

¿Los colegios profesionales pueden ser sujetos pasivos del delito de fraude en la administración de persona jurídica? Análisis de la casación n° 1048-2019 – Cusco

Prof. Dr. Renzo Antonio Vinelli Vereau¹

José Miguel Molina Cayo²

Sumilla: 1. Introducción, 2. Sobre el delito de administración fraudulenta, 3. Sobre la naturaleza del delito de administración fraudulenta, 4. Sobre el sujeto pasivo del delito de administración fraudulenta, 5. Sobre la naturaleza pública o privada de los colegios profesionales, 6. Análisis de la Casación N° 1048-2019-Cusco, 7. Conclusiones.

1. Introducción

El 12 de octubre del 2020 la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia emitió la Casación N° 1048-2019-Cusco mediante la cual se analizó si los colegios profesiones, en específico, si el Colegio de Abogados del Cusco podía ser sujeto pasivo del delito de fraude en la administración de personas jurídicas. Ciertamente, la Sala Penal realizó un análisis pormenorizado del delito de fraude societario despejando algunas interrogantes que se presentaban en nuestra jurisprudencia nacional.

-
- 1 Máster en Derecho Penal por la Universidad de Sevilla, Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Lima y Asociado Principal del Área Penal del Estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados
 - 2 Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Practicante del Área Penal del Estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados



Pues bien, a través del presente artículo intentaremos desarrollar las principales ideas de la Sentencia Casatoria.

2. Sobre el delito de administración fraudulenta

Cuando se lee el tipo penal de administración fraudulenta algunos podrían sostener que estas conductas no deberían ser sancionadas penalmente, debido a que regulan acciones cometidas por funcionarios (administradores, representantes, gerentes o cualquier otro funcionario que ejerza funciones de representación) dentro de una persona jurídica, lo cual ameritaría, en ese mismo razonamiento, una sanción por parte de la sociedad o de alguna institución regulatoria.

No obstante, consideramos que esa interpretación es errónea, toda vez que el delito de administración fraudulenta no solo regula el patrimonio de los accionistas de una persona jurídica o el patrimonio de las personas jurídicas o entes colectivos, los cuales tienen vinculados implícitamente derechos de terceros, por ejemplo, acreedores o trabajadores. Sino que tiene como principal fundamento de punición la protección de la persona jurídica ante las acciones arbitrarias, negligentes y dañinas de los administradores, quienes al ocupar un cargo en las altas esferas de la sociedad la conducen de manera incorrecta, generándose así consecuencias negativas, en vista de lo cual el legislador intenta proteger la “buena administración” de la persona jurídica.

Ahora bien, este tipo penal cuenta con ocho conductas con características especiales, entre las cuales tenemos:

- a) Ocultar a los accionistas, socios, asociados, auditor interno – externo, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances.
- b) Proporcionar datos falsos relativos a la situación jurídica de la persona jurídica.
- c) Promover falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones
- d) Aceptar, estando prohibido, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito
- e) Fragar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes
- f) Omitir comunicar al directorio, consejo u órgano similar la existencia de intereses propios que son incompatible los de la persona jurídica



- g) Asumir indebidamente préstamos para la persona jurídica
- h) Usar en provecho propio, de otro, el patrimonio de la cultura

Resulta necesario destacar que al tener varios supuestos dentro de un mismo tipo penal es inevitable que este delito contenga bienes jurídicos que son protegidos en otros tipos penales, por ejemplo: el patrimonio y la fe pública, los cuales los encontramos en los delitos de estafa y falsificación de documentos.

Para comprender la regulación del delito de administración fraudulenta debemos indicar que su incorporación al código penal no es reciente. Su antecedente más cercano lo podemos encontrar en el artículo 248° del código penal de 1924 con la denominación de delito de falsos informes societarios, el cual indicaba lo siguiente:

“En su condición de fundador, miembro de un consejo de administración u órgano de control o de vigilancia de una sociedad anónima o cooperativa, o en la condición de director, delegado o liquidador, hubiere intencionalmente dado o hecho dar informaciones contrarias a la verdad en las comunicaciones al público, en los informes o proporciones destinadas a la asamblea general o en las comunicaciones o demandas dirigidas al registro”

Es evidente que el tipo penal regulado en el artículo 198° del código penal brinda una mayor protección e identifica conductas o supuestos delictivos que no se encontraban regulados en el código penal anterior, lo cual es una evidente mejora en la técnica legislativa. Sin embargo, también es cierto que algunos elementos del tipo penal no han cambiado.

Como se puede observar, los principales elementos objetivos y subjetivos del delito de administración fraudulenta se mantienen, por ejemplo, siguen siendo un delito especial propio, doloso y el sujeto pasivo es una sociedad anónima o cooperativa, es decir, una persona jurídica de derecho privado.

Estas características especiales del delito de administración fraudulenta también las encontramos en otras legislaciones. En primer lugar, el legislador español desarrolló varias conductas en diferentes artículos (290° hasta 295°), a diferencia de los legisladores nacionales, quienes agruparon todas las conductas en el artículo 198° del código penal, conforme podremos ver a continuación:



“Artículo 290.- Falseamiento de documentos sociales: castiga con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses, si no se llega a causar un perjuicio, y con dichas penas en su mitad superior si se llegare a causar un perjuicio, a “los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearan las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero”

“Artículo 293.- Obstaculización al ejercicio de los derechos de los socios: los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieran a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social o suscripción preferente de acciones reconocidos por las leyes”

“Artículo 295.- La administración social fraudulenta: Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económico evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triple del beneficio obtenido”

En segundo lugar, en la legislación penal argentina también encontramos cierta similitud con el delito ubicado en nuestro código penal. El delito de administración fraudulenta se encuentra tipificado en el inciso 7 del artículo 173° del Código Penal de la Nación Argentina, el mismo que indica:



“Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece: (...) El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico cualquiera, 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”

De las legislaciones antes mencionadas también podemos extraer ciertos elementos comunes con el artículo 198° del nuestro código penal, por ejemplo, la calidad de los autores y su conducta dolosa.

No debemos terminar este punto sin mencionar el Anteproyecto del Nuevo Código Penal (2008-2010), el cual no evidencia una modificación sustancial en el delito de administración fraudulenta. Sin embargo, cabe señalar que una de las modificaciones más resaltantes se circunscribió a las consecuencias jurídicas del delito y es que en este anteproyecto se sanciona con una pena no mayor de seis (6) años de pena privativa de libertad, observándose así la tendencia de incremento de la pena, lo cual advierte que el legislador ha tomado conciencia de la importancia de sancionar adecuadamente estas conductas criminales y pretende sancionarla con mayor severidad.

3. Sobre la naturaleza del delito de Administración Fraudulenta

El delito de administración fraudulenta se encuentra tipificado en el capítulo VI Fraude en la administración de personas jurídicas, Título V - Delitos contra el patrimonio. En base a ello, debemos preguntarnos lo siguiente: ¿el delito de administración fraudulenta es un delito contra el patrimonio como el hurto, el robo y la estafa o corresponde ubicarlo y tipificarlo como un delito societario?

La primera postura refiere que el delito de administración fraudulenta es un delito contra el patrimonio. Esta posición fue asumida por nuestro legislador y su argumento es que el delito tiene como finalidad salvaguardar el patrimonio de la persona jurídica o de terceros.



El autor nacional Peña Cabrera Freyre señala que esta posición tiene como argumento adicional que el sujeto afectado es cualquier persona, quien se ve despojada de un bien o de un derecho crediticio, a partir de un acto de sustracción de una conducta engañoso³.

La segunda postura afirma que el delito de administración fraudulenta es un delito societario que trasciende la protección del patrimonio de la sociedad. Nuestra posición se condice por identificar al tipo penal in comento en esta línea, motivo por el cual consideramos que el legislador nacional cometió un error al ubicar el delito de administración fraudulenta dentro del título de los delitos contra el patrimonio.

Existe consenso en la doctrina nacional por esta postura. Como apunta el profesor García Cavero⁴:

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

El autor Peña Cabrera Freyre anota más argumentos que permite demostrar que el delito de administración fraudulenta no es un delito contra el patrimonio. Primero, se comete dentro de una estructura societaria (persona jurídica); segundo, la calidad del autor sólo la puede tener aquel que desempeña una gestión social dentro de la empresa; tercero, el patrimonio que se ve vulnerado es de las personas que la conforman (accionistas), que trae incidencias también en el plano económico del mercado empresarial, por ende, en el desarrollo mismo del mercado⁵.

Una característica fundamental del delito *in comento* es comentado por el profesor Muñoz Conde:

3 Peña, A., (2009). *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo II, 1ra. Edición, Idemsa, p. 399

4 García, P., (2007). *Derecho Penal Económico*, Tomo I-B, 1ra. Edición, Grijley, p. 354

5 Peña, A., (2009). *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo II, 1ra. Edición, Idemsa, p. 400



“(…) quien indica que el objeto de protección no es sólo el derecho de sociedades, sino también, en algunos casos, el derecho de las personas que se relacionan con las sociedades, confiando en que éstas funcionen de acuerdo con las disposiciones que regulan sus actividades. Tanto en uno como en otro caso, se trata de intereses patrimoniales privado, aunque por la propia importancia de las sociedades, especialmente las anónimas y las de responsabilidad limitada, los hechos que se tipifican en este capítulo tenga también una dimensión socioeconómica que justifica su consideración como delitos contra el orden socioeconómico (...)”⁶

En esta misma línea, el autor Gonzáles Cussac refiere que con la inclusión de este tipo penal se busca reforzar la protección de intereses patrimoniales de carácter individual y también asegurar ciertos intereses colectivos⁷.

4. Sobre el sujeto pasivo en el delito de administración fraudulenta

En este punto vamos a desarrollar nuestra posición respecto a la protección de los colegios profesionales como sujetos pasivos del delito de administración fraudulenta. Siendo así, de una primera lectura del tipo penal se observa que el legislador nacional no identificó qué tipo de persona jurídica sería la agraviada frente a la comisión de este delito.

No obstante, ello no es del todo cierto, toda vez que de una lectura de las conductas tipificadas en el artículo 198° del código penal se advierte que el legislador constituyó solamente a las personas jurídicas de derecho privado en calidad de agraviada.

En efecto, el acto de ocultar la realidad económica de la persona jurídica falseando partidas contables contenido en el inciso 1 genera un riesgo para el patrimonio de esta, porque podría inducir a tomar decisiones sobre la base de una percepción equivocada acerca del respaldo financiero que tiene actualmente, contrayendo obligaciones comerciales que luego no puedan ser honradas y generen insolvencia. Lo mismo puede decirse con respecto a la conducta de proporcionar datos

6 Muñoz, F., (2001), *Derecho Penal Parte Especial*, 13ra. Edición, Tirant Lo Blanch, p.502-503

7 Vives, T; Orts, E; Carbonell, J.; González, J. y Martínez-Bujan Pérez., (2004). *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, p. 605



falsos sobre la situación de la persona jurídica a través de otros medios prevista en el inciso 2, que puede inducir a realizar emprendimientos comerciales inviables que deriven finalmente en pérdidas patrimoniales.

Igualmente, el acto de promover falsas cotizaciones sobre las acciones de la persona jurídica al que alude el inciso 3 implica exponerla a un potencial aislamiento crediticio y comercial en el mercado una vez que la maniobra se descubra, dado que nadie querrá prestar dinero o hacer negocios con una organización que manipula fraudulentamente el valor de sus acciones.

De manera similar, el administrador o representante que omite comunicar intereses incompatibles con los de la persona jurídica al que alude el inciso 6 también genera una situación de peligro para el patrimonio de esta, ya que en cualquier momento podría aprovechar el puesto que ocupa para tomar decisiones de contenido económico que atiendan a sus propios intereses, en desmedro de los de la organización.

Asimismo, la conducta de aceptar -pese a estar prohibido internamente- acciones o títulos de la propia persona jurídica como garantía de los créditos concedidos por esta prevista en el inciso 4 también supone una puesta en peligro de su patrimonio. Esto se debe a que en caso de que el crédito quedara impago, la persona jurídica tendría que ejecutar la garantía -esto es, intentar cobrarse con ella- vendiendo sus propias acciones al mercado, sin ninguna certeza de que conseguirá comprador, menos aún por el monto del préstamo realizado.

Ciertamente, conforme hemos indicado previamente, en los incisos del artículo 198° del código penal se observan elementos que son exclusivos de una persona jurídica de derecho privado, por ejemplo, ocultar la situación de la persona jurídica a los accionistas, socios o cotización de acciones y distribuir utilidades inexistentes. En ese sentido, estas características especiales corroboran que el legislador nacional descartó completamente que el sujeto pasivo en este delito podían ser las personas jurídicas de derecho público.

Ahora bien, una pregunta que permite esclarecer más nuestra postura es la siguiente: ¿Existen delitos que regulen las conductas delictivas señaladas en el artículo 189° del código penal en agravio de personas jurídicas de derecho público? La respuesta a esta interrogante es afirmativa.



En nuestro código penal tenemos un capítulo amplio de delitos contra la administración pública, entre los cuales tenemos a los delitos de colusión (384° del código penal) o peculado (387° del código penal).

Siendo así, en base al principio de especialidad y en vista que las acciones en contra de las personas jurídicas de derecho público ya cuentan con protección en el código penal, podemos afirmar una vez más que el legislador reguló en el delito de administración fraudulenta como agravias a las personas jurídicas de derecho privado, descartándose plenamente a las entidades públicas o de derecho público.

El autor nacional Reátegui Sánchez suscribe este argumento y señala que la única persona jurídica o ente colectivo que merece protección jurídico-penal es aquella del ámbito privado, más no la persona jurídica del ámbito público-estatal porque esta tiene ya su protección en otros tipos penales⁸.

El profesor García Caveró reafirma nuestra postura y descarta que en el delito de administración fraudulenta se proteja a las entidades de derecho público:

“El ámbito de regulación del delito de fraude en la administración de personas jurídicas no debe llevarse, sin embargo, al extremo de incluir también los supuestos de mala administración de personas jurídicas de Derecho Público. En la medida que las instituciones públicas responden a una normativa inspirada en principios completamente distintos a los de la iniciativa privada, lo correcto desde el punto de vista sistemático será dejar fuera a estas instituciones de los delitos de fraude en la administración de personas jurídicas⁹”

En esta misma línea argumentativa, el autor Salinas Siccha también confirma nuestra postura al señalar que el sujeto pasivo o víctima del delito de administración fraudulenta será la persona jurídica del ámbito privado como ente autónomo de las personas naturales que lo conforman. En efecto, el autor refiere que de verificarse los supuestos ilícitos indicados en una persona jurídica

8 Reátegui, J. (2015)., *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, 1ra. Edición, Instituto Pacífico, p. 475

9 García, P. (2007)., *Derecho Penal Económico*, Tomo I-B, 1ra. Edición, GRIJLEY, p. 355



del ámbito público o de carácter público, se consumará cualquier delito contra la administración pública¹⁰.

Este punto fue confirmado jurisprudencialmente por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 2473-2008-Lima Norte (Caso Cabanillas Velezmoro y otros)¹¹. En dicho caso, la Fiscalía postulaba una imputación en concurso ideal por los delitos de colusión agravada y fraude en la administración de personas jurídicas contra funcionarios de Serpost -entidad creada por el Decreto Legislativo 685- y cuya naturaleza pública para efectos penales ha sido confirmada por la Corte Suprema en otros pronunciamientos¹²-. Sin embargo, la Sala desestimó dicha posibilidad argumentando lo siguiente:

“Octavo: Que, finalmente, en cuanto al delito de fraude en la administración de personas jurídicas, en la modalidad de uso indebido del patrimonio de la empresa, es necesario precisar que en el caso de autos, **no resulta aplicable dicho tipo penal**, puesto que **la conducta incriminada a los procesados se subsume dentro de los presupuestos objetivos y subjetivos del tipo penal de colusión**, al haber defraudado al Estado con los acuerdos colusorios sostenidos con los representantes de las empresas favorecidas. Ahora bien, **en el presente caso, se trata de un concurso aparente de leyes**, que constituye un problema de interpretación, el cual surge cuando el sujeto activo realiza una acción que podría, aparentemente, ser calificada en más de un tipo penal, pero en realidad sólo se puede aplicar uno. Al respecto, Carlos Creus señala “(...) el encuadramiento plural se reduce a un encuadramiento único (por eso se dice que el concurso es sólo “aparente”),

10 Salinas, R., (2018). *Derecho Penal Parte Especial*, Volumen 2, 7ma. Edición, p. 1481

11 Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 2473-2008-Lima Norte (Caso Cabanillas Velezmoro y otros), emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 26 de agosto del 2009.

12 Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1408-2007-Lima Norte (Caso Serpost), emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 18 de octubre del 2007, considerando noveno.



cuando uno de los tipos en juego desplazara los otros, con lo cual únicamente queda vigente el tipo desplazante” [Creus, Carlos. Derecho Penal. Parte General. Tercera Edición, mil novecientos noventa y dos. Editorial Astrea. Buenos Aires. Página doscientos ochenta y siete]. A esto cabe agregar, conforme el profesor Santiago Mir Puig lo refiere “(...) cuando uno o varios hechos son incluíbles en varios preceptos penales de los que sólo uno puede aplicarse, puesto que su estimación conjunta supondría un bis in idem. Ello sucede siempre que uno de los preceptos basta por sí solo para aprehender todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes”. [Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Sexta Edición, dos mil dos. Editorial Reppertor. Barcelona. Página seiscientos treinta y ocho]. En el caso de autos, corresponde la aplicación del principio de especialidad (entre dos tipos penales, **uno excluye al otro porque contempla de manera más específica al hecho, es decir, el tipo legal más específico prima sobre el tipo más general) por cuanto el tipo penal de colusión desleal, es el que reúne todos los requisitos especiales para la configuración del mismo, como lo es, la calidad de funcionario público del agente, los acuerdos colusorios existentes en los contratos y la defraudación causada al Estado. Siendo ello así, no corresponde en el presente caso, la aplicación del tipo penal fraude en la administración de personas jurídicas”**

En consecuencia, no queda duda respecto a la exclusión de las personas jurídicas de derecho público del delito de administración fraudulenta.

5. Sobre la naturaleza pública o privada de los colegios profesionales

Habiéndose identificado que solamente las entidades, sociedades o personas jurídicas de derecho privado son sujetos pasivos del delito de administración fraudulenta, pasaremos a desarrollar si los colegios públicos son personas jurídicas de derecho público o privado.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 20º de la Constitución Política del Estado, los Colegios Profesionales *“son instituciones autónomas con personalidad de derecho público.”*

Con relación a lo establecido en la citada disposición constitucional, se pueden distinguir



dos elementos concurrentes en la definición de los Colegios Profesionales. Nos referimos, por un lado, a su autonomía y, por otro lado, a su personalidad de derecho público.

En primer lugar, con relación a la autonomía, el Tribunal Constitucional a través de la Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente No. 0002-2005-AI/TC. ha señalado que:

“la autonomía es capacidad de autogobierno para desenvolverse con libertad y discrecionalidad, pero sin dejar de pertenecer a una estructura general de la cual en todo momento forma parte, y que está representada no sólo por el Estado sino por el ordenamiento jurídico que rige a éste”.

“La autonomía debe ser ejercida o realizada dentro del marco de atribuciones conferidas y con pleno respeto del ordenamiento jurídico”.

En lo específicamente referido a los Colegios Profesionales, la autonomía reconocida constitucionalmente implica un ámbito propio de actuación y decisión, el cual se manifiesta en su capacidad para actuar en los siguientes ámbitos¹³:

- Autonomía Administrativa: para establecer su organización interna.
- Autonomía Económica: lo cual les permite determinar sus ingresos propios y su destino.
- Autonomía Normativa: que se materializa en su capacidad para elaborar y aprobar sus propios estatutos, dentro del marco constitucional y legal establecido.
- Sin embargo, la autonomía de los Colegios Profesionales deberá ser efectuada en el marco establecido por nuestro ordenamiento jurídico.

En ese sentido, los Colegios Profesionales –en el ejercicio de sus atribuciones o competencias– no pueden desprenderse ni desvincularse, parcial o totalmente, del orden jurídico en el que se encuentran inmersos. Consecuentemente, no porque el Colegio Profesional sea una institución autónoma deja de pertenecer al Estado, pues sigue dentro de él y, como tal, no puede

13 Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente No. 0027-2005-PI/TC.



apartarse del esquema jurídico que se sirve de fundamento¹⁴.

Por su parte, en lo referido a la personalidad de derecho público interno, el Tribunal Constitucional ha reconocido que los Colegios Profesionales deben ser diferenciados de otras instituciones que pueden tener cierta afinidad, tales como las asociaciones y fundaciones.¹⁵

En este orden de ideas, al haberse reconocido en el artículo 20º de la Constitución Política del Estado a los Colegios Profesionales como instituciones autónomas de derecho público; ello quiere decir que su creación, a diferencia de las fundaciones, asociaciones y sindicatos, “*está sujeta a la decisión del legislador a través de una ley*”¹⁶. En efecto, su reconocimiento constitucional como una institución de derecho público interno conlleva que los Colegios Profesionales únicamente puedan crearse por una Ley, sin que su creación pueda originarse del ejercicio del derecho constitucional a la libertad de asociación.

Con relación al derecho fundamental a la libertad de asociación, se le reconoce como una facultad que, aunque puede ser invocada por cualquier persona a título individual, solo se concretiza en tanto dicha persona se integre con otras que, al igual que la interesada, aspiran a ejercer dicha libertad. En ese sentido, si bien la titularidad del derecho es individual, su ejercicio efectivo es colectivo.¹⁷

Al respecto, el Tribunal Constitucional mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente No. 1027-2004-AA/TC. ha señalado que la libertad de asociación se concibe como un medio necesario para que la autonomía de las personas pueda expandirse hacia formas de convivencia solidaria y fructífera. Dicha facultad se erige como una manifestación de la libertad personal dentro de la vida coexistencial, a efectos de que las personas se unan para realizar una meta común.

14 Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional, recaídas en los Expedientes No. 0002-2005-AI/TC y No. 007-2001-AI/TC.

15 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente No. 0027-2005-PI/TC.

16 *Ibíd.*

17 Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente No. 03071-2009-PA/TC.



El referido derecho fundamental tiene una doble dimensión¹⁸:

- a) Una dimensión positiva, que abarca las facultades de conformar asociaciones (derecho a formar asociaciones), la de afiliarse a las organizaciones existentes y la de permanecer asociado mientras no se incumplan las normas estatutarias.
- b) Una dimensión negativa, la cual comprende la facultad de toda persona para negarse a formar parte de una determinada asociación, así como el derecho a no ser obligado a integrar una asociación o el derecho a no seguir asociado contra su voluntad o retirarse de una, cuando así lo desee.

De este modo, el reconocimiento de los Colegios Profesionales como instituciones de derecho público, revela que el Estado ha optado no solo por reservar para sí la potestad de crearlos mediante Ley, sino también por proteger un interés público relacionado a la importancia social y económica de algunas profesiones, vinculándolo, asimismo, al correcto desenvolvimiento de quienes legítimamente la practican.¹⁹

En efecto, la creación de dichos entes apunta a asegurar la representación, organización y defensa institucional; así como, el resguardo de la ética profesional. Su regulación constitucional se justifica en la necesidad de establecer un nexo entre el Estado y aquellos entes que por la naturaleza de sus actividades, se vinculan con los asuntos de interés público.

Cabe agregar que el reconocimiento de los Colegios Profesionales como instituciones (personas jurídicas) de derecho público ha sido reiterado por el Tribunal Constitucional, entre otras, en las siguientes resoluciones:

18 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente No. 3978-2007-PA/TC y en el Expediente No. 02243-2010-PA/TC

19 Velezmoro Pinto, Fernando. EN: AA.VV. *La Constitución Comentada*. Tomo I. Gaceta Jurídica: página 704.



- Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente No. 3954-2006-PA/TC²⁰:

“8. Los colegios profesionales, en tanto instituciones con personalidad de derecho público, cuentan con autonomía para efectos de establecer su regulación y organización. En ese sentido, este Tribunal estima que se trata de entidades creadas para tutelar intereses públicos, cuyos fines guardan estrecha relación, o están directamente conectados, con los intereses profesionales propios de sus integrantes.”

- Resolución emitida el 08 de marzo de 2005, recaída en el Expediente No 0045-2004-AI/TC²¹:

“5. Que los Colegios Profesionales son personas jurídicas de derecho público interno que sólo pueden ser creadas mediante ley, conforme a lo prescrito por los artículos 20° de la Constitución Política del Estado y 76° del Código Civil.

6. (...) Consecuentemente, existe uniformidad en la doctrina respecto de la necesidad de ley expresa para la creación de las personas de derecho público.”

- Resolución emitida el 05 de junio de 2009, recaída en el Expediente No. 05691-2008-PA/TC²²:

“4. (...) el artículo 20 de la Constitución confiere a los Colegios Profesionales la categoría de instituciones autónomas con personalidad de derecho público.”.

Finalmente, consideramos pertinente indicar que el reconocimiento constitucional de los Colegios Profesionales conlleva que asuman funciones de relevancia constitucional, en los siguientes ámbitos: (a) procedimiento legislativo, (b) vigencia del principio de supremacía constitucional, y (c) elección de determinadas autoridades públicas²³.

20 Cfr. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03954-2006-AA.pdf>

21 Cfr. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00045-2004-AI%20Resolucion.html>

22 Cfr. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/05691-2008-AA%20Resolucion.pdf>

23 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente No. 0027-2005-PI/TC.



Adicionalmente, de acuerdo con lo previsto en Ley N° 28948, el Consejo Nacional de Decanos de los Colegios Profesionales del Perú constituye una institución autónoma con personería de derecho público sin fines de lucro, que representa a todas las profesiones organizadas en Colegios Profesionales del país, sin perjuicio de la autonomía que les corresponde a cada uno en función de sus leyes de creación, estatutos y reglamentos.

Por tanto, sobre la base de lo señalado previamente y de conformidad con el artículo 20° de la Constitución Política del Estado, consideramos que la naturaleza jurídica de los Colegios Profesionales es de instituciones autónomas con personalidad de derecho público, en vista de lo cual no pueden ser considerados como sujetos pasivos del delito de administración fraudulenta.

6. Análisis de la Casación N° 1048-2019-Cusco

A través de la Casación N° 1048-2019- Cusco del 12 de octubre del 2020, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia tomó posición jurisprudencial respecto algunos vacíos que no habían sido debidamente esclarecidos por la doctrina nacional.

Pues bien, al desarrollar el delito de administración fraudulenta, la Sala Penal Permanente identificó ciertos elementos normativos del tipo penal, como son los siguientes:

- Es un delito especial propio, toda vez que el círculo de autores está circunscripto a los que ejercen funciones de administración o representación de una persona jurídica.
- Es un delito de administración.
- Los autores del delito se limitan a ciertos miembros de la persona jurídica.
- El tipo penal protege: a los acreedores; resguardar los intereses de la propia persona jurídica o terceros vinculados a ella; que el agente no abuse o incumpla sus facultades de administración.
- El delito salvaguarda solamente a las personas jurídicas de derecho privado, con independencia de quien sea el titular del patrimonio.

Ahora bien, resulta necesario esbozar el principal argumento de este pronunciamiento judicial:



“4 (...) Siendo así, el concepto penal de persona jurídica, a estos efectos, en tanto no se está ante una ley penal en blanco y sí ante un elemento normativo nuclear, comprende –si se analizan todos los supuestos típicos del artículo 198 del Código penal- todas aquellas entidades de naturaleza societaria que participan en el tráfico jurídico-económico (...) lo determinante es que participe de modo permanente en el mercado para el cumplimiento de sus fines. Forma una unidad económica y está constituida con el fin de incorporarse al tráfico económico (...) El ámbito de protección de la norma jurídico penal incide, por consiguiente, en las sociedades que se incorporan al tráfico económico”

En ese sentido, consideramos que el razonamiento esbozado por la Sala Penal Permanente es correcto y no contradice ningún elemento del tipo penal de administración fraudulenta, pues justamente lo que se protege es a las personas jurídicas que ingresan al tráfico económico, y no a cualquier entidad jurídica, pues existen tipos penales que pueden proteger su patrimonio.

De la misma manera, el razonamiento expuesto por los jueces supremos confirma que el delito *in comento* tiene como finalidad proteger a las personas jurídicas de derecho privado, motivo por el cual el sujeto activo del delito no puede ser un directivo del Colegio de Abogados ni tampoco cualquier otro administrador de una entidad pública.

7. Conclusiones

- a) La primera conclusión a la que arribamos es que el delito de administración fraudulenta no debería ubicarse dentro del Título de delitos contra el patrimonio, toda vez que el delito *in comento* trasciende el patrimonio de la persona jurídica.
- b) El delito de administración fraudulenta protege a las personas jurídicas de derecho privado, motivo por el cual no comprende a las entidades o sociedades de derecho público, toda vez que las mismas ya cuentan con una regulación especial en el Código Penal.
- c) Los colegios profesionales y en específico los colegios de abogados constituyen personas jurídicas de derecho público, motivo por el cual no corresponde que sean amparados por el delito de administración fraudulenta tipificado en el artículo 198° del Código Penal.



- d) El sujeto activo del delito de administración fraudulenta no puede ser un directivo de una persona jurídica de derecho público.

Referencias Bibliográficas

García, P., (2007). *Derecho Penal Económico*, Tomo I-B, 1ra. Edición, Lima: Grijley.

Muñoz, F., (2001). *Derecho Penal Parte Especial*, 13ra. Edición, Valencia :Tirant Lo Blanch.

Peña, A., (2009). *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo II, 1ra. Edición, Lima: Idemsa.

Reátegui, J., (2015). *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, 1ra. Edición, Lima: Instituto Pacífico.

Salinas, R., (2018). *Derecho Penal Parte Especial*, Volumen 2, 7ma. Edición, Lima.

Velezmoro, F. En: AA.VV. *La Constitución Comentada*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.

Vives, T.; Orts, E.; Carbonell, J.; González, J. y Martínez-Bujar Pérez., (2004). *Derecho Penal Parte Especial*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

Taller de Especialización
en Ciencias Penales

