suleika & Sánchez Sarmiento, Andrés (coords.). *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción. Particular atención al ámbito iberoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 195-236.
- Homer, E & Byrne, M. (2023). “Embezzlement”. En Hummer, Don & Byrne, James M. (ed.). *Handbook on crime and Technology*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Limited. Pp. 193-212.
- Martínez, C. (2001). *El delito societario de administración desleal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez, C. (2016). *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Matus, J. & Ramírez. (2018). *Manual de Derecho Penal chileno. Parte especial*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz, F. (2023). *Derecho penal. Parte especial*. 24ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Osorio, A. (2013). “El soborno y la malversación pública y privada en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción y en el Estatuto Anticorrupción”. En Sintura Varela, Francisco J. & Rodríguez García, Nicolás (eds.). *El estado de derecho colombiano frente a la corrupción*. Bogotá: Ediciones Universidad del Rosario. Pp. 365-381.
- Prieto, A. (2022). “Política criminal y corrupción: expresiones de una relación disfuncional”. En Escalante Barreto, Estanislao (dir.). *Debates y apor-*

tes al Sistema Integral de Derecho Penal. Obra homenaje al profesor Jorge Arenas Salazar. Tomo II. Teorías criminológicas, política criminal y punitivismo. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Pp. 609-647.

Righi, E. (2017). “Administración desleal y corrupción”. *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*. N° 5. Pp. 1-9.

Sintura, F. & Bernate Ochoa, Francisco. (2013). “El delito de administración desleal en la legislación penal colombiana”. En Sintura Varela, Francisco J. & Rodríguez García, Nicolas (eds.). *El estado de derecho colombiano frente a la corrupción*. Bogotá: Ediciones Universidad del Rosario. Pp 483-503.

### **Informes, resoluciones y otros documentos**

Asamblea General de las Naciones Unidas. (2003). *Informe del Comité Especial encargado de negociar una convención contra la corrupción sobre la labor de sus períodos de sesiones primero a séptimo*. A/58/422/Add.1.

Comisión Europea. (2023). *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la corrupción, por la que se sustituyen la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo y el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo*. Bruselas: 3.5.2023, COM (2023) 234 final, 2023/0135 (COD).

<https://documentsddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V03/886/09/PDF/V0388609.pdf?OpenElement>

<https://uncaccoalition.org/files/officialdocuments/countryreviewreportperuspanish.pdf>

[https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2016\\_06\\_17\\_Mexico\\_Final\\_Country\\_Report.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2016_06_17_Mexico_Final_Country_Report.pdf)

UNODC. (2013a). *Informe sobre el examen de Argentina. Examen por Panamá y Singapur sobre la aplicación por parte de Argentina de los artículos 15-42 del Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y artículos 44-50 del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2010-2015*. Nueva York. [https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2018\\_06\\_14\\_Argentina\\_Final\\_Country\\_Report.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2018_06_14_Argentina_Final_Country_Report.pdf)

UNODC. (2013b). *Informe sobre el examen del Perú. Examen por el Estado Plurinacional de Bolivia y Ecuador sobre la aplicación por parte del Perú de los artículos 15-42 del Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y artículos 44-50 del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2010-2015*. Nueva York.

- UNODC. (2014). *Informe sobre el examen de Colombia Examen por Honduras y Eslovenia sobre la aplicación por parte de Colombia de los artículos 15-42 del Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y artículos 44-50 del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2010-2015*. Nueva York. <https://uncac-coalition.org/files/Cycle1-Country-Report-Colombia.pdf>
- UNODC. (2015a). *Country Review Report on Brazil. Review by Haiti and Mexico of the implementation by Brazil of articles 15-42 of Chapter III. “Criminalization and law enforcement” and articles 44-50 of Chapter IV. “International cooperation” of the United Nations Convention against Corruption for the review cycle 2010-2015*. Nueva York. [https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2017\\_01\\_19\\_Brazil\\_Final\\_Country\\_Report.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2017_01_19_Brazil_Final_Country_Report.pdf)
- UNODC. (2012). *Review Report of the United States of America Review by Sweden and the Former Yugoslav Republic of Macedonia of the implementation by the United States of America of Articles 15-42 of Chapter III. “Criminalization and law enforcement” and Articles 44-50 of Chapter IV. “International cooperation” of the United Nations Convention against Corruption for the review cycle 2010-2015*. Nueva York. [https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2013\\_11\\_19\\_USA\\_Final\\_Country\\_Report.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2013_11_19_USA_Final_Country_Report.pdf)
- UNODC (2015b). *Informe sobre el examen de México. Examen por Azerbaiyán y Perú sobre la aplicación por parte de México de los artículos 15-42 del Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y artículos 44-50 del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2010-2015*. Nueva York
- UNODC (2015c). *Informe sobre el examen de Chile. Examen por El Salvador y Ucrania sobre la aplicación por parte de Chile del Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2010-2015* [https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2013\\_03\\_06\\_Chile\\_Final\\_Country\\_Report\\_Spanish.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2013_03_06_Chile_Final_Country_Report_Spanish.pdf)