



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

Patrimonio, perjuicio y peligro
La exposición al riesgo del patrimonio público en el caso Kodama

Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Hermes Hein Aedo
Profesor guía: Dr. Juan Pablo Mañalich Raffo
Santiago, Chile
2017

Índice

Introducción.....	3
Capítulo I: Patrimonio y perjuicio.....	4
1. Una tesis dualista como punto de partida: Patrimonio y propiedad.....	4
2. Revisión crítica de las teorías sobre el patrimonio.....	6
2.1. Concepción jurídica del patrimonio.....	7
2.2. Concepción económica del patrimonio	10
2.3. Concepción jurídico-económica del patrimonio	11
2.4. Concepción personal del patrimonio	14
2.5. Concepción funcional del patrimonio	16
2.5.1. Relación entre delitos contra el patrimonio y delitos contra la propiedad: congruencia de la protección del patrimonio y la propiedad	19
2.5.2. Determinación del perjuicio patrimonial	23
3. Toma de postura: ventajas de optar por la concepción funcional del patrimonio..	25
Capítulo II: Caso Kodama	28
1. Presentación del caso	28
2. Alternativas interpretativas del delito de fraude al fisco: ¿Menoscabo patrimonial “desde fuera” o “desde dentro”?	30
2.1. Fraude al fisco como estafa.....	31
2.2. Fraude al fisco como administración desleal.....	34
2.2.1. Irrelevancia de una maniobra engañosa.....	35
2.2.2. Irrelevancia de un ánimo de lucro	35
2.3. Fraude al fisco como delito especial	37
2.4. El proyecto de ley de un nuevo delito genérico de administración desleal	39
2.5. Solución a partir del proyecto de ley.....	43
3. ¿Peligro de perjuicio como perjuicio de peligro?.....	47
3.1. Planteamiento del problema.....	47
3.1.1. Perjuicio en forma de peligro.....	47
3.1.2. ¿Consumación o tentativa?.....	53
3.2. Solución a partir de la concepción económica o mixta del patrimonio.....	57
3.3. Solución del caso a partir de la concepción funcional del patrimonio	60
3.3.1. Disposición como desplazamiento patrimonial.....	64
3.3.2. El dolo como fundamento de injusto subjetivo	67
Conclusiones	70
Bibliografía	74

Introducción

El presente trabajo de investigación pretende ofrecer una aproximación general al problema del perjuicio patrimonial en el ámbito jurídico-penal. Para ello, el trabajo se divide en dos partes.

En la primera de ellas, se revisarán críticamente las distintas teorías acerca del patrimonio ofrecidas por la doctrina, con el objetivo principal de demarcar los contornos de la exigencia típica de perjuicio patrimonial. Aquí se tomará distancia de las teorías de base económica, cuya hegemonía es prácticamente incontestable en la doctrina comparada y nacional. Y se tomará partido por aquello que se ha denominado una concepción funcional del patrimonio.

La segunda parte se destinará al análisis de un caso conocido por la jurisprudencia nacional, que servirá para poner a prueba la concepción del patrimonio favorecida en la primera parte. Para la adecuada solución del caso será indispensable entrar en la discusión acerca de cuál es la mejor interpretación que cabe sostener para el delito de fraude al fisco. De la mano de una crítica a la tesis tradicional que entiende el delito de fraude al fisco como una estafa especial, se argumentará en favor de su comprensión como una especie de administración desleal del patrimonio público. Aquí resultará de la mayor utilidad revisar un proyecto de ley que pretende introducir en el ordenamiento jurídico chileno la tipificación de un nuevo delito genérico de administración desleal, cuyo resultado típico consiste precisamente en un perjuicio patrimonial.

La reconstrucción del caso planteado ofrecerá el contexto pertinente para examinar la viabilidad en el derecho penal chileno de la construcción dogmática de un “perjuicio en forma de peligro”, a propósito de la pregunta por las condiciones de consumación de los delitos que exigen un perjuicio patrimonial. La maximización de la llamada “exigencia de inmediatez” entre disposición y perjuicio, llevada a cabo por una concepción funcional del patrimonio, constituirá un importante insumo para responder esta pregunta.

Capítulo I: Patrimonio y perjuicio

1. Una tesis dualista como punto de partida: Patrimonio y propiedad

Cuando se acomete la tarea de reconstruir dogmáticamente las figuras delictivas que protegen indirectamente¹ intereses patrimoniales, resulta habitual, sobre todo en el derecho comparado, encontrar una distinción fundamental entre delitos contra la propiedad y delitos contra el patrimonio.² Por el contrario, en el Título IX del Libro II del Código Penal nos encontramos con una denominación genérica: “Crímenes y simples delitos contra la propiedad”. Esta designación indiferenciada nos plantea desde ya el problema de que no todos los delitos que encontramos en este título del Código Penal se dejan reconstruir dogmáticamente como delitos contra la propiedad en sentido estricto.³

Por de pronto, los delitos contra la propiedad pueden ser definidos como aquellos que menoscaban el poder fáctico de disposición correlativo a la posición jurídico-formal de propietario⁴. En otras palabras, bajo esta interpretación la propiedad no se identifica con el derecho real propio del Derecho privado, sino con el contenido de poder que se deriva de dicho derecho real. Piénsese en el hurto como ejemplo paradigmático de delito contra la propiedad. El autor de un delito de hurto no lesiona el dominio de la víctima sobre la cosa mueble, sino tan sólo su poder de disposición sobre ésta⁵. Por su parte, que haya que entender por patrimonio es un problema bastante complejo que se abordará en detalle más adelante⁶.

En este contexto resulta aconsejable partir de una premisa dualista, según la cual cabe distinguir entre propiedad y patrimonio como objetos de protección

¹ Sobre la protección de bienes jurídicos mediada por normas de comportamiento, véase (Kindhäuser, 2009, pp. 502 y s.) quien utiliza el ejemplo de la tentativa.

² (Zugaldía, 1988, pp. 11 y ss.)

³ (Bascuñán, 2004, p. 291) pone como ejemplos el *furtum possessionis* (artículo 471 N° 1) o la usurpación (artículos 457 y 458) porque es únicamente el propietario de la respectiva cosa mueble o inmueble quien puede cometer los respectivos delitos.

⁴ *Ibíd.* p. 295.

⁵ (Zugaldía, 1988, p. 26). Es precisamente porque la víctima sigue ostentando el derecho de dominio que puede ejercer la acción reivindicatoria.

⁶ *Infra* I. 2.

diferenciados⁷, sin prejuzgar todavía la cuestión –insuficientemente explorada– de cual sea la relación que cabe predicar entre estos dos conceptos⁸. Esta decisión teórica hallará entonces su explicación en la insuficiencia del concepto de propiedad para dar cuenta de la totalidad de las figuras delictivas de significación patrimonial y en que permite una mejor reconstrucción de la regulación legal⁹.

La distinción entre delitos contra la propiedad y delitos contra el patrimonio ha atendido tradicionalmente a dos cuestiones¹⁰. En primer lugar, se dice que tratándose de los delitos contra la propiedad no es necesario que se produzca un perjuicio patrimonial¹¹, como si lo sería tratándose de un delito contra el patrimonio. En los primeros bastaría con que se afecte la posibilidad de disposición ya referida, aunque se trate de cosas respecto de las cuales no se puede predicar actualmente un valor económico. En segundo lugar, se afirma que el objeto de la acción de un delito contra la propiedad debe ser una o más determinadas cosas ajenas, mientras que tratándose de un delito contra el patrimonio el objeto de la acción puede ser cualquier bien de valor económico (incluso propio)¹² con tal que perjudique al patrimonio en su

⁷ En este sentido explícitamente (Mañalich, 2009 p. 112).

⁸ *Infra* I. 2.5.1.

⁹ (Mañalich, 2009, p. 118) pone como ejemplo: “que algunos delitos de significación patrimonial están tipificados de modo tal que el objeto de la acción debe ser una cosa determinada, mueble y ajena, mientras que hay otros delitos que están tipificados en términos tales que el objeto de la acción no tiene que estar constituido por cosas determinadas. Diferenciaciones como ésta son explicadas más satisfactoriamente bajo una teoría dualista, que diferencia la propiedad y el patrimonio como objetos de protección”.

¹⁰ (Bascañán, 2004, pp. 294 y s.)

¹¹ La validez de esta conclusión dependerá de si se sigue o no una concepción de matriz económica acerca del patrimonio.

¹² Un importante ejemplo lo constituye la posibilidad de interpretar el injusto del artículo 470 N° 1 del Código Penal, en particular, la variante de distracción indebida en clave de insolvencia punible. Esta es la vía sostenida por (Hernández, 2005, p. 230 y s.) cuya peculiaridad consistiría en la afectación del patrimonio ajeno a través de la gestión del patrimonio propio. Un caso especialmente problemático esta constituido por la doble tipificación del delito de contrato simulado. Por una parte, como delito concursal que puede cometer un deudor civil respecto a una masa de acreedores, el art. 466 del Código Penal prevé en su segundo inciso la incriminación de quien “otorgare, en perjuicio de dichos acreedores, contratos simulados”. Y adicionalmente, el art. 471 N° 2 castiga con una pena comparativamente menor a “el que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado”. (Bascañán, 2004, p. 342) explica esta dualidad afirmando que: “La protección del patrimonio del acreedor, entendida como justificación de restricciones normativas a la administración del patrimonio propio, en este caso, el patrimonio del deudor, se expresa en los delitos contra el patrimonio de dos modos. En primer lugar, como protección del derecho de prenda general del acreedor. En segundo término, como protección de derechos particulares y concretos del

conjunto.¹³ Como se verá más adelante, ambas conclusiones se dejan poner en cuestión si uno se aleja de una teoría del patrimonio de índole económica.

2. Revisión crítica de las teorías sobre el patrimonio

La disputa doctrinal entre las distintas concepciones del patrimonio está aún lejos de llegar a un final. En lo que sigue se presentarán los aspectos claves de cada teoría, poniendo el acento en los criterios que cada una ofrece para determinar el concepto de perjuicio patrimonial. El perjuicio es una exigencia común a varios delitos de significación patrimonial de la parte especial del derecho penal chileno. Que cabrá entender por tal dependerá crucialmente de qué concepción del patrimonio se favorezca. Patrimonio y perjuicio no son sino dos caras de la misma moneda. Al respecto las respuestas que se han ofrecido son múltiples y el debate doctrinal aún es arduo. Cronológicamente se pueden identificar al menos cinco concepciones del patrimonio, a saber: una concepción jurídica, una económica, una jurídico-económica o mixta, una teoría personal y por último una teoría funcional. Los méritos y deméritos de cada una de estas teorías serán analizados fundamentalmente en atención a su consistencia para otorgar una respuesta coherente a los múltiples problemas que se suscitan en el ámbito de los delitos de significación patrimonial.

Tal como ello se examinará en detalle en la segunda parte de este trabajo, la constatación de un perjuicio patrimonial será de la máxima relevancia para afirmar la

acreedor.” La protección del derecho de prenda general tendría lugar mediante los distintos delitos concursales dentro de los cuales se encontraría la hipótesis del art. 466 inciso segundo. Aquí habría que entender el “perjuicio de dichos acreedores” como la autoproducción de una situación de insolvencia del deudor. En cambio, tratándose de la variante de contrato simulado prevista en el art. 471 N° 2 habría que interpretar el “otro” como un acreedor titular de un derecho particular y concreto. Este autor ejemplifica la situación del 471 N° 2 de la siguiente manera: “Tal es el caso de un acreedor de una obligación de especie o cuerpo cierto, respecto de contratos simulados que inciden precisamente sobre el objeto de la prestación debida. La sustracción formal del patrimonio del deudor de la especie o cuerpo cierto debido implica un perjuicio patrimonial para ese acreedor, en un sentido análogo al de la pérdida de la cosa embargada, sometida a prenda o vendida a plazo. (pp. 344 y s.)” De este modo se obtendría una interpretación sistemática que evita la redundancia legislativa que implicaría en ambos casos interpretar el perjuicio como insolvencia del deudor y se alcanza el objetivo político-criminal buscado por Bascuñán consistente en que la mera obstaculización del ejercicio del derecho de prenda general no es merecedor de pena.

¹³ (Zugaldía, 1988, pp. 26 y ss. y 52 y ss.)

consumación de los respectivos delitos, con todas las consecuencias que eso conlleva¹⁴.

2.1. Concepción jurídica del patrimonio

La concepción jurídica formulada por Binding fue el punto de partida del desarrollo que ha experimentado el concepto jurídico-penal de patrimonio. Se trata de una teoría estrictamente jurídica que puede expresarse en la siguiente fórmula: por patrimonio cabría entender el conjunto de derechos subjetivos (y deberes) patrimoniales transferibles de una persona¹⁵. Como se puede apreciar, el énfasis está puesto en la noción de derecho subjetivo como título de atribución jurídica. Bajo esta definición de patrimonio, el valor pecuniario de los objetos que tienen como referencia tales derechos subjetivos no tiene relevancia alguna para determinar si éstos forman parte del patrimonio de su respectivo titular.

Bajo esta teoría lo relevante para efectos patrimoniales no son los bienes fácticamente considerados, sino que los derechos y deberes que tenemos sobre dichos bienes. En otras palabras, lo que conforma el patrimonio de una persona no son los objetos de su propiedad sino que sus derechos de dominio sobre tales objetos¹⁶. En consecuencia, el perjuicio podrá consistir tanto en la lesión del derecho patrimonial como en el gravamen con un deber¹⁷. Estas consideraciones se mueven en un nivel de abstracción que resulta difícil de validar si se favorece la idea de patrimonio como potencia económica de una persona.

¹⁴ Por ejemplo, empezará a correr el plazo de prescripción de la acción penal (artículo 95) y se excluirá la posibilidad de un desistimiento del autor (artículo 7 inciso segundo *a contrario sensu*). El hito de la consumación también puede tener consecuencias para la dogmática de la autoría y la participación, por ejemplo, al establecer un límite temporal para la caracterización de un acto como “ejecutivo”.

¹⁵ (Schlack, 2008, p. 263; Rojas, 2009, p. 140; Bascuñán, 2004, p. 291; Hernández, 2003, p. 172)

¹⁶ (Kindhäuser, 2011, p. 53)

¹⁷ *Ibíd.*

Consecuentemente, a la hora de identificar un resultado de perjuicio patrimonial habrá que atender al incumplimiento obligacional¹⁸. Así, tratándose de un contrato de compraventa, el perjuicio eventualmente experimentado por el vendedor de una cosa se produciría por el no pago del precio por parte del comprador y no por la pérdida de disposición sobre la cosa. Al revés, el perjuicio eventualmente experimentado por el comprador no se encontraría en el desembolso monetario sino que en la no entrega de la cosa como tradición (pago en términos civiles¹⁹) por parte del vendedor²⁰. Aquí la idea de una compensación por una contraprestación monetariamente equivalente carece de eficacia para excluir el perjuicio, en razón de que los derechos y los deberes no son susceptibles de ser compensados²¹. Como señala Kindhäuser, la posibilidad de compensación de la teoría jurídica es más bien unidimensional: la prestación de la víctima es compensada cuando se produce con

¹⁸ (Hernández, 2003, p. 172). En sentido similar, (Schlack, 2008, p. 265) explica la configuración del perjuicio para la teoría jurídica afirmando que se traduce en no recibir el titular del patrimonio la prestación que es legítimamente exigible al tenor del negocio celebrado.

¹⁹ Artículos 1568 y ss. del Código Civil.

²⁰ (Kindhäuser, 2002, p. 145)

²¹ *Ibíd.* p. 144. Por su parte (Gallego Soler, 2015, p. 356 y s.) explica la concepción jurídica de Binding acerca del patrimonio como “una *adición inventariable* de los derechos patrimoniales, de tal modo que si el patrimonio es una adición de derechos, sin considerar su valor referido a unidades económicas, la pérdida o gravamen de cualquiera de los elementos de ese *inventario* –derecho patrimonial concreto– ya genera de suyo el perjuicio patrimonial; pero el bien jurídico protegido es el patrimonio en su totalidad, por más que basta con un ataque contra derechos patrimoniales concretos. Se trata, pues, de un concepto cuantitativo de patrimonio entendido como suma de las situaciones patrimoniales concretas, pues sucede que se protege el patrimonio como cada una de las concretas situaciones patrimoniales” (cursivas en el original). Este autor (Gallego Soler, 2015, p. 105) interpreta el concepto de patrimonio de Binding de la siguiente manera: “hay que precisar que cuando este autor alude al patrimonio como ‘suma de derechos y obligaciones’ se está refiriendo a una comprensión inventariable del patrimonio: patrimonio como inventario de todos sus elementos integrantes, de tal modo que, como se verá en el Capítulo III, equiparará lesión patrimonial con lesión de los elementos que integran el patrimonio”. (Schlack, 2008, p. 264) agrega que, bajo la concepción jurídica defendida por Binding, no está permitido hacer abstracción de los derechos patrimoniales individualmente considerados y la transformación del patrimonio en una mera cantidad de contenido indiferenciado. (Hernández, 2003, p. 172) afirma que es propio de un concepto jurídico de patrimonio su conceptualización como un conjunto o suma de derechos determinados y no como una unidad o una universalidad, lo que tiene gran importancia en cuanto excluye la posibilidad de compensar la pérdida de una porción patrimonial determinada por el ingreso de otro elemento patrimonial de igual o mayor valor, puesto que de todas formas se ha visto afectado el patrimonio en su concreta constitución.

causa jurídica, esto es, cuando conduce a la extinción de una pretensión de la otra parte²².

La concepción jurídica tiene la ventaja de contar con un criterio de atribución jurídica, la noción de derecho subjetivo, que impide –a diferencia de lo que sucede bajo la teoría económica– la posibilidad de inconsistencias valorativas al interior de un mismo ordenamiento jurídico. Sin embargo, el recurso a la noción de derecho subjetivo no ha estado exento de críticas a este respecto. Comúnmente se efectúa una doble crítica proveniente de las teorías económicas²³. Por una parte, se dice que el criterio del derecho subjetivo resulta demasiado amplio porque conllevaría la protección de derechos subjetivos que recaen sobre objetos sin valor económico o afirmarían un perjuicio patrimonial aún cuando existe una contraprestación de valor pecuniario equivalente al derecho subjetivo afectado. A su vez, se dice que la noción de derecho subjetivo dispensaría una protección demasiado restringida, en casos en que se lesionan valores económicos que no alcanzan el estatus de derechos subjetivos²⁴, tales como las expectativas, la clientela, el *know how*, etc., salvo que se encuentren contractualmente asegurados²⁵.

Por ahora basta con afirmar que esta última crítica, que atiende a la excesiva formalidad de la noción de derecho subjetivo es insuperable y es razón suficiente para abandonar la teoría jurídica tal y como fuera formulada originalmente por Binding. Sin embargo, la primera crítica enunciada sólo se puede compartir si se hace suya una teoría económica del patrimonio. Si en cambio, se favorece una teoría que atienda a lo

²² (Kindhäuser, 2002, p. 144 y s.); (Schlack, 2008, pp. 266 y s.) siguiendo a Maurach agrega que “para quien suscriba la tesis jurídica, una compensación entre la ganancia y el detrimento sufrido (*Gesamtsaldierung*) debe descartarse inevitablemente, toda vez que la pérdida de un derecho individualizado no puede ser compensada de ninguna otra manera. Precisamente, la negativa de la teoría jurídica a entrar en consideraciones acerca del patrimonio como unidad de valor y, por el contrario, el énfasis puesto por sus partidarios en los elementos que lo componen como objetos de la lesión, hace que la pérdida jurídica de un derecho subjetivo sea, ya en sí misma, un perjuicio patrimonial típico. En suma, dicho perjuicio se afirmará sin que sea relevante si se recibió o no una contraprestación equivalente en cuanto a su valor económico, siendo suficiente la pérdida de un derecho o su gravamen, sin que se reciba a su vez lo que, al tenor de la obligación, le corresponde en derecho a la víctima”.

²³ (Schlack, 2008, pp. 267-269 y 285; Bascuñán, 2004, p. 291)

²⁴ (Zugaldía, 1988, p. 54; Hernández, 2003, p. 172)

²⁵ (Schlack, 2008, pp. 265, 281 y s.)

más adelante se denominará como la congruencia entre la protección de la propiedad y el patrimonio, se puede concluir que la protección a título de patrimonio de bienes sin valor pecuniario es más bien algo positivo. Asimismo, si bien puede haber buenas razones para favorecer una idea de compensación que excluya el carácter perjudicial de la disposición, ésta no tiene que atender necesariamente a si existe una contraprestación monetariamente equivalente.

2.2. Concepción económica del patrimonio

La concepción económica representó una reacción a la concepción jurídica articulada por Binding y es aquella que mayor impacto ha tenido hasta el día de hoy²⁶. Esta concepción tiene sus cimientos en una decisión del Tribunal Imperial Alemán del año 1887²⁷.

Bajo una concepción económica estricta se entiende por patrimonio la suma de posiciones de valor pecuniario de una persona sobre las que ejerce un poder fáctico de disposición²⁸. Esta teoría se caracteriza por prescindir absolutamente de algún vínculo de atribución jurídica²⁹ y utilizar como criterio de determinación del perjuicio patrimonial el principio del saldo global según el cual se verá excluido el perjuicio patrimonial cada vez que la contraprestación recibida por la víctima sea igual o mayor al valor pecuniario desembolsado mediante la disposición patrimonial. A la inversa, será indispensable para afirmar un resultado de perjuicio patrimonial que la contraprestación recibida no compense, de manera pecuniariamente expresable, el acto de disposición³⁰. Por lo tanto sería necesario efectuar una comparación entre el valor global del patrimonio antes y después de la disposición patrimonial de la víctima³¹.

²⁶ (Zugaldía, 1988, pp. 54 y s.) al describir la situación en Alemania.

²⁷ (Kindhäuser, 2011, p. 51; Schlack, 2008, pp. 263 y 270)

²⁸ (Hernández, 2003, p. 173; Rojas, 2009, p. 140)

²⁹ (Kindhäuser, 2002, p. 39; Bascuñán, 2004, p. 292). Por el contrario, (Rojas, 2009, pp. 140 y s.) siguiendo a Nelles señala que en cuanto a la pregunta por la atribución, esta teoría ofrece el criterio del intercambio, esto es, la calidad de una posición de ser objeto de una transacción.

³⁰ En este sentido en la doctrina española ya (Zugaldía, 1988, p. 16).

³¹ (Schlack, 2008, p. 274)

A esta teoría se le critica la desmesurada amplitud en la definición de patrimonio al dispensar protección a bienes cuya posesión el Derecho desaprueba³². El caso extremo sería el poder de disposición sobre una cosa obtenido por el ladrón a través de la perpetración de un hurto³³.

Los partidarios de una teoría económica, en referencia al derecho chileno, suelen esgrimir un argumento textualista referido al modo en que se gradúa la penalidad de los delitos contra el patrimonio, paradigmáticamente la estafa, dependiendo de la cuantía de lo defraudado³⁴. Entre nosotros se invoca el artículo 467 del Código Penal, afirmando que sería demostrativo de los inequívocos criterios económicos que haría suyo el legislador al configurar el perjuicio. Sin embargo, este argumento no es concluyente, porque olvida convenientemente que el legislador utiliza los mismos criterios para graduar la penalidad de las hipótesis de hurto en el artículo 446 del Código Penal que es inequívocamente un delito contra la propiedad en sentido estricto³⁵, y respecto del cual, estaría fuera de lugar cualquier exigencia de perjuicio patrimonial. Pero aún centrándonos en la sistemática del delito de estafa y otras figuras delictivas que comparten un parentesco sistemático como delitos contra el patrimonio, el argumento se encuentra artificialmente truncado, por cuanto no toma en consideración la hipótesis de falta prevista en el artículo 494 N° 19 del Código Penal que recoge los casos que no exceden de una unidad tributaria mensual, es decir, comprende aquellos objetos sin valor pecuniario alguno.

2.3. Concepción jurídico-económica del patrimonio

Como una solución de compromiso entre estas dos concepciones “puras” del patrimonio surgieron las distintas variantes de teorías jurídico-económicas (o mixtas)

³² (Zugaldía, 1988, p. 55; Schlack, 2008, p. 227)

³³ (Schlack, 2008, p. 273)

³⁴ *Ibíd.* p. 285. También recoge este argumento (Hernández, 2009, p. 78, n. 49) pero reconoce que es débil porque la circunstancia de que el perjuicio no consista en una merma económica no significa que no pueda ser avaluado económicamente.

³⁵ (Mañalich, 2017, p. 19)

del patrimonio. Estas concepciones han tenido un impacto sumamente importante en la jurisprudencia y doctrina tanto chilena como comparada³⁶.

No se trata sino de teorías económicas con un correctivo normativo³⁷, cuyo contenido específico dependerá de que especie de teoría mixta se defienda. Así es posible encontrar múltiples manifestaciones dentro del universo de teorías mixtas. Las formulaciones más restrictivas exigirán que la posición con valor económico se encuentre en la forma de un derecho subjetivo –de manera similar a la teoría jurídica clásica– para formar parte del patrimonio jurídico-penalmente protegido. Otras fórmulas exigen que la posición goce de protección por parte del ordenamiento jurídico³⁸. E incluso algunas versiones se conforman con que la posición económica no tenga la desaprobación del ordenamiento jurídico³⁹.

Nuevamente el criterio fundamental para determinar el perjuicio patrimonial será el principio del saldo global. Sin embargo, es usual que los defensores de estas concepciones acudan a correctivos del principio del saldo global que atiendan a las necesidades y fines de la víctima⁴⁰. Esto es lo que se ha denominado el componente individual o personal en la determinación del perjuicio al interior de las concepciones mixtas, a partir del argumento elaborado por el Tribunal Supremo Federal Alemán según el cual los objetos no tendrían el mismo valor patrimonial para todas las personas⁴¹. De esta manera, será necesario efectuar un doble examen para reconocer perjuicio patrimonial⁴². En primer lugar, cabe analizar si el valor de mercado de la contraprestación recibida es menor al valor representado por la prestación efectuada por la potencial víctima (tomando en cuenta las particularidades del negocio en cuestión tales como lugar, tiempo y volumen de venta) en cuyo caso habría perjuicio patrimonial. Y en segundo lugar, aún siendo el valor de mercado de la contraprestación recibida equivalente o incluso mayor al valor de la prestación efectuada por la víctima, habría que indagar si la contraprestación resulta carente de

³⁶ (Zugaldía, 1988, pp. 55 y 56; Balmaceda & Ferdinand, 2006, p.189; Schlack, 2008, p. 278)

³⁷ (Schlack, 2008, p. 278; Bascañán, 2004, p. 292; Hernández, 2003, p. 174)

³⁸ (Zugaldía, 1988, p. 56; Rojas, 2009, p. 141)

³⁹ (Schlack, 2008, p. 262)

⁴⁰ (Zugaldía, 1988, p. 60) siguiendo la posición sostenida por Antón Oneca.

⁴¹ (Balmaceda & Ferdinand, 2006, p. 190, n. 23 con referencia a Hernández, 2003, pp. 182 y s.)

⁴² (Schlack, 2007, pp. 135 y ss.; Gallego Soler, 2015, pp. 378 y ss.)

un valor de uso o utilidad atendidas las necesidades y circunstancias particulares del titular del patrimonio. En esta última situación, estaríamos asimismo frente a un perjuicio ocasionado por el impacto individual al patrimonio. Los defensores de aplicar criterios correctores al principio del saldo pretenden diferenciarse, de quienes favorecen una teoría personal, al sostener que no se trata de entregar a la víctima el juicio acerca de la utilidad de la contraprestación recibida, sino que de la falta de utilidad objetiva según un tercero imparcial. Para lograr este objetivo esbozan ciertos criterios que recogerían el “principio de la determinación objetivo-individual del perjuicio”, pero siempre desde una concepción de base económica⁴³.

Sin embargo, y como se puede apreciar, estas consideraciones acerca del impacto individual son difícilmente conciliables con un punto de partida económico. Esta situación conflictiva, entre criterios potencialmente contrapuestos, le ha valido numerosas críticas a los partidarios de aplicar correctores al principio del saldo por su falta de consistencia interna⁴⁴

⁴³ (Balmaceda, 2010, p. 111) enumera los siguientes criterios: “1. La utilidad contractualmente prevista, expresa o implícitamente, en la transacción correspondiente (habrá perjuicio patrimonial si no se puede satisfacer). 2. La carencia de valor de uso de la contraprestación considerada de acuerdo a lo que puede estimarse útil para un sujeto económicamente razonable situado en el lugar del afectado. De tal manera, que si la contraprestación fuese útil para un tercero en el mismo entorno (mercantil) no existiría el perjuicio patrimonial. 3. Por último, la imposibilidad de otorgar a lo recibido otro uso razonablemente exigible para la víctima (dónde habrá perjuicio cuando no sea viable que el afectado dé otro uso, exigible razonablemente –como la transformación o reventa del bien recibido- para recuperar el valor patrimonial)”.

⁴⁴ (Schlack, 2007, pp. 142 y s.) recoge la crítica de un quiebre en la coherencia dogmática por parte de quienes parten de una posición de base económica, pero pretende atenuarla bajo la reformulación del contenido de la fórmula de un valor de utilidad. En particular se busca comprender dentro de aquella noción la posibilidad de darle otro uso razonablemente exigible al elemento patrimonial tal como la transformación o reventa del bien en cuestión. Por su parte, (Kindhäuser, 2011, p. 57) señala que la articulación de este principio de regla-excepción resulta dogmáticamente oscura. (Gallego Soler, 2015, p. 176) afirma que el precio que tienen que pagar estas teorías correctoras es una incongruencia sistemática: si perjuicio patrimonial no es sólo disminución contable de patrimonio, es porque el patrimonio tendría que ser algo más (o algo diferente) de la mera suma cuantitativa de bienes con valor económico, reconocidos jurídicamente.

2.4. Concepción personal del patrimonio

Como una respuesta crítica a las teorías de base económica, surgió la llamada concepción personal del patrimonio, comúnmente asociada a la obra de Harro Otto⁴⁵. Aquí la razón de protección del patrimonio no redundaba en el valor pecuniario de los bienes abstractamente considerados, sino que responde a su finalidad, la cual es garantizar al titular del patrimonio un espacio de libre desarrollo en el ámbito económico⁴⁶. El patrimonio es una unidad personalmente estructurada que garantiza el desarrollo de la persona en el ámbito material⁴⁷. “Así el patrimonio se concibe como ‘libertad de acción objetivada’, un ‘Können’⁴⁸ que se actualiza en cada acto de disposición”⁴⁹. Esto significa que el perjuicio supone una reducción de la potencia económica del titular del patrimonio⁵⁰, que concurre aun cuando se trate de bienes que ostentan únicamente valor de afección⁵¹. Otto exige asimismo como condición para que un objeto cuente como un bien patrimonial que aquél pueda ser parte del tráfico económico⁵².

En concordancia con las preferencias subjetivas del titular del patrimonio el criterio favorecido por la concepción personal del patrimonio para determinar si hay perjuicio patrimonial es la frustración del fin. Ya no se trata de concebir al patrimonio como una suma de valor estática que se preserva mediante la equiparación de salidas y entradas pecuniarias al modo de una ecuación contable, sino que se busca dinamizar el concepto de patrimonio mediante su aplicación a fines fijados por su titular en pos

⁴⁵ (Pastor, 2004, p. 44). Aunque, según (Zugaldía, 1988, p. 56) ya Bockelmann había elaborado un concepto personal de patrimonio con anterioridad.

⁴⁶ (Zugaldía, 1988, p. 57; Rojas, 2009, p. 142)

⁴⁷ (Otto, *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, Berlin, 1970, p. 69) citado por (Pastor, 2004, p. 45, n. 98). En el mismo sentido (Zugaldía, 1988, p. 57; Bascuñán, 2004, p. 294).

⁴⁸ Que se puede traducir como “poder”.

⁴⁹ (Otto, *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, Berlin, 1970, p. 69) citado por (Pastor, 2004, p. 45, n. 98).

⁵⁰ (Kindhäuser, 2002, p. 147)

⁵¹ (Zugaldía, 1988, pp. 57 y s.)

⁵² (Rojas, 2009, p. 142)

de su libre desarrollo personal⁵³. En este contexto no existe razón alguna para restringir el contenido patrimonial a los objetos con valor de cambio o pecuniario; por el contrario, en el patrimonio también estarían integrados los bienes respecto de los cuales sólo se puede predicar un valor de afección, pues también estos pueden ser parte del tráfico económico relevante de una persona.

El criterio de la frustración del fin suele tener una mayor acogida para explicar el perjuicio en contratos unilaterales, tales como la estafa de donaciones. En estos casos el recurso al criterio del principio del saldo resulta insuficiente por la inexistencia de una contraprestación que pueda valorarse pecuniariamente. De hecho, quien efectúa una disposición patrimonial a título de donativo es plenamente consciente que está disminuyendo económicamente su patrimonio sin recibir nada a cambio. Por eso se dice que su perjuicio estaría constituido por la frustración del fin perseguido por el titular del patrimonio.

La introducción del criterio de la frustración del fin supone una subjetivación de los conceptos de patrimonio y perjuicio, que ha sido criticada desde las teorías de base económica por la incertidumbre que conllevaría. Se le reprocha a las teorías personales su incapacidad para entregar criterios claros para determinar cuando se puede reconocer una frustración del fin relevante. La jurisprudencia alemana registra un caso en que se condenó por estafa a quien introdujo donaciones inexistentes en una lista, con el objetivo de que otros futuros donantes fueran más generosos en sus aportes⁵⁴. Con razón se puede criticar esta decisión jurisprudencial, pues el fin subjetivo de aparecer públicamente en una lista de donadores no puede ser suficiente para vincular al correspondiente donativo, hecho en atención a la información contenida en esa lista, a la generación de un perjuicio patrimonial. Como se verá a continuación, a propósito de la concepción funcional del patrimonio, existen buenas razones para favorecer el punto de partida de una concepción personal que pone al

⁵³ Desde lo que denomina una concepción funcional, pero compartiendo este fundamento. (Kindhäuser, 2011, p. 56): “Los consumidores privados no adquieren alimentos, artículos de necesidad y artículos de lujos para así volver a balancear financieramente su patrimonio conservando su valor global, sino para seguir viviendo, abrigarse y organizar su vida cotidiana con arreglo a sus propios intereses”.

⁵⁴ Caso citado por (Pastor, 2004, p. 42 n. 78).

titular del patrimonio como eje de la definición de patrimonio, pero es necesario reformular el criterio de la frustración del fin.

2.5. Concepción funcional del patrimonio

La concepción funcional del patrimonio desarrollada por Kindhäuser se enmarca dentro de su sistema general de protección de bienes jurídicos⁵⁵. En sus palabras, “el derecho penal no ofrece protección frente a la mera intervención en bienes jurídicos, sino que solamente protege frente a la lesión de derechos que recaen sobre los mismos”⁵⁶. Kindhäuser ilustra este punto mediante la tipificación del delito de lesiones. La norma prohibitiva que subyace al delito de lesiones “garantiza la salud y la integridad corporal no como atributo pensado fácticamente ‘previo al derecho’, sino como objeto del derecho (absoluto) de una persona”⁵⁷. Así se explica que cuando uno acude a un dentista a extraerse un diente no se pueda reconocer una lesión corporal típica⁵⁸ porque “no constituye injusto la lesión corporal como tal, sino que el menoscabo de la integridad corporal que se comete despreciando la aceptación del afectado. Así, el injusto es cometido cuando es lesionado el derecho del afectado a la salvaguardia de su integridad corporal”⁵⁹. Aquí cabe adelantar que algo semejante ocurrirá al indagar por una eventual lesión al patrimonio de una persona. Al evaluar bajo una concepción funcional si se ha producido un perjuicio patrimonial será determinante la posible “aceptación” del sujeto al disponer de su patrimonio.

Kindhäuser define a los bienes jurídicos como aquellas propiedades de personas, cosas o instituciones que son de elemental significación para el libre

⁵⁵ Esto no significa que este autor le atribuya a las normas de sanción del Derecho penal la finalidad directa de proteger bienes jurídicos. Por el contrario, son las normas de comportamiento –que subyacen a las respectivas normas de sanción por vía de formulación contradictoria– las que tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos. Al respecto, véase nota N^o 1.

⁵⁶ (Kindhäuser, *La fidelidad al Derecho como categoría de la Culpabilidad*, 2009, p. 111)

⁵⁷ (Kindhäuser, 2002, p. 30)

⁵⁸ *Ibíd.* p. 31.

⁵⁹ (Kindhäuser, *La fidelidad al Derecho como categoría de la Culpabilidad*, 2009, p. 111)

desenvolvimiento del individuo en la sociedad⁶⁰. En otras palabras, son condiciones que facilitan y aseguran una libre e igual participación jurídicamente reconocida en la vida social⁶¹. Es posible efectuar una primera clasificación de los bienes jurídicos, a saber, entre bienes individuales, por un lado, y bienes colectivos, por otro. Los que interesan en este trabajo son los primeros, y en particular una sub-clasificación de aquellos entre bienes jurídicos personalísimos e instrumentales.

Los bienes jurídicos personalísimos son aquellos constitutivos del estatus de una persona como sujeto de derecho, tales como la vida, la integridad corporal, el honor y la libertad. Su característica principal es su inalienabilidad ya que su titular, si bien puede disponer de ellos, no puede desprenderse de los mismos mediante su transferencia⁶².

En cambio, los bienes jurídicos instrumentales se configuran como medios para el libre desarrollo de la personalidad ya constituida, y se caracterizan por ser transferibles⁶³. Dentro de estos últimos se encuentra precisamente el patrimonio como bien jurídico instrumental de una persona⁶⁴. Como se puede apreciar, existe ya en el concepto de bien jurídico una sintonía con la concepción personal en lo relativo al fundamento liberal de la protección del patrimonio en tanto potencia económica de una persona.

La concepción del patrimonio sostenida por Kindhäuser puede ser denominada “funcional”, porque se encuentra construida de manera tal que pueda resolver los problemas que enfrenta el concepto de patrimonio. En otras palabras, se trata de una teoría que busca maximizar las funciones dogmáticas que debe desempeñar el concepto de patrimonio. En este sentido, se puede afirmar que se trata de una teoría con vocación eminentemente pragmática. Lo que busca Kindhäuser es precisamente desmarcarse de aquellas teorías que parten de un concepto abstracto de patrimonio que posteriormente se aplica para interpretar los tipos penales. Por el contrario, el

⁶⁰ (Kindhäuser, La lógica de la construcción del delito, 2009, p. 502)

⁶¹ (Kindhäuser, 2002, p. 30)

⁶² *Ibíd.* p. 31

⁶³ *Ibíd.* pp. 31 y s.)

⁶⁴ (Pastor, 2004, p. 171) señala que se trata de una realidad instrumental, de modo que, aun cuando tiene una dimensión material, el aspecto que interesa es el de su dimensión de poder para el desarrollo de su titular.

método que él propone es construir un concepto de patrimonio a partir de las características específicas del delito que se trate y del contexto regulativo en que se encuentre dentro de los delitos de significación patrimonial⁶⁵.

En uno de sus trabajos Kindhäuser acomete esta tarea a propósito del delito de estafa⁶⁶, identificando tres funciones que debería desempeñar el concepto de patrimonio en este contexto.

En primer lugar, un concepto de patrimonio debería promover la congruencia entre la protección jurídico-penal de la propiedad y el patrimonio. En general, de lo que se trata es que una misma posición, tal como el poder fáctico de disposición sobre una cosa, se encuentre protegida tanto bajo delito contra la propiedad como a título de delito contra el patrimonio⁶⁷. Como se abordará en el apartado siguiente el problema surge principalmente tratándose de cosas que carecen de valor de mercado y que –de seguir una concepción que promueva la incongruencia– se encontrarían protegidas únicamente bajo la tipificación de los delitos contra la propiedad y no por los delitos contra el patrimonio.

En segundo lugar, el concepto de patrimonio debe proveer a la dogmática de un concepto de perjuicio patrimonial que resulte operativo, consistente y coherente con el sistema de los delitos de significación patrimonial. Esta función tiene un efecto expansivo que sobrepasa la tipificación del delito de estafa, en tanto resulta de vital importancia para todas aquellas realizaciones delictivas que exijan un resultado típico consistente en un perjuicio patrimonial. Por su importancia para el desarrollo de este trabajo, este punto se desarrollará en detalle más adelante⁶⁸.

Por último, el concepto de patrimonio debe estar en posición de servir de criterio de enriquecimiento cuando el delito en cuestión lo requiera, como ocurre con la estafa⁶⁹. En tanto se entiende que la estafa es un delito de desplazamiento patrimonial, es decir, un delito que no sólo exige un perjuicio patrimonial para la víctima sino que también un enriquecimiento correlativo para el autor, al menos en su

⁶⁵ (Kindhäuser, 2002, pp. 125 y ss.)

⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁷ (Mañalich, 2017, p. 18)

⁶⁸ *Infra* I.2.5.2.

⁶⁹ (Kindhäuser, 2002, pp. 130 y ss.)

dimensión subjetiva por medio del requerimiento de un ánimo de lucro o de enriquecimiento que opera al modo de una tendencia interna trascendente. El autor de un delito de estafa tiene el propósito de enriquecerse en términos congruentes con el perjuicio, pero no es necesario que el autor alcance su objetivo para la consumación del delito.

Kindhäuser destaca que la conceptualización del perjuicio como pérdida empobrecedora con efecto (potencialmente) enriquecedor puede ser de relevancia para determinar el contenido y alcance del patrimonio, pues reafirmaría la idea que sólo aquellas posiciones respecto de cosas que pueden transmitirse, y en consecuencia, adquirirse antijurídicamente a costa del titular pueden contar como posiciones patrimoniales⁷⁰. Esta posición resulta coherente con la clasificación ya efectuada del patrimonio como un bien jurídico individual de carácter instrumental, el cual se caracteriza precisamente por su transmisibilidad por contraposición a los bienes jurídicos individuales personalísimos que quedan fuera del concepto de patrimonio. En este orden de ideas se explica por qué la fuerza de trabajo queda fuera del concepto de patrimonio debido a su intransmisibilidad⁷¹.

Cabe recordar que estas tres funciones están referidas al delito contra el patrimonio por antonomasia, como lo es la estafa, sin que todas ellas sean necesariamente pertinentes para el análisis de otros delitos de significación patrimonial. Al tratar la estructura de la administración desleal, que corresponde a un delito de mero perjuicio patrimonial se verá cómo la última función enunciada pierde importancia ya que no se exige un enriquecimiento o aprovechamiento correlativo.

2.5.1. Relación entre delitos contra el patrimonio y delitos contra la propiedad: congruencia de la protección del patrimonio y la propiedad

Como afirmábamos, y con el objetivo de proponer su propia teoría funcional del patrimonio y diferenciarse de un modo no menor de las teorías antes referidas,

⁷⁰ *Ibíd.* p. 131.

⁷¹ *Ibíd.* En contra: (Piña, 2004, p. 81) quien a partir de lo que denomina un concepto amplio de disposición patrimonial que pretende distanciarse de la noción de desplazamiento patrimonial concluye que la prestación de un servicio también ha de entenderse como disposición patrimonial.

Kindhäuser propone detenerse en la pregunta por la congruencia de la protección jurídico-penal de la propiedad y el patrimonio⁷². De partida, uno podría diferenciar una congruencia meramente formal de una material. Por una parte, la (in)congruencia formal está asociada a la (in)exigencia de algún criterio de atribución jurídica que permita diferenciar los objetos que forman parte del patrimonio jurídico-penalmente protegido. Por la otra, la (in)congruencia material dependerá de la consideración de si se utiliza un parámetro objetivo o subjetivo para la determinación de los bienes que forman parte del patrimonio⁷³. El criterio objetivo utilizado por las teorías económicas consistente en el valor de mercado le restará importancia a criterios subjetivos tales como el valor de afección que se puede predicar de ciertos bienes. Esto tendrá como consecuencia que existan casos en que un mismo bien, desprovisto de valor de mercado, se verá protegido frente un atentado contra la propiedad, pero no lo será si se trata de la imputación de un delito contra el patrimonio. Como advierte Kindhäuser, si se ocupa un parámetro objetivo (fáctico-económico) de valoración de los bienes, se caería en una contradicción teleológica al proteger el patrimonio como libre desenvolvimiento de la voluntad (subjetiva) de un individuo y negarle a su vez valor a dicho despliegue de la voluntad. Si el patrimonio se entiende como potencia económica, es decir, se trata de un poder otorgado a su titular para desenvolverse en el ámbito económico de acuerdo a sus intereses, no tiene sentido alguno proteger ese patrimonio contra la voluntad de su titular⁷⁴.

La incongruencia formal entre la protección de la propiedad y el patrimonio puede ilustrarse por medio de la pregunta por la protección jurídico-penal de la posesión ilícita del ladrón. Si no se exige ningún criterio de atribución jurídica para definir aquello que cuenta como patrimonio, tal y como lo afirma la teoría puramente económica, se llega a una sobreprotección indeseable de posiciones económicas que son reprobadas por el ordenamiento jurídico pues el ladrón podría, por ejemplo, llegar a ser víctima de una estafa respecto a su botín. Si el Derecho protege el patrimonio de una persona en tanto medio de libre desarrollo personal, no tiene

⁷² (Kindhäuser, 2002, pp. 36 y ss.; Mañalich, 2017, pp. 17 y s.)

⁷³ (Mañalich, 2009, p. 117; Kindhäuser, 2002, p. 38)

⁷⁴ (Pastor, 2004, p. 77)

sentido que queden tuteladas posiciones fácticas que no se encuentren jurídicamente adscritas a una persona.

Por el contrario, una incongruencia material implica una desprotección de aquellos bienes que ostentan únicamente un valor de afección. Este es un defecto inmanente a cualquier teoría de base económica que no puede superarse ni siquiera por las teorías mixtas mediante la adición de algún criterio de atribución jurídica que apunte a resolver el problema de la incongruencia formal. El problema fundamental de una concepción del patrimonio materialmente incongruente es que lleva al legislador a caer en contradicciones valorativas que son difíciles de explicar.

Para ilustrar este punto, Kindhäuser utiliza la comparación entre el robo y la extorsión de una foto con mero valor de afección pero carente de valor pecuniario actual⁷⁵. En el derecho penal alemán, si bien el robo y la extorsión comparten una misma exigencia (la coacción violenta o intimidatoria como medio comisivo), se diferencian *grosso modo* en que en el robo debe verificarse aquello que dogmáticamente se denomina una “sustracción” por parte del autor, mientras en la extorsión debe poder reconocerse una “disposición” por parte de la víctima⁷⁶. Tratándose de una foto del recuerdo, no habrían mayores obstáculos para afirmar la punibilidad a título de robo por ser un delito contra la propiedad que se satisface con la privación a la víctima de su poder fáctico de disposición sobre la cosa sin exigir un perjuicio patrimonial⁷⁷. En cambio, la conclusión punitiva que es problemática, es afirmar que tratándose de una extorsión referida a la misma foto no cabría afirmar su punibilidad por tratarse de un delito contra el patrimonio que exigiría un perjuicio patrimonial económicamente valorable. En este último caso, sólo quedaría el recurso a

⁷⁵ (Kindhäuser, 2002, pp. 128-130)

⁷⁶ Esto último ha llevado a que (Kindhäuser, 2002, p. 84) haya calificado al hurto (y lo mismo cabría decir del robo) como un ejemplo de tipificación de autoría inmediata o directa; en contraposición a la extorsión (y la estafa) como tipificaciones de autoría mediata.

⁷⁷ La ausencia de perjuicio patrimonial en este caso se sostiene sólo desde una teoría de base económica. Por el contrario, esta situación abre la posibilidad para afirmar –desde una teoría no económica- que tratándose de un delito contra la propiedad también se produce un perjuicio patrimonial en tanto la propiedad es una posición patrimonial por antonomasia. Esto supondría sostener una relación de especialidad entre la categoría genérica de delitos contra el patrimonio y la categoría especial de delitos contra la propiedad.

los delitos de coacción violenta o intimidatoria con la evidente e injustificada diferencia en la penalidad.

Recapitulando, nos encontramos con el siguiente panorama⁷⁸. Una concepción económica pura del patrimonio implicaría afirmar una incongruencia formal y material entre la protección jurídico-penal de la propiedad y el patrimonio⁷⁹, mientras una teoría jurídica o personal tendría como consecuencia una congruencia tanto formal como material. Por su parte, una teoría jurídico-económica permite una congruencia exclusivamente formal, pero no material.

Esta situación lleva a Kindhäuser a afirmar que resulta preferible evitar contradicciones axiológicas, por la vía de construir un concepto de patrimonio cuya protección abarque también la propiedad sobre objetos sin valor de mercado⁸⁰. El límite estaría dado no por si los objetos tienen un valor económico actual, sino que por la circunstancia de ser posible una valoración pecuniaria abstracta. Esto significa que forman parte del patrimonio aquellas posiciones relativas a objetos, jurídicamente adscritos a una persona, que sean susceptibles de valorización monetaria⁸¹. En otras palabras, no es necesario que el bien se encuentre actualmente en el mercado con un determinado precio, pero si tiene que ser posible fijarle un precio⁸². Esta exigencia se asemeja a lo que en términos del derecho privado se denomina como una cosa comerciable que puede ser objeto de un negocio jurídico⁸³. Para seguir con el mismo ejemplo, si bien no existe un mercado de fotos del recuerdo y por lo tanto se trata de objetos sin un valor de mercado actual en términos de las teorías económicas, es indudable que se trata de un bien al que se le puede poner un precio y ser objeto de una transacción económica. No se podría predicar lo mismo, por ejemplo, de los órganos vitales de una persona cuya transferencia se encuentra

⁷⁸ (Mañalich, 2009, p. 117)

⁷⁹ (Kindhäuser, 2002, pp. 40 y s.)

⁸⁰ *Ibíd.* p. 129.

⁸¹ (Mañalich, 2017, p. 19)

⁸² Nótese que esto vale también para aquellos bienes que tendrían un incuestionable valor pecuniario en caso de ser comercializados pero que precisamente no tienen un mercado. Por ejemplo, piénsese en una obra de arte de valor incalculable como la mundialmente famosa *Mona Lisa*.

⁸³ Art. 1461 del Código Civil.

limitada y regulada estrictamente por la ley N^o 19.451. Entonces, tenemos que por la vía de exigir un criterio de atribución jurídica se asegura la congruencia formal, mientras que la solución de la valorización pecuniaria abstracta maximiza también una congruencia material.

La completa congruencia entre la protección penal del patrimonio y la propiedad, así obtenida, tiene una consecuencia fundamental para entender la relación entre estos dos bienes jurídicos. Se tratará de una relación de género a especie según la cual toda afectación de la propiedad conllevará un menoscabo del patrimonio⁸⁴, pero no a la inversa⁸⁵. Cada afectación del poder de disposición de una persona sobre aquellas posiciones que recaen sobre bienes jurídicamente atribuibles y abstractamente valorizables, constitutivo de un menoscabo de su propiedad, será también un menoscabo de su patrimonio⁸⁶. Esto es coherente con la intuición jurídico-civil de que la propiedad es la posición patrimonial por antonomasia.

2.5.2. Determinación del perjuicio patrimonial

Una premisa fundamental de la que parte la concepción funcional sostenida por Kindhäuser es que las disposiciones patrimoniales son siempre inversiones que responden a fines⁸⁷. Entonces, si cabe hablar de una compensación, tal operación tiene que atender a la obtención del fin perseguido por la disposición patrimonial. De esta manera, la exigencia de inmediatez que la doctrina predica entre disposición y perjuicio alcanza su máxima expresión, pues se constatará un perjuicio patrimonial cada vez que el fin asociado a la disposición patrimonial no sea alcanzado⁸⁸.

⁸⁴ Advertir esta relación puede resultar útil cuando se requiera afirmar la identidad del bien jurídico protegido entre dos realizaciones delictivas como ocurre, por ejemplo, tratándose de la regla concursal que prevé el artículo 351 del Código Procesal Penal.

⁸⁵ (Mañalich, 2009, p. 117)

⁸⁶ En contra, y siguiendo lo que describen como la posición mayoritaria en la doctrina española, (Luzón Peña & Roso Cañadillas, 2010, p. 7) sostienen que el antiguo delito de administración desleal societaria tipificado en el (antiguo) art. 295 del Código Penal español protegería exclusivamente el patrimonio y no la propiedad.

⁸⁷ (Kindhäuser, 2002, p. 147)

⁸⁸ (Kindhäuser, 2011, pp. 57 y s.)

Esto parece sugerir un regreso al criterio de la frustración del fin predicado por una concepción personal del patrimonio. Sin embargo, tal coincidencia es sólo parcial. Kindhäuser comparte la crítica dirigida a la concepción personal en el sentido de que el fin no puede ser cualquier motivo, deseo o expectativa del titular del patrimonio. En sus palabras, de lo que se trata, más bien, es del fin que aparece como fundamento del negocio respectivo⁸⁹. Por esta vía, el criterio negativo favorecido por Kindhäuser – consistente en la falta de obtención del fin– se enmarca en la senda de aquellos que buscan una objetivación del criterio de la frustración del fin. A la inversa de los partidarios de una teoría personal que aprecian el perjuicio en la frustración del fin positivamente considerado, para esta concepción funcional el perjuicio radica en la disposición no compensada por la falta de obtención del fin. Como decíamos, los conceptos de disposición y perjuicio se encuentran íntimamente vinculados pero apuntan en direcciones opuestas. La disposición apuntará al desempeño de la prestación efectuada por la potencial víctima del delito, mientras que el perjuicio dependerá, característicamente⁹⁰, de si la contraprestación alcanza para compensar normativamente la primera⁹¹. De esta manera se articula armoniosamente la relación que cabe predicar entre disposición y perjuicio pero sin caer en el prejuizamiento de uno de los elementos por el otro⁹².

La exigencia independiente de una disposición, importa por sí misma, una transferencia de una parte del patrimonio de una persona a otra en los términos definidos anteriormente. Esto implicará entonces, una exigencia fáctica consistente en el desplazamiento consciente de valores patrimoniales⁹³. Por su parte, el perjuicio es

⁸⁹ *Ibíd* p. 58.

⁹⁰ (Kindhäuser, 2011, p. 58) advierte que normalmente el perjuicio se deberá a que el disponente efectúa la disposición estando equivocado sobre la calidad y la adecuación de la contraprestación según el fin perseguido. Sin embargo, la falta de obtención del fin también puede deberse a que el propio disponente aprecia incorrectamente la propia prestación. Respecto a esto último pone como ejemplo a quien se obliga, al firmar un contrato por escrito, a pagar un precio más alto que el consensualmente convenido.

⁹¹ (Kindhäuser, 2002, p. 143) señala que la compensación no se refiere al cálculo del valor económico del estado de bienes de una persona, sino al reconocimiento normativo de un determinado hecho como contravalor del acto de disposición de la víctima.

⁹² La exigencia metodológica de mantener la independencia entre disposición y perjuicio se puede observar en (Pastor, 2004, p. 173).

⁹³ (Kindhäuser, 1991, p. 16)

un concepto que si bien podría calificarse de dependiente, en el sentido que no cabe siquiera plantearse la pregunta por el perjuicio si no se ha verificado previamente una disposición, tiene sus exigencias propias, las cuales apuntan a la pregunta por la eventual cancelación del carácter perjudicial de la disposición en atención al fin perseguido por la inversión. De esta manera se explica consistentemente la idea de una disposición perjudicial. Es la disposición lo que resulta perjudicial cada vez que no se alcanza el fin perseguido por la misma. En palabras de Kindhäuser, un perjuicio es una disminución de bienes transmisibles que no es compensada a través de la producción de determinadas circunstancias⁹⁴. Dicho nuevamente de forma abreviada: el perjuicio es el atributo de una disposición que no ha sido compensada por su fin.

3. Toma de postura: ventajas de optar por la concepción funcional del patrimonio

Como puede desprenderse de la revisión de las concepciones precedentemente consideradas, en este trabajo se favorece una concepción funcional del patrimonio en los términos defendidos por Kindhäuser. Esta opción halla su explicación en las diferentes razones que se han venido desarrollando y que se recapitularán a continuación.

En primer lugar, una teoría funcional permite dinamizar el concepto de patrimonio. Tal como pone de relieve Kindhäuser, se trata de una concepción genuinamente “económica” si se comparte que lo propio del comercio económico es el intercambio de bienes en atención a determinados fines y no el mantenimiento contable de una masa inerte de bienes en tanto activos patrimoniales.

Asimismo, la concepción funcional que se encuentra definida precisamente en base a las funciones que tiene que desempeñar el concepto de patrimonio resulta mucho más útil para la labor dogmática. La labor de congruencia entre la protección jurídico-penal de la propiedad y el patrimonio permite evitar inconsistencias valorativas que serían difíciles de explicar. Por la vía de introducir un criterio amplio de atribución jurídica es posible obtener una congruencia en su faz formal que evite

⁹⁴ (Kindhäuser, 2002, p. 136)

las dificultades que el concepto de derecho subjetivo le produjo a la teoría jurídica formulada por Binding. Por su parte una congruencia material es maximizada por la vía de incluir dentro del concepto de patrimonio aquellas posiciones sobre bienes que no ostenten un valor de mercado actual, sino tan sólo potencial. Estas opciones le dan una fisonomía adecuada al concepto de patrimonio evitando, por una parte, la sobreprotección que implica tutelar jurídicamente posiciones no reconocidas o incluso reprobadas por el Derecho; pero dispensando una protección necesaria a aquellas posiciones que recaen sobre bienes con mero valor de afección, que son igualmente vitales en nuestro desarrollo personal en el ámbito económico. Asimismo, una concepción del patrimonio que promueva la congruencia ofrece una respuesta a la pregunta por la relación entre patrimonio y propiedad: todo delito contra la propiedad será a su vez un delito contra el patrimonio, pero no a la inversa.

La adopción de una concepción funcional del patrimonio provee un criterio operativo para la determinación del perjuicio patrimonial que radica en la falta de obtención del fin perseguido por la disposición. Esto supone una relectura radical del concepto de compensación, y tiene la ventaja de ser aplicable consistentemente a todo tipo de negocios jurídicos ya sean estos unilaterales o bilaterales, gratuitos u onerosos, etc. De paso, el criterio de la falta de obtención del fin permite explicar la relación que cabe requerir entre disposición y perjuicio. Como se afirmó anteriormente, una concepción funcional del patrimonio maximiza la exigencia de inmediatez que la doctrina suele exigir entre disposición y perjuicio⁹⁵. En estos términos, es que cabe favorecer la terminología según la cual el perjuicio es una característica de la disposición. En breve: una disposición perjudicial.

En este lugar cabe destacar también lo que podríamos denominar la exigencia de facticidad que impone una teoría funcional del patrimonio, por contraposición al carácter abstracto que se puede advertir en los postulados de otras concepciones

⁹⁵ Desde una concepción de base económica (Hernández, 2003, p. 180) resalta la necesidad de que disposición y perjuicio coincidan en el tiempo. (Kindhäuser, 2002, p. 106 y s.) al defender su interpretación de la estafa como un caso especialmente tipificado de autoría mediata afirma lo siguiente: “En esencia, la exigencia de inmediatez de la disposición es una modificación inexacta de la condición de que el desplazamiento patrimonial debe fundarse en el acto de disposición del engañado”.

acerca del patrimonio. Kindhäuser no comparte con la concepción jurídica que el perjuicio deba buscarse en el plano del Derecho, pues bajo su concepción el perjuicio radica en lo fáctico, pero solamente puede ser definido normativamente⁹⁶. Esto se explica porque el patrimonio funcionalmente definido está conformado por posiciones sobre bienes y no por derechos y obligaciones sobre los mismos. En correspondencia, el núcleo del perjuicio residirá en el desplazamiento fáctico de dichos bienes en tanto disposición patrimonial no compensada jurídicamente. Paralelamente, Kindhäuser procura diferenciarse de una concepción personal del patrimonio que fundamente personalmente el criterio de la frustración del fin⁹⁷. Nuevamente, la base del perjuicio no radica en la frustración del fin del titular, sino en la pérdida fáctica de un bien transmisible en tanto acto dispositivo. El fin es de importancia para excluir o afirmar una compensación del acto dispositivo, pero no es suficiente por sí solo para hacer reconocible un perjuicio cuyo núcleo es eminentemente fáctico.

De especial relevancia para lo que viene es la dificultad de definir “personalmente” el patrimonio cuando se trata de un patrimonio destinado a desempeñar una función pública. En referencia a estos casos, Kindhäuser advierte que tiene poco sentido ver el perjuicio en el menoscabo de la libertad personal. Por eso él sugiere abandonar lo que denomina una “concepción personal abstracta de patrimonio”⁹⁸.

⁹⁶ (Kindhäuser, 2002, pp. 146 y s.)

⁹⁷ *Ibíd.* p. 147-150.

⁹⁸ *Ibíd.* p. 148.

Capítulo II: Caso Kodama

1. Presentación del caso

Durante la segunda parte de este trabajo se pretende someter a análisis el rendimiento de la concepción funcional del patrimonio de la mano de un caso que tuvo la oportunidad de conocer de manera incipiente nuestra jurisprudencia. En términos generales, se trata de una situación en que la conducta, presuntamente coordinada, de diversos funcionarios públicos, por una parte, y representantes de una empresa, por la otra, conduce al nacimiento de una deuda fiscal no justificada, cuyo pago se mantiene pendiente. El énfasis estará puesto en la pregunta por la posibilidad de afirmar un resultado de perjuicio patrimonial a la luz de los hechos que se especifican a continuación⁹⁹.

En el contexto de implementación del plan de transporte público de la ciudad de Santiago, se suscribió un convenio mandato en virtud del cual la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas le encargó al Servicio de Vivienda y Urbanismo Metropolitano (Serviu) la construcción del corredor de transporte público avenida Pedro Aguirre Cerda, entre Alameda y Pajaritos. En cumplimiento de este mandato, el Serviu licitó públicamente la construcción de dicha obra, la cual fue adjudicada a una empresa contratista en la suma alzada de 25 mil millones de pesos.

Durante la ejecución del contrato se realizaron seis modificaciones al mismo. En la última de estas se acordó una indemnización de 950 millones de pesos, pero el cálculo fue corregido y rebajado por la Contraloría General de la República a 95 millones de pesos. El dictamen de Contraloría explicó que el cálculo indemnizatorio debió efectuarse en base a la etapa o sector con plazo parcial que correspondía y no en referencia al monto total del contrato.

⁹⁹ La reconstrucción de los hechos ofrecida en este trabajo se ha realizado en base a la querrela formulada por el Consejo de Defensa del Estado y otros documentos tales como la denuncia ante Contraloría General de la República presentada por el senador Alejandro Navarro y el informe evacuado por la Comisión especial investigadora de la Cámara de Diputados.

Con posterioridad a la entrega de las obras, la Ministra de Vivienda y Urbanismo sostuvo una reunión con representantes de la empresa quienes le indicaron que el Serviu les adeudaba dinero. Frente a lo cual, la Ministra le solicitó al Director del Serviu que analizara el reclamo. Ejecutivos de la empresa reiteraron sus pretensiones por escrito mediante cartas dirigidas a las autoridades del Serviu. En estos documentos solicitaron que se les reconocieran derechos por concepto de mayores gastos generales en que habrían incurrido durante la ejecución del contrato debido a atrasos no imputables a la empresa sino que al servicio por la suma de 21 mil millones de pesos.

La respuesta del Director del Serviu mediante un oficio se limitó a aludir a la jurisprudencia administrativa ya referida, sin perjuicio de lo cual manifestó su disposición para coordinar una reunión que tuviera por objeto tratar los temas pendientes relacionados con el contrato de obras. Durante los meses siguientes, se llevaron a cabo numerosas reuniones entre representantes y abogados de la empresa contratista, por una parte; y distintos funcionarios públicos, por la otra. En nombre del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, dirigió las reuniones un abogado asesor, de confianza de la Ministra y que la representaba. Por parte del Serviu intervinieron el Director, el Subdirector Jurídico y el Subdirector de Pavimentación de Obras Viales.

Eventualmente la empresa presentó una demanda en contra del Serviu por la suma de 41 mil millones de pesos. El Serviu contesta la demanda, pidiendo su rechazo en todas sus partes. Asimismo se llevan a cabo los trámites procesales de la réplica y la dúplica. Unos días antes de la audiencia de conciliación, el Director del Serviu remite a la Ministra un oficio con una propuesta de bases para arribar a una transacción que ponga término al juicio, una de cuyas concesiones principales implicaba que el Serviu reconocería adeudar al contratista la suma de 17 mil millones de pesos.

Un día antes de la audiencia de conciliación, la Ministra firma un decreto supremo exento (del trámite de toma de razón) mediante el cual autorizó al Serviu para transigir judicialmente con la empresa en idénticos términos a los propuestos en las bases de transacción. El mismo día, ante notario público, se suscribió la transacción entre el Serviu y la empresa. Aquí comparecen a nombre del demandante un socio que representa a la empresa y por el demandado el Director del Serviu. Al día siguiente se

aprobó en la audiencia de conciliación la transacción mediante una resolución judicial que puso término al litigio.

Sin embargo, el pago no se verificó porque al Jefe de la División de Finanzas del Ministerio le llamo la atención la gigantesca suma de dinero comprometida y le advirtió al Subsecretario (Ministro subrogante en ese momento) quien requirió antecedentes al Serviu que sustentaran la decisión adoptada. Simultáneamente el subsecretario le advirtió a la Ministra –quien se encontraba de vacaciones– de la situación. Tanto el Ministro subrogante como la Ministra solicitaron conocer de manera urgente cuales fueron los antecedentes justificantes, sin obtener una respuesta satisfactoria.

Por el contrario, se pudo determinar que se llegó al acuerdo plasmado en el contrato de transacción a pesar de no existir antecedentes técnicos, jurídicos, financieros o de otra índole que fueren suficientes para fundamentar tal determinación. La decisión del Director del Serviu de transigir se basó en meras exposiciones verbales de sus asesores (el Subdirector Jurídico y el Subdirector de Pavimentación de Obras Viales) y un informe aportado por la propia empresa interesada.

Frente a tal situación, la Ministra decide emitir un oficio mediante el cual se ordenó no dar curso a cualquier pago derivado de la transacción. Se requieren informes técnicos independientes que concluyen que en el peor escenario el Serviu adeudaría 2 mil millones de pesos.

Finalmente, el Consejo de Defensa del Estado resuelve demandar la nulidad del contrato de transacción en sede civil y ulteriormente querrellarse por el delito de fraude al fisco.

2. Alternativas interpretativas del delito de fraude al fisco: ¿Menoscabo patrimonial “desde fuera” o “desde dentro”?

En lo que sigue, el foco estará puesto en analizar la posibilidad de atribuir responsabilidad jurídico-penal a los funcionarios públicos involucrados en los hechos precedentemente expuestos, por un eventual delito de fraude al fisco según lo dispuesto en el artículo 239 del Código Penal. Cómo deba interpretarse está

disposición no es una cuestión pacífica en la doctrina¹⁰⁰. Al respecto compiten principalmente dos propuestas interpretativas, según cual sea el sentido que deba atribuirse a la noción de “defraudación”.

2.1. Fraude al fisco como estafa

Una primera posibilidad es entender por tal alguna especie de delito de engaño, en analogía a la dogmática de la estafa¹⁰¹. La tesis del fraude al fisco que reconduce su injusto al de una estafa especial implicaría afirmar que el ataque al patrimonio público se produciría, para decirlo metafóricamente, “desde fuera”¹⁰² ya que lo característico de la estafa es que el autor condiciona mediante engaño una disposición por parte de otro (disponente) que resulta perjudicial para sí mismo o un tercero (en caso de una estafa en triángulo). La plausibilidad de esta tesis se ve fuertemente comprometida en cuanto se advierte que, tratándose de la protección dispensada por el artículo 239, una interpretación consistente del fraude al fisco como estafa especial lleva en último término a una protección demasiado restrictiva.

Para sustentar esta última aseveración, de partida hay que advertir que la víctima de fraude al fisco sólo puede ser el Estado, representado patrimonialmente por el fisco, las municipalidades o algún establecimiento público de instrucción o beneficencia. Es decir, el perjudicado será en todo caso una persona jurídica distinta

¹⁰⁰ (Mañalich, 2012, p. 372)

¹⁰¹ Respecto al delito previsto en el art. 239 del Código Penal, (Politoff, Matus, & Ramírez, 2004, p. 476 y s.) señalan que “tratándose de una forma de estafa o defraudación, exige para su consumación del engaño y el perjuicio propios de la estafa, aunque tal engaño, como hemos analizado antes, no necesariamente debe constituir una acabada *mise en scène*”. Por su parte, (Etcheberry, 1998, p. 247) explica que “el empleado puede producir el perjuicio merced a un engaño (a sus superiores u otros funcionarios) o bien mediante el incumplimiento de sus deberes funcionarios (aunque no exista engaño, si bien habitualmente habrá por lo menos mentira). Debe, eso sí, insistirse en que el engaño debe ser el medio por el cual se causa el perjuicio y no una maniobra para encubrir una malversación o para disimular una negligencia funcionaria”. En sentido similar, (Garrido, Derecho Penal. Parte Especial, 2010, p. 455) identifica dos clases de comportamiento típicamente relevantes. Este autor correlaciona el “defraudar” con una maquinación engañosa, por una parte, y el “consentir que un tercero defraude” con un abuso de confianza por la vía del incumplimiento de sus deberes como funcionario, por la otra.

¹⁰² (Mañalich, 2012, p. 373)

del funcionario público o de los funcionarios públicos que intervengan en la operación patrimonialmente relevante para el Estado. Esto implica que, de tratarse de una estafa, ésta tendría que tener la estructura de una estafa en triángulo que se caracteriza porque las posiciones de disponente (engañado) y víctima (perjudicada) no coinciden en una misma persona. Siguiendo el desarrollo actual de la dogmática de la estafa, sólo puede ser objeto idóneo de un engaño resultante en un error una persona natural, no un ente ficticio como una persona jurídica¹⁰³. Por lo tanto el disponente (engañado) tendría que ser un funcionario público que tenga poder para comprometer patrimonialmente al Estado.

El problema radica en que del tenor del artículo 239 se desprende que el funcionario público que interviene en una operación (patrimonialmente relevante) por razón de su cargo está llamado a ser el autor del delito, es decir, en términos de la tesis de la estafa especial, el autor del engaño. Una misma persona no puede ser quien

¹⁰³ Al emprender la tarea de diferenciar, en el Derecho penal alemán, la “estafa por medio de computadoras” de la estafa propiamente tal, (Kindhäuser, 2002, p. 174 y s.) advierte que las nociones de “máquina” y “ser humano” no son intercambiables, por lo que la interpretación de la primera en base a un proceso de comunicación hipotético es errado. “La estafa por medio de computadoras no es una estafa precisamente porque las posibilidades de influenciar sobre un ser humano son *de facto* distintas que las de la manipulación de una máquina (p. 175)”. En su opinión, tampoco cabría recurrir aquí a la noción de una “persona natural imaginaria” que ha sido engañada, pues “no se trataría del engaño concluyente de una persona hipotética, sino del establecimiento de las condiciones bajo las cuáles se lleva a cabo automatizadamente una disposición imputable al titular del patrimonio y que de acuerdo a su voluntad no debería tener lugar o sólo con un contenido distinto (p. 173)”. En Chile, (Hernández, 2003, pp. 166-168; Hernández, 2008, p. 5) afirma que prevalecería la concepción del error como un fenómeno psicológico que necesariamente afecta a una persona natural, con ulteriores referencias doctrinales. En contra, (Balmaceda, 2009, pp. 170 y s.; Balmaceda, 2011, p. 195) niega que el destinatario del engaño tenga que ser una persona física. Agrega respecto al error “que no tiene por qué interpretarse como un estado psicológico o como una representación equivocada de la realidad. En efecto, se trata de una realidad innegable que una persona jurídica actúe en el tráfico jurídico por medio de personas naturales o de “máquinas”, donde, si el ordenamiento jurídico le reconoce una voluntad negocial, no tiene por qué negarse que no [sic] pueda ser objeto de un engaño a efectos del delito de estafa”. Además, este autor excluye al Estado como eventual sujeto pasivo del delito de estafa arguyendo exclusivamente que el patrimonio público se encontraría tutelado por otros delitos. También (Piña, 2004, pp. 76-80) toma posición en contra de lo que denomina una concepción psicológica del error dominante en Chile.

engaña y es engañada en referencia a una misma instancia de engaño¹⁰⁴. Así, la única posibilidad consistente que le queda a esta tesis sería sostener que es necesario que un primer funcionario público que interviene en una operación por razón de su cargo engañe a un segundo funcionario público que interviene en la misma operación por razón de su cargo, condicionando de este modo una disposición perjudicial para el Estado. Y como ha sido destacado, esta conclusión parece demasiado artificiosa en atención al texto del artículo 239¹⁰⁵.

Más allá de los reparos dogmáticos que se le puedan hacer a esta interpretación del artículo 239, ésta ha sido la vía favorecida tradicionalmente por la doctrina y jurisprudencia nacional¹⁰⁶. Y ésta fue asimismo la línea argumentativa que sostuvo el Consejo de Defensa del Estado en su querrela. El núcleo de la argumentación para sostener esta interpretación pasa por afirmar que el juicio iniciado por la empresa contratista tuvo por principal objetivo soslayar el control de Contraloría General de la República (CGR). En términos de la querrela, se trató de un “juicio simulado”. Esto hallaría su explicación en la jurisprudencia administrativa de la misma CGR, que interpretando el art. 6 inciso tercero de su ley orgánica constitucional, sostenía que no procede el trámite de toma de razón respecto de transacciones alcanzadas al interior de un juicio civil existente¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Más allá de lo que podría sostener el psicoanálisis acerca de la posibilidad de un autoengaño, la noción jurídico-penal de engaño se distingue por ser irreflexiva: X no puede engañar, en ese sentido, a X.

¹⁰⁵ (Mañalich, 2012, p. 373; Hernández, 2005, p. 235)

¹⁰⁶ *Supra* nota N° 111. La Corte Suprema al acoger un recurso de casación en el fondo mediante su sentencia de fecha 8 de Octubre de 2015 (contra Ajenjo Isasi, rol 29891-14, MJJ42552, considerando vigésimo quinto) sigue exigiendo una maniobra engañosa para verificar un fraude al fisco, aunque admite que puede ser de menor intensidad que en la estafa. Al mismo tiempo, la Corte toma distancia de una interpretación alternativa como administración desleal seguida por el tribunal de primera instancia y la Corte de Apelaciones. La interpretación de la Corte se explica parcialmente por su comprensión de los comportamientos defraudatorios como aquellas maniobras engañosas atribuibles únicamente en virtud de dolo directo –en desmedro explícitamente de la imprudencia o el dolo eventual– como si se tratara de una relación necesaria: no sería posible engañar sino con dolo directo.

¹⁰⁷ En cambio, si están afectos al trámite de toma de razón las transacciones extrajudiciales cuyo monto exceda de 1.000 unidades tributarias mensuales y el pago de indemnizaciones o gastos generales referidos a ejecución o contrataciones de obras públicas de acuerdo a los art. 9.3.4 y 9.4.3 de la resolución 1.600 de 2008 de la Contraloría General de la República que fija normas sobre exención del trámite de toma de razón.

A pesar de las especiales características del juicio civil que advierte la querrela, referidas sobre todo a la rapidez, diligencia y finalidad con la que se habría tramitado el procedimiento, resulta difícil validar la asimilación entre un supuesto “juicio simulado” y los requisitos propios del engaño como requisito dogmático en el delito de estafa. Si por “engaño” entendemos que debe exigirse una afirmación falsa, es decir, una proposición sobre hechos que no se corresponde con la realidad, resulta dudoso que nos encontremos en la especie con esta situación. Más que un juicio simulado, lo que ocurrió fue más bien una instrumentalización de un proceso judicial completamente auténtico. Ello debería ser bastante para descartar cualquier posibilidad de fraude al fisco si se siguiera la tesis de la estafa especial.

2.2. Fraude al fisco como administración desleal

Otra posibilidad es interpretar la noción de *defraudación* como una exigencia de irrogación de perjuicio patrimonial. Tratándose del fraude al fisco se caracterizaría porque dicho menoscabo al patrimonio público es realizado directamente por el funcionario público que tiene bajo su tutela los caudales públicos e interviene en la respectiva operación en razón de su cargo, metafóricamente de nuevo, “desde dentro”¹⁰⁸. Esto se condice con el injusto que se predica en el derecho comparado de las hipótesis de administración desleal, sobre todo en atención al parágrafo 266 del Código Penal alemán. Las diferencias no son menores con la interpretación que tradicionalmente ha sostenido que se trataría de una especie de estafa. Desde ya, destaca la irrelevancia de constatar alguna maniobra engañosa o una exigencia subjetiva de ánimo de lucro para configurar el injusto propio de la administración desleal.

¹⁰⁸ Fundamental en la doctrina chilena (Hernández, 2005, pp. 202, 236 y s.). Véase también (Mañalich, 2012, p. 373). En España, (Mir Puig, 2015, p. 210).

2.2.1. Irrelevancia de una maniobra engañosa

A diferencia del delito de estafa donde el engaño como medio comisivo es constitutivo de su injusto, la interpretación del fraude al fisco como administración desleal vuelve completamente irrelevante tal exigencia dogmática¹⁰⁹. El reproche efectuado tanto por Contraloría General de la República como por los querellantes de un supuesto “ardid” para evadir el control administrativo tendrá entonces un valor más didáctico que estrictamente dogmático. Servirá para explicar por qué presuntamente los intervinientes utilizaron la vía de una transacción al interior de un juicio civil, pero no es un requisito para constatar la consumación del delito de fraude al fisco. Esto significa que en el contexto procesal de un eventual juicio, el engaño puede adquirir alguna relevancia al momento de darle plausibilidad a la “teoría del caso” de los acusadores, en tanto explicaría el motivo que habrían tenido los imputados para iniciar un juicio civil y ponerle término mediante una transacción, esto es, evitar el control administrativo de Contraloría¹¹⁰.

2.2.2. Irrelevancia de un ánimo de lucro

Asimismo la irrelevancia de una disposición subjetiva constitutiva de ánimo de lucro para constatar el injusto propio del fraude al fisco, entendido como administración desleal del patrimonio público, se explica por su carácter de delito de mero perjuicio patrimonial, en contraposición a un delito de aprovechamiento patrimonial, como lo es la estafa¹¹¹. Esto implica que el aspecto subjetivo del delito de fraude al fisco se satisface con el conocimiento (dolo) del funcionario público de que

¹⁰⁹ (Mañalich, 2012, p. 375)

¹¹⁰ (Hernández, 2005, p. 236 y s.) compara la importancia del engaño en los delitos de estafa y fraude al fisco en los siguientes términos: “Naturalmente el funcionario puede valerse de engaño para ocultar sus desmanes, pero en ese contexto el engaño opera sólo como un medio de auto-encubrimiento y no como el primer elemento típico de la estafa, toda vez que en ese engaño no se fundará ninguna disposición patrimonial perjudicial para el Estado.”

¹¹¹ (Inglesi, 2011, p. 189). Desde una perspectiva de *lege ferenda* véase, (Hernández, 2005, p. 257).

su conducta producirá un perjuicio en el patrimonio fiscal, sin que sea necesario que persiga algún beneficio particular ulterior.

Aquí resulta pertinente efectuar un contrapunto entre el delito de fraude al fisco y la variante de malversación prevista en el art. 235 CP consistente en “aplicar a usos propios o ajenos” los caudales o efectos puestos a cargo del funcionario para ser invertidos. Si bien es posible predicar la reconstrucción de ambos injustos bajo la noción genérica de administración desleal, en el caso de la desviación de fondos es posible encontrar una exigencia adicional¹¹² al mero perjuicio. En la aplicación de fondos a una finalidad particular (propia o ajena) es posible reconocer aunque sea sutilmente un aprovechamiento. Algo análogo se puede predicar de la variante de distracción indebida prevista en el art. 470 N° 1 del Código Penal. En ambos casos, tanto en la “aplicación a usos propios o ajenos” como en la “distracción” se trata de darle a los fondos encomendados una desviación a una finalidad particular, esto es, un uso contrario a fines. Y precisamente en tal uso, hay una dimensión de aprovechamiento que puede no concurrir en un caso genérico de administración desleal como el fraude al fisco que se satisface con un mero perjuicio. Por ejemplo, si el administrador de una sociedad comercial omite conscientemente cobrar un crédito que favorece a tal entidad, se puede afirmar que su conducta omisiva constituye una gestión desleal del patrimonio administrado que causa un perjuicio patrimonial bajo la modalidad de un lucro cesante. Si en vez de tratarse del administrador de una sociedad comercial se tratara de un funcionario público que tiene a su cargo la tutela del patrimonio estatal, se podría verificar la realización de un fraude al fisco (si se sigue la tesis del fraude al fisco como administración desleal), pero difícilmente se podría afirmar que tal funcionario está “aplicando” fondos públicos a una finalidad particular en los términos exigidos por el art. 235, en relación con el art. 236, ambos del Código Penal. Este último caso alcanza a satisfacer la exigencia de un delito de mero perjuicio patrimonial como el fraude al fisco, pero no la dimensión de aprovechamiento (propio o ajeno) que viene exigida por la noción de una “aplicación” de fondos a una finalidad particular porque no se están utilizando fondos para

¹¹² Más allá de la restricción impuesta por el art. 235, en relación al objeto de la acción, según la cual debe tratarse de una cosa corporal mueble.

finalidad alguna, únicamente se está ocasionando un menoscabo patrimonial por la vía de una conducta omisiva.

2.3. Fraude al fisco como delito especial

La querrella presentada por el CDE identifica los delitos funcionarios que se analizan con la muy difundida categoría de los así llamados “delitos de infracción de deber”, definidos por oposición a los “delitos de dominio”. Este punto de partida tiene la mayor relevancia para atribuir responsabilidad en el ámbito de la autoría y participación pues conlleva en último término a desatender a las exigencias típicas y a castigar indiferenciadamente a los distintos intervinientes, lo cual resulta inaceptable. A continuación se transcribe un extracto de la querrella para ilustrar la posición sostenida en ella:

“Ahora bien la forma como se materializará la infracción, es a efecto del concepto, indiferente, pudiendo alcanzar diversas modalidades tales como que el sujeto permita que otra persona lesione o ponga en peligro el bien jurídico, o ayudar a otro en dicha acción, o inducir a otro a la vulneración del bien jurídico. Lo importante es que en todos esos casos (permitir, ayudar o inducir) ha infringido el deber de cuidado que sobre el recaía al exigírsele la debida protección del bien jurídico. Es él quien está encargado del cumplimiento de un deber y por ende es quien debe responder a título de autor, cualquiera sea la modalidad que la infracción adquiera. Lo relevante es si el sujeto, titular del deber jurídico de protección lo vulneró, sin que sea trascendente, más que para verificar la infracción, como lo hizo, si fue con una acción o con una omisión, si fue mediante una conducta material o se limitó a colaborar en ella, si lo buscó o no lo evitó, etc.”¹¹³.

Como se puede apreciar, se trata de un análisis que se satisface con la infracción al deber extrapenal del funcionario público pero que desatiende cualquier

¹¹³ Querrella presentada por el Consejo de Defensa del Estado en causa RUC N° 1100359464-7 de fecha 30 de Agosto de 2011, p. 62.

exigencia jurídico-penal proveniente del tipo¹¹⁴. Asimismo se termina legitimando un concepto unitario de autor que no admite conductas constitutivas de participación tratándose de delitos de infracción de deber.

Por el contrario, si se toma en serio la noción del fraude al fisco como un delito especial, se llega a consecuencias diametralmente distintas. Se trata de un delito especial porque sólo puede ser destinatario de la norma de comportamiento quien ostenta un determinado estatus especial, en este caso, un funcionario público. De aquí se deriva una consecuencia fundamental: sólo las personas cualificadas por el estatus especial (*intraneus*) pueden venir en consideración como autores del delito. Por su parte, todos aquellos intervinientes no cualificados (*extraneus*) sólo podrían ser castigados, a lo más, a título de partícipe en virtud del principio de la accesoriedad¹¹⁵. Esto supone tomar distancia del modo como la doctrina chilena ha tratado tradicionalmente este problema en base a la pregunta por la comunicabilidad de la circunstancia especial¹¹⁶.

¹¹⁴ Lo que le ha valido críticas de la doctrina, que denuncia que la teoría de los delitos de infracción de deber terminaría validando un régimen de responsabilidad por *versari in re illicita* (Mañalich, 2012, p. 362).

¹¹⁵ (Mañalich, 2012, p. 358; Mañalich, La estructura de la autoría mediata, 2010, p. 410)

¹¹⁶ (Cury, 2005, pp. 616 y s., 643-648) coincide parcialmente, al menos en sus resultados, con la posición seguida en este trabajo al afirmar la comunicabilidad de la circunstancia especial al partícipe *extraneus* en los delitos especiales (propios), pero se aleja al sostener la solución inversa en el caso de los delitos “especiales” impropios, esto es, negar la comunicabilidad de la circunstancia personal al partícipe *extraneus*. Este autor resume su postura de la siguiente forma: “La distinción que se hace en el apartado precedente, obedece a lo siguiente: En los delitos calificados impropios, la conducta de los partícipes *extraneus* es accesoria al hecho que funda básicamente el injusto, esto es, al correspondiente tipo no calificado por el cual, en consecuencia, se lo castigará; en cambio, en los calificados propios –y en todos los de infracción de deber– el comportamiento de los *extraneus* es accesorio del único hecho fundante del injusto derivado del quebrantamiento del deber extrapenal, pero como, a causa de que no son obligados, ellos no pueden vulnerar dicho deber, su posición será siempre sólo la de meros partícipes, nunca la de coautores.” Por su parte, (Garrido, 2003, p. 332 y s.) acepta la comunicabilidad de la circunstancia especial bajo condición que el sujeto actúe con dolo. (Novoa, 2005, pp. 210-218) sostiene que la circunstancia especial exigida para el autor se comunica no sólo a los partícipes, sino que también puede fundamentar alguna especie de autoría (coautoría o autoría mediata). Al respecto señala: “El principio general es que la calidad, función o condición especial reclamada por un tipo especial para el sujeto activo, se comunica a los que con él colaboran juntamente en alguna de las diversas formas que puede presentar un concurso de personas, siempre que en la ejecución directa del tipo intervenga algún sujeto cualificado. Bajo tal condición, los demás que intervienen y que no invisten la calidad, función o relación especial, pueden ser considerados como autores o partícipes accesorios del hecho

2.4. El proyecto de ley de un nuevo delito genérico de administración desleal

Actualmente se encuentra en tramitación un proyecto de ley que pretende introducir al derecho penal chileno un delito genérico de administración desleal al introducir un numeral 11º al artículo 470 en los siguientes términos¹¹⁷:

“Art. 470. Las penas del artículo 467 se aplicarán también:

11º. 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 jurídico, 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.”

Esta innovación legislativa supondría colmar una laguna de punibilidad, que ha venido siendo denunciada insistentemente por la doctrina nacional¹¹⁸, siguiendo de

punible cometido por el cualificado (p. 215)”. Aclara que para el caso que el *intraneus* no realice el hecho en forma “inmediata y directa” no rige lo anteriormente afirmado fundamentando su opinión en la noción de “unidad del hecho”. En sus palabras: “la razón es que, como se expresó, es la actuación del ejecutor material y directo la que caracteriza legalmente el hecho único y lo tipifica (p. 218)”. A su juicio, el legislador establece ciertas excepciones en que reafirma su afán de proteger bienes jurídicos de significancia. Cita como ejemplos algunos delitos funcionarios tales como los art. 233 y 239 del Código Penal que se ponen en el caso que el *intraneus* deje actuar al *extraneus* al tipificar alternativamente la variante de consentir que éste último desarrolle la acción principal.

¹¹⁷ Proyecto de ley iniciado por mensaje presidencial de fecha 17 de Junio de 2015 “que tipifica el delito de corrupción entre particulares y modifica disposiciones del código penal” (Boletín N° 10155-07). El proyecto se encuentra, al 22 de septiembre de 2017, en la etapa del segundo trámite constitucional en el Senado, habiéndose aprobado, además, su refundición con el proyecto de ley “que modifica el Código Penal con el objeto de aumentar las penas de los delitos de cohecho, negociación incompatible y tráfico de influencias” originado por moción parlamentaria presentada por los diputados Chahín, Chávez, Cornejo, Espejo, Jiménez, Pilowsky, Rincón y Soto (Boletín N° 9956-07).

¹¹⁸ (Bascuñán, 2004, p. 338; Hernández, 2005, pp. 203 y s., 239-241, 256-258). En España, el antiguo art. 295 del Código Penal español vino a satisfacer una necesidad punitiva similar, exigida por la doctrina y jurisprudencia, pero que quedó restringida al ámbito societario (Luzón Peña & Roso Cañadillas, 2010, p. 5). Esta limitación, se vió recientemente superada en España mediante la supresión del art. 295 y la dictación de un nuevo art. 252 que tipifica un nuevo delito genérico de administración desleal (Ley Orgánica 1/2015) que sanciona a: “los

cerca el modelo alemán. El parágrafo 266 del Código Penal alemán tipifica el delito de *Untreue*¹¹⁹, que, en lo fundamental, se caracteriza por distinguir dos modalidades típicas de lesión del patrimonio.

En primer lugar, destaca la variante más restringida de “abuso” de la facultad de vincular el patrimonio ajeno ya sea disponiendo por cuenta de él u obligándolo. Esta comúnmente comprenderá aquellos casos en que el administrador tiene la representación del titular del patrimonio. Ello se ha explicado como un uso erróneo del poder jurídico sobre patrimonio ajeno, el cual implica sobrepasar lo permitido jurídicamente dentro de lo posible jurídicamente¹²⁰. A continuación se prevé la variante genérica de “mera deslealtad” en la gestión del patrimonio por la vía de proscribir la ejecución u omisión de cualquier acción que atente manifiestamente contra el interés del titular del patrimonio.

Nótese que la tipificación conjunta de ambas modalidades delictivas encuentra una justificación en la similitud que comparten en cuanto lesiones al patrimonio efectuadas “desde dentro” por quienes deben salvaguardar o gestionar un patrimonio ajeno. Será de la máxima relevancia, tanto en la variante de “abuso” como en la de “mera deslealtad”, constatar la irrogación de un perjuicio patrimonial, que no es sino la lesión del patrimonio de su titular.

El presupuesto típico de ambas modalidades consiste en tener a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio ajeno en virtud de la ley, encargo de la autoridad o de un acto jurídico. Estas circunstancias convierten a este delito en un delito especial, pues el círculo de destinatarios de la norma de comportamiento que subyace a la norma de sanción se encuentra restringido precisamente a aquellos que

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”.

¹¹⁹ (Hernández, 2005, p. 242) traduce el parágrafo 266 de la siguiente manera: “*El que abusa de la facultad que por ley, encargo de autoridad o acto jurídico le ha sido otorgada para disponer sobre patrimonio ajeno o para obligar a otro, o que infringe el deber de salvaguardar intereses patrimoniales ajenos, que en virtud de ley, encargo de la autoridad, acto jurídico o de una relación de confianza recae sobre él, y de esta forma ocasiona perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales debe cuidar, será sancionado (...)*”. Traducciones similares se puede encontrar en (Rojas, 2009, p. 139; Bascuñán, 2004, p. 338 n. 79).

¹²⁰ (Rojas, 2009, p. 156)

cumplan con esta cualificación especial, con todas las consecuencias que ello conlleva, ante todo para la dogmática de la autoría y participación.

Recapitulando, tenemos entonces que los presupuestos típicos comunes consisten fundamentalmente en irrogar un perjuicio patrimonial a un patrimonio ajeno y administrado en virtud de la ley, de una orden de autoridad o de un acto jurídico. Y este resultado perjudicial puede producirse alternativamente por medio de las variantes de “abuso” o de “mera deslealtad”. Cabe reiterar que resulta indispensable para verificar la realización del tipo que el autor irroge un perjuicio patrimonial. No basta que se abuse de las facultades para disponer u obligar, ni que se gestione deslealmente el patrimonio ajeno. Sino que es precisamente por estos medios que se tiene que producir un perjuicio patrimonial en orden a afirmar la consumación del delito.

En este contexto surge la pregunta por la relación en que se encuentran las variantes de “abuso” y de “mera deslealtad”. Una posibilidad interpretativa sostenida por una parte de la doctrina alemana, es comprender la administración desleal como un tipo penal unitario, en términos tales que el tipo de abuso es visto como un caso especial o un ejemplo sobresaliente del tipo de quiebre de confianza¹²¹. Esta parece haber sido la opción seguida por la redacción del proyecto de ley al tipificar la variante de “mera deslealtad”, a través de la cláusula “sea ejecutando u omitiendo *cualquier otra* acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado”. La expresión “cualquier otra acción manifiestamente contraria al interés del titular” especifica la variante precedente de “abuso”, sugiriendo que esta última es también una acción manifiestamente contraria al interés del titular del patrimonio.

Otro aspecto, de la máxima relevancia para nuestro trabajo, es la razón para equiparar, dentro de la hipótesis de “abuso”, el ejercicio abusivo de las facultades para disponer y para obligar. Una lectura apresurada de la disposición propuesta podría llevar a malinterpretarla, en el sentido que la sub-variante de abuso de la facultad de obligar, vinculando el patrimonio ajeno, respondería a una anticipación de la

¹²¹ Ibid. p. 146 con referencias ulteriores.

punibilidad de conductas que tan sólo obligan el patrimonio ajeno sin causarle un perjuicio patrimonial propiamente tal. Sin embargo, y como ya se ha destacado, dicha interpretación es inadmisiblesi se atiende a que el núcleo típico consiste precisamente en causar un resultado de perjuicio patrimonial por medio de abuso o de mera deslealtad¹²². Si la primera variante comprende tanto el abuso de las facultades para disponer por cuenta de la persona administrada como el abuso de las facultades para obligar al titular del patrimonio, ello se debe a que no siempre el administrador contará con la facultad (legal o convencional) para disponer del patrimonio ajeno, pudiendo, sin embargo, por medio de la vinculación del patrimonio ajeno, condicionar una posterior disposición por parte del propio titular (o de un tercero por cuenta suya) que resulte perjudicial. En este sentido, resulta importante analizar las facultades legales o convencionales que se le otorgan al administrador para desempeñar sus funciones. No tendría sentido que se excluyera de antemano la punibilidad a título de administración desleal por el hecho que el administrador tenga únicamente facultades de obligar el patrimonio ajeno y no de disponer por sí mismo del patrimonio, pues por esa primera vía también se puede condicionar mediatamente una disposición perjudicial posterior.

¹²² En España, la modalidad de contracción de obligaciones fue fuente de dificultades considerables en su interpretación a propósito del delito de administración desleal societario, tipificado en el antiguo art. 295, que en lo pertinente rezaba: *“Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socio, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con (...)”*. Se llegó al extremo de afirmar que en la modalidad de disposición fraudulenta de bienes sociales bastaba con un perjuicio jurídico, aunque no sea directamente económico; mientras que en la contracción de obligaciones si se exigía que se cause directamente un perjuicio evaluable económicamente para compensar su menor “repercusión jurídica” (Luzón Peña & Roso Cañadillas, 2010, p. 15). Esta interpretación resulta contradictoria ya en su formulación del patrimonio como bien jurídico protegido y no advierte la importancia del resultado de perjuicio patrimonial como núcleo típico común que puede ser ocasionado, ya sea (directamente) mediante una disposición o (indirectamente) a través de la contracción de obligaciones. Véase nota N^o 128 sobre el cambio legislativo ocurrido en España mediante la Ley Orgánica 1/2015.

2.5. Solución a partir del proyecto de ley

Cabría preguntarse cuál podría haber sido la solución al caso Kodama de encontrarse vigente tal proyecto de ley. En tanto los directivos del Serviu son funcionarios públicos que tienen como cometido legal gestionar el patrimonio público¹²³ no existen mayores reparos para afirmar que cumplen con el presupuesto típico del proyecto. En el caso del abogado asesor del Ministerio se podría afirmar algo similar, con la salvedad de que su deber presuntamente no tendría un origen legal, sino que contractual.

Resulta más interesante la pregunta por la eventual constatación de un perjuicio patrimonial mediante alguna de las variantes de abuso o deslealtad. En este caso nos encontramos frente a un abuso por parte de los funcionarios de sus facultades para obligar el patrimonio fiscal al comprometerlo mediante un contrato de transacción en términos sumamente gravosos. Cabe recordar que el acuerdo fijado en el contrato de transacción implicó reconocer en favor de la empresa un crédito por alrededor de 17 mil millones de pesos sin que existieran antecedentes que justificaran tal suma.

La pregunta crucial que surge al respecto es si cabe reconocer en estos hechos una disposición que permita afirmar en último término un resultado de perjuicio patrimonial. Bajo una concepción funcional del patrimonio, como la favorecida en este trabajo, no es pertinente la pregunta por el perjuicio sin antes reconocer una disposición patrimonial. Recordemos que la noción de perjuicio no es sino una substantivación de un atributo —el ser perjudicial— predicable de la disposición.

Sin embargo, sería posible proponer una interpretación de la noción de disposición que fuera definida de manera independiente a las distintas concepciones de patrimonio. Tal es la comprensión de la disposición como desplazamiento patrimonial. De esta manera, por disposición cabría entender todo comportamiento activo u omisivo que importe una transferencia de elementos patrimoniales. La

¹²³ Como se afirmó anteriormente, el Fisco en tanto ostenta personalidad jurídica es la proyección patrimonial del Estado y quedaría incluida dentro de la noción de “persona” del proyecto que no restringe su extensión a las personas naturales.

pregunta que surge de inmediato es entonces ¿Qué cuenta como un elemento patrimonial que pueda ser transferido? Aquí resulta ineludible recurrir nuevamente a las distintas concepciones del patrimonio.

Por ejemplo, si siguiéramos la concepción jurídica estricta propuesta por Binding, tendríamos que identificar como elemento patrimonial aquello cuyo desplazamiento conlleva la transferencia de un derecho subjetivo. En cambio, bajo la concepción funcional aquí favorecida el patrimonio no está conformado por derechos (y obligaciones) que tengan como objeto de referencia bienes, sino que por posiciones fácticas sobre bienes. Esto fue lo que se denominó anteriormente como la exigencia de facticidad impuesta por un concepto funcional de patrimonio. Consecuentemente, se puede afirmar que la clave para discernir si, en un caso cualquiera, estamos frente a una disposición es atender a la circunstancia de si ha ocurrido un desplazamiento patrimonial, en términos fácticos, de tales bienes.

En este caso, tal situación no ha acaecido, aunque la empresa contratista se vea favorecida con un contrato de transacción que consta en escritura pública, y cuenta como un equivalente jurisdiccional¹²⁴, constituyendo un título ejecutivo¹²⁵. Para que se pudiera haber constatado un desplazamiento patrimonial habría sido necesario que

¹²⁴ Artículo 2460 del Código Civil dispone que: “La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes”. La doctrina nacional (Vodanovic, 1993, p. 130) ha tildado como innecesaria la “declaración enfática” acerca de la inmutabilidad que le otorgaría la autoridad de cosa juzgada al contrato de transacción. Al respecto se afirma que “la estabilidad del negocio transaccional no se rige apoyada en el valor de esa declaración, sino en las normas positivas que regulan sus posibilidades de impugnación”. Este mismo autor advierte que se trata de un equivalente jurisdiccional que no convierte a la transacción en una sentencia judicial. “El efecto de cosa juzgada en última instancia asimila la transacción a la sentencia sólo en cuanto al resultado del fin de la litis, y nada más. En cuanto a la naturaleza y demás consecuencias, las netas diferencias que separan a ambos institutos son evidentes y no hay parificación alguna (p. 132)”. Esto explicaría que la vía para impugnar una transacción sean las acciones de nulidad o de rescisión que establece el Código Civil, en tanto contrato, y no los recursos señalados en el Código de Procedimiento Civil. En aquellos casos en que la transacción implica además de un contrato, una actuación judicial, “y una vez aprobado el acuerdo por el tribunal, no puede reclamarse de él, en razón de haber puesto fin a la litis, por la vía incidental. Basta pensar que todo incidente es una cuestión accesoria al juicio mismo y debe alegarse *in limine litis* (p. 147)”.

¹²⁵ Artículo 434 N° 2 del Código de Procedimiento Civil.

se llevara a cabo el pago, lo cual precisamente no ocurrió debido a la intervención del Jefe de la División de Finanzas del Minvu.

Esto supone favorecer implícitamente una interpretación asimétrica del tipo del delito de administración desleal que se pretende introducir en el derecho penal chileno. La asimetría se encontraría en la diferencia que cabe reconocer entre las sub-variantes de abuso de la facultad de disposición, por una parte, y el abuso de la facultad de obligar el patrimonio, por la otra. Lo que aquí se sostiene es que la consumación de la sub-variante de abuso de la facultad de obligar el patrimonio es dependiente de que tenga lugar una disposición entendida como desplazamiento patrimonial. La explicación se halla en que el resultado típico es un perjuicio patrimonial que debe acaecer por medio de alguna de las formas que contempla el tipo, esto es, mediante el “abuso” de la facultad de disponer u obligar el patrimonio, o una “deslealtad”. Y como no puede haber un perjuicio sin disposición, la única interpretación posible es que, tratándose de la sub-variante de abuso de la facultad de obligar el patrimonio administrado, tiene que acontecer una posterior disposición por parte del propio titular del patrimonio o de un tercero, condicionada a su vez por el abuso de la facultad de obligar, para que se pueda afirmar la consumación del delito.

En el caso del fisco como persona jurídica que actúa por medio de sus representantes¹²⁶, la única posibilidad es que una persona distinta del titular del patrimonio sea quien efectúe la disposición. No será necesario que dicho tercero tenga conocimiento siquiera del comportamiento del administrador que abusa de su facultad de obligar el patrimonio ajeno. Tal circunstancia podría ser relevante para fundamentar eventualmente alguna hipótesis de coautoría o complicidad del tercero si se cumplen los requisitos de cada una de estas formas de intervención delictiva, pero no es un requisito necesario para afirmar la consumación de la conducta del administrador que abusa de su facultad de obligar el patrimonio. En caso que el Jefe de Finanzas del Minvu no hubiera advertido la falta de antecedentes que justificaran la procedencia del pago y se hubieran desembolsado los 17 mil millones de pesos en favor de la empresa contratista estaríamos frente a una disposición patrimonial

¹²⁶ Artículos 545 y 551 del Código Civil

perjudicial condicionada por el abuso de la facultad de obligar el patrimonio ajeno por parte de los funcionarios públicos.

En lo que concierne a la protección del patrimonio público por medio de la disposición que se pretende introducir en el derecho penal chileno, la sub-variante de abuso de la facultad de obligar el patrimonio fiscal tenderá a ser prácticamente mucho más significativa que la sub-variante de abuso de la facultad de disposición, porque la mayoría de los funcionarios públicos no cuentan dentro de sus atribuciones legales con el poder para llevar a cabo un desplazamiento patrimonial.

De acuerdo con la reconstrucción del caso que se ofrece en este trabajo, el Jefe de Finanzas del Minvu no dio curso al pago originalmente visado por la entonces Ministra mediante el decreto que autorizaba transigir. De hecho, al no obtenerse una respuesta satisfactoria ante el requerimiento de antecedentes justificantes, la Ministra dio marcha atrás y ordenó mediante otro decreto suspender cualquier pago relacionado con la empresa contratista. Ante tales circunstancias, no es posible afirmar que haya tenido lugar un desplazamiento patrimonial en términos fácticos, en orden a reconocer una disposición perjudicial. Y por lo tanto no se cumple el requisito fundamental para afirmar la consumación del delito consistente en la irrogación de un perjuicio patrimonial. No obstante, se podría imputar una tentativa (acabada) del delito de administración desleal a los funcionarios que abusaron de su facultad de obligar el patrimonio público que precisamente requiere que no se hayan satisfecho la totalidad de los requisitos del tipo objetivo. El déficit objetivo¹²⁷ viene dado precisamente por la falta de irrogación de un perjuicio patrimonial que en este caso tiene la particularidad de que habría dependido de la conducta de una tercera persona que tuviera la facultad de efectuar el desplazamiento patrimonial.

¹²⁷ (Mañalich, Norma e imputación como categorías del hecho punible, 2010, p. 180) destaca que: “el carácter de injusto de la tentativa punible no resulta así de su pretendida antinormatividad, la cual, por el contrario, precisamente tiene que faltar para que pueda hablarse de una tentativa, sino que resulta de la satisfacción de las condiciones de una infracción de deber, lo cual significa: el injusto de la tentativa punible ha de ser entendido exclusivamente como injusto de la acción”.

3. ¿Peligro de perjuicio como perjuicio de peligro?

3.1. Planteamiento del problema

Como vimos anteriormente, ya sea que se entienda el comportamiento punible bajo el artículo 239 del Código Penal como constitutivo de una especie de estafa o como una variante de administración desleal del patrimonio público, resulta ineludible la exigencia de un perjuicio patrimonial para reconocer la consumación del tipo respectivo. Esta es una de las dificultades que precisamente plantea el caso Kodama, en la medida que se suscribió un contrato de transacción, entre el Serviu y los representantes de la empresa contratista, que contenía la obligación para el fisco de pagar una gigantesca suma de dinero y fue aprobado judicialmente, pero cuyo pago fue suspendido de facto por la administración. Cabe entonces formular la pregunta de si entonces es posible constatar ya un genuino resultado de perjuicio patrimonial. Se trata de una cuestión que la doctrina ha tratado bajo la denominación de un perjuicio en forma de peligro¹²⁸.

3.1.1. Perjuicio en forma de peligro

En los casos en que existe una exposición a un peligro de menoscabo patrimonial se suele discutir si concurre ya, por esa sólo circunstancia, un perjuicio patrimonial propiamente tal. Así, la doctrina se esfuerza por hacer diferenciaciones, distinguiendo, por ejemplo, entre un perjuicio efectivo y uno meramente potencial. Balmaceda y Ferdinand afirman que en el caso de un perjuicio efectivo cabe hablar de una *pérdida*, en tanto que en el de un peligro potencial, de un *deterioro*¹²⁹. Ellos

¹²⁸ En Chile, (Balmaceda & Ferdinand, 2006, pp. 193 y ss.) favorecen esta expresión, (Rojas, 2011, p. 422 y s.) habla de un “perjuicio patrimonial equivalente al daño”. Por su parte, (Hernández, 2003, p. 173) prefiere la denominación “puesta en peligro del patrimonio constitutiva de perjuicio” (*schadensgleiche Vermögensgefährdung*). En España, (Gallego Soler, 2015, p. 319 y ss., 423 y ss.) utiliza la denominación puesta en peligro del patrimonio individual como perjuicio patrimonial, y (Bacigalupo, 2013, p. 1054) se refiere a un peligro equivalente al perjuicio efectivo.

¹²⁹ (Balmaceda & Ferdinand, 2006, p. 193)

terminan sosteniendo que en los casos de perjuicio potencial podría afirmarse una genuina lesión del patrimonio, por la vía de la construcción doctrinaria de un “perjuicio en forma de peligro”¹³⁰.

Los autores recién citados son conscientes de que uno de los obstáculos que tienen que superar es que, en los delitos que tienen como exigencia típica un perjuicio patrimonial, se tiene que identificar una forma de menoscabo del patrimonio que tiene que satisfacer la noción de lesión y no meramente la de peligro¹³¹. Su estrategia

¹³⁰ *Ibid.* p. 195.

¹³¹ (*Ibid.* pp. 194-196 y 201; Balmaceda, 2010, p. 112) Para Balmaceda y Ferdinand la puesta en peligro y la lesión constituyen, por regla general, “escalones diferentes de la intensidad de afectación de un bien jurídico en el sentido de que la puesta (sic) peligro es previa a la lesión”. De esta manera se enmarcan dentro de aquellas posturas doctrinales tradicionales que explican los delitos de peligro según un esquema espacio-temporal que (Kindhäuser, Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal, 2009, pp. 7 y ss.) críticamente denomina como el “paradigma de la agresión”. Según aquellos autores, el menoscabo del patrimonio constituiría una excepción, pues ostentaría la particularidad, debido a su naturaleza económica, que cualquier afectación (contablemente) negativa del mismo constituiría un perjuicio. Explican su posición afirmando que “el perjuicio en forma de peligro se sitúa (exactamente) en un punto intermedio entre un delito de peligro concreto y un delito de lesión, pero no obstante, por aplicación del principio de legalidad, debe inclinarse su aplicación hacia el segundo, donde debe delimitarse en ese entorno”. Tal explicación implica un reconocimiento de que la construcción de un “perjuicio en forma de peligro” no es sino fruto de un voluntarismo por castigar situaciones de peligro como si constituyeran lesiones al patrimonio. Una manera de neutralizar esta tentación es esclarecer si los delitos de peligro tienen un contenido de injusto autónomo de los delitos de lesión. Esta es la tarea emprendida por (Kindhäuser, Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal, 2009, pp. 3, 8, 10 y 15) quien se pronuncia decididamente por la posibilidad de fundamentar tal contenido de injusto autónomo. Tradicionalmente se ha entendido –bajo el “paradigma de la agresión”– que la gravedad de los injustos de peligro y su merecimiento de pena aumenta según la proximidad que se pueda reconocer a la lesión del respectivo bien jurídico. De este modo, la lesión constituiría la forma de menoscabo prototípica, a la cual le seguirían las puesta en peligro concreto y la puesta en peligro abstracto sucesivamente. Kindhäuser advierte que por más atractiva que pueda parecer esta aproximación, el “paradigma de la agresión” no halla un correlato en los códigos penales modernos. No es cierto, por ejemplo, que los delitos de peligro abstracto tengan asociada una penalidad menor que los delitos de lesión. En este contexto, Kindhäuser reclama un contenido de injusto autónomo para los delitos de peligro en base a la idea de que el valor de los bienes jurídicos radica en su función liberal de ser medios para el desarrollo personal. Los bienes jurídicos pierden valor no tan sólo mediante la afectación de su sustancia (lesión), sino también cuando se encuentran en una situación en que la afectación de su sustancia depende únicamente de la casualidad (peligro concreto) o no están garantizadas las condiciones de seguridad necesarias para una utilización despreocupada del respectivo bien jurídico (peligro abstracto). En cada una de estas situaciones se produce una forma de menoscabo diferenciable, que afecta la

para superar este problema consiste en relativizar la distinción entre peligro futuro y perjuicio presente, por la vía de sostener que un peligro inmanente de pérdidas futuras tiene el efecto de una disminución del poder económico actual¹³². Sin embargo, es dudoso que la mejor vía para solucionar este problema sea acudir a la noción de un perjuicio de peligro que resulta, ya en su formulación, contradictorio.

El problema puede ser ilustrado por medio de un ejemplo, consistente en la así llamada “estafa de crédito”. Imagínese que un sujeto solicita y obtiene un préstamo a plazo de parte de un banco, ocultando su precaria situación financiera actual por la vía de exhibir antecedentes comerciales falsos que fueron requeridos con el objeto de analizar su capacidad de pago. Aquí la pregunta es si el banco ha sufrido un perjuicio patrimonial, y en su caso en qué momento. ¿Es necesario esperar a que el solicitante del crédito no pague oportunamente, transcurriendo el plazo contractualmente fijado, para afirmar un perjuicio patrimonial?

Una primera propuesta de solución es la ofrecida por una concepción que parta de un punto de vista económico. Una teoría económica o mixta podría acudir a la noción de un perjuicio en forma de peligro para argumentar que el banco ha sufrido un perjuicio patrimonial ya al momento de celebrar el contrato¹³³. En general, en un

función de medio de los bienes jurídicos, y fundamenta un respectivo contenido de injusto autónomo.

¹³²(Hefendehl, *Vermögensgefährdung und Exspektanzen*, Berlin, 1993) citado por (Balmaceda & Ferdinand, 2006, pp. 198 n. 59, 206). En idéntico sentido, (Gallego Soler, 2015, p. 470). (Bacigalupo, 2013, pp. 1048 y ss.) se refiere a varios casos en que el Tribunal Supremo Federal alemán, partiendo de una concepción económica del patrimonio, estima como suficiente para afirmar que el valor del patrimonio ha disminuido, una situación de peligro concreto de los elementos patrimoniales de la cual se pueda esperar la próxima producción de una lesión definitiva.

¹³³ Así (Pastor, 2012, p. 349) quien, abandonando implícitamente un concepto personal de patrimonio defendido anteriormente en (Pastor, 2004, pp. 85-87), afirma en estos casos que “no hay problema alguno para considerar que el peligro para el patrimonio derivado del acto de disposición es ya, en realidad, una forma de peligro, pues el derecho de crédito obtenido por la entidad bancaria es de menos valor que el derecho de crédito que cree haber adquirido, de manera que ya se puede hablar de una disminución de su patrimonio”. Esta autora advierte que una situación similar se da en los casos de “estafa de inversiones”, esto es, “aquella en la que el engaño recae sobre las características (normalmente, sobre la rentabilidad y el riesgo) de un producto de inversión, de manera que el inversor-víctima realiza la inversión sobre la base de informaciones falsas”. En su opinión, tampoco habría obstáculos para verificar un perjuicio en estos casos que no consistiría en la pérdida de lo invertido, sino en la adquisición,

contrato de mutuo (de dinero), el mutuante (banco) desembolsa una suma de dinero a favor del mutuario, circunstancia que obliga únicamente a éste último, en cuanto contrato unilateral, a pagar el crédito por el capital, más intereses. Sin embargo, este caso tiene la particularidad de que el mutuante, contando con un crédito válido contra el mutuario, queda expuesto al riesgo de que el mismo crédito resulte *de facto* ineficaz, ante una eventual insolvencia del mutuario¹³⁴. A este respecto es usual que se argumente en base a la posibilidad de cesión a título oneroso de tal crédito para sostener que en el mercado se podría, por ejemplo, vender tal crédito pero no al precio normal, sino que a uno menor¹³⁵. Tal circunstancia sería ilustrativa de que el crédito ha perdido valor, y por lo tanto, su titular habría experimentado un perjuicio en forma de peligro.

Téngase a la vista una variante del mismo caso. Supóngase que todo sigue igual, con la sola diferencia de que el mutuario advierte con posterioridad a la celebración del contrato que había recibido una cuantiosa herencia, cuyo causante falleció con anterioridad a la celebración del préstamo. Bajo esta variante del caso, una teoría económica ya no se encontraría en posición de afirmar un perjuicio en forma de peligro porque el banco habría obtenido un crédito contra una persona solvente.

Por su parte, una teoría funcional del patrimonio también afirmaría un resultado de perjuicio patrimonial en la formulación original del caso, pero sin necesidad de acudir a la idea de un perjuicio de peligro. Aquí lo determinante sería si la disposición patrimonial consistente en el desembolso de dinero por parte del mutuante ha sido compensada por la finalidad que perseguía o no. Y como se puede advertir, aquí la finalidad perseguida por la disposición patrimonial efectuada por el

a cambio de lo invertido, de una expectativa de ganancia de menor valor que aquella que la víctima cree haber adquirido.

¹³⁴ (Hernández, 2003, p. 178 y s.) afirma que desde un punto de vista económico lo único decisivo es la posibilidad real de ejecución de un crédito por cobrar. Este autor estima como indudable que hay un perjuicio económico si a cambio de una prestación real se recibe un crédito incobrable, aunque tenga todas las bendiciones del Código Civil. En este punto acude a lo que denomina la sinceridad de la práctica contable.

¹³⁵ (Balmaceda & Ferdinand, 2006, p. 196) afirman lo siguiente: “De esta manera, creemos indiscutible que nadie va a comprar una pretensión del acreedor al valor nominal o normal cuando el deudor tenga problemas de solvencia”. Nótese que incluso en el caso contrario, esto es, el de un deudor solvente, tampoco habría buenas razones para comprar el crédito a su valor nominal como lo demuestra la industria desarrollada a partir del contrato de *factoring*.

banco era obtener un crédito contra una persona solvente. Como tal finalidad no ha sido alcanzada, se puede afirmar derechamente un perjuicio patrimonial sin necesidad de recurrir a la contradictoria noción de un perjuicio en forma de peligro¹³⁶.

Ahora bien, respecto a la segunda variante del caso, una teoría funcional tampoco podría afirmar un resultado de perjuicio patrimonial para el banco. El hecho de que el mutuario haya recibido una cuantiosa herencia es un obstáculo objetivo para afirmar la consumación del delito de estafa, en tanto se cumple con la finalidad de obtener un crédito contra una persona solvente. No obstante, se podría explorar la posibilidad de imputar una tentativa de estafa porque el mutuario cumple con las exigencias cognitivas para afirmar su dolo y desconoce su posición de heredero al momento de celebrar el contrato de mutuo.

También sería posible indagar en un caso como este la eventual concurrencia del injusto propio de la administración desleal según el proyecto de ley. Esta posibilidad puede analizarse desde dos perspectivas distintas.

En primer lugar, uno podría centrar la atención en la posibilidad de imputarle responsabilidad penal a un funcionario del banco que contando con facultades de disposición sobre el patrimonio bancario, autorizara el préstamo estando en conocimiento del estado de insolvencia del mutuario. Esta conducta del funcionario

¹³⁶ La dificultad de la construcción dogmática de un “perjuicio en forma de peligro” no viene dada tan sólo por su formulación en base a términos que parecen semánticamente inconsistentes, sino que sobre todo por los vagos criterios que sus defensores sugieren al momento de otorgarle operatividad. (Balmaceda, 2010, p. 115) resalta la necesidad de considerar la particularidad del “caso concreto” teniendo en consideración cualquiera de las siguientes circunstancias: “i) Si es necesaria o no una mayor actividad del autor, de la víctima o de terceros; ii) Si la víctima tiene o no posibilidades de evitación, es decir, si radica finalmente en la decisión del engañado el cumplimiento de sus obligaciones contractuales; iii) Si el peligro origina o no una demanda de compensación civil; iv) Si el autor tiene o no una posición en la que pueda efectuar inmediatamente, y sin dificultades, una disminución efectiva del patrimonio; v) Si el autor o la víctima, en un contrato bilateral, tiene el deber de cumplir primero que la otra parte con su obligación contractual; y; vi) Finalmente, si se pueden tomar en consideración los criterios generales de delimitación entre tentativa y actos preparatorios”. A continuación agrega que “para llegar a la conclusión referida, estimamos que no sólo será decisiva la determinación de los factores del caso concreto, sino que también, la ponderación de su totalidad (es decir, de los que sean aplicables)”. Sin entrar en la discusión acerca de la inconveniencia de adoptar tal cantidad de criterios que pueden colisionar entre sí, se puede criticar que el método de la ponderación entre los mismos que se propone no resulta claro y llevaría ineludiblemente a un grado de discrecionalidad judicial inaceptable.

implicaría –bajo la formulación original del caso– una realización dolosa mediante el abuso de su facultad de disposición del injusto de la administración desleal en grado consumado¹³⁷. El perjuicio podría fundamentarse de la misma manera que tratándose de la realización de una estafa, ya sea de la mano de la noción de un perjuicio en forma de peligro según una concepción económica o por el incumplimiento de la finalidad perseguida por la disposición según la concepción funcional.

En segundo lugar, uno podría preguntarse por la eventual atribución de responsabilidad penal, a título de administración desleal, al mutuario en perjuicio del banco. El mutuario se hace dueño del dinero recibido¹³⁸ y sólo se encuentra obligado a restituir el capital e intereses. En este contexto, evidentemente el mutuario no tiene poderes de representación o la facultad de obligar el patrimonio del banco por lo que la hipótesis de abuso queda descartada. Entonces, si fuera posible imputarle al mutuario la causación de un perjuicio al banco “desde dentro”, esta posibilidad tendría que fundamentarse en la variante de una “mera deslealtad”, esto es, una acción u omisión que atente manifiestamente contra el interés patrimonial del banco. Sin embargo, tal posibilidad tampoco es posible si se atiende al presupuesto necesario de un vínculo de confianza especial¹³⁹ que habría que afirmar entre mutuante y mutuario. Proclamar la existencia de tal vínculo de confianza especial equivaldría a sostener que el mutuario es un administrador que debe velar por los intereses del banco, lo que resulta excesivo¹⁴⁰.

¹³⁷ Bajo la versión modificada del caso, esto es, que el funcionario del banco haya advertido con posterioridad a la celebración y perfeccionamiento del contrato de mutuo la circunstancia de que el mutuario había recibido una cuantiosa herencia, sería posible imputarle responsabilidad a título de tentativa.

¹³⁸ En virtud precisamente de que el contrato de mutuo es translaticio de dominio como lo reconoce el art. 2197 del Código Civil.

¹³⁹ Sobre la exigencia de haber recibido la cosa (mueble) por un título fundante de un vínculo de confianza especial, a propósito de los delitos de apropiación y distracción indebidas, véase (Mañalich, 2017, pp. 11 y 12).

¹⁴⁰ Si se sigue la solución contraria a la aquí propuesta se podría llegar al extremo de afirmar, por ejemplo, que el cliente que ha celebrado un contrato de cuenta corriente garantizado mediante un seguro de desgravamen proporcionado contractualmente por el mismo banco y que afectado por una enfermedad terminal decide endeudarse significativamente mediante el uso de sus tarjetas de crédito con el objetivo de favorecer indirectamente a sus familiares, estaría incurriendo en una administración desleal en contra de su banco. Sobre esta discusión en la doctrina alemana a partir del parágrafo 266 b del Código Penal alemán, véase (Jakobs,

3.1.2. ¿Consumación o tentativa?

Como lo ha puesto de relieve Jakobs, el concepto de consumación es un concepto formal. Esto significa que la consumación se orienta a la formulación del tipo, no a criterios materiales¹⁴¹. Por lo tanto, la consumación no tiene una relación necesaria, sino contingente con la lesión de bienes jurídicos, como lo demuestra la tipificación de los delitos de peligro (abstracto o concreto), que se consuman sin la lesión del respectivo bien jurídico¹⁴². La consumación dice relación con la satisfacción imputable de la correspondiente descripción típica.

En términos generales, tratándose del delito de fraude al fisco tipificado en el art. 239 del Código Penal, es necesario para afirmar su consumación que el empleado público que interviene en una operación por razón de su cargo defraude o consienta que se defraude al Estado, sea originándole pérdida o privándole de un lucro legítimo.

Si se parte de la premisa de que el tipo de menoscabo relevante en este delito es la lesión del patrimonio público, y se acepta asimismo la interpretación de la exigencia de defraudación, en este contexto regulativo, como requiriendo la producción de menoscabo al patrimonio “desde dentro” como consecuencia de una gestión desleal del patrimonio público, resulta que la exigencia típica principal es precisamente un perjuicio al patrimonio público. Aquí coincidirían consumación y lesión del patrimonio público (como bien jurídico protegido), porque el perjuicio no es sino lesión del patrimonio.

Pero como ya se dijo, la relación entre consumación y lesión del patrimonio es contingente por lo que también sería posible postular una interpretación diferente según la cual consumación y lesión no coincidirían. Se podría sostener que sería suficiente, para afirmar la consumación del delito previsto en el art. 239 del Código Penal, que se ponga en peligro el patrimonio público administrado deslealmente. A pesar de lo extraño que pueda parecer esta proposición, esta parece haber sido la vía para interpretar el denominado “fraude inmobiliario” tipificado recientemente en el

2008, pp. 11 y s., 14), quien cita críticamente pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Federal alemán en nota N° 32.

¹⁴¹ (Jakobs, 1997, p. 293)

¹⁴² (Mañalich, 2004, p. 139)

art. 470 N° 9 del Código Penal¹⁴³. A este respecto, Rojas sostiene que se trataría de una hipótesis *sui generis* de administración desleal en que el perjuicio “solo puede configurarse en la forma de un peligro”¹⁴⁴.

Por lo tanto, y si no estamos dispuestos a desechar la caracterización del fraude al fisco como un delito de lesión, el problema que el caso plantea en cuanto a la consumación del delito de fraude al fisco radica en si es posible reconocer un resultado de perjuicio patrimonial. De no ser este el caso, cabe recordar que restaría la posibilidad de castigar a los intervinientes a título de fraude al fisco frustrado.

El CDE se hizo cargo explícitamente de este problema en su querella tomando parte por lo que denomina un concepto jurídico de patrimonio que podría verse afectado tanto en su activo como en su pasivo. Para explicar su posición, según la cual cabría afirmar la consumación del fraude al fisco, utiliza un ejemplo ofrecido por Etcheberry, quien sostiene que “quien suscribe bajo error un pagaré no recibe todavía perjuicio efectivo mientras no lo pague, pero no cabe duda que ya ha recibido un gravamen patrimonial, puesto que ahora pesa sobre él la obligación de cancelar [sic] (ha aumentado el pasivo de su patrimonio)”¹⁴⁵.

Además, la querella complementa su argumentación a partir de un dato de la tipificación del fraude al fisco que prevé que el perjuicio patrimonial para el Estado puede ocurrir, sea originándole una pérdida o privándole de un lucro legítimo. Esta última hipótesis se corresponde con lo que en la doctrina del derecho privado suele denominarse como un lucro cesante. Lo que significaría, en opinión del CDE, que el

¹⁴³ El artículo reza en lo pertinente que “las penas del art. 467 se aplicarán también: 9. ° Al que, con ánimo de defraudar, con o sin representación de persona natural o jurídica dedicada al rubro inmobiliario o de la construcción, suscribiere o hiciere suscribir contrato de promesa de compraventa de inmueble dedicada a la vivienda, local comercial u oficina, sin cumplir con las exigencias establecidas por el artículo 138 bís de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, siempre que se produzca un perjuicio patrimonial para el promitente comprador”.

¹⁴⁴ (Rojas L. E., 2017, p. 390). La pregunta por la conveniencia de tipificación de delitos de peligro abstracto relativos a la construcción de inmuebles sin observancia de la normativa técnica ya había sido planteada por (Mañalich, ¿Responsabilidad jurídico-penal por causaciones de menoscabo patrimonial a propósito de fallas en la construcción de inmuebles?, 2010, p. 350).

¹⁴⁵ Citado en la querella presentada por el Consejo de Defensa del Estado en causa RUC N° 1100359464-7 de fecha 30 de Agosto de 2011, p. 72 como: Etcheberry, A. *Derecho Penal Parte Especial*, TOMO IV, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 400.

resultado típico “no se limitaría a un daño efectivo del patrimonio fiscal en cuanto a la salida dolosa de bienes y valores”¹⁴⁶.

La caracterización del lucro cesante como una forma de lesión del patrimonio es sugerente, en cuanto abre la pregunta por la exigencia de certidumbre tratándose de un daño o perjuicio futuro. La doctrina civilista da por satisfecha la exigencia de certidumbre si existe una “probabilidad suficiente” o “certeza razonable” de que el daño se va a producir¹⁴⁷. Sin embargo, estas declaraciones generales se ven enfrentadas rápidamente a dificultades al intentar trazar criterios precisos para resolver los múltiples casos. Se suelen agrupar tres conjuntos de casos según el grado de probabilidad de la ganancia futura.

Barros identifica una primera constelación de casos con aquellos en que “el lucro cesante es de tan *elevada probabilidad* que puede tenerse por cierto; es el caso del ingreso de la víctima que tiene un trabajo estable; de los intereses que produce el dinero; de la renta de una casa que se ha destruido; o de los ingresos básicos que se puede esperar de un joven que aún no inicia la vida laboral y que sufre una incapacidad total y permanente”¹⁴⁸. Como se puede apreciar, tal explicación no es mucho más que una enumeración casuística que adolece de una falta de criterios que puedan aplicarse consistentemente. Cuando este autor intenta precisar cuando la probabilidad de un daño futuro es tan alta que debe ser tenido por cierto, se limita a afirmar que el requisito de la certidumbre no tiene una función mecánica, sino que establecería un “límite razonable” al daño reparable¹⁴⁹ y que depende de un juicio “puramente prudencial”¹⁵⁰ del adjudicador.

A continuación, Barros distingue un segundo grupo conformado por casos “en que hay una *probabilidad significativa* de que el ingreso se llegue a producir, en cuyo caso el daño que se espera es tenido por meramente probable y no debiera ser objeto

¹⁴⁶ Querrela presentada por el Consejo de Defensa del Estado en causa RUC N° 1100359464-7 presentada de fecha 30 de Agosto de 2011, p. 39.

¹⁴⁷ (Barros, 2006, pp. 236 y s.). (Femenía, 2010, p. 26) sostiene que: “El juicio de probabilidad o de «normal probabilidad» se convierte, de esta forma, en la piedra angular del sistema de determinación del lucro cesante.”

¹⁴⁸ (Barros, 2006, p. 238 y s.) con cursivas en el original.

¹⁴⁹ *Ibíd.* p. 239

¹⁵⁰ *Ibíd.* p. 238

de una reparación total”¹⁵¹. La solución propuesta por la doctrina civilista para estos casos consiste en denegar una indemnización total, pero aceptar a su vez una reparación parcial en base a la probabilidad¹⁵². Aquí cabrían los casos de pérdida de una chance u oportunidad tales como la pérdida de un juicio por negligencia del abogado al no presentar oportunamente un recurso.

Por último, se afirma que existen casos en que la probabilidad del daño es tan baja o remota¹⁵³ que no correspondería reparación alguna por tratarse de meras conjeturas.

Corresponde ahora preguntarse si la laxitud con que se ha interpretado la exigencia de certidumbre del lucro cesante en la doctrina civil es trasladable sin más a la exigencia jurídico-penal de perjuicio patrimonial. Para responder a esta interrogante, nuevamente la clave estará en el concepto de patrimonio que se favorezca.

Desde un concepto económico de patrimonio se podría afirmar un perjuicio patrimonial aún en aquellos casos de incertidumbre de un daño futuro si es que se logra constatar una probabilidad suficiente o razonable de daño, bajo condición de que esa incertidumbre se traduzca en términos contables en un daño actual para el titular del patrimonio¹⁵⁴. Sin embargo, de seguirse este camino, nuevamente

¹⁵¹ *Ibíd.* p. 239 con cursivas en el original.

¹⁵² El cálculo del valor de la chance pérdida se suele efectuar multiplicando el valor económico total del bien en juego por el porcentaje de oportunidades perdidas (Tapia, 2012, p. 252). En sentido similar, (Barros, 2006, p. 239) al señalar que el perjuicio es función aritmética de la intensidad del daño que puede llegar a producirse y de la probabilidad de que efectivamente se produzca.

¹⁵³ (Barros, 2006, p. 239)

¹⁵⁴ Esta ha sido la vía favorecida en España por la doctrina civilista mayoritaria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo recurriendo a lo que denominan una “concepción diferencial del daño” que no es sino una reformulación del criterio del saldo global. (Femenía, 2010, pp. 14 y s.) señala al respecto que: “En las modernas legislaciones, la mayoría de la doctrina sitúa el fundamento del lucro cesante extracontractual en la denominada «concepción diferencial del daño», acuñada por F. Momsen que refiere la valoración del daño resarcible a la resultante de una comparación entre dos estados patrimoniales; uno real resultante de la conducta ilícita del deudor, y otro hipotético, descriptivo del estado que ahora tendría el patrimonio del acreedor de no haber existido el daño. Con ello, se consigue trasladar el punto de vista del concreto bien en el que se ha experimentado el daño al total patrimonio del perjudicado, lo que permite englobar pérdidas, gastos y ganancias no

tendremos problemas para identificar que grado de probabilidad es suficiente o razonable. Ello nuevamente se traduciría en un grado de discrecionalidad judicial indeseado.

Una alternativa distinta para discernir si estamos frente a un perjuicio patrimonial es poner el acento en la noción de disposición, entendida como desplazamiento patrimonial¹⁵⁵. Como ya se dijo anteriormente, bajo una concepción funcional de patrimonio como la propuesta por Kindhäuser se interpretan unitariamente los conceptos de disposición y perjuicio, de modo tal que cabría hablar más bien de una disposición (patrimonialmente) perjudicial¹⁵⁶. De modo que resultará fundamental, como primer paso necesario, indagar si estamos frente a un verdadero desplazamiento patrimonial respecto del cual pueda, en segundo lugar, eventualmente predicarse el ser perjudicial.

3.2. Solución a partir de la concepción económica o mixta del patrimonio

Cabe preguntarse cuál sería la respuesta sostenida por una concepción de base económica para un caso como el sometido a análisis en este trabajo. De acuerdo a los postulados de una teoría puramente económica o mixta, el criterio capital para determinar el perjuicio será el principio del saldo global. Por lo tanto, será necesario valorar monetariamente la situación del titular del patrimonio antes y después de la conducta que se identifique como disposición y efectuar la respectiva comparación contable.

Una estrategia puede ser recurrir a la noción de un “perjuicio en forma de peligro” sosteniendo que tales casos no se identifican con un delito de peligro sino que la exposición al riesgo del patrimonio constituye, bajo ciertos parámetros (económico-contables), una genuina lesión del mismo¹⁵⁷. La maniobra fundamental radica en la idea de que un peligro futuro puede tener consecuencias económicas actuales que

obtenidas. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha recurrido en reiteradas ocasiones a la denominada «concepción diferencial del daño» para el cálculo del daño patrimonial”.

¹⁵⁵ *Infra* II. 3.3.1.

¹⁵⁶ Favorecen esta terminología (Hernández, 2003, p. 180; Mayer & Pinto, 2015, p. 109).

¹⁵⁷ (Balmaceda & Ferdinand, 2006, p. 195)

resulten perjudiciales bajo una comparación contable como la que propone el criterio del saldo global¹⁵⁸.

Los defensores de la noción de un “perjuicio en forma de peligro” esgrimen argumentos de índole contable tales como el hecho de que las obligaciones reflejadas en la contabilidad tienen una existencia jurídica, en particular, son reconocidas por el derecho tributario, por ejemplo, en relación con los gastos necesarios en la determinación de la base imponible en el impuesto a la renta¹⁵⁹. Se pretende encontrar en situaciones como esta un punto de apoyo para afirmar el reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico de la noción de un “perjuicio en forma de peligro”.

En el caso en estudio precisamente se trata de la contracción de una obligación por medio del contrato de transacción celebrado entre el fisco y la empresa contratista, que podría enmarcarse dentro de la categoría de un “perjuicio en forma de peligro”. El peligro se encuentra constituido por la posibilidad de que la empresa acreedora de 17 mil millones de pesos cobre forzosamente mediante un procedimiento ejecutivo la obligación que consta en tal documento. La pregunta crucial consiste en si tal peligro es suficiente para reconocer un perjuicio para el Estado, y por consiguiente la consumación del fraude al fisco, o es necesario esperar el pago¹⁶⁰. Tal interrogante se vuelve aún más apremiante cuando se advierte que hacer

¹⁵⁸ (Ibíd. p. 198; Balmaceda, 2010, p. 112)

¹⁵⁹ (Balmaceda & Ferdinand, 2006, p. 199) con cita a los art. 30 y ss. de la ley de impuesto a la renta (decreto ley N° 824).

¹⁶⁰ Una pregunta estructuralmente similar es respondida por (Hernández, 2003, p. 173) en el caso de suscripción y entrega de un cheque (bajo engaño) que aún no ha sido cobrado. Al respecto, este autor sostiene que para una concepción económica (estricta) del patrimonio, que sigue un criterio fáctico-económico, una posición patrimonial cuya sujeción fáctica de disposición se encuentra fuera del alcance de su titular, constituye ya una pérdida patrimonial si resulta actualmente inevitable. En su opinión, tal situación en que se cobra o no el cheque es igualmente relevante desde el punto de vista de la tipicidad de la estafa si se atiende a la noción de una “puesta en peligro del patrimonio constitutiva de perjuicio”. Por el contrario, se puede argüir que según la regulación legal sobre cuentas corrientes bancarias y cheques (decreto con fuerza de ley N° 707) el cheque constituye una orden escrita de pago en contra de un banco (librado) para que éste pague con cargo a los fondos que el librador tiene a su disposición en su cuenta corriente, esto es, la cantidad depositada o el crédito que se haya estipulado como sobregiro (artículos 1 y 10). A continuación, el artículo 26 de la misma disposición permite dar una orden de no pago “solamente” en los siguientes casos: 1º cuando la firma del librador hubiera sido falsificada; 2º cuando el cheque hubiera sido alterado con

depender la consumación del delito del pago efectivo equivale a hacer depender la consumación de un tercero distinto al autor.

Recordemos que al tratar el proyecto de ley que tipifica un nuevo delito de administración desleal vimos que existen buenas razones para castigar aquellos comportamientos en que se produce un perjuicio por medio del abuso de una facultad de obligar el patrimonio ajeno. Sin embargo, la interpretación asimétrica que favorecemos realza la importancia de la disposición como desplazamiento patrimonial de carácter fáctico. Aquí radica una diferencia fundamental con los planteamientos de base económica que definen a la disposición en términos meramente formales, como cualquier acción u omisión del disponente que origina un perjuicio patrimonial propio o ajeno¹⁶¹. Por esta vía se priva de relevancia autónoma a la noción de disposición con el objetivo de afirmar un resultado de perjuicio patrimonial. La primera pregunta que cabe formular en este caso no es si aquello que se identifica como disposición puede causar un perjuicio, sino más bien si se puede reconocer un desplazamiento patrimonial –que cuente como disposición– respecto del cual, posteriormente, se

respecto a la suma o a la persona del beneficiario, con posterioridad a la emisión; 3º cuando el cheque hubiere sido perdido, hurtado o robado. Esta regulación es complementada por el “Título III del Capítulo 2-2 de la Recopilación Actualizada de Normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras” cuyo art. 12.1 reafirma la naturaleza del cheque como “una orden de pago, o sea, un mandato y, como tal, es esencialmente revocable.” Aquí se agrega a continuación: “En consecuencia, el banco debe abstenerse de pagar un cheque cuando así se lo avise por escrito el respectivo librador, sin que afecten al banco responsabilidades si esa revocación se hace por motivos distintos a los que enumera el inciso 2º del artículo 26 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques. Al señalar este artículo los únicos casos en que puede el librador dar orden de no pagar el cheque, se refiere tan sólo a las relaciones del librador con el beneficiario, en el sentido de que si se revoca el cheque fuera de esos casos, sería el primero responsable ante el segundo e incurriría en la responsabilidad penal por el delito establecido en el inciso 2º del artículo 22 de la mencionada ley. El librado, en cumplimiento del mandato, debe limitarse a dejar constancia en el documento, de la instrucción que ha recibido, pero no puede oponerse a la revocación, calificando las causas que el librador hubiere tenido para la misma, aun cuando el cheque no tuviere la provisión de fondos suficiente.” Esto conlleva que no puede afirmarse que la sola emisión y entrega de un cheque implicaría un acto de disposición, en tanto se trata de una orden de pago que es esencialmente revocable. A esta conclusión debería arribarse no tan sólo desde una concepción funcional del patrimonio, por la ausencia de un desplazamiento patrimonial en términos fácticos; sino también desde una concepción económica como la favorecida por Hernández, pues la pérdida de poder de disposición no cumple con el “criterio de la inevitabilidad” que permitiría afirmar una “puesta en peligro del patrimonio constitutiva de perjuicio”, debido precisamente a que siempre puede el librador revocar la orden de pago.

¹⁶¹ (Balmaceda & Ferdinand, 2006, p. 200; Balmaceda, 2010, p. 113)

indagará si resulta perjudicial. En otras palabras, estará fuera de lugar la pregunta normativa por el perjuicio cuando no se haya respondido antes afirmativamente la pregunta fáctica por la existencia de un desplazamiento patrimonial.

En nuestro ordenamiento jurídico no puede compartirse la conclusión general, y con relevancia para la solución de este caso, según la cual de contraerse una obligación, el acto dispositivo residiría exactamente en ese hecho, constituyendo a la vez un perjuicio patrimonial en forma de peligro¹⁶². Pues como regla general en el derecho chileno, la sola celebración de un contrato no alcanza a satisfacer las exigencias que impone el concepto de disposición, en tanto es necesaria la realización de la prestación para afirmar que ha acaecido un desplazamiento patrimonial como el que impone un contrato de transacción. El recurso a un registro contable negativo no puede ser nunca suficiente para afirmar un perjuicio patrimonial que reside en lo fáctico.

3.3. Solución del caso a partir de la concepción funcional del patrimonio

La reconstrucción del caso que se ofrece en este trabajo trata la situación de un contrato de transacción, celebrado entre ciertos funcionarios públicos a nombre del fisco y los representantes de una empresa contratista, cuyo contenido principal es una obligación de pagar una importante suma de dinero a favor de esta última parte a cambio de poner término al litigio pendiente a la época de celebración del contrato. Una vez que se advierte que la cantidad pactada supera con creces aquello que hubiera sido un acuerdo razonable en pos de velar por una eficiente administración de los recursos públicos, el principal problema interpretativo que resta por resolver consiste en que el pago de la suma de dinero no llegó a verificarse, siendo suspendido de facto por la administración del Estado, pero subsiste la posibilidad de que la empresa inicie un procedimiento ejecutivo para cobrar la obligación. Nuevamente, la

¹⁶² *Ibíd.* (Balmaceda, 2010, p. 112) sostiene que necesariamente debería admitirse la existencia de un perjuicio patrimonial por la mera circunstancia de contraerse una obligación, ya que bajo la concepción mixta que favorece, debería afirmarse que dicha acción tendría ya un valor económico incuestionable.

interrogante fundamental es si tal gestión desleal del patrimonio público se traduce en un perjuicio bajo la concepción funcional del patrimonio seguida en este trabajo.

Antes de abordar directamente la pregunta por el perjuicio patrimonial es necesario volver sobre las posibilidades interpretativas del delito de fraude al fisco tipificado en el artículo 239 del Código Penal, y en particular, a propósito de la posibilidad de interpretar esta disposición en clave de administración desleal del patrimonio público. Aquí resulta de utilidad tomar como referencia el proyecto de ley que busca tipificar un nuevo delito genérico de administración desleal, que se basa a su vez en el paradigmático delito de *Untreue* del derecho penal alemán.

Un primer problema interpretativo consiste en dilucidar si el artículo 239 abarcaría ambas modalidades delictivas, a saber, las variantes de “abuso” y de “mera deslealtad” tal como se conocen en el derecho comparado¹⁶³ y se contemplan en el proyecto de ley. La respuesta a esta interrogante excede el objeto de este trabajo y no resulta indispensable para resolver el caso. Al respecto basta con advertir que, a lo menos, debería englobarse en el fraude al fisco la variante de “abuso” por ser aquella modalidad delictiva paradigmática con que se menoscaba un patrimonio ajeno “desde dentro”. Esta conclusión cobra mayor peso si se comparte la tesis de la relación genérica que cabría predicar entre la variante de “abuso” y de “mera deslealtad”. Si la modalidad de “abuso” es un caso especial de la modalidad de “mera deslealtad”, resulta normal que se enmarque al menos la primera dentro del artículo 239, toda vez que éste es interpretado como el caso genérico de administración desleal en el derecho penal chileno, aunque restringido a la protección del patrimonio público¹⁶⁴.

Un segundo problema, derivado del anterior y de mayor relevancia para la solución del caso, consiste en la pregunta por la sub-variante de abuso de la facultad de obligar el patrimonio ajeno. ¿Cabe interpretar el art. 239 del Código Penal en clave de administración desleal, de modo tal que se engloben tanto la sub-variante de abuso de la facultad de disposición, como la sub-variante de abuso de la facultad de obligar el patrimonio? Al respecto tampoco encontramos muchas luces en el texto de la ley, que

¹⁶³ (Mañalich, 2012, p. 374)

¹⁶⁴ (Hernández, 2005, p. 238) quien fue pionero en calificar al art. 239 como un tipo general de administración desleal para el ámbito de la economía pública.

se limita a formular la exigencia de un perjuicio patrimonial condicionado ya sea por vía de una conducta activa (“defraudare”) u omisiva (“consintiere que se defraude”). En este contexto, nos inclinamos por sostener que la disposición debería interpretarse en el sentido que lo relevante es que se produzca un perjuicio patrimonial por cualquiera de ambas modalidades abusivas. Tenemos entonces que tal resultado lesivo puede verse condicionado tanto por la vía directa de un abuso de la facultad de disposición como indirectamente por un abuso de la facultad de obligar el patrimonio ajeno.

Estas sub-variantes son formas alternativas que puede asumir el condicionamiento del perjuicio “desde dentro”, pero no será suficiente con constatar un abuso de las respectivas facultades de disposición u obligación. Dicho nuevamente, no basta con verificar un abuso –ya sea de la facultad de disponer u obligar– en la administración del patrimonio ajeno, sino que lo relevante será constatar un resultado de lesión al patrimonio (perjuicio) por medio de tales abusos.

Resulta evidente que es posible condicionar directamente un perjuicio patrimonial por la vía de un abuso de la facultad de disponer del patrimonio ajeno, pero no es menos cierto que tal resultado lesivo también puede obtenerse indirectamente, por medio de un abuso de la facultad de obligar el patrimonio ajeno cuya gestión ha sido encargada. En este último caso, será necesario que se lleve a cabo una posterior disposición por parte del mismo autor o de un tercero, en orden a producir un perjuicio patrimonial. Esta es precisamente la ya mencionada asimetría que cabe reconocer entre las sub-variantes de disponer y obligar el patrimonio.

Cabe recordar que no hay aspecto alguno del tenor literal de la ley que limite las formas por las cuales haya de producirse el resultado lesivo para el patrimonio fiscal. Por lo tanto, es posible sostener que la actual tipificación del art. 239 también recoge aquellas hipótesis que se identificarían con un resultado de perjuicio condicionado por un abuso de la facultad de obligar el patrimonio público. Una conclusión en el sentido contrario conllevaría una laguna de punibilidad injustificada, sobre todo tratándose del delito de fraude al fisco, atendido el hecho de que quienes, por regla general, gestionan el patrimonio público no tienen la facultades para efectuar un desplazamiento patrimonial. Esta es la racionalidad que subyace a la

tipificación del proyecto de ley y que se hace explícita al contemplar la producción de un perjuicio mediante la sub-variante de abuso de la facultad de obligar el patrimonio administrado. La interpretación del art. 239 en clave de administración desleal resulta entonces compatible con la idea de producción de un perjuicio mediante el abuso de tal facultad de obligar el patrimonio público.

En lo que concierne directamente a la imputación de fraude al fisco a los directivos del Serviu y al abogado asesor de confianza de la Ministra no hay reparos para afirmar que cumplen con la cualificación especial que como delito especial exige, en tanto se trata de funcionarios públicos¹⁶⁵ que intervienen en razón de sus cargos en una operación patrimonialmente relevante para el Estado.

A esta altura, estamos en posición de volver sobre la pregunta central acerca de la constatación de un resultado de perjuicio patrimonial que permitiría afirmar la consumación del delito de fraude al fisco. Una concepción funcional del patrimonio responde la pregunta por el perjuicio atendiendo a si el fin perseguido por la disposición patrimonial ha sido alcanzado. Esta pregunta presupone que ha acaecido una disposición patrimonial, pero es justamente esta circunstancia aquello que esta en discusión en este caso. Como ya se adelantó, al tratar la solución bajo el supuesto de que el proyecto de ley estuviera vigente, en este caso precisamente no se puede afirmar que estemos frente a una disposición patrimonial entendida como desplazamiento patrimonial¹⁶⁶. Aquí nuevamente se vuelve relevante la vinculación entre disposición y perjuicio que comúnmente se trata bajo la etiqueta de una exigencia de inmediatez. La disposición sirve de sustrato fáctico al perjuicio en tanto es allí donde reside el perjuicio. Si no hay un desplazamiento de posiciones patrimoniales, no se podría caracterizar tal operación como perjudicial.

¹⁶⁵ La definición funcional del art. 260 del Código Penal debería ser suficiente para despejar cualquier duda que se pudiera plantearse respecto al vínculo contractual del abogado asesor de la Ministra.

¹⁶⁶ *Supra* II.2.5.

3.3.1. Disposición como desplazamiento patrimonial

Aquí resulta conveniente profundizar en la pregunta por el concepto de disposición y su utilidad para determinar un resultado de perjuicio patrimonial. Pastor señala que la doctrina mayoritaria define disposición, en el contexto de la estafa, como un “hacer, tolerar u omitir del engañado que produce directamente una disminución patrimonial”¹⁶⁷. Se trataría de una conducta que explica y es la causa de la disminución patrimonial. Esta autora comparte el punto de vista según el cual la disposición produce consecuencias patrimoniales pero se rehúsa a caracterizarlas como perjudiciales para no comprometer la independencia de los conceptos de disposición y perjuicio¹⁶⁸. Una caracterización más precisa de lo que implica una disposición patrimonial se obtiene atendiendo a la idea de un desplazamiento patrimonial.

En el contexto de demarcación entre hurto y estafa de cosa, atendiendo a la distinción entre la exigencia de sustracción y disposición, Kindhäuser sostiene que esta última no es ni más ni menos que un desplazamiento (consciente) de valores patrimoniales ¹⁶⁹ . Este autor pretende alejarse de aquellas aproximaciones fenomenológicas que recurren a distinciones tales como si el autor tomó por sí mismo la cosa o le fue entregada por la víctima para hacer la delimitación. Esto lo explica afirmando que la disposición de la víctima no está sujeta a una configuración determinada. Una inactividad vista externamente puede tener también el carácter de disposición cuando deba ser interpretada como un acuerdo final en el desplazamiento patrimonial¹⁷⁰.

Tal interpretación de la noción de disposición como desplazamiento patrimonial es consistente con la relevancia que una concepción funcional del

¹⁶⁷ (Pastor, 2004, p. 172)

¹⁶⁸ (Pastor, 2004, p. 178) exige para calificar un acto como dispositivo que se trate de una organización patrimonial en sentido objetivo y que explique las consecuencias que se han producido dando lugar a una nueva situación jurídica.

¹⁶⁹ (Kindhäuser, 1991, pp. 15 y ss.)

¹⁷⁰ (Kindhäuser, 2002, p. 107). Véase también en la doctrina chilena (Mañalich, ¿Responsabilidad jurídico-penal por causaciones de menoscabo patrimonial a propósito de fallas en la construcción de inmuebles?, 2010 p. 344) quien acepta la posibilidad de una disposición patrimonial perjudicial por la vía de una omisión.

patrimonio le otorga a lo que denominamos una exigencia de facticidad. Recordemos que para una teoría funcional del patrimonio, el núcleo del perjuicio radica en la pérdida de poder sobre bienes concretos. No resulta suficiente, por ejemplo, el gravamen del elemento patrimonial con una obligación como sería el caso bajo una concepción jurídica del patrimonio.

En nuestro ordenamiento jurídico fue introducido un nuevo delito de “fraude de seguros” cuya tipificación sirve para ilustrar este punto. Se trata del actual artículo 470 N° 10 del Código Penal que prevé lo siguiente: *“Las penas del artículo 467 se aplicarán también: 10. A los que maliciosamente obtuvieren para sí, o para un tercero, el pago total o parcialmente indebido de un seguro, sea simulando la existencia de un siniestro, provocándolo intencionalmente, presentándolo ante el asegurador como ocurrido por causas o en circunstancias distintas a las verdaderas, ocultando la cosa asegurada o aumentando fraudulentamente las pérdidas efectivamente sufridas./ Si no se verifica el pago indebido por causas independientes de su voluntad, se aplicará el mínimo o, en su caso, el grado mínimo de la pena./ La pena se determinará de acuerdo con el monto de lo indebidamente solicitado”*.

La doctrina nacional ha sostenido que se trataría de una modalidad especial de estafa en contra de las compañías de seguros que se consumaría asimismo con la producción de un resultado de perjuicio patrimonial. Un resultado de perjuicio patrimonial (o disposición perjudicial) se desprendería de la exigencia típica de obtención del pago total o parcialmente indebido del seguro por alguna de las modalidades típicas que prevé la misma disposición. Sin embargo, tal exigencia típica excede el concepto de perjuicio patrimonial propiamente tal que se defiende en este trabajo y resulta útil para demarcar la noción de disposición como desplazamiento patrimonial. Como advierten Mayer y Pinto, en la estafa de seguros se le exige al autor que obtenga el pago indebido del seguro, o sea, que perciba la indemnización pactada¹⁷¹. Con ellos, no bastaría con que el representante de la compañía de seguros efectúe la disposición patrimonial, sino que sería necesario que el autor reciba dicho pago. Este escenario abre la puerta a situaciones de discordancia entre disposiciones

¹⁷¹ (Mayer & Pinto, 2015, p. 114)

patrimoniales perjudiciales para la víctima (compañía de seguros) que no se condicen necesariamente con un ganancia para el autor, y por lo tanto, no realizarían el tipo delictivo en cuestión. El ejemplo ofrecido por estas autoras resulta interesante por su similitud con la situación tratada en el caso principal de este trabajo y consiste en que la compañía de seguros emite un vale vista a nombre del autor del engaño que no es cobrado por causas independientes de su voluntad¹⁷². En este último caso, pareciera que si se puede afirmar una disposición patrimonial (perjudicial) por parte de la víctima al emitir un vale vista aún cuando este no haya sido cobrado. Esto se explica por la naturaleza del vale vista como un documento equivalente al dinero y que implica un desprendimiento irrevocable de elementos patrimoniales desde la esfera del patrimonio de la víctima.

Aquí no corresponde entrar en la discusión acerca de si en tal caso cabe castigar por tentativa acabada de estafa a una compañía de seguros o bajo la hipótesis genérica de estafa consumada. El punto que se busca resaltar con el ejemplo es que entendemos por una disposición patrimonial. En la medida que la compañía de seguros emitió un vale vista se puede afirmar que ha habido una disposición patrimonial, aunque este documento no se haya llegado a cobrar ni percibir por el autor del engaño. El dato clave para reconocer un desplazamiento de valores patrimoniales -constitutivo de una disposición- será que haya un desprendimiento definitivo de aquellos por parte del titular del patrimonio (o un tercero que disponga en su nombre). Verificándose esta situación, se podrá afirmar una disposición que, si no es compensada por el fin perseguido por la misma, podrá ser calificado de perjudicial. En principio, esto debería bastar para afirmar una estafa genérica, pero la tipificación de la estafa de seguros exige, además, que el autor perciba los valores¹⁷³. Será de la mayor importancia atender a las características del instrumento jurídico utilizado en la transacción correspondiente como lo fue el vale vista en este caso.

¹⁷² (Mayer & Pinto, 2015, p. 114). El inciso segundo de esta norma puede ser interpretado como una regla de penalidad que modifica el impacto que normalmente tiene la tentativa acabada (delito frustrado) para el proceso de determinación de la pena.

¹⁷³ *Ibíd.* Mayer y Pinto presentan la diferencia sosteniendo que la estafa genérica se consumaría con el pago indebido del seguro, mientras que en la estafa de seguros con la obtención del pago indebido del seguro.

Existen notables diferencias entre, por ejemplo, un vale vista y un contrato de transacción las cuales tendrán consecuencias al momento de preguntarse por un desplazamiento patrimonial.

3.3.2. El dolo como fundamento de injusto subjetivo

Lo anterior no obsta a que pueda afirmarse una realización imperfecta del delito por parte de los funcionarios públicos, es decir, un fraude al fisco frustrado en cuanto se puede reconocer una gestión desleal que se identifica con el abuso de la facultad de obligar el patrimonio público y constituye una conducta idónea para producir un resultado de perjuicio patrimonial, pero que finalmente no se verificó, en terminología de nuestro Código Penal, “por causas independientes de la voluntad” del autor.

En lo que dice relación con una posible imputación de fraude al fisco a la entonces Ministra, la cuestión decisiva es asimismo de índole subjetiva, y en particular, cognitiva. El fraude al fisco es inequívocamente un delito que exige dolo y cuya eventual realización imprudente no es punible¹⁷⁴. Si se lograra acreditar que la Ministra tuvo conocimiento –al momento de autorizar al Serviu para transigir– de los términos sumamente gravosos en que se obligó el fisco, tal circunstancia sería suficiente para acreditar al menos un dolo eventual¹⁷⁵. Aquí cabría recordar que el

¹⁷⁴ La punibilidad de los delitos imprudentes es excepcional debido a la regla de clausura impuesta por el art. 10 N° 13 del Código Penal. En efecto, el art. 2 define al “cuasidelito” o delito imprudente por contraposición al delito doloso y el art. 4 afirma que los primeros sólo se castigan en los casos especialmente previstos por el legislador. Al respecto, las disposiciones fundamentales se encuentran en el Título X del Libro II del Código Penal, cuyos art. 490 y ss. se remiten a los “crímenes y simples delitos contra las personas”, esto es, el Título VIII del Libro II del Código Penal. Por su parte, el fraude al fisco tipificado en el art. 239 se encuentra claramente fuera del ámbito de esta remisión. Tampoco existe alguna disposición que sancione especialmente una realización imprudente de fraude al fisco, como si es el caso tratándose de otras disposiciones dirigidas a funcionarios públicos, por ejemplo, el peculado cometido por “negligencia inexcusable” previsto en el art. 234 del Código Penal.

¹⁷⁵ Según (Bacigalupo, 2013, p. 1051 y s.), el Tribunal Supremo Federal alemán ha exigido mayores exigencias volitivas de dolo respecto al tipo de administración desleal tratándose de casos de “puesta en peligro del patrimonio equivalente a un perjuicio” (*in der Form einer schadensgleichen Vermögensgefährdung*). “Según el parecer del Senado (Sala del BGH) el tipo de la administración desleal, en casos de esta especie, tiene que ser limitado de tal manera que

Director del Serviu le envió formalmente a la Ministra, mediante un oficio, un documento denominado “Bases de Transacción”. Tal instrumento debió tener presuntamente las menciones esenciales del acuerdo al que finalmente se arribó y que fue sometido posteriormente al visado de la Ministra. La manera de evitar la imputación a la Ministra pasaría por afirmar que fue objeto de una maniobra engañosa por parte de los otros funcionarios públicos involucrados, que le impidió obtener un conocimiento efectivo de la totalidad de las circunstancias bajo las cuales se obligó el patrimonio fiscal, atendiendo en particular a la existencia de antecedentes técnicos que justificaran la conveniencia del contrato de transacción. En breve, esta solución pasaría por asumir que la Ministra sabía que se comprometería el patrimonio público en alrededor de 17 mil millones de pesos, pero desconocía (por estar presuntamente bajo error) que tal acuerdo resultaba perjudicial para el fisco.

Un problema distinto plantea la pregunta por la imputación de los representantes de la empresa contratista que intervinieron en la operación que culminó con la firma del contrato de transacción. La dificultad viene dada aquí por el carácter de delito especial que ostenta el fraude al fisco. En tanto se trata de particulares que no ostentan la cualificación especial exigida por la norma de comportamiento (*extraneus*), no se puede afirmar que sean destinatarios de la misma. Esta constatación es suficiente para descartar que puedan ser considerados

el dolo eventual de un daño de peligro no sólo presuponga el conocimiento del autor de la posibilidad de producción del perjuicio, sino, además, una aprobación de la realización del peligro, aunque sólo sea en la forma de conformarse con la producción del resultado que no desea. Sólo bajo estas condiciones la punibilidad por administración desleal, de manera más estrecha que hasta ahora, sería –dice el BGH– “inatacable desde el punto de vista del Estado de Derecho el adelanto de la consumación del hecho ya al momento del peligro concreto del perjuicio patrimonial”. Como pone de relieve (Kindhäuser, 2005, p. 50), hay buenas razones para proponer al dolo eventual como la forma básica de dolo en el marco de la imputación subjetiva. Este autor explica que “el hecho de que todavía la jurisprudencia y parte de la doctrina exijan también en el *dolus eventualis* un componente volitivo, aunque sea reducido, puede deberse a que el actuar doloso es un actuar voluntario conociendo, de manera relevante para la decisión, la realización del tipo penal y, por consiguiente, se encuentra siempre unido fácticamente a una decisión a favor de la realización del tipo penal. Pero esta decisión no fundamenta por sí sola la imputación de la realización del tipo penal a título de dolo, sino que constituye la otra cara de la decisión de realizar activamente una intención que es incompatible con el motivo de evitación. Las fórmulas de “conformarse con” o de “resignarse con” la realización del tipo penal no son, por tanto, incorrectas, sólo que no constituyen presupuestos necesarios de la función de imputación del dolo”.

candidatos idóneos para realizar el tipo delictivo a título de autor, pues no se encuentran en posición de infringir el deber (primario) que impone la norma de comportamiento consistente en evitar la realización delictiva como hecho propio. Sin embargo, cabría explorar la posibilidad de imputarles una infracción a la misma norma de comportamiento a título de infracción de un deber (secundario), esto es, no posibilitar o favorecer la realización delictiva por parte de otro como hecho ajeno¹⁷⁶. Esto se corresponde precisamente con la caracterización del injusto que se predica de las hipótesis de participación previstas en nuestro Código Penal, ya sea como inductor o cómplice, y que encuentra su condensación en el principio de la accesoriedad de la participación. En la relación de los hechos, no se encuentran antecedentes concluyentes para verificar una conducta constitutiva de participación, pero si existen algunos datos que vale la pena destacar en tanto podrían servir de base para una investigación y eventual atribución de responsabilidad. En este sentido, resulta plausible suponer que la estrategia sobre cómo llevar a cabo la defraudación fiscal se haya consensuado en las reuniones que antecedieron inmediatamente al juicio y que sostuvieron representantes y abogados de la empresa contratista y los distintos funcionarios públicos. Aquí se aportaron antecedentes que pretendían sustentar los reclamos monetarios efectuados por la empresa contratista y que resultaron desestimados posteriormente por excesivos. Por último, en el contrato de transacción cuestionado a lo largo de este trabajo, comparece uno de los socios a nombre de la empresa contratista y que debió contar presumiblemente con la revisión o redacción de sus abogados. En estos casos, resultará nuevamente decisivo como cuestión probatoria cual haya sido el conocimiento que tuvieron estos sujetos en pos de afirmar dolo en cada caso.

¹⁷⁶ (Mañalich, La estructura de la autoría mediata, 2010, p. 387)

Conclusiones

Del análisis llevado a cabo a lo largo de este trabajo se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1º La discusión teórica sobre el concepto jurídico-penal de patrimonio es de la máxima relevancia, en tanto la adopción de una u otra teoría tendrá consecuencias directas en la determinación de un resultado de perjuicio patrimonial. En un contexto de desacuerdo doctrinal como el actual resulta necesario tomar partido por alguna de las teorías en disputa. Como queda de manifiesto, en este trabajo se favorece una concepción funcional del patrimonio por estimarse más ventajosa para la labor dogmática. Entre las virtudes de una concepción funcional destaca, su capacidad para dinamizar el concepto de patrimonio mediante su orientación a fines, de un modo tal que lo hace más adecuado con la realidad del tráfico económico; y permitir una plena congruencia entre la protección jurídico-penalmente dispensada al patrimonio y a la propiedad, explicando a su vez la relación (genérica) que cabría predicar entre estos bienes jurídicos. Asimismo, una concepción funcional cumple con la misión fundamental de otorgar un criterio operativo para la identificación de un perjuicio patrimonial consistente en la falta de obtención del fin perseguido por la disposición patrimonial.

2º La interpretación tradicional del fraude al fisco como una especie de estafa especial en perjuicio del patrimonio público resulta poco convincente. En su lugar, este trabajo sigue aquellos planteamientos doctrinales que explican el injusto del fraude al fisco asimilándolo a las figuras de administración desleal que se conocen en el derecho comparado. El caso paradigmático lo constituye el delito de *Untreue* del derecho penal alemán con sus dos modalidades típicas de “abuso” y “mera deslealtad”. Nuestro ordenamiento jurídico pretende unirse a esta senda del derecho comparado mediante la tipificación de un nuevo delito genérico de administración desleal cuyo proyecto de ley constituye un insumo importante para la interpretación del fraude al fisco como hipótesis de gestión desleal del patrimonio público.

3º El caso central que fue objeto de esta investigación ofreció el contexto pertinente para someter a análisis el rendimiento de la construcción doctrinal de un

“perjuicio (en forma) de peligro”, característicamente utilizado por defensores de concepciones económicas del patrimonio que utilizan un criterio contable (principio del saldo global) para determinar el perjuicio patrimonial. Aquí se ha tomado distancia de esta construcción por resultar, ya en sus propios términos, contradictoria.

4º En su lugar, resulta más claro y conveniente para el ejercicio dogmático preguntarse derechamente por el acaecimiento de un perjuicio patrimonial; o en términos de una concepción que vincule los conceptos de disposición y perjuicio, examinar si es posible reconocer una disposición (patrimonialmente) perjudicial. De hecho una concepción funcional del patrimonio maximiza la exigencia de inmediatez que la doctrina suele reconocer entre disposición y perjuicio. El criterio (negativo) invocado para la determinación del perjuicio será la falta de obtención del fin, de manera tal que la disposición resultará perjudicial cada vez que el fin asociado a la misma no sea alcanzado.

5º Cabe aclarar que la vinculación de los conceptos de disposición y perjuicio no implica el prejuzgamiento de uno de los elementos por el otro. Si bien están íntimamente relacionados cada uno tiene sus propias exigencias y funciones. Mientras el concepto de disposición es principalmente fáctico y apunta esencialmente al desempeño de la prestación por el disponente, el perjuicio tiene un carácter normativo y dependerá de si la eventual contraprestación alcanza para compensar la disposición atendiendo a su finalidad objetiva. Así se puede reconocer una relación de dependencia en tanto la disposición le sirve de sustrato (fáctico) indispensable al perjuicio.

6º El aquí tematizado carácter fáctico de la disposición se desprende de su interpretación como un desplazamiento patrimonial. Esto es, un desprendimiento definitivo de elementos patrimoniales desde la esfera patrimonial del titular-víctima, que no se identifica necesariamente con el ingreso de tales bienes a la esfera patrimonial del autor. Para discernir si estamos frente a una disposición patrimonial será necesario tomar en cuenta las particularidades de los respectivos instrumentos jurídicos que se hayan utilizado, sin que se pueda reconocer categóricamente su existencia cada vez que un patrimonio sea gravado por obligaciones contractuales.

7º La interpretación asimétrica aquí propuesta, entre las sub-variantes abusivas de las facultades de disponer y obligar el patrimonio ajeno, respecto al proyecto de ley que busca tipificar un nuevo delito genérico de administración desleal, encuentra su explicación en la mencionada vinculación de las nociones de disposición y perjuicio. Bajo esta propuesta interpretativa, la consumación de la sub-variante de abuso de la facultad de obligar el patrimonio dependerá de que se produzca una posterior disposición (perjudicial) por parte del mismo autor o un tercero. Recién ahí se podrá reconocer un perjuicio patrimonial condicionado mediante el abuso de la facultad de obligar el patrimonio.

8º La necesidad político-criminal de la sub-variante de abuso de una facultad de obligar el patrimonio administrado viene dada porque no siempre el gestor tendrá las facultades para disponer del patrimonio administrado, pero si puede contar con facultades para obligarlo, como ocurre frecuentemente en la gestión del patrimonio público. En estos casos, la conducta del sujeto con facultades de disposición resultará esencial para la consumación de la realización típica llevada a cabo por el autor que sólo cuenta con facultades para obligar el patrimonio. Sin embargo, no es necesario que el tercero con facultades de disposición actué coordinadamente o se represente siquiera la conducta del autor. Tales consideraciones sólo serían relevantes para indagar por una eventual coautoría o complicidad del tercero.

9º La interpretación del fraude al fisco como el caso genérico de administración desleal en el derecho penal chileno, aunque restringido al patrimonio público, permite abarcar también los casos de abuso de la facultad de obligar el patrimonio público. La exigencia típica de una “defraudación” –esto es: irrogación de un perjuicio patrimonial– por quien tiene a su cargo caudales que debe administrar de acuerdo a fines, puede producirse directamente por quienes tienen facultades de disposición, como también condicionarse indirectamente por quienes solamente cuentan con facultades para obligar el patrimonio.

10º La existencia de un tercero con facultades de disposición, de las que carece el autor de la sub-variante de abuso de la facultad de obligar el patrimonio, no implica un quiebre de la metáfora que explica el injusto de la administración desleal como un menoscabo “desde dentro”. La metáfora pretende ilustrar desde dónde se origina el

ataque al patrimonio; si se trata de un ataque “exterior” como en la estafa por parte del autor que engaña al disponente; o de un ataque “interior” como en la administración desleal por parte de quienes tienen facultades de disponer u obligar, o deslealmente atentan contra el interés del titular del patrimonio. Como ya se dijo, mediante el abuso de la facultad de obligar el patrimonio administrado también se puede condicionar mediatamente una disposición perjudicial posterior, y por esa vía reconocer un menoscabo patrimonial “desde dentro” por parte de alguien que no necesariamente cuenta con facultades de disposición.

11º En aquellos casos de gestión desleal del patrimonio ajeno en que no se pueda reconocer una disposición perjudicial, subsistirá todavía la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a título de tentativa. Esto fue precisamente lo que ocurrió en el caso Kodama por parte de los funcionarios públicos que abusaron de sus facultades para obligar el patrimonio fiscal, pero cuyas intervenciones no condujeron finalmente a un desplazamiento patrimonial debido a la conducta impeditiva de un tercero que contaba con facultades de disposición.

Bibliografía

BACIGALUPO, E. (2013). El concepto de perjuicio patrimonial en el delito de Administración desleal. Sobre la reciente jurisprudencia alemana en los casos Kanther/Weyrauch y Siemens-KWU. En A. Van Weezel (ed.): *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*. (pp. 1043-1058). Santiago, Chile: Legal Publishing/ Thomson Reuters.

BALMACEDA, G. (2009). *El delito de estafa informática*. Santiago, Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.

_____. (2010). El "perjuicio" en el delito de estafa. *Revista de Derecho y Ciencias Penales* (14), 105-116.

_____. (2011). El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos. *Revista Estudio Socio-Jurídicos*, 13 (2), 163-219.

BALMACEDA, G., & FERDINAND, M. (2006). Análisis dogmático del concepto de "perjuicio" en el delito de estafa (especial referencia al concepto de "perjuicio en forma de peligro"). *Revista de Estudios de la Justicia* (7), 185-217.

BARROS, E. (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

BASCUÑÁN, A. (2004). Delitos contra intereses instrumentales. *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibañez* (1), 291-345.

CURY, E. (2005). *Derecho penal. Parte General*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.

ETCHEBERRY, A. (1998). *Derecho Penal. Parte Especial* (Vol. IV). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

FEMENÍA, P. (2010). *Criterios de delimitación del lucro cesante extracontractual*. Valencia: Tirant lo Blanch.

GALLEGO SOLER, J. I. (2015). *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF.

GARRIDO, M. (2003). *Derecho Penal. Parte General* (Vol. II). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

_____. (2010). *Derecho Penal. Parte Especial* (Vol. III). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

HERNÁNDEZ, H. (2003). Aproximación a la problemática de la estafa. *Problemas actuales de Derecho penal* , 148-190.

_____. (2005). La administración desleal en el derecho penal chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* , XXVI, 201-258.

_____. (2008). Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves. *Política criminal* , 1-38.

_____. (2009). Frustración de fines y perjuicio patrimonial en el derecho penal chileno. *Derecho penal contemporáneo: Revista Internacional* , 57-91.

INGLESI, A. (2011). El "ánimo de lucro" en el delito de estafa: ¿es necesario como elemento subjetivo del tipo penal? *Revista de Derecho y Ciencias Penales* (17), 181-195.

JAKOBS, G. (1997). *Estudios de Derecho Penal*. (E. Peñaranda, C. Suárez, & M. Cancio, Trads.) Madrid: Civitas.

_____. (2008). La privación de un derecho como delito patrimonial. A la vez, una contribución a la generalización de la Parte Especial. *Indret* (4).

KINDHÄUSER, U. (1991). Engaño y pretensión de verdad en la estafa (inédito).

_____. (2002). *Estudios de Derecho Penal Patrimonial*. Lima: Grijley.

_____. (2005). ¿Indiferencia como dolo? En U. Kindhäuser, P. García, N. Pastor, en *Cuestiones actuales de derecho penal general y patrimonial* (pp. 33-54). Lima: ARA.

_____. (2009). Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal. *Indret* (1).

_____. (2009). La lógica de la construcción del delito. *Revista de análisis especializado de jurisprudencia* (14), 499-509.

_____. (2009). La fidelidad al Derecho como categoría de la Culpabilidad. En U. Kindhäuser, & J. P. Mañalich, *Pena y Culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho* (pp. 75-117). Lima: ARA.

_____. (2011). Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. Los defectos congénitos de la doctrina económica del perjuicio patrimonial en el Derecho Penal. *ADPE 1* , 51-58.

LUZÓN PEÑA, D., & ROSO CAÑADILLAS, R. (2010). La administración desleal societaria en el derecho penal español. *Indret* (3).

MAYER, L., & PINTO, A. (2015). El "iter criminis" en la estafa a las compañías de seguro. *Revista de Derecho*, XLV, 101-130.

MAÑALICH, J. P.(2004). La tentativa y el desistimiento en el Derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales. *Revista de Estudios de la Justicia* (4), 137-175.

_____. (2009). *Autotutela del acreedor y protección penal del deudor. La realización arbitraria del propio derecho frente a los delitos contra la libertad, la propiedad y el patrimonio*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.

_____. (2010). La estructura de la autoría mediata. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIV, 385-414.

_____. (2010). ¿Responsabilidad jurídico-penal por causaciones de menoscabo patrimonial a propósito de fallas en la construcción de inmuebles? *Política criminal*, 5 (10), 341-351.

_____. (2010). Norma e imputación como categorías del hecho punible. *Revista de Estudios de la Justicia* (12), 165-185.

_____. (2012). La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales. *Política criminal*, 7 (14), 357-377.

_____. (2017). Apropiación y distracción indebidas. Una propuesta de reconstrucción unificadamente dualista del art. 470 N° 1 del Código Penal (borrador: de próxima publicación en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*).

MIR PUIG, C. (2015). La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, LXVIII, 185-236.

NOVOA, E. (2005). *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General* (3ª edición ed., Vol. II). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

PASTOR, N. (2004). *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. Madrid: Marcial Pons.

_____. (2012). Los delitos contra el patrimonio II. En J. M. Silva Sánchez, *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma* (pp. 325-366). Madrid, España: La Ley.

PIÑA, J. I. (2004). *Fraude de seguros. Cuestiones penales y de técnica legislativa*. Santiago: Universidad de los Andes.

POLITOFF, S., MATUS, J., & RAMÍREZ, M. C. (2004). *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

ROJAS, L. E. (2009). El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán. *Revista Penal* (23), 138-171.

_____. (2011). Perjuicio patrimonial e imputación objetiva. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, 415-434.

_____. (2017). Modelos de regulación de los delitos de falsedad y de los delitos patrimoniales. *Política criminal*, XII (23), 380-408.

SCHLACK, A. (2007). Aplicación de criterios objetivo-individuales en la constatación del perjuicio patrimonial en el delito de estafa. *Ius Publicum* (19), 133-146.

_____. (2008). El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa. *Revista Chilena de Derecho*, XXXV (2), 261-292.

TAPIA, M. (2012). Pérdida de una chance. Su indemnización en la jurisprudencia chilena. *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado* (2), 251-264.

VODANOVIC, A. (1993). *Contrato de transacción*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur.

ZUGALDÍA, J. M. (1988). *Los delitos contra la propiedad y el patrimonio* (Vol. I). Madrid: AKAL.