



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

DELIMITACIÓN DEL INJUSTO TÍPICO DE LOS DELITOS DE
APROPIACIÓN Y DISTRACCIÓN INDEBIDA (ART. 470 N° 1 DEL CP)
CON EL NUEVO DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL
INTRODUCIDO POR LA LEY N° 21.121 DE NOVIEMBRE DE 2018

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

PATRICIO ALEJANDRO CASTILLO JOFRÉ

Profesor guía:

Sr. Germán Ovalle Madrid

Santiago, Chile

2022

Índice

Resumen.....	4
I. Introducción.....	5
II. Descripción de la evolución interpretativa del artículo 470 N°1 del Código Penal.....	8
1. Antecedentes históricos.....	8
2. Planteamientos monistas: un mismo bien jurídico y una norma de sanción que refuerza penalmente una sola norma de comportamiento.....	11
2.1. La apropiación indebida como delito contra la propiedad.....	12
a. Bien jurídico.....	13
b. Objeto de la acción.....	15
c. Tipo (de injusto) objetivo.....	17
d. Imputación subjetiva.....	24
e. Críticas a la exposición expuesta.....	25
2.2. La apropiación indebida como delito contra el patrimonio.....	28
a. Bien jurídico y diferencias con la aproximación anterior.....	28
b. Objeto de la acción.....	31
c. Críticas.....	32
3. Planteamiento dualista: dos bienes jurídicos y una norma de sanción que refuerza dos normas de comportamiento.....	34
3.1. La “doble naturaleza” del delito de apropiación indebida. Doctrina española. Atentado contra la propiedad y el patrimonio.....	34
3.2. La apropiación indebida como delito de apropiación de cosa confiada y la distracción como un delito de desviación o uso indebido de la cosa recibida.....	39
a. Como delito contra la propiedad.....	40
b. Perjuicio.....	43
c. Como delito contra el patrimonio.....	48
3.3. Reconstrucción unificadoramente dualista de ambos tipos penales. La posición del profesor Juan Pablo Mañalich.....	51

a. Presupuestos típicos comunes.....	52
b. Cuestiones específicas de los tipos penales y relaciones sistémicas...54	
3.4. La distracción indebida como un delito de administración desleal o defraudatoria y de insolvencia punible.....	56
III. Introducción del delito de administración desleal en el Código Penal chileno y sus posibles problemas interpretativos en relación con sus fuentes alemana y española.....	63
1. Aspectos generales del tipo de administración desleal en el ordenamiento nacional...63	
2. Doctrina y jurisprudencia alemana y española.....	75
IV. Propuesta de delimitación de los injustos de apropiación y distracción indebidas con el delito de administración desleal.....	88
Bibliografía.....	98

RESUMEN

La presente Memoria de Prueba pretende dar cuenta de la evolución en la interpretación al delito contenido en el artículo 470 número 1 del Código Penal, queriendo agarrarse de la voz distracción para darle eficacia a la persecución de actos que, sin haber manifestación expresa de apropiación, en los términos generales con que se le reconocía ordinariamente, pudieran encasillarse y por ende sancionarse como conductas de administración desleal de patrimonios, ya sea por desviación de los fines del título por el cual se detenta la cosa objeto material del delito, como defraudación de la confianza depositada o como supuesto de insolvencia punible. Posteriormente, y dada la reciente dictación de la ley que pena expresamente conductas de administración desleal, hacer una breve descripción de este nuevo delito y proponer una delimitación de ambos, dado que la dictación de la ley no alteró la redacción de la norma que contiene al delito de apropiación y distracción indebida.

I. Introducción

Es menester de las sociedades organizadas ir revisando y actualizando sus códigos de conducta para alcanzar el bienestar y la armonía dentro de la comunidad. Desde el punto de vista de la construcción estatal, entendida como la relación entre éste y los ciudadanos, es su obligación, mediante los órganos correspondientes que lo conforman, modificar sus normas poniendo énfasis en los ciudadanos que conviven dentro de su área de protección, manteniendo la convivencia jurídica. Así, dada la relevancia que tiene en las políticas públicas (y en los discursos de campaña en épocas de votaciones) temas como la seguridad pública y ciudadana, es que cada cierto tiempo vemos la introducción de nuevos delitos, o más bien, el recrudecimiento de las sanciones para delitos que se vuelven, en complicidad con los medios de comunicación, de mayor relevancia y repercusión social. Sin embargo, cuando se trata de acciones delictuales que parecen no comprometer la integridad física de las víctimas, por no usarse la violencia como modo de comisión, es que cuesta que los legisladores saquen adelante cambios en estos delitos, coloquialmente denominados “de cuello y corbata” -en el contexto anglosajón, conocidos como *white collar*-, donde el énfasis está puesto en la defraudación de dinero y valores patrimoniales, tanto de privados como del erario nacional.

Es innegable que en los últimos años hemos sido testigos del aumento de casos en que se ve afectada la confianza pública, no sólo por el involucramiento de funcionarios públicos que delinquen con abuso de su cargo, sino que por la cuantía y la reiteración en casos que, supuestamente aislados, fueron convirtiéndose en prácticas que parecían ser normales dentro de las instituciones donde acontecían dichas acciones delictuales. Incluso Carabineros de Chile, que contaba con una alta aprobación por parte de la población en las encuestas de confianza y satisfacción que se realizan al respecto¹, se vio gravemente afectado por el fraude que a fecha de hoy asciende a más de 28.000 millones de pesos, con más de trescientos involucrados, lo que provocó un cuestionamiento respecto al verdadero control, por parte de los órganos a cargo de su fiscalización, sobre la gestión y administración de recursos que se tiene sobre dichas instituciones que son autónomas.

¹ De acuerdo con los resultados presentados por el Centro de Estudios Públicos en abril-mayo del año 2017, la institución bajó de un 54% de aprobación en los meses de noviembre y diciembre de 2016, a un 37%. CEP online.

Otro de los sucesos importantes que se puede mencionar es el escándalo que se produjo respecto a las donaciones que hacían instituciones privadas a parlamentarios de todos los sectores políticos, ejerciendo posteriormente influencia sobre los que salían elegidos. A modo de ejemplo, y por su notoria publicidad, se menciona al caso Corpesca, donde el Consejo de Defensa del Estado se querelló contra el senador UDI Jaime Orpis por los delitos de cohecho y malversación de caudales públicos. Entre los testigos clave, se encuentra el ex Senador y Ministro de la primera administración de Sebastián Piñera, Pablo Longueira, quien respecto a los dineros utilizados durante las campañas políticas señaló que "hasta el año 2003 todos esos fondos se obtenían con boletas: las campañas presidenciales, las campañas parlamentarias. Hasta el 2003, íntegramente, eran lo que hoy se llaman las boletas ideológicamente falsas"², y que "todos sabían cómo se financiaba, se pedían los recursos 'a la antigua'."³ Lamentablemente, junto a estos hechos deleznable, miembros de otras instituciones estatales, como el Poder Judicial y el Ministerio Público también han aparecido comprometidos en eventuales actos de corrupción, así es como a comienzos del año pasado, miembros de la Corte de Apelaciones de Rancagua y de la Fiscalía Regional, han estado cuestionados y en el caso de los primeros, apartados de sus funciones por eventuales actos de corrupción.

Es en este clima de desconfianza y descontento social hacia actos de corrupción pública y privada, que se discutió y se logró aprobar un proyecto de ley que modificó el Código Penal y otras leyes penales especiales, que versara sobre la corrupción, tanto en el sector público y en las relaciones entre particulares; abordando otros temas que estaban pendientes, como la tipificación del delito administración desleal de patrimonios ajenos y la ampliación del ámbito de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así es que debido a la dictación de la Ley Nro. 21.121, publicada el 20 de noviembre de 2018, que tipifica, entre otros, el nuevo delito de administración desleal, se hace necesario clarificar la delimitación de la norma de sanción contenida en el número primero del artículo 470 con la prevista en el nuevo número 11 del Código Penal.

La razón principal para llevar adelante esta investigación se basa en que, como lo veremos en el desarrollo de la memoria, la modalidad de distracción, prevista en el art. 470 N°

² 24horas.cl 25-02-2010

³ *Ídem.*

1 CP más allá su significación en la estructura del delito, había sido últimamente objeto de interpretaciones orientadas a abarcar supuestos prototípicos de administración defraudatoria de patrimonio ajeno, pero que la doctrina dominante tradicional se había resistido a admitir por distintas razones.

Estos esfuerzos interpretativos presentes en parte de la doctrina trataban de dar solución a situaciones que revestían el carácter de verdaderas acciones delictuales que, gracias al avance y desarrollo de los mercados financieros y la importancia de la actividad bancaria en la vida económica de las personas naturales y jurídicas, fueron haciéndose reiterativas. Sin embargo, se encontraban con falta de tipicidad casos como del Banco que presta dinero a empresas que pertenecen al mismo grupo controlador de dicho banco, perjudicándolo; o del administrador de una sociedad que tiene poder de disposición sobre una cuenta personal para gastos operacionales que invierte -o malgasta- en adornar su oficina de manera pomposa pero superflua, y finalmente aquel mandatario que se sirve del dinero para un negocio personal, haciéndole perder dinero a su mandante debido a no aprovechar oportunamente a realizar el encargo, que devuelve el dinero pero en definitiva defrauda las razonables expectativas de ganancia mayor. Tres casos de diversa entidad, pero que sin embargo tienen componentes que permitirían subsumir dichas conductas en el tipo penal de administración desleal, de acuerdo a la nueva ley.

La vía metodológica escogida para desarrollar el presente trabajo será la de dar cuenta de las distintas posiciones o planteamientos interpretativos que la doctrina ha adoptado en torno al delito o modalidades delictivas contempladas en el artículo 470 número 1 del Código Penal, pasando desde aquellos autores que han sostenido una interpretación monista -un mismo bien jurídico y una norma de sanción que refuerza una sola norma de comportamiento-, teniendo como punto de partida obligado el fundamental trabajo del profesor Sergio Politoff L., publicado por primera vez en el año 1967-; a la última postura discutida por la doctrina nacional que corresponde a la del profesor Dr. Juan Pablo Mañalich, que propone una reinterpretación del precepto legal, a través de lo que denomina una reconstrucción unificadoramente dualista del mismo.

Tenemos que considerar que, para que se haya dado esta evolución, tuvieron que discutirse aspectos esenciales del tipo penal, entre ellas: cuál es el bien jurídico protegido y si las conductas típicas allí descritas admiten ser entendidas como un atentado contra ese mismo

bien jurídico o si se trata de una sola norma de sanción que admite distintas modalidades de comisión pero que atentan contra distintos bienes jurídicos, entre otras cuestiones relevantes de su estudio.

Finalmente, dedicaremos un capítulo completo para examinar el nuevo delito de administración desleal, su génesis legislativa y los desafíos que plantea delimitar sus contornos con el delito de apropiación/distracción indebida para lo cual se recurrirá en especial a la legislación penal española, en cuyo seno convivieron ambos delitos (aunque el de administración desleal limitado a la esfera societaria) hasta 2015, año en que se volvió a reformar el Código español, ampliando el ámbito de aplicación del delito de administración desleal (se vuelve un delito genérico), conservando indemne la tipificación del delito de apropiación indebida.

II. Descripción de la evolución interpretativa del artículo 470 número 1 del Código Penal

1. Antecedentes históricos:

Para entrar a fondo en el estudio en cuestión, es necesario mencionar la gestación del articulado que será citado durante toda la investigación. Es de lato conocimiento que nuestro Código Penal fue aprobado el 12 de noviembre del año 1874, siendo el tercero después del Código Civil y el Código de Comercio. Aunque consideremos la cantidad de años que tiene, ha sido el primero y único en tener vigencia en el ordenamiento nacional, a pesar de las distintas iniciativas de elaborar uno nuevo, actualizado y ajustado a las nuevas formas de comisión delictual y, por supuesto, a las nuevas corrientes político-criminales de la época contemporánea. Sin embargo, se le han hecho reformas y agregado o derogado delitos, teniendo por ende ajustes que responden a requerimientos de orden público.

Los comisionados que llevaron adelante el encargo de elaborar el nuevo Código para la incipiente nación que se levantaba después de su emancipación de la metrópoli española,

tuvieron principalmente en consideración los Códigos de España y Francia, y en menor medida el de Bélgica. "El Código Penal chileno se encuadra en la gran familia de códigos derivados del francés, ya que tanto su principal modelo, el código español de 1848, como el código belga de 1867, provienen de aquél. Esto es válido sobre todo para el código belga, que constituye prácticamente sólo una versión modernizada del código francés de 1810. [...] El influjo ejercido por el código de Napoleón se explica por haber sido este el primer código que recogió los principios de la Ilustración, especialmente el pensamiento utilitarista."⁴

Teniendo este contexto en términos generales, analizaremos seguidamente el delito de apropiación/distracción indebida. El profesor Politoff señalaba, ya a mediados del siglo pasado, que en la elaboración del precepto legal se utilizó casi calcada la redacción que hacía el Código español; de ahí que se siguiera la tradición hispánica en cuanto a la naturaleza jurídica, al menos en su origen, de que la apropiación indebida se acerca más a la figura de la estafa que a la de "abuso de confianza" a la que recurre la legislación francesa, figura que doctrinalmente hace un mayor hincapié en la defraudación de confianza de quien se erige como el encargado de un negocio de relevancia jurídica.

En el caso del ordenamiento español, Rafael Simons Vallejo señala que la norma se encontraba a medio camino entre el hurto -que no fue considerado por nuestro legislador al descartar el N° 2° del artículo 441⁵, que regulaba una forma especial de negar haber recibido- y la estafa: "significativamente, las dos principales figuras derivadas del *furtum* romano que constituían, respectivamente y según se entendía, el paradigma de la apropiación y el fraude, las dos grandes modalidades de agresión a los intereses patrimoniales ajenos."⁶ Aunque señala que la influencia del derecho francés es de mayor entidad, ya que asegura que debido a la forma similar en que están dispuestas ambas redacciones, se asumiría "una concepción del delito equivalente al "abuso de confianza" regulado por el Derecho penal francés."⁷ En el ámbito nacional, el profesor Politoff señala al respecto que "incluida en un comienzo en la *noción genérica del hurto*, la casuística de apropiación indebida experimenta un primer

⁴ PEÑA (1982), p. 310.

⁵ "Como puede advertirse, los comisionados reprodujeron el N° 1° del artículo 441 del Código español de 1948 (que describía la hipótesis de apropiación indebida), sin más innovaciones que la supresión -muy razonable, por lo demás- de la precitada circunstancia agravante especial y la creación de un nuevo inciso de carácter procesal, el que, como se verá, era de todo punto injustificado." POLITOFF (1992), p. 51.

⁶ SIMONS (2005), p. 151.

⁷ *Ídem*.

desprendimiento por efecto de la distinción entre *hurto propio e impropio*, progresando ulteriormente hacia su plena y definitiva *autonomía*. Sin embargo, estas tres fases de desarrollo deben completarse en el ámbito del derecho español (y por ende, en el nuestro) con una cuarta, que precede a la configuración autónoma, cual es la *asimilación a la idea de estafa* de las hipótesis de apropiación indebida.”⁸

A diferencia de nuestro precepto legal en la materia, el precepto español ha ido sufriendo variaciones a lo largo de su existencia. Entre ellas, las que revisten importancia para nosotros en cuanto hacen un tratamiento diferenciado de la administración fraudulenta, con la reforma del año 1995 que instauró dicho delito como uno de carácter societario (artículo 295, siendo esta vez el artículo 252 el de la apropiación indebida), y finalmente la última reforma del año 2015, en la que se expande la aplicación de la administración desleal, quedando este delito y el de apropiación indebida⁹ en definitiva en los artículos 252 y 253, respectivamente. Sin embargo, en esencia, la redacción del delito de apropiación indebida no varió, por lo mismo es que tienen validez las posturas que serán citadas a lo largo del presente discurso.

Es innegable que nuestra legislación recoge de ambos ordenamientos elementos que permitirán el análisis posterior y las citas pertinentes al Derecho español, con quienes compartimos más que la historia de nuestras instituciones normativas. En fin, el artículo que regula la apropiación indebida, que se aprobó en sus orígenes con la numeración de artículo 459 N°1°, actualmente se encuentra ubicado en el Libro Segundo, Título Noveno sobre los crímenes y simples delitos contra la propiedad, § VIII (y con la última modificación realizada por la Ley N° 21.121), y señala expresamente que:

“Art. 470. Las penas privativas de libertad del art. 467 se aplicarán también:

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

⁸ POLITOFF, *Op. cit.*, p. 17. Cursivas del autor.

⁹ La doctrina española tiende a denominar al delito como apropiación indebida, independiente de si la postura individualizada de quien trate el tema acepte o no la voz distracción como un delito distinto, o como una forma de comisión distinta.

Es importante destacar aquí que el tipo penal contempla dos comportamientos típicos diferenciados: **apropiarse** y **distraer**, cada uno de los cuales puede recaer sobre distintos objetos materiales. En lo que sigue se expondrán los planteamientos de la doctrina española y nacional que han intentado sistematizar el alcance interpretativo de la norma de sanción en estudio.

2. Planteamientos monistas: un mismo bien jurídico y una norma de sanción que refuerza penalmente una sola norma de comportamiento.

La doctrina ha sostenido dos posturas iniciales respecto al bien jurídico protegido con la figura penal en comento: por una parte, la propiedad, y por otra el patrimonio.

Si se pusiera énfasis sólo en la ubicación del artículo 470, se señalaría que es, lisa y llanamente, un delito contra la propiedad ya que el encabezado del Título Noveno así lo indica: “sobre los crímenes y simples delitos contra la propiedad”, pero esto distaría mucho de ser una premisa seria en cuanto a su tratamiento. Cabe recordar que la propia rúbrica que encabeza dicho título, y la diversa cantidad de tipos delictivos que engloba, ha sido sometida a críticas en cuanto a su equívoca manera de establecimiento del bien jurídico protegido, sobre todo si analizáramos uno a uno los delitos agrupados en él. En el ámbito nacional, el profesor Garrido Montt señala que “encontrar una titulación adecuada para este grupo de figuras penales no es fácil y parece ser un problema insoluble, a menos que se haga una readecuación de los tipos que comprende, dada la diversidad de modalidades de protección que consideran y los bienes jurídicos en juego.”¹⁰ Es esclarecedor lo que señala el profesor Zugaldía Espinar respecto a dicha problemática en el ámbito español: “pero de todas formas deben hacerse dos salvedades: que las denominaciones que encabezan los Títulos del Código no son de por sí suficientes en muchos casos para determinar dicho bien jurídico y que ya ha pasado la época en la que los estudios del Derecho aceptaban sin discusión la terminología y sistemáticas usadas por el legislador.”¹¹

¹⁰ GARRIDO (2008), p. 150.

¹¹ ZUGALDÍA (1988), p. 11.

Para algunos autores, más que la propiedad, el bien jurídico protegido en las figuras penales contempladas en dicho título es el patrimonio, por ser este último un concepto-institución más amplio. El profesor Gustavo Labatut nos indica que “el Título IX, Libro II del Código Penal, bajo la denominación de “delitos contra la propiedad”, agrupa un conjunto de infracciones que en realidad atentan contra los derechos patrimoniales de las personas. [...] De ahí que sea conveniente emplear la expresión “delitos contra el patrimonio”, que ya se encuentra incorporada en nuestra legislación penal (art. 1º, N° 7º de la Ley sobre Estados Antisociales y Medidas de Seguridad [hoy derogado]) y que es el que adoptan los códigos más recientes (italiano, uruguayo, suizo, brasileño, etc.)”¹² A su vez, el profesor Alfredo Etcheberry señala: “el legislador penal emplea el término “propiedad” precisamente en ese sentido; protege el dominio y además los otros derechos reales; también los derechos personales o créditos, e incluso formas más alejadas de vinculación con las cosas, como la posesión y la mera tenencia.”¹³ No es menos cierto que cambiar una denominación por otra no trae aparejada necesariamente una solución a la problemática, como bien indica Garrido: “en doctrina hay tendencia a reemplazar la expresión propiedad por patrimonio, y así lo ha hecho el Código español de 1995, pero el mejoramiento es relativo por cuanto si bien es un concepto más expresivo de aquello que es materia de la protección penal, tampoco satisface todas las exigencias. Primeramente, porque no todos los delitos que pueden afectar el patrimonio se encuentran reglados en el Título IX y, de otro lado, el concepto de patrimonio es un instituto discutible en su contenido y alcance. No existe acuerdo sobre si lo amparado es el patrimonio considerado como universalidad o en cuanto a los elementos que lo integran.”¹⁴

Teniendo presente que se predicen dos bienes jurídicos diferentes en el Título IX, examinaremos las posiciones que proponen que el bien jurídico protegido con el delito de apropiación indebida es la propiedad y, luego, el patrimonio.

2.1 La apropiación indebida como delito contra la propiedad.

¹² LABATUT (2000), p. 195.

¹³ ETCHEBERRY (1997), p. 288.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 151.

a. Bien jurídico.

En la literatura española es común la aseveración de que el bien jurídico protegido por este delito es la propiedad invocando la denominación del título en el que se encuentra incardinado o por otras razones, no siempre debidamente fundadas, sobre todo entre los catedráticos de comienzos de la segunda mitad del siglo XX. Por ejemplo, el Dr. José Sáinz-Pardo, al comienzo del estudio de la apropiación indebida señala escuetamente que “jurisprudencia y doctrina coincide en señalar como bien jurídico protegido en el delito de apropiación indebida, la Propiedad.”¹⁵ Se escuda en que, atendidas las consecuencias de dicho instituto, sólo mediante la efectiva vulneración de la libre disposición y goce de los bienes objeto de la propiedad, es que se puede verificar la concurrencia del delito. “El ataque que se lleva a cabo en el 535 [artículo que después se verá desplazado al 253 con las sucesivas modificaciones realizadas al Código español] es la disposición y sólo de manera clara y rotunda afectan por tanto a las facultades que hemos englobado en el concepto de propiedad; y en concreto a disponibilidad, elemento que en las demás relaciones no está incluido.”¹⁶ Las últimas tendencias más eclécticas afirman que se trataría de un delito contra la propiedad, para inmediatamente reconocerle una doble tutela. Así lo hace el profesor Bajo Fernández, para quien “unánimemente la Doctrina cifra el objeto de protección en el derecho de propiedad de los bienes muebles. Sin embargo, pecaríamos de ingenuos si esta unanimidad de criterio quisiéramos entenderla como equivalente a una pacífica situación del problema. El parecido que van a tener muchos supuestos de apropiación indebida con el simple incumplimiento de obligaciones, sobre todo cuando se trata de dinero, complica la cuestión.”¹⁷

En el ámbito nacional, el profesor Miguel Soto propicia la propiedad como único bien jurídico protegido con el delito de apropiación indebida, que engloba tanto los comportamientos de apropiación como de distracción de los bienes que constituyen objeto de la acción. Asimismo, dicho autor sugiere que las conductas punibles deben constituir agresiones graves contra la propiedad ajena y no meros incumplimientos de obligaciones jurídicas. En este sentido señala que “se delimita así, dentro del marco de los “delitos contra los valores patrimoniales”, un segmento (cuyo grado de autonomía no puede ser discutido aquí) caracterizado porque el ataque

¹⁵ SÁINZ-PARDO (1978), p. 67.

¹⁶ *Ibidem*, p. 68.

¹⁷ BAJO *et al.*, (1993), p. 415.

no se dirige, no se desvalora, no se tipifica, por lesionar el “patrimonio” en su totalidad (no son delitos contra el patrimonio), como unidad económica, sino por importar un ataque, una lesión o puesta en peligro de un “específico valor patrimonial”, son “*delitos contra la propiedad*”.”¹⁸

Por su parte, el profesor Hernán Silva, añade la idea de que siendo la protección de la propiedad la importante, no es menos cierto que ampliando el concepto mismo de propiedad, cabría hablar de una protección del patrimonio, así “reiteramos que estamos con la doctrina en cuanto al concepto de propiedad, que es el bien materia de protección, debe considerarse en el sentido amplio que le otorga la Constitución, sin desconocer, eso sí, la validez de los argumentos que indican que lo sería el patrimonio, y dentro de éste los valores económicos que encierra.”¹⁹ Sin embargo, en este caso hay que tener cuidado en cuanto al tratamiento realizado por el autor, ya que vemos ciertamente una inclinación por estudiar la apropiación indebida como una especie de defraudación, que como se constatará más adelante, tiende a ser correlativa a considerar el patrimonio como bien jurídicamente tutelado, más que a la propiedad.

Este vaivén entre propiedad y patrimonio hay que explicarlo, por cuanto tendrá consecuencias respecto a la forma de perpetuar el ataque al bien jurídico y, en el caso particular de la apropiación indebida, los bienes que pueden ser objeto de apropiación y las implicaciones de la inclusión del verbo distraer en la redacción del tipo penal. A grandes rasgos, se contempla que un delito contra la propiedad es aquel que atenta contra la facultad de disponer del dueño del bien objeto de la acción delictual, en otras palabras, ataca las facultades propias del derecho real de dominio y/o propiedad, excluyendo a la víctima -en esta sistematización- de las facultades de disposición (uso y goce incluidos) sobre el bien que se trate. “Por el contrario, los delitos contra el patrimonio se dirigen contra éste en su conjunto y aunque ataquen posiciones jurídicas particulares de la víctima, sólo tiene importancia el hecho que se reduzca el valor global de su patrimonio.”²⁰ De esta manera, al clasificar una acción criminal como atentatoria de la propiedad, en el fondo se aceptará que la lesión se produce desde ya, y como constata Zugaldía, “por el mero hecho de la expropiación de la cosa -siendo indiferente que dicha expropiación recaiga sobre una cosa carente de valor económico o que la expropiación vaya acompañada de una compensación que, todo lo más, servirá para cubrir las responsabilidades civiles surgidas

¹⁸ SOTO (1994), p. 45. Comillas y cursivas del propio autor.

¹⁹ SILVA SILVA (2005), p. 165.

²⁰ ZUGALDÍA, *Op. cit.*, p. 26.

ex delicto.”²¹ En cambio, un delito que ataque el patrimonio, y en especial ejemplo la estafa, tipo penal por antonomasia en este catálogo de delitos, al exigirse la producción de un detrimento o perjuicio patrimonial, se requerirá por consiguiente elaborar, aceptar o corroborar un concepto del patrimonio y, en seguida, el perjuicio típicamente relevante que, valga la redundancia, perjudique dicho patrimonio²².

b. Objeto de la acción.

Es el propio legislador el que señala: “se apropiaren o distrajeren *dinero, efectos* o cualquiera otra *cosa mueble* que hubieren recibido”. O sea, considerado como un delito de apropiación, debe tratarse de una cosa mueble ajena. “Creemos que en la consumación infraccional hay una violación abierta de la confianza que depositó el sujeto, que voluntariamente puso a disposición de ese tercero una cosa mueble sin existir un título traslativo de dominio, sino que de mera tenencia, y que posteriormente se transforma en víctima. En otras palabras, se reciben bienes muebles de cualquier naturaleza, títulos, fondos, valores, dinero, con la condición fundamental, que es inherente al título, de restituirlos, devolverlos o entregarlos.”²³

Respecto a la correcta interpretación de la categoría de bien mueble para el delito en comento, será necesario salir de una interpretación pan civilista del Derecho Penal -que estima que el concepto de bien mueble debe ser analizado respecto a lo que define la ley civil como tal- y permitir que bienes muebles que el legislador considera como inmuebles, por ejemplo, como lo que sucede con los bienes inmuebles por destinación, sí puedan ser objeto material de apropiación en los términos descritos por el tipo penal, permitiendo así que la caracterización realizada por el legislador civil no restrinja la aplicación del delito. En los mismos términos, Sáinz-Pardo señala: “el concepto de cosa mueble en nuestro art. 535 [antes de las últimas

²¹ *Ídem*.

²² El profesor Zugaldía estima que a las mismas conclusiones llega el aclamado catedrático alemán Eberhard Schmidhäuser, reduciendo su pensamiento a que “para el empleo del Derecho Penal se dividen los bienes jurídicos en dos grupos bien diferenciados: propiedad y patrimonio. Los delitos contra la propiedad lesionan el poder amplio del propietario sobre la cosa, también cosas sin valor (v.gr. las piedras recogidas en la playa, las fotografías de los antepasados, las cartas familiares de una herencia, etc.); los delitos contra el patrimonio lesionan la libertad de una persona para actuar económicamente y suponen siempre un valor económico de los objetos en cuestión.” *Op. cit.*, p. 28.

²³ SILVA SILVA, *Op. cit.*, p. 164.

reformas], como asimismo en las disposiciones del Código relativas a los delitos contra la propiedad, tiene por base la efectiva material movilidad o transportabilidad de la cosa misma, cualquiera que sea la situación que la cosa reciba a los fines de la ley civil. Como dice Rodríguez Devesa “aquella cosa que pueda ser movilizada, es decir, separada fácticamente del patrimonio de una persona e incorporada al del agente”.²⁴

Sin embargo, al considerar el objeto jurídico protegido a la propiedad, hay un problema o contradicción respecto de los bienes consumibles y fungibles, sobre todo el dinero. Dado que tanto en Chile como en España el legislador penal señala expresamente el dinero dentro de la relación que hace respecto de las cosas objeto material de apropiación, se producirán inconsistencias en cuanto a las posturas de sus exponentes, dado que en la práctica es más habitual en el tráfico económico que se emplee dinero o títulos representativos del mismo. En una primera aproximación no debería haber problema en considerarlos objeto del delito; así lo señala Sáinz-Pardo refiriéndose a las conclusiones de Quintano: “la cualidad de consumibles o fungibles, no niega “per se” la capacidad de ser idónea a una cosa para ser objeto del delito. Como dice Quintano, refiriéndose al art. 535 del Código Penal español, la mención expresa al dinero y otros efectos, excluye toda duda respecto a la idoneidad de tales bienes para ser objeto de la acción de este delito. Verdaderamente que, en la mayoría de los supuestos, la calidad de fungible hará desaparecer el delito, al hacer desaparecer el título apropiado o idóneo para la entrega de los mismos a los efectos del art. 535; como ocurriría en el comodato. Pero nada obsta para que, aun siendo consumibles y fungibles, por la finalidad de las mismas pueda apreciarse una apropiación indebida, caso de su no devolución o entrega.”²⁵ Respecto del dinero, y sólo para ir adelantando lo que retomaremos en el próximo apartado, la profesora Silva Castaño señala que “la única conclusión a la que podemos llegar es que el dinero, como objeto de los delitos de apropiación, sólo puede ser objeto de la acción si se lo entrega como un bien no fungible, cerrado o sellado. Entregado de esta manera el bien jurídico protegido, en estos casos continúa siendo la propiedad que sobre el mismo mantiene su titular.”²⁶ Hay que considerar que Silva Castaño estudia el delito de apropiación indebida entendiendo que el ataque es estrictamente a la propiedad, no admitiendo otras formas de comisión.

²⁴ *Op. cit.*, p. 81.

²⁵ QUINTANO, citado por SÁINZ-PARDO, *Op. cit.*, p. 83.

²⁶ SILVA CASTAÑO (2005), p. 163.

En la doctrina nacional, el profesor Garrido Montt también considera que a primeras, no debería haber problema, ya que lo que importaría es lo que se conviene entre las partes y el correcto señalamiento de la forma de devolución o entrega de la misma cantidad y calidad de la realizada en su comienzo, “a menos que esa entrega se haya hecho en arcas o depósitos cerrados, lo que normalmente es excepcional. Es diferente, en todo caso, entregar en dominio una cantidad de dinero que entregarla en comisión o depósito. El comisionista recibe dinero que debe restituir a su mandante, ese dinero no se entrega en dominio, tampoco para que disponga de él, a diferencia de cuando se recibe una suma análoga *en mutuo*, oportunidad en que la entrega tiene como objetivo que se haga dueño de ese dinero. [...] Dependiendo del tipo o clase de título que motiva la recepción de la especie, de la obligación de restituir y de la forma de la apropiación - que debe ser ilegítima-, no se divisa inconveniente para que las cosas consumibles y fungibles puedan ser objeto material de este delito; dable es señalar que el dinero es el objeto material de la acción delictiva más frecuente en la apropiación indebida.”²⁷

Podemos notar que en un principio se considera el dinero como objeto de apropiación, sin embargo, al no ahondar en esta cuestión y no fundamentar la razón de aceptarlo, sabiendo que si al traspasar dinero el agente se hace propietario del mismo, quedando obligado sólo a una devolución de la misma cantidad, es que se hace inconsistente esta postura, al menos si no se hacen las prevenciones correspondientes, de las cuales daremos cuenta a los largo de este capítulo, presentando incluso críticas de otros sectores de la doctrina.

c. Tipo (de injusto) objetivo.

Comencemos señalando las características que diferencian al delito en comento con otros dos delitos a los cuales se suele encontrar asociado, el hurto y la estafa. A diferencia de lo que sucede con el delito de hurto, en la apropiación indebida la cosa objeto del delito se encuentra en manos del agente, bajo su cuidado y custodia, pero con el deber expreso de entregarlo o devolverlo. Como se señala en el párrafo anterior, esto sólo es posible si existe un título anterior de mera tenencia sobre el bien. Ya que, como señala Garrido Montt, hay situaciones límites en

²⁷ *Op. cit.*, p. 379. Cursivas y comentario del autor.

que el bien puede estar materialmente en poder del sujeto activo, por ejemplo en el caso de un criado doméstico que se adueña de objetos que se encuentran dentro del lugar donde realiza sus labores, “la diferencia debe encontrarse en el título de la tenencia y las facultades que confiere, pero no en la naturaleza misma de la tenencia. La cosa puede ser entregada a aquel que la reciba simplemente para que la tenga materialmente, sea con el fin de que la observe [...] o para que preste circunstancialmente un determinado servicio [...]; ese título de tenencia legítima no habilita al sujeto para que ejerza respecto de la cosa ningún derecho sobre ella, salvo cumplir una función determinada, pero el objeto sigue bajo la custodia y posesión del dueño, de manera que si esas personas se apropian del bien, cometen delito de hurto y no de apropiación.”²⁸

La asociación que tiene con este delito guarda relación entonces en la voz apropiarse que existe en ambos tipos penales, ya que en el artículo 432 del Código Penal chileno también se encuentra utilizado por el legislador ese término para la descripción del tipo. En el caso del hurto, el bien objeto del delito tiene que ser expresamente ajeno, a diferencia del tipo de apropiación indebida, donde la condición de ajenidad es exigida por la construcción doctrinaria. De ahí que la caracterización que deba hacerse del concepto de apropiación varía, y si bien el ataque al bien jurídico protegido es la propiedad en ambos y que se requiere en el sujeto activo un actuar que desconoce el dominio de la víctima sobre el bien objeto de apropiación, es necesario matizar los conceptos. Como señala Alejandra Olave, “el requisito de ajenidad da luz acerca del sentido de la acción del autor en el hurto: debe tratarse de un desconocimiento del dominio del titular sobre la cosa, desconocimiento que está dado por la expropiación de ésta. Para efectuar dicha expropiación, será necesario que el autor quebrante la custodia ajena establecida sobre la cosa: éste siempre deberá “sacar” al objeto de la custodia ajena. A pesar de que el art. 432 no se refiere a una apropiación mediante sustracción, parte de la doctrina nacional ha reconocido la sustracción como un elemento necesario del hurto, toda vez que el Código Penal reconoce casos de apropiación sin sustracción, como el hurto de hallazgo, tipificado en el art. 448.”²⁹ En la apropiación indebida no habría bien que sustraer ni custodia que quebrantar, el sujeto activo tiene, por un título anterior, la custodia del bien.

²⁸ *Op. cit.*, p. 374.

²⁹ OLAVE ALBERTINI (2018), p. 178-179.

A su vez, la diferencia fundamental con el delito de estafa, aparte de que ésta última puede recaer también sobre bienes inmuebles y que el deber jurídico protegido es el patrimonio y todas sus consideraciones conceptuales y consecuencias jurídicas; el acto de disposición realizado por la víctima se encuentra viciado por el error que, mediante artimañas, logra el agente para la disposición o desprendimiento de los bienes. Se podría decir también, pero enfocado en la parte subjetiva del tipo, que en la apropiación indebida “la voluntad de apropiación surge con posterioridad [al acto que puede ser perfectamente válido y legítimo], en tanto que en la estafa la entrega es siempre consecuencia de un *engaño previo* que induce a la víctima a realizarla.”³⁰

La propia redacción del artículo 470 Nro. 1 castiga a quienes “se apropiaren o distrajeren”. El verbo rector, para esta corriente de pensamiento, es el de apropiación, y la distracción no sería más que una forma de apropiación. En el ámbito español, y antes de la última reforma realizada al Código Penal, se optó por eliminar la expresión distraer del tipo, pues, según Silva Castaño, “no existe acuerdo doctrinal en sostener si debe o no apreciarse una diferenciación entre las conductas de “apropiación”, “distracción” y “negar haber recibido”. La mayoría de los autores opinan que la palabra *apropiarse* incluye la distracción y el negar haber recibido, ya que la apropiación supone disponer de la cosa ajena como si fuera propia, al igual que la distracción, y el negarse a reconocer la recepción, que suponen una manifestación de apropiación.”³¹ Silva Castaño, sin embargo, tiene la opinión que la palabra distracción no es ni semejante en entidad a apropiación, ni es una apropiación (temporal) con ánimo de restitución posterior y, en extremo, señala que definitivamente la voz distracción debe ser eliminada³² del estudio de la apropiación indebida por ser incongruente por el ataque al bien jurídico protegido, la propiedad. “La conducta consistente en la distracción debe configurar un tipo penal independiente que, junto con el dinero, entregado de acuerdo a las exigencias de su propia naturaleza, esto es, como bien fungible, configure un delito contra el patrimonio caracterizado por la causación de un perjuicio económico derivado de una administración desleal del mismo.”³³

³⁰ GARRIDO, *Op. cit.*, p. 374. Cursiva del autor.

³¹ *Op. cit.*, p. 165.

³² Obviamente con la última reforma el legislador terminó optando por la alternativa de eliminar la palabra distracción de la descripción del tipo de apropiación indebida.

³³ *Op. cit.*, p. 169.

En términos sencillos, podríamos decir escuetamente que “el comportamiento típico en el delito de apropiación indebida consiste en disponer de la cosa como propia de modo que implique incumplimiento definitivo de las obligaciones de entregar o devolver.”³⁴ Sin embargo, para llegar a su entendimiento tendremos que desmenuzar algunos elementos constitutivos de dicha aseveración.

La apropiación en este caso se entendería en dos sentidos: primero, la actitud propia del agente que con sus acciones se pone en la posición del dueño de la cosa, con ánimo *rem sibi habendi*, integrante del tipo subjetivo, y con la materialización externa de dicho ánimo, en actos de magnitud tal que traen aparejada la consecuencia de la expropiación del titular (víctima) de la cosa. “La tipicidad objetiva del delito de apropiación indebida se caracteriza por la apropiación, considerada como la manifestación externa y objetivamente perceptible del ánimo de apropiación definitiva y por la no existencia de un quebrantamiento de la posesión³⁵ de la cosa, [...], ya que el sujeto activo tiene la cosa en su poder en el momento de cometer el delito.”³⁶ En palabras prácticas, actos materiales que importen conducirse como verdadero dueño de la cosa, como lo son actos de enajenación, consumo, ocultamiento, negarse a entregar, retener, importan apropiación, siempre que concurra obviamente el ánimo apropiatorio.

Bajo Fernández es de la opinión de que los verbos apropiar y distraer no tendrían diferencias fundamentales. Así, para los que consideran que apropiarse, distraer y negar haber recibido a pesar de ser términos vulgarmente diferentes, todos ellos son términos reconducibles, se dirigen a satisfacer el tipo en cuanto a la disposición de la cosa como propia. “El acto de

³⁴ BAJO *et al.*, *Op. cit.*, p. 418.

³⁵ Hay que señalar que, a diferencia de lo que sucede en nuestro ordenamiento nacional, la forma de expresar la manera en que se relaciona el bien con el título bajo el cual se tiene, se diferencia fundamentalmente por la manera en que se entiende en Chile la posesión versus la mera tenencia. Señala Politoff que “los prestigiosos juristas extranjeros que indican la posesión como presupuesto del tipo de apropiación indebida, no han incurrido en error alguno. Se trata, tan sólo, de la existencia de dos corrientes doctrinales sobre el significado de la posesión.

Nuestro Código Civil se inspiró en esta materia en la “teoría subjetiva” de Savigny, conocida también como “teoría clásica” de la posesión, según la cual juega el papel decisivo el *animus* o elemento intelectual. Dentro del sistema chileno, en consecuencia, la *mera tenencia* constituye una situación jurídica ajena al ámbito de la posesión, ya que, si en ambas ideas está supuesto el *corpus*, aquélla no va acompañada del *animus rem sibi habendi*. La tenencia importa “el último peldaño de la escala”, del que se parte para llegar a la posesión.

La llamada “teoría objetiva” de Ihering sostiene, todo lo contrario, que no hay más voluntad que la resultante del hecho de *tener* la cosa, de modo que el *corpus* lleva implícito el *animus*. De aquí se concluye que toda detentación es posesión”, p. 127. *Cursivas del autor.*

Así entonces encontraremos que al hablar la doctrina extranjera sobre la posesión en materia de apropiación indebida, debe ser leída como mera tenencia para equipararla a nuestro raciocinio jurídico.

³⁶ SILVA CASTAÑO, *Op. cit.*, p. 166.

disposición de la cosa en la apropiación indebida debe ser de tal modo que implique **incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver**. De este modo se excluyen del delito de apropiación indebida los llamados, en terminología inadecuada del Tribunal Supremo, **usos ilícitos no dominicales** [...] o la **apropiación indebida de uso** [...]. La diferencia no puede radicar en la distinción entre usos dominicales y usos no dominicales, sino en si el uso realizado es compatible con la obligación de entregar o devolver o no es compatible.”³⁷ Así, dado que el bien jurídico protegido es la propiedad, será el apoderamiento del bien mueble, objeto material del delito, el que en definitiva hará posible que se cumpla el tipo de apropiación indebida, por cuanto llega la fecha de devolución, será imposible.

Una consecuencia de la posición anterior es que se entenderían como atípicas las acciones del agente que se basan en usar el bien de manera distinta a la estrictamente señalada en el título de la detentación. Zugaldía al respecto señala que “la inversión del título de poseer (el sujeto pasa a poseer -posesión civil- a título de dueño) ha de plasmarse en actos concluyentes reconducibles necesariamente a la idea de apropiación: los mismos pueden consistir tanto en la ocultación de la cosa (negar haberla recibido), en su apropiación (disponer de la cosa para sí) o en su distracción (disponer de la cosa de forma distinta a como se debía dándole una inversión no autorizada -lo que presenta a la distracción como una auténtica modalidad de apropiación y no como un mero uso distinto al pactado).”³⁸ Situación paradójica porque si bien se argumenta que un simple uso no atenta contra la propiedad, el uso en sí mismo -sobre todo si ha sido prohibido en el título de la entrega- es una facultad del propietario, por ende el agente estaría actuando como propietario del bien. Parece ser que establecer que son atípicas estas conductas se estaría poniendo énfasis en la expropiación final del bien, más que en el ánimo y la conducta dispositiva del agente.

Téngase presente que este planteamiento priva de relevancia típica a la voz distraer, al ser considerada como comprendida dentro de la expresión apropiarse. En ese sentido, en el ámbito nacional, Soto agrega que la acción del agente debe desconocer absolutamente el cumplimiento de la obligación de entregar o devolver. “En efecto, el “uso indebido”, el “uso abusivo”, el “mal uso” penalmente relevante, que está siempre prohibido, “penalmente

³⁷ *Op. cit.*, p. 418. Negrita del autor.

³⁸ *Op. cit.*, p. 83.

prohibido”, el “uso no autorizado típico”, es aquel que importa infringir o desconocer, (imposibilitando su cumplimiento) de la obligación de “entregar” o “devolver”, en los mismos términos que en la “apropiación” con la que se identifica.”³⁹ Como vemos, al poner relevancia en la apropiación final, entendida como aquella que limita y priva definitivamente al titular del poder fáctico de disposición sobre la cosa, es que la distracción queda subsumida en la apropiación. En el mismo sentido se ha manifestado la Corte Suprema, que en el proceso sobre el desafuero del Senador Pedro Opazo Cousiño, razonó que “se apropia de una cosa el sujeto que la incorpora a su patrimonio, privando de ella al dueño sin ánimo de restituirla. Se la distrae, cuando se le da un destino incompatible con el título en virtud del cual se tiene su posesión material. Aun cuando ambos conceptos son distintos, sin embargo, es de notar que el rasgo dominante de este delito lo constituye la apropiación. En efecto, el bien jurídico que la ley protege es el dominio, de modo que la distracción, para que adquiriera relevancia jurídica, debe ir acompañada de actos que, en definitiva, puedan importar apropiación. Ocurre, a veces, que la apropiación se manifiesta de una manera inequívoca, como, por ejemplo, cuando se distrae la cosa, vendiéndola o permutándola, pero no siempre sucede lo mismo. Así, en el caso de uso o aprovechamiento es indispensable considerar el propósito; porque no toda forma de aprovechamiento apareja necesariamente apropiación, y quien se sirve transitoriamente de la cosa, a lo más podría responder de los daños o los perjuicios, pero sin que de ello emanen consecuencias penales.”⁴⁰

Respecto al título en virtud del cual se detenta la cosa, se distinguirá si son títulos de mera tenencia o títulos que signifiquen la tradición de la cosa. En especial consideración, tendrá la naturaleza de fungible o no de la cosa objeto de la acción. En este caso, hay un bien mueble ajeno -que se tiene en poder del agente por un título de mera tenencia- que se tiene por recaer sobre él un título idóneo, con la obligación de entregar o devolver que, acaecida o terminada la gestión para la cual se crea el acto jurídico de donde emana, valga la redundancia, se confirma por último la devolución o entrega a su titular originario. Tanto el legislador nacional como el español utiliza una cláusula que en técnica jurídica se denomina de *numerus apertus*, ya que si bien enumera expresamente títulos por los cuales se puede tener el bien, permite que se agreguen otros que cuenten, dentro de sus obligaciones, la de entregar o devolver. Dice así: “hubieren

³⁹ *Op. cit.*, p. 55.

⁴⁰ Gaceta de los Tribunales, Santiago, Chile, año 1951, 2º semestre, p. 423-430.

recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca *obligación* de entregarla o devolverla”.

No vamos a ahondar en cada título en particular, porque ya se han escrito⁴¹ importantes y contundentes trabajos sobre ellos, pero podemos señalar al respecto que la doctrina es conteste en señalar que este título, aparte de no transferir la propiedad del bien, debe ser lícito⁴², suficiente, de identidad correlativa entre la tenencia y la obligación de restituir, y que debe recaer sobre cosas muebles acordes al objeto material del delito. Podríamos detenernos, sin embargo, en dos títulos que han sido separados de aquellos considerados idóneos para que se presente la apropiación indebida: el préstamo o mutuo y el depósito irregular. Si recae sobre el dinero, bien fungible por excelencia, el título por el cual se entrega termina siendo un título traslativo de dominio, por ende, el sujeto activo se convertiría en propietario de dicha suma, o sea, no podría apropiarse de algo que ya le pertenece. ¿Pero qué sucede con otros títulos que recaen sobre dinero o bienes fungibles? Este punto no logra satisfacerse por la manera de entendimiento que tiene la posición actual, delito contra la propiedad, que no acepta que los títulos por el cual se deba la devolución recaigan sobre bienes fungibles o el dinero, éste último es mencionado como cosa posible de ser apropiado, pero de una manera insatisfactoria.

En el ámbito nacional, el profesor Garrido Montt señala que el título debe ser el creador de la obligación de restituir la especie que se entrega, no se puede desprender de la entrega originaria misma; en otras palabras, sólo aquel que contrae la obligación de restituir puede ser autor del delito de apropiación. Respecto a la traslación del dominio por la entrega, señala que “el agente debe recibir la cosa como mero tenedor, un título traslativo de dominio no puede dar origen a una apropiación indebida. [...] Los títulos pueden ser distintos y de cualquiera clase, como un comodato, un usufructo, la agencia oficiosa, y muchos otros, de suerte que para determinar si ha habido apropiación indebida han de examinarse la naturaleza y circunstancias

⁴¹ El trabajo de los profesores Politoff (“La apropiación indebida...”, p. 155 y ss.) en Chile y Sáinz-Pardo en España (“Apropiación indebida”, p. 94 y ss.) son ejemplos de ello.

⁴² Excepto para Bajo Fernández, para quien no habría inconveniente en establecer una vinculación ilegítima anterior. “Salvo la aparente voluntad legal derivada de la redacción del artículo 535, no existe ningún argumento sustancial que obligue a exigir la licitud de la relación entre el autor y el objeto. [...] La apropiación indebida *está presuponiendo la licitud penal* de la relación entre el autor y el objeto, si bien *es indiferente la licitud civil* de la misma.” *Op. cit.*, p. 425. *Cursiva del autor.*

de este, porque como sucede con el mutuo de dinero, siempre la cantidad entregada se hace a título de dominio, pero con obligación de restituir otro tanto.”⁴³

Dado que el título de donde emana la obligación es un título fiduciario, que recae sobre cosa que se “hubiere recibido”, estaríamos frente a un delito especial propio, que no debería, por ende, comunicar a los partícipes que no se encuentren obligados originariamente a la restitución del bien. La misma opinión tiene Soto, quien señala que “con independencia de su dominio o control del hecho típico, sólo el titular, el obligado por el “especial deber extrapenal de entregar o devolver”, está en posición de lesionar el bien jurídico protegido por el tipo. [...]”⁴⁴ En consecuencia, es necesario este presupuesto, de existir un título y detentación fiduciarios. La cual debe ser considerada de acuerdo con el artículo 714 del Código Civil chileno, como aquella tenencia que reconoce el dominio ajeno, sobre una cosa mueble singular⁴⁵, con obligación de entregarla o devolverla, correlativamente, con obligación de conservación de dicha cosa.

Como puede apreciarse, la posición que identifica la propiedad como bien jurídico protegido por el delito contemplado en el art. 470 N° 1 CP no puede resolver satisfactoriamente la situación de los bienes fungibles como objeto de la acción de apropiarse (entendiendo dentro de ella la distracción), pues al excluir los títulos que implican tradición de la cosa no se hacen cargo de que el tipo penal expresamente contempla el dinero y títulos que admiten la disposición de la cosa, como la administración.

d. Imputación subjetiva.

No hay problemas en la doctrina en cuanto a señalar que se requiere de dolo, aun el eventual, para llevar a cabo el delito de apropiación indebida. Ya lo hemos tratado anteriormente, pero en su parte material, o en otras palabras, en la materialización de lo querido por el agente. Se requiere de un “ánimo de apropiación”, que no es otra cosa que manejarse, respecto del bien, con ánimo de señor y dueño, invirtiendo así la mera tenencia lícita, en una

⁴³ *Op. cit.*, p. 376 y 377. Cursivas del autor.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 75. Comillas del autor.

⁴⁵ En palabras del profesor Soto, “la exigencia contenida en el tipo de que exista una “identidad” (sustancial, esencial, material) entre la “cosa” que se “ha recibido”, la “cosa” que se tiene la obligación de “entregar” o “devolver” y la “cosa” que es objeto material de la “apropiación”. *Op. cit.*, p. 42. Comillas del autor.

posesión ilícita. Dicho ánimo, también conocido como *animus rem sibi habendi*, debe ser concretado en hechos materiales que importen apropiación. “No basta entonces con que el autor conozca y quiera la acción que realiza y el que dicha acción lo coloca en la imposibilidad de “entregar” o “devolver”, (que objetiva y subjetivamente, explica, justifica y define su previa tenencia o posesión), es necesario además que el autor actúe animado por el propósito de ejercer el contenido del derecho de dominio sobre la cosa, cuando menos y en todo caso en lo relativo a los derechos correlativos a su obligación de entregar o devolver. [...] Vale decir, para la afirmación de la tipicidad de la conducta, en su aspecto subjetivo, se requiere la presencia de un elemento subjetivo del tipo: “el ánimo de apropiación”.⁴⁶

A diferencia de lo que sucede en el ordenamiento español, en el sistema nacional no se requiere del ánimo de lucro en el agente, basta con el ánimo apropiatorio. Sin embargo, el profesor Politoff señala que en “el “*animus rem sibi habendi*”, el propósito de tener la cosa para sí, de comportarse como dueño, importa el propósito de obtener el *provecho* que resulta de tener la cosa para sí y de comportarse como dueño.”⁴⁷

e. Críticas a la posición expuesta

Las críticas y reflexiones que se suscitan por entender el delito de apropiación indebida de la manera en que la hemos ido mostrando, son reconocidas incluso por los mismos que la defienden, y se refieren principalmente con el problema ya apuntado que se plantea cuando el objeto de la acción recae sobre bienes fungibles, pues en tal caso la entrega de la cosa se hace en propiedad y, por consiguiente, el receptor podría disponer libremente de ella, estando obligado únicamente por el derecho de crédito que convierte al tradente en acreedor. Señala Bajo Fernández: “A mi juicio, frente al problema que plantea la inclusión del dinero en el artículo 535 sólo caben **dos posturas**. La **primera**, sería la de entender que el dinero sólo constituye objeto de apropiación indebida cuando haya sido recibido como cosa específica y determinada (el dinero metido en una caja, billetes numerados, el dinero que se encuentra en el

⁴⁶ SOTO, *Op. cit.*, p. 58 y 59. Comillas por el autor.

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 244. Comillas y cursivas por el autor.

domicilio del difunto, etc.). Según esta primera postura siempre que el dinero sea entregado en su condición de cosa genérica adquiriendo el cedente un simple derecho de crédito, sin *actio reivindicatoria* el comportamiento posterior de disposición o apropiación por parte de quien lo recibe constituiría un simple ilícito civil. **Una segunda postura** sería aquella que entendiera que la apropiación del dinero que se tiene obligación de entregar o devolver, constituye siempre delito de apropiación indebida por imperativo del artículo 535, siempre que sea un título válido de los que se recogen en el precepto. Conforme a esto tendríamos que concluir que el bien jurídico protegido en el delito de apropiación indebida no lo es el derecho de propiedad sino el derecho de crédito, entendido en su sentido más estricto de derecho al cumplimiento de las obligaciones, con lo que la apropiación indebida incluiría supuestos de prisión por deudas.”⁴⁸ Así es como, partiendo desde estas mismas observaciones, una interpretación diferente del texto legal español es señalado por Manjón-Cabeza, el que será tratado posteriormente. Podemos adelantar que para ella no habría problema en hacer esta separación de bienes jurídicos protegidos, para permitir una aplicación más correcta de los preceptos legales. Cabe señalar que en artículos más recientes, una vez que en el ordenamiento español se incorpora el delito de administración desleal societaria (en la reforma del año 1995), Bajo Fernández señala escuetamente que el delito de apropiación indebida acepta esta doble caracterización del bien jurídico protegido⁴⁹, misma postura compartida por Antonio Bascuñán Rodríguez en el ámbito nacional.

Siguiendo con la crítica, y como apuntaba Bajo Fernández respecto a la primera postura, de entender sólo el dinero cuando sea entregado, por ejemplo, en arca cerrada, permite que haya consistencia en los argumentos de la postura, sin embargo, en términos prácticos la hace vulnerable. No sólo porque es común que en los hechos de carácter delictual que pueden caer en el tipo de apropiación indebida es el dinero el objeto material sobre las cuales se manifiestan los actos dominicales de apropiación; también porque el legislador, de manera expresa, no ha puesto restricciones respecto al señalamiento del dinero dentro del artículo que lo regula ni en el ordenamiento español ni en el nuestro. Es la misma apreciación que encontramos en la postura del profesor Mañalich, quien señala que: “Para sustentar esta tesis, Soto se ve forzado a

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 428. Negritas y cursivas del autor.

⁴⁹ “Conviene la doctrina en que son distintos los bienes jurídicos, siendo la propiedad (o el derecho de crédito para el caso del dinero) el objeto de protección en la apropiación indebida, frente al patrimonio en el delito de administración desleal.” BAJO (2001), p. 130.

favorecer una interpretación del art. 470 N° 1 bajo la cual, en cuanto objeto del comportamiento punible, el “dinero” solo podría consistir en dinero que el potencial autor ha recibido como especie o cuerpo cierto, precisamente porque solo en tal caso quien recibe el dinero no se hace dueño del mismo, de manera tal que el dinero en cuestión pueda ser objeto de una apropiación antijurídica por parte de quien lo ha recibido. [...] Sin embargo, tanto la posición sistemática de la misma disposición, al interior del Título IX del Libro II del CP, como la circunstancia de que la tipificación en ella plasmada incorpore una exigencia de perjuicio para otro, y sobre todo que la referencia regulativa al dinero no sugiera en modo alguno una restricción al dinero recibido como cosa específica, hablan decisivamente en contra de la viabilidad de semejante propuesta interpretativa.”⁵⁰ En la misma línea, Silva Castaño⁵¹ al pronunciarse sobre el dinero señalaba que definitivamente habría un comportamiento delictivo distinto a la apropiación indebida.

Otra crítica, pero de un sector minoritario de la doctrina, viene en señalar que la voz distracción no debería ser reconducible al momento de una expropiación definitiva, lo que significa que el contenido de la palabra distracción es distinto y no es apropiación en sentido estricto, como lo señalaba por ejemplo Bajo Fernández. Si se va a aceptar -como señala también Manjón-Cabeza- que los bienes muebles entregados bajo obligación de devolver o restituir, son entregados bajo un estricto cuidado y pensando en una finalidad⁵², la disposición que se haga de ellos debería ser suficiente para verse consumado el delito, dado que no pueden utilizarse dichos dineros, por mucho que se traten de un bien fungible y que se transfiera la propiedad del mismo. Señala De La Mata Barranco que: “es indiferente que el sujeto activo se quede definitivamente con el objeto material en cuestión, o bien lo devuelva o lo destruya. Lo único que se requiere para afirmar la apropiación es que durante el tiempo que dure la utilización del bien tomado, su comportamiento sea el de un pseudo-propietario, que, como tal, no reconoce la propiedad ajena.”⁵³

⁵⁰ MAÑALICH (2018), p. 162.

⁵¹ *Op. cit.*, p. 163.

⁵² Por ejemplo, en la comisión comercial, entendiendo que lo que importa no es si el título es traslativo o no de la propiedad, sino que poniendo énfasis en la disponibilidad del agente sobre dichos bienes fungibles, sobre todo el dinero.

⁵³ Citado a pie de página por SIMONS, *Op. cit.*, p. 155.

2.2 La apropiación indebida como delito contra el patrimonio.

La postura que analizaremos a continuación vendría siendo el extremo intelectual opuesto a lo que hemos estudiado. Encontraremos que en esta posición, no sólo se diferencia el bien jurídico protegido del delito de apropiación indebida misma, cambiando la protección de la propiedad por el patrimonio; también en términos generales tienen su repercusión en cuanto al entendimiento en un nivel macro de los delitos que afectan valores y efectos patrimoniales, como lo vimos respecto a los títulos que cubren los delitos -el Título XIII en el ámbito español, el Título IX en el ordenamiento jurídico nacional-, si es que deben entenderse como delitos que atentan la propiedad o el patrimonio. Así, autores españoles como Alfonso Serrano Gómez y Alfonso Serrano Maíllo señalan muy sucintamente que “el *bien jurídico* protegido es el patrimonio del perjudicado por el delito”⁵⁴ de apropiación indebida, dado que “se ocupa el Título XIII del Lib. II del C.p. de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico.”⁵⁵ En otras palabras, su construcción como delito patrimonial va más allá del entendimiento del tipo delictual de la apropiación indebida estudiado individualmente.

a. Bien jurídico y diferencias con la aproximación anterior.

Antes de comenzar con su propia posición de doble naturaleza, el profesor Antonio Bascuñán Rodríguez señala respecto a las posturas que entienden sólo al patrimonio como bien jurídico protegido por la norma, que “conforme a esta nueva perspectiva, el delito de apropiación indebida es un delito de defraudación, es decir, es un delito de irrogación de daño patrimonial por incumplimiento de obligaciones. El bien jurídico protegido no es la propiedad de la cosa recibida, sino el derecho personal o de crédito a la restitución, ya sea de la cosa singular o bien del *tantundem*. Conforme a esta teoría, la ubicación sistemática de este delito en el Código Penal es precisamente la que le corresponde desde un punto de vista dogmático.”⁵⁶ En el mismo

⁵⁴ SERRANO Y SERRANO (2006), p. 432. Cursiva de los autores.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 345.

⁵⁶ BASCUÑÁN (2011), p. 5.

sentido, poniendo énfasis en la relación existente entre el derecho de disposición del sujeto pasivo versus la obligación que recae sobre el agente de devolver o restituir la cosa, señala el profesor Juan Bustos que “el bien jurídico protegido es el patrimonio, pero es necesario matizar esta protección, para determinar dentro del bien jurídico patrimonio, que es un bien jurídico complejo, qué es lo relevante. Lo que aparece especialmente protegido es la propiedad sobre una cosa y en relación a ésta la capacidad de disposición que tiene el propietario y que implica que tenga un derecho a su restitución y como contrapartida que implica ‘al otro’ la obligación de restituir la cosa. Esta situación fáctica entre dos sujetos, relación de restitución y devolución, protegida jurídicamente en virtud del derecho de propiedad y que indudablemente tienen una relevancia económica, es lo que se pone de relieve en el delito de apropiación indebida.”⁵⁷

Es interesante que se haga dicha relación, porque al hablar de patrimonio, debemos tener presente que hay al menos cuatro formas de concebirlo y, de acuerdo con dicha concepción, es que estableceremos por consiguiente el perjuicio patrimonial. Cuando hablamos de patrimonio, partimos de un concepto propio del ámbito civil, consistente en el conjunto de derechos y obligaciones de una persona valubles en dinero. Sin embargo, cuando se hace estudio de dicha institución en el ámbito penal nos encontramos con cuatro teorías conceptuales, las que se estudian sobre todo respecto al delito de estafa, a saber⁵⁸: un concepto jurídico⁵⁹, que entiende el patrimonio como conjunto de derechos subjetivos patrimoniales de una persona; un concepto económico, referido al conjunto de bienes de valor económico de una persona; uno mixto o jurídico-económico, que abarca el conjunto de bienes de valor económico con apariencia jurídica (defendido por la doctrina dominante y la jurisprudencia española); y un concepto personal, en el que el patrimonio consiste en un conjunto de bienes que constituyen una unidad ‘personalmente estructurada’ al servicio del titular. Entonces de acuerdo con la posición de patrimonio que se adopte, tendrá que verificarse el perjuicio típicamente relevante, lo que lamentablemente no se materializa en los estudios abocados a la apropiación indebida

En la doctrina nacional, tenemos a dos figuras que representan la postura del derecho a devolución o restitución de manera marcada, dada la relevancia que le dan al perjuicio exigido

⁵⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Citado por SILVA SILVA, *Op. cit.*, p. 175.

⁵⁸ PASTOR (2009), p. 213 y 214.

⁵⁹ Para Binding, que propusiera esta aproximación, la teoría jurídica sostiene una concepción del patrimonio que se traduce en la suma de todos los derechos y obligaciones patrimoniales de un sujeto de derecho.

por el tipo. Comencemos por el profesor Labatut, que ya a mediados del siglo pasado señalaba que: “El bien jurídico lesionado por la apropiación indebida es el derecho personal de la víctima a la restitución o al uso determinado de la cosa, obligaciones que pesan sobre el hechor y que éste quebrantó, violando así la confianza depositada en él.”⁶⁰ Por su parte, el profesor Politoff establecía que “el bien jurídico quebrantado por el delito de apropiación indebida (objeto jurídico específico) está constituido por el derecho subjetivo personal a la restitución o al uso determinado (derecho a que se entregue), correlativo de la obligación del agente de restituir o entregar.”⁶¹ Éste último llega a dicha conclusión debido primero al sentido literal de la expresión “obligación de entregarla o devolverla” establecido por el texto de la norma, y porque se dan casos en que no es necesariamente el derecho de propiedad el afectado, por ejemplo, si fuese un titular del derecho real de usufructo el que deja la cosa confiada.

Es necesaria una pequeña explicación respecto a la postura de Politoff. En su clásico trabajo sobre la apropiación indebida, muy difundido entre la doctrina y sectores de la jurisprudencia, el académico parte señalando que el objeto jurídico genérico que protege este delito es la propiedad, sin embargo son sus consideraciones posteriores las que nos hacen llegar y catalogar, al menos para que tenga cabida en el presente trabajo, su razonamiento como si fuese un delito patrimonial. Entre las acotaciones que apuntan a esta postura están, por ejemplo, cuando quiere diferenciar el objeto material del objeto jurídico -en su sistema, “específico” objeto jurídico-, donde señala que “en la figura que nos preocupa, el objeto jurídico es un derecho subjetivo patrimonial, particularmente el derecho a la restitución o al uso determinado de la cosa.”⁶² No está planteado en relación a la víctima como propietaria del derecho de dominio de la cosa que se debe devolver o restituir, sino más bien sobre el derecho subjetivo, o un derecho personal de crédito, por la obligación de devolver o restituir, que recae sobre el agente. Refiriéndose a lo que busca la norma penalizar, admite que “algunos autores han sostenido que lo que la ley castiga por medio de la incriminación del delito en examen es el atentado contra “el derecho del *propietario de la cosa confiada*”, criterio inadmisibles, si bien frecuentemente (y aun en la mayoría de los casos) será el propietario el ofendido por el delito.”⁶³ También encaminada en esta línea es la concurrencia del perjuicio final que requiere Politoff

⁶⁰ LABATUT, *Op. cit.*, p. 234.

⁶¹ *Op. cit.*, p. 67.

⁶² *Op. cit.*, p. 74.

⁶³ *Op. cit.*, p. 64. Cursiva del autor.

para que se encuentre consumado el delito de apropiación indebida. Así lo señalaba en el párrafo final del libro, a propósito del valor que debería darse al vocablo distraer de la descripción legal del tipo: “En efecto, el mero detentador que distrae fondos u otros objetos y en definitiva no restituye comete el delito en examen, mas no así el que, habiéndose apropiado de esas cosas con ánimo de no devolver, devuelve, no obstante, en el tiempo debido, en razón de que, mientras la descripción legal abarca igualmente la distracción y la apropiación en sentido estricto, la ausencia o presencia objetiva del perjuicio patrimonial condiciona la punibilidad del hecho.”⁶⁴

En la actualidad los profesores Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez⁶⁵ defienden esta postura, la que también ha encontrado asidero en la jurisprudencia: “El derecho subjetivo personal a la restitución o al uso determinado, correlativos a la obligación del agente de restituir o entregar, es el bien jurídico protegido en el delito de apropiación indebida; y la causa o fuente jurídica de esta obligación de devolver o de usar en la forma determinada, es o debe ser alguno de los títulos de mera tenencia descritos en el artículo 470 N° 1° del Código Penal [...]”⁶⁶ Ellos arriban a esta aseveración porque ven en la apropiación indebida una verdadera defraudación, incluso en su clasificación de delitos la ubican en el grupo de delitos de enriquecimiento por defraudación, apartados de los delitos de enriquecimiento por apoderamiento o apropiación⁶⁷. Como defraudación, exigen la irrogación de perjuicio en el patrimonio de la víctima, por ejemplo, al finalizar un mandato de administración, donde “la apropiación indebida se configurará cuando al término de una administración de tal universalidad ésta resulte perjudicial para el mandante, en el sentido de sufrir una pérdida efectiva de todo o parte del patrimonio como un conjunto de derechos y obligaciones avaluables en dinero y ese perjuicio provenga de apropiaciones o distracciones del administrador.”⁶⁸

b. Objeto de la acción.

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 271.

⁶⁵ MATUS y RAMÍREZ (2015), p. 217.

⁶⁶ R.D.J., tomo LXXVII, año 1980, Segunda Parte, sec. IV, p. 219). Citada por SILVA, *Op. cit.*, p. 360.

⁶⁷ *Op. cit.*, p. 8.

⁶⁸ *Op. cit.*, p. 217.

En general se admite que el objeto material de la acción sea el mismo: dinero y bienes muebles, sin embargo, considerando el cambio admitido por la admisión del diverso bien jurídico protegido, es que a diferencia de los que sucedía en la postura anterior, los bienes fungibles, y en especial el dinero, no tendrían problemas de ser objetos materiales del delito, ya que poniendo énfasis en este derecho subjetivo a la restitución, no se contradice en cuanto a que en las obligaciones en que medie dinero, que sea o no un título traslativo de dominio sería irrelevante, ya que cometería el delito el agente que se niegue, llegado el momento, de devolver o restituir, “como sucede particularmente con la entrega de dinero para una administración o la ejecución de una administración.”⁶⁹

En todo caso, Matus y Ramírez señalan: “en general es el dinero o cualquier cosa mueble, incluyendo las universalidades jurídicas.”⁷⁰ Y esto se debe a que consideran que el mandato general de administración es título idóneo de aquellos que pueden eventualmente ser susceptibles del delito estudiado. Así, al realizar el desglose del tipo objetivo, señalan que a diferencia de lo que opinan ciertos sectores de la doctrina en hallar limitaciones en considerar a un mandato de carácter general con facultades de disposición como título idóneo, “lo cierto es que tales limitaciones no existen, si se acepta que una universalidad pueda ser objeto de este delito. En tales casos, el problema no será el título con que se reciben las cosas, ni si se dispone o no de ellas, sino si la administración y esos actos de disposición en particular han producido o no un perjuicio constatable en la universalidad como un todo y no en relación con los actos particulares de que se trate.”⁷¹

c. Críticas.

Una de las mayores críticas que se le hace a esta forma de concebir el tipo penal de apropiación indebida es que, dado que hay un derecho de crédito a favor de la víctima por el incumplimiento extrapenal de la obligación de devolver o restituir, derecho que es concebido de manera amplia, puede llevar al extremo de que se termine condenando por simples

⁶⁹ *Ibidem*, p. 220.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 220.

⁷¹ *Ibidem*, p. 221.

incumplimientos civiles, sabiendo que el derecho penal es el último peldaño con el cual cuenta el ordenamiento jurídico para corregir situaciones problemáticas de relevancia jurídica, sin mencionar que la llamada prisión por deudas está prohibida sistemáticamente, tanto por las naciones en su derecho interno, como por organismos internacionales. En el mismo sentido, Sáinz-Pardo señala -incluso en esta parte de su crítica menciona el trabajo de Politoff- que “la admisión del mero derecho a la devolución o entrega, como bien jurídico protegido, nos llevaría a desvirtuar de tal modo el delito de apropiación indebida, que habríamos de aplicar el 535 ante supuestos de mero incumplimiento contractual, dejando la esencia, el ataque al derecho de propiedad, reducida a un plano secundario. El incumplimiento de las obligaciones, las reparaciones por daños y perjuicios derivados del mismo, o las repeticiones por enriquecimiento injusto, se resuelven y se desenvuelven en el marco del derecho privado, dejando a salvo el carácter del Derecho Penal como última “ratio”. La huida al Derecho Penal, de que Roxin nos habla, significa el abandono del estado de los cometidos políticos-sociales de positiva configuración que hoy le competen; y solamente considerando la interpretación del bien jurídico protegido en el 535 como hemos hecho [propiedad], en cierta medida podemos evitar esta “huida”; el recuerdo de la prisión por deudas, formalmente suprimida, nos impone esta concreción restrictiva.”⁷²

Otra consideración que debe realizarse recae sobre el perjuicio que debería ser calificado utilizando parámetros de cuantificación que disponen las teorías que se tienen sobre el patrimonio. Así es como bienes que no tendrían una valoración económica no serían objetos materiales del delito (en el caso de una concepción económica), dejando fuera los que tengan un valor sentimental o afectivo. A su vez, analizar si existe un verdadero perjuicio patrimonial, o sea, una disminución que pueda ser económicamente evaluable, y por consiguiente afecte el acervo de la víctima. En esta línea, señala Bajo Fernández “que de exigirse un perjuicio patrimonial se estaría requiriendo que el patrimonio sufriera una disminución a consecuencia de la apropiación indebida al estilo de lo que ocurre en el delito de estafa. En ese caso, entonces, el bien jurídico protegido no sería, como resulta dominante, el derecho de propiedad, sino el patrimonio considerado en su conjunto [...]”⁷³

⁷² *Op. cit.*, p. 69.

⁷³ *Op. cit.*, p. 422.

3. Planteamientos dualistas: dos bienes jurídicos y una norma de sanción que refuerza dos normas de comportamiento.

3.1 La “doble naturaleza” del delito de apropiación indebida. Doctrina española. Atentado contra la propiedad y el patrimonio.

Dada las dificultades que presentaba seguir asumiendo que el bien jurídico protegido es la propiedad, sobre todo en aquellas obligaciones en que media el dinero, bien fungible por antonomasia, es que la profesora Araceli Manjón-Cabezas propone que, antes que todo, lo que debería considerarse, en términos generales, no son el criterio de la traslación de la propiedad del dinero y de la devolución del *tantundem*, sino que la disponibilidad que se tenga de éste. Así, estaría correctamente aplicado el tipo de apropiación indebida a supuestos en que, habiendo transferencia de propiedad de bienes fungibles y/o dinero, pueda perseguirse responsabilidad penal por apropiación indebida, llegado el momento de devolver o restituir. De esta manera, sería congruente con lo que se venía señalando en doctrina y jurisprudencia en cuanto a entender y calificar títulos como idóneos o inidóneos, diversos títulos donde se entregaba dinero. “Así, el mutuo no es título idóneo de apropiación indebida, porque por él se recibe el dinero con disponibilidad absoluta. En cambio, el mandato o la comisión con entregas de dinero, a pesar de que suponen la traslación de la propiedad y la posibilidad de cumplir devolviendo el *tantundem*, son títulos idóneos de apropiación indebida, porque la disponibilidad de dinero que se le da al agente está limitada o restringida a unos fines determinados. Así, cuando se entregue dinero con disponibilidad limitada a un fin podrá calificarse de apropiación la conducta del sujeto que hace suyo ilegítimamente el dinero separándolo de su fin, en tanto que supone ir más allá de la disponibilidad permitida.”⁷⁴ Ahondando, Manjón-Cabeza Olmedo señala: “qué es lo que distingue al mutuo de la comisión de compra o de venta, para que digamos que el primero no es título de apropiación y sí en cambio la segunda. Lo que distingue radicalmente ambas relaciones no será la identificación de quién sea el propietario del dinero, ni el que se venga

⁷⁴ *Op. cit.*, p. 223. Cursiva de la autora.

obligado a devolver lo mismo que se recibió u otro tanto. La diferencia vendrá marcada por el destino con el que se recibe el dinero, es decir por la *disponibilidad* que de él se permita al sujeto: en el mutuo se permite al sujeto cualquier uso del dinero que recibe, porque ésa es la finalidad de dicho contrato. El préstamo no impone ningún destino: *la disponibilidad es absoluta*. En la comisión, el comisionista no recibe el dinero para su uso, sino que viene obligado por el contenido del contrato a darle un destino determinado: *la disponibilidad queda determinada y restringida*. Para saber si la disponibilidad es absoluta o limitada habrá que examinar el débito y su contenido. En efecto es el contenido del débito lo que nos permite afirmar que el mutuo no es título idóneo de apropiación indebida y sí, en cambio, la comisión.”⁷⁵ Postura innovadora que terminará por apartar al objeto jurídico protegido propiedad para terminar admitiendo un derecho de crédito o a la devolución, en el caso que medie bienes fungibles, pero entiéndase que no se castiga a quien no devuelve lo que se debe por alguna obligación civil, lo penalmente relevante es que se utiliza a contrario de lo estipulado por el título por el cual se detenta el bien. El agente infringe las restricciones impuestas por el mandante al mandatario o administrador, por ejemplo, sobre la disponibilidad de la cosa, y esta acción infractora, en definitiva, no es compatible con la devolución final.

La propuesta, que apunta al objeto material de la apropiación, es de dar por sentado que si bien, y como acepta la mayoría de la doctrina española, de ser la propiedad el bien jurídico protegido, eso es correcto en bienes muebles de cuerpo cierto, no fungibles, que son en definitiva los que deben devolverse. En cambio, tratándose de bienes fungibles y dinero, dado que el que recibe ese tipo de bienes lo hace con la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad. “En estos casos parece que se protege el derecho a la devolución, más que la propiedad de una cosa, puesto que al Derecho le basta con que se devuelva el *tantundem*, no exigiéndose que se devuelva la misma cosa. Esto resulta clarísimo cuando el objeto de la apropiación es el dinero, en este caso no se protege la propiedad, sino el derecho a la devolución.”⁷⁶ Aclara también que no es sólo interpretado como una simple obligación de devolución, sino “que lo que se protege es el *derecho al cumplimiento de la obligación*, en definitiva, un *derecho de crédito*, que es el derecho que tiene el acreedor a exigir el cumplimiento de la prestación. Y es que la propiedad del dinero se ejerce no sólo a través de su tenencia física (como ocurre con los

⁷⁵ *Ibidem*, p. 118. Cursiva de la autora.

⁷⁶ *Op. cit.*, p. 221. Cursiva de la autora.

otros bienes), sino también a través del crédito. Yo ejercito el dominio sobre mi dinero, o teniéndolo en mi poder, o, cuando está en poder de otro que se convierte en su propietario, ejercitando mi derecho de crédito.”⁷⁷ Este derecho de crédito no protege propiamente tal, sino que, como lo señalamos más arriba, tendrá relevancia típica cuando el título por el cual se debe cierta cantidad de dinero u otros bienes fungibles, no permite la disponibilidad de la cosa entregada a voluntad al agente, sino más bien que se rige por lo dispuesto en el título para el cumplimiento, por ejemplo, de un encargo.

A pesar de esta bifurcación de pensamiento, cuando revisamos el análisis del tipo objetivo, sobre todo a lo que respecta a las voces de “apropiarse” y “distraer”, contenidas en la tipificación de la época en que fueron escritas estas posiciones -antes de la reforma de 1995 y antes que la jurisprudencia aceptara la doble vertiente-, aún no había una divergencia en cuanto a considerarlas como acciones individuales, y, después de criticar la postura de Rodríguez Davesa, para quien “la diferencia entre apropiarse o distraer no reside en la diferente intención del sujeto en orden a disponer de la cosa como suya, pues como suya la utiliza, v. rg., el que apremiado por una familia numerosa invierte en los gastos propios de su casa el dinero confiado en depósito del que no podía disponer. La diferencia, puramente gramatical y sin efectos ni trascendencia penal distinta de la calificación, estriba en quien distrae piensa reponer la cosa, cantidad o efectos distraídos, mientras que el que se la ‘apropia’ (en sentido estricto) no piensa ni por un instante en la devolución; mas, repetimos, lo mismo en uno que en otro caso, la acción de apropiarse es innegable”;⁷⁸ Manjón-Cabeza considera que las apropiaciones temporales de bienes fungibles no serían constitutivos del delito de apropiación indebida. Y esto por cuanto a los usos ilícitos no dominicales debe agregarse el criterio de la compatibilidad o incompatibilidad con la posterior devolución, o sea, si suponen apropiación indebida o un mero uso temporal.

En el mismo sentido, Vives Antón persevera en esta postura, años más tarde, incluso después de que en la legislación española estuviera vigente el Código Penal del año 1995, donde se recogía el delito de administración desleal, pero restringido al ámbito societario.⁷⁹ Señala que

⁷⁷ *Ibidem*, p. 224. Cursiva de la autora.

⁷⁸ RODRÍGUEZ DEVESA (1975), p. 357.

⁷⁹ La profesora Manjón-Cabeza ofrece la alternativa antes de la reforma del año 1995, donde es recogida por primera vez, por la legislación penal, el delito de administración desleal societario.

“en tanto el dinero se entrega como tal *cosa fungible* y no como *objeto específico* (v.g., como billetes o monedas determinados e individualizados) el que lo recibe adquiere la propiedad del mismo, con la obligación de devolver la cantidad de que se trate con cualesquiera signos monetarios, sean o no los recibidos. En consecuencia, si, como lo hace la jurisprudencia [...] se admite la posibilidad de apropiación indebida del dinero recibido como bien fungible, lo protegido en tales casos no puede ser ya la propiedad del *dinero como cosa*, sino el derecho al valor que el mismo representa. El delito pasa así a proteger determinados *derechos de crédito* y a consistir, por lo tanto, en tales casos, no en una auténtica apropiación de cosas, *sino en una disposición abusiva de valores patrimoniales.*”⁸⁰

Por su parte, podemos citar jurisprudencia española que tiene un reconocimiento a esta postura, pero, como veremos más adelante, opta por distanciarse en cuanto a considerar la distracción, como una especie de administración desleal de patrimonio ajeno. “Ambas expresiones, apropiar o distraer, tienen una significación similar, pues se refieren a la realización de uno de los actos de disposición antes referidos, si bien cuando la ley dice apropiar podría entenderse que se refiere a aquellos supuestos en que quien recibió la cosa lo hizo sin adquirir el dominio de la misma, de modo que la acción de este delito consiste precisamente, como se ha dicho reiteradamente, en la ilícita transformación de la posesión en propiedad, que es lo que ocurre cuando la apropiación indebida se refiere a una cosa mueble no fungible, mientras que cuando tiene por objeto el dinero u otra cosa fungible el delito se comete cuando a la cosa, que ya se ha adquirido en propiedad, se le da un destino distinto del pactado, que impide que ésta llegue a quien, conforme al título por el que se transfirió, tenía que haberlo recibido en definitiva (por ejemplo, el gerente de una sociedad que recibe dinero por tal cargo en una determinada operación mercantil y, en lugar de hacerlo llegar al patrimonio de la sociedad, lo incorpora a su propio peculio). Parece que para estos últimos supuestos encaja mejor el término distraer, porque, a una cosa, fungible, quien la recibe no le da el destino a que está obligado (STS de 23 de julio de 2001)”⁸¹. “El art. 252 del vigente CP, al igual que el art. 535 del Código derogado, sanciona dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando

⁸⁰ VIVES ANTÓN *et al.*, (1996), p. 1254. Cursiva del autor.

⁸¹ GIMBERNAT ORDEIG *et al.*, (2003), p. 608.

perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance (STS de 29 de octubre de 2001)”⁸².

En síntesis, a pesar de que la doctrina y la jurisprudencia comienzan a darle un significado distinto al contenido de la apropiación indebida, la modalidad típica de distraer sigue sin ser reconocida, al menos desde la postura de Manjón-Cabeza, como una conducta distinta. Recordemos que al igual que Bajo Fernández, y en el ámbito nacional Soto Piñeiro, solo en la medida que los supuestos actos de distracción llevaran, en definitiva, a una apropiación con afectación de la propiedad de la víctima, podían considerarse como contenidas por el tipo, pero terminan considerando que es la apropiación -entendida como la expropiación final que sufre la víctima del bien en cuestión- la que importa de fondo, para configurar la apropiación indebida. Respecto a la consideración del derecho de crédito o *tantundem*, Manjón-Cabeza concluye en su trabajo que “el mantenimiento de esta postura, que es obligado, dada la dicción del artículo 535 [antes de la reforma de 1995], no supone incluir en la apropiación indebida la prisión por deudas, porque sólo serán constitutivas de apropiación indebida las no devoluciones de dinero que reúna todos los requisitos del artículo 535, por lo que no incurrirá en delito todo el que deba dinero a alguien por cualquier causa, sino sólo los que lo hayan recibido con disponibilidad limitada y con la obligación de entregarlo o devolverlo. Es decir, que también aquí deberá exigirse que exista un único título que a la vez motive la entrega y produzca la obligación de entregar o devolver.”⁸³

En el ámbito nacional, Bascuñán Rodríguez señala que la infracción a las restricciones del título fiduciario sobre la disponibilidad de la cosa determina una distracción del fin asignado por el mandante que es relevante jurídico-penalmente. Por su parte, Hernández, haciendo suya la caracterización que realiza la profesora Manjón-Cabeza y, al igual como razona el Tribunal Supremo español, configura el delito como un supuesto de administración desleal de patrimonio ajeno, por eso le dedicaremos los subcapítulos siguientes.

⁸² GIMBERNAT, *Op. cit.*, p. 606.

⁸³ *Op. cit.*, p. 225.

3.2 La apropiación indebida como delito de apropiación de cosa confiada y la distracción indebida como un delito de desviación o uso indebido de la cosa recibida.

Bascuñán Rodríguez señala que el delito contemplado en el art. 470 N° 1 CP tiene doble naturaleza, esto es, constituye un atentado a la vez contra la propiedad y contra el patrimonio, dependiendo del objeto material de la acción y el título de detentación de la cosa. Ya Etcheberry señalaba a mitad del siglo pasado, a propósito de los límites de la apropiación indebida con otros delitos, que “en efecto, la tenencia que da origen a una apropiación indebida es la llamada en doctrina *tenencia fiduciaria*, por oposición a la simple *tenencia material*. En la primera se confía verdaderamente la cosa al cuidado de otro, que queda en situación de disponer de ella a su voluntad, incorporándola a su propia esfera de custodia; en la segunda sólo se confía a otro la simple aprehensión material momentánea de la cosa [...]”⁸⁴ De esta manera, como delito contra la propiedad, esta custodia o confianza⁸⁵ especial excluye la punibilidad como apropiación indebida de actos que configuran, por ejemplo, un hurto. Pero este planteamiento no resuelve el problema que se produce cuando la acción recae en bienes fungibles, pues no puede haber apropiación de los que es propio. Por eso, en estos casos, el razonamiento ha de ser diverso. “En tanto delito contra el patrimonio, el requisito debe ser interpretado de un modo especialmente estricto, como restricción específica de la facultad de disposición del que recibe las cosas fungibles o de género. En la infracción a esta restricción específica, derivada de una relación confidencial, se concreta un *plus* de disvalor de injusto frente al mero incumplimiento de obligaciones o deudas. Con ello se logra diferenciar el tratamiento del mutuo, que presupone necesariamente ausencia de restricciones a la facultad de disposición por el mutuario del dinero

⁸⁴ ETCHEBERRY (1968), p. 64. Cursivas del autor.

⁸⁵ Soto Piñeiro no concibe esta relación de confianza, por lo que señala que “como criterio de definición de este delito y justificación de su asignación al campo de las “defraudaciones”, se da llamar genéricamente “abuso de confianza”, en rigor, no es otra cosa que el incumplimiento sobreviniente de la obligación de “entregar” o “devolver”. En efecto, cuando para indicar el contenido material y dotar de individualidad a la apropiación indebida, se alude al “abuso de confianza”, se introduce en el análisis un elemento altamente ambiguo y equívoco. En el “lenguaje ordinario”, supuesta una “relación de confianza”, puede estimarse como un abuso de la misma, (“abuso de confianza”), el dar a la cosa, con, o (incluso) sin detrimento de la misma, un uso distinto del aquel para el que fue solicitada o entregada; así, por ej., abusaría de la confianza en el depositada el sujeto que, en lugar de guardar el vehículo que un amigo le había facilitado, después de cumplir con la labor para el que lo había solicitado, decide dar previamente un corto paseo en el mismo y dicho sujeto acorde la tesis aquí criticada, se convertiría además en autor de un delito de apropiación indebida, si su conducta (“distracción”) le causa un perjuicio a otro (tercero cualesquiera)”, p. 42. Comillas del autor.

recibido en préstamo, del tratamiento del mandatario, y, eventualmente, del depositario, que pueden estar severamente limitados en sus facultades de disposición de los bienes que les son confiados.”⁸⁶

Los próximos párrafos darán cuenta de la interpretación de la norma de sanción a partir de la distinción de dos bienes jurídicos protegidos distintos, lo que se expresa en las voces apropiarse y distraer, según cuál sea el objeto de la acción. La separación entre delito contra la propiedad y delito contra el patrimonio debe ser considerada desde la naturaleza bifronte de la interpretación del contenido del artículo 470 N° 1, por ende no es una discusión de posturas, sino un esquema organizativo de las ideas de Bascuñán Rodríguez.

a. Como delito contra la propiedad.

Desde este ámbito, el bien jurídico protegido sería la propiedad, ya que habría por parte del ejecutor del acto delictual una verdadera arrogación ilegítima de los poderes del propietario sobre una cosa ajena. Entonces, el objeto material del delito sería una cosa corpórea ajena, bien mueble, que haya sido confiado al agente. Bascuñán señala que dependiendo la posición con la que sea concebida la propiedad, habrá una consecuencia respecto a la calificación del delito. Si se considera a la propiedad como una posición jurídico-formal, obviamente la arrogación de facto del agente no alcanza a afectar la titularidad del derecho real del dominio: persistiría sobre su dueño, por ejemplo, la acción reivindicatoria sobre dicho bien. Dado que el título de mera tenencia -fiduciaria- no mutaría por la actitud del agente, pero sí lo convertiría en un poseedor de mala fe, no se perdería el dominio sobre dicho bien. Así, sería un delito de peligro (concreto). En cambio, si la propiedad se concibiera como una posibilidad real, fáctica, de ejercicio de las facultades sobre dicho bien, estaríamos frente a un verdadero delito de lesión. En cualquier caso, la punibilidad de la lesión a la propiedad siempre estará vinculada a la lesión de los deberes fiduciarios especiales que nacen de este deber extrapenal, u obligación civil. “Sistemáticamente

⁸⁶ BASCUÑÁN, *Op. cit.*, p. 8. Cursiva del autor.

considerada, la apropiación indebida es un caso particularmente grave de apropiación sin ruptura de la esfera de custodia.”⁸⁷

Respecto a las voces apropiarse y distraer, Bascuñán solo se refiere a la primera, no agregando más de lo señalado cuando analizamos las teorías monistas. Sin embargo, es esclarecedor su señalamiento que, entre las teorías de la manifestación⁸⁸ y del resultado, habría que preferir esta última, ya que “reafirma la idea de que, incluso en el ámbito de la apropiación de cosa detentada la estructura de injusto asume la forma de un delito de resultado cortado en lo que respecta al resultado de expropiación”⁸⁹. Así, el acto del agente crearía un estado consolidado, no bastando ninguna acción posterior para que la víctima se vea en definitiva privada de la propiedad del bien. Respecto a la segunda, distraer, dado que es un delito contra la propiedad, debería entenderse como una forma más de apropiación, ya que la distracción “es una hipótesis cuyo ámbito de punibilidad sustantivo se revela recién bajo la consideración del Art. 470 N°1 como delito contra el patrimonio.”⁹⁰

Finalmente, sobre el tipo subjetivo, termina señalando que la apropiación indebida en un delito doloso, y se exigiría la concurrencia de dos elementos subjetivos del tipo, a saber: “(i) la tendencia interna trascendente de producir un resultado de expropiación indefinida para el propietario de la cosa (ánimo de expropiación como parte del ánimo de apropiación en sentido amplio) y (ii) la tendencia interna trascendente de obtener un provecho instrumental para sí o para otro (ánimo de aprovechamiento como ánimo de apropiación en sentido estricto).”⁹¹ Y esto porque el texto legal contiene la palabra “apropriarse”, que debe interpretarse en concordancia con el artículo 432 del Código Penal. La misma opinión tiene la doctora Laura Mayer Lux, quien estudiando el ánimo de lucro en los delitos contenidos en el Título noveno, Libro II del Código, señala: “Pese a lo indicado [que el texto legal no hace mención al ánimo de lucro, y que las exigencias subjetivas parecen agotarse en el dolo del agente], es posible afirmar, que aun a falta de una exigencia explícita de ánimo de lucro en el sujeto activo, éste debe estar presente tanto

⁸⁷ *Op. cit.*, p. 11.

⁸⁸ “Conforme a la teoría de la manifestación, no es necesario que el detentador de la cosa se constituya efectivamente en pseudo-propietario de la cosa (por ejemplo, transfiriéndola o consumiéndola en provecho propio), sino que basta un acto externo en que se *manifieste* la voluntad de apropiación”, p. 13. Subrayado y cursivas del autor.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 13.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 15.

⁹¹ *Op. cit.*, p. 16.

en el tipo penal de estafa como en el de apropiación indebida. La ausencia de una demanda expresa a nivel legal no parece ser argumento convincente a la hora de interpretar los tipos penales. En efecto, pese a que en el hurto -y, consiguientemente, en el robo- no se contiene una referencia explícita al ánimo de señor y dueño, la doctrina absolutamente dominante, no sólo no ve inconvenientes en exigir dicho animus, sino que lo postula como un elemento implicado en la conducta apropiatoria.”⁹² ⁹³ Concluyendo incluso que el ánimo de señor y dueño, que es solicitada en el tipo subjetivo, “no es más que una faceta o especie dentro del género “ánimo de lucro”.⁹⁴ Es loable señalar, sin embargo, que el profesor Politoff, y a pesar de no ver la propiedad como el bien jurídico protegido, también tenía la misma opinión sobre el ánimo de lucro que pesaba sobre el agente. Así lo señala el profesor Guillermo Oliver Calderón: “Según Politoff, en el delito de apropiación indebida, a pesar de que el Art. 470 N°1 del Código Penal no incluye expresamente la fórmula “ánimo de lucro”, esta motivación se encuentra igualmente sobreentendida en la exigencia legal de una apropiación. A su juicio, dado que para que exista apropiación debe concurrir el ánimo de señor y dueño, siempre que hay apropiación hay también ánimo de lucro. Entre el *animus lucrandi* y el *animus rem sibi habendi* hay, según su opinión, una relación lógica de género a especie, respectivamente. Si la ley hubiera exigido explícitamente en el tipo de apropiación indebida la presencia de ánimo de lucro habría incurrido en un pleonasma.”⁹⁵

Por último, constataremos que la doctrina española también se inclina por exigir el ánimo de lucro en el agente cuando estamos en presencia de la apropiación indebida como ataque a la propiedad: “Tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que es necesario el ánimo de lucro. Se trata de un elemento subjetivo del injusto. La jurisprudencia es reiterativa en esta línea, e incluso en algún caso exige que el enriquecimiento sea ilícito. También se incluye en el ánimo de lucro la conciencia y voluntad de disponer de la cosa como propia (*animus rem sibi habendi*). El animus [...] se caracteriza por dos elementos: a) la voluntad (al menos eventual) de privar de

⁹² MAYER (2014), p. 301.

⁹³ “Respecto del bien jurídico subyacente a los delitos de dicho título, aquí se recurrirá a la idea de interés patrimonial, como noción amplia y comprensiva de los conceptos de propiedad y patrimonio o, más precisamente, de propiedad y activo del patrimonio ajeno”, p. 287.

⁹⁴ *Op. cit.*, p. 307.

⁹⁵ OLIVER CALDERÓN (2018), p. 23-24.

sus bienes de forma definitiva al titular de los mismos, y b) la voluntad de incorporar las cosas a su patrimonio, por lo menos, en forma transitoria.”⁹⁶

b. El perjuicio.

Partamos por señalar que, tanto en el ordenamiento nacional como en el español, el texto legal exige la presencia del perjuicio; así el artículo 470 número 1 señala que “a los que en perjuicio de otro se apropiaren...”, y así el artículo 535 español, antes de la reforma del año 1995, el artículo 252 entre reformas, y finalmente el artículo 253, en su versión final, “a los que, en perjuicio de otro...”, tenemos siempre presente el perjuicio como parte integrante de la redacción dispuesta por el legislador penal. Siendo considerada la apropiación indebida como un ataque a la propiedad, el perjuicio sólo se manifestará con la correspondiente expropiación que sufra el propietario del bien objeto material del delito. Y eso es sencillo porque, considerado el objeto material como una cosa corpórea mueble ajena, la no devolución de cuerpo cierto -por la disposición hecha por el agente- genera de inmediato un perjuicio al propietario, por la pérdida de dicho bien. En otras palabras, estaríamos considerando que el perjuicio exigido para el delito de apropiación sería el resultado que consistiría en la pérdida de la cosa para el propietario, o expropiación definitiva.

En el ámbito español, dentro de los que defienden que el bien jurídico protegido era la propiedad, Sáinz-Pardo señala que “el perjuicio en el marco de la apropiación indebida queda circunscrito a la privación real que se deriva para el dueño de la cosa mueble del acto de disposición. Aunque la cosa sea posteriormente encontrada o devuelta por quien dispuso de ella, y el patrimonio del propietario no sufra menoscabo económico definitivo alguno, su derecho de propiedad ha quedado lesionado por el acto dispositivo, sufriendo un perjuicio, aun en los supuestos citados, real, efectivo y valuable económicamente.”⁹⁷ En síntesis, termina concluyendo que el resultado constituiría un elemento objetivo del tipo. Por su parte, Bajo Fernández señala que “entendemos con Sáinz Pardo que no caben en la apropiación indebida

⁹⁶ SERRANO Y SERRANO, *Op. cit.*, p. 438.

⁹⁷ *Op. cit.*, p. 133.

supuestos de tentativa o frustración. El delito se consuma en el mismo momento en que se produce el acto de disposición, sin que sean precisos posteriores resultados, subsistiendo el delito aun cuando se recupere el objeto o el autor no se haya lucrado con la apropiación.”⁹⁸ Insiste en que el delito se consuma con la simple lesión del derecho de propiedad, independiente de que se haya enriquecido el sujeto activo. También critica, como ya lo vimos en su momento, la concepción de perjuicio patrimonial, dado que siendo un delito contra la propiedad, no cabe evaluar si hubo o no una disminución del patrimonio de la víctima, situación que sí es considerada como ocurre con el delito de estafa, ampliamente reconocido como delito patrimonial.

Sin embargo, y criticando esta postura Manjón-Cabeza señalaba que “en principio parece lógico afirmar que una vez que se ha consumado el delito, la devolución no puede tenerse en cuenta a efectos de responsabilidad penal. Lo que ocurre es que con frecuencia se confunde el momento de consumación del delito con una serie de actos que no pueden significar consumación. Nos referimos a los supuestos en los que la disposición de la cosa no conlleva la apropiación definitiva por existir ánimo de restitución. En estos casos el delito no se consuma por la mera utilización de la cosa. Téngase en cuenta que la apropiación indebida es un delito de resultado, siendo éste el perjuicio producido por la apropiación definitiva. Hasta que ese perjuicio no se produce, el delito no se consuma; en los supuestos de utilidades temporales el perjuicio no se produce al no haber definitiva apropiación.”⁹⁹ Para complementar, exponemos la opinión de Vives Antón, que señala que “Sáinz Pardo (pese a sus manifestaciones expresas) y Bajo Fernández configuran la apropiación indebida como un *delito de mera actividad*, que se consuma por la sola realización del acto dispositivo y entienden que, por ello, no admite las formas imperfectas (consecuencia que, en cuanto a la tentativa se refiere, no acaba de ser concluyente). Sin embargo, la doctrina mayoritaria exige, como *resultado* del delito, un perjuicio correlativo a la apropiación. Esta es, a mi juicio, la posición más acertada. La apropiación indebida no se perfecciona con la realización del acto dispositivo, sino que exige *un mínimo de efectividad de la disposición*; esto es, no, desde luego, que se haya adquirido o transferido el dominio, pero sí que se hayan perturbado los derechos del dueño. [...] El *perjuicio típico* consiste en la pérdida, por parte del dueño, del valor económico de la cosa y tiene, como

⁹⁸ *Op. cit.*, p. 421.

⁹⁹ *Op. cit.*, p. 189.

necesaria contrapartida, el enriquecimiento del autor por la incorporación a su patrimonio de ese valor.”¹⁰⁰

Continuando Bascuñán, y siguiendo con lo último expuesto por Vives Antón, si se considera que la cosa apropiada deba tener un valor económico, de cambio, no es concluyente, a menos no en el contexto de delito contra la propiedad (sí en el entendimiento de delito patrimonial), ya que el perjuicio, como resultado, debería ser la expropiación del bien, “un estado de cosas de pérdida de posibilidad de acceso del propietario a la cosa, para el cual ya no es necesaria una acción ulterior del detentador fiduciario.”¹⁰¹

Recordemos que Sergio Politoff entendía que lo que constituía finalmente el injusto era que no se cumpliera con la obligación de restitución, por ser este derecho subjetivo personal el bien jurídico que se quebrantaría por una apropiación indebida. Parte señalando primero que la apropiación no puede entenderse consumada por el solo hecho de la toma de posesión del bien, o en otras palabras, de cambiar el título de mera tenencia al de posesión, entendida esta última como el *animus rem sibi habendi* sobre el bien, sino que debe configurarse el perjuicio, expresando que “a nuestro entender, este elemento es una *condición objetiva de punibilidad*, vinculada en forma mediata a la acción de apropiarse e independiente de su culpabilidad.”¹⁰² O sea, una vez que la restitución sea denegada, que no se verifique la devolución, existiría el delito de apropiación indebida. “El delito se consuma por el perjuicio que causa la no restitución *resultante de la apropiación*. El que no quiere o *no puede* restituir porque precedentemente se apropió de la cosa origina un perjuicio que consuma el delito; si la no restitución (y el perjuicio, por ende), obedece a una cosa que no sea la precedente apropiación, no hay delito.”¹⁰³ Es relevante tener claro cuándo emerge la obligación o deber jurídico de devolver. Termina concluyendo, entonces, que si la apropiación se realiza por vía positiva, como actos de disposición, el perjuicio sólo sería apreciable en el instante que la no restitución se produce, y no en la época del acto de apropiación propiamente tal.

Matus y Ramírez, que en esta materia son continuadores de la postura de Politoff, insisten en que el perjuicio no está comprendido por el dolo del agente, “sino que opera

¹⁰⁰ *Op. cit.*, p. 1261 y 1262. Cursivas del autor.

¹⁰¹ *Op. cit.*, p. 14.

¹⁰² *Op. cit.*, p. 262. Cursivas del autor.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 263. Cursivas del autor.

limitando el ámbito de lo ilícito penalmente, como una *condición objetiva de punibilidad*¹⁰⁴. Continúan que éste debe tener carácter patrimonial¹⁰⁵, no siendo consumativa la actitud dispositiva del bien, o convertir la mera tenencia en posesión, al contrario de lo que señalaba Bajo Fernández. Es significativo el ejemplo utilizado para expresar este argumento: “suponiendo una entrega de cuerpos ciertos, como un caballo de raza determinado, p. ej., la restitución de otro caballo de mejor raza o mayor valor excluye la punibilidad de este delito, aunque al momento de disponerse del que efectivamente se entregó el depositario lo hiciese con evidente *animus rem sibi habendi* y sin intención alguna de sustituirlo (movido por alguna disputa pasional con el que se lo entregó, p.ej.), de lo cual se arrepiente posteriormente. Por tanto, se excluyen la tentativa y la frustración”¹⁰⁶.¹⁰⁷ Aportan, originalmente, debido a que entienden que la administración de universalidades jurídicas sí puede ser un título del cual pueda recaer la apropiación indebida, que el perjuicio sólo podrá verificarse viendo el resultado de dicha administración, y evidenciado que el patrimonio disminuyó -en términos contables, el pasivo superó el activo-. En caso contrario, y a pesar de que actos particulares puedan haber tenido una connotación de apropiación y distracción al momento de realizarse dichos actos, no habría perjuicio, por ende, el agente (administrador) no consumaría el delito de apropiación indebida.

Las consecuencias de esta postura, de que el perjuicio no está abarcado por el dolo del agente y que, sin ese perjuicio, o sin cumplirse con la condición, no cabrían consecuentemente la tentativa y frustración, son rechazadas de plano por Bascuñán -al menos en su condición de

¹⁰⁴ *Op. cit.*, p. 223. *Cursivas del autor.*

¹⁰⁵ Soto Piñeiro señala por su parte que “el “perjuicio”, entendido, acorde la posición ampliamente dominante, como “perjuicio económico-patrimonial”, resulta excluido del núcleo de lo injusto y de los disvalores que dan contenido a éste, para ser “reducido” (en lo que atañe a su importancia para el “injusto”, no en lo relativo a su relevancia para la punibilidad, que aumenta) a la calidad de mera “condición objetiva de punibilidad”, con lo que, en la senda marcada por Politoff, se transforma en una enérgica restricción adicional a la punibilidad de la conducta, que justificada ya en lo atinente a la concurrencia de la (sic) injusto y a su atribuibilidad a su autor [...]”, p. 67. *Comillas del autor.*

¹⁰⁶ *Op. cit.*, p. 223.

¹⁰⁷ Es, al menos, una coincidencia singular el ejemplo aquí utilizado, porque Bajo Fernández señalaba, al respecto del análisis del perjuicio, que “podríamos poner el ejemplo de un viejo caballo que sólo produce gastos a su dueño quien lo deja en depósito a un cuidador a quien abona los gastos correspondientes y éste, faltando a la lealtad, se apropia indebidamente del animal cambiándole la marca del hierro. No existe ningún perjuicio patrimonial para la víctima y, sin embargo, es elemental que hay un delito de apropiación indebida por lesión del derecho de propiedad.” Este es un buen ejemplo de que la postura que se tome respecto al ámbito de los bienes jurídicos protegidos y contenidos por la norma penal, cuestión que no es menor. Sin embargo, uno y otro tienen paradójicamente una misma consecuencia, y es que en ambos la tentativa y frustración, como formas incompletas de ejecución, no serían admisibles. BAJO FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, p. 422.

delito contra la propiedad-, y no es el único. Etcheberry, comentando y haciendo evidentes las consecuencias anotadas anteriormente, señalaba que “no debe pensarse que el problema sea meramente académico: si aceptamos que el perjuicio es una condición objetiva de punibilidad, mientras él no concurra no podrá imponerse pena alguna, ni aun a título de delito frustrado o tentativa. Por la inversa, si hay apropiación y perjuicio, deberá imponerse pena, aun cuando el perjuicio haya estado fuera de la intención y de la representación del sujeto activo, ya que las condiciones de punibilidad, según se ha dicho, no necesitan ser abarcadas por el agente. En nuestra opinión, está claro que el perjuicio es parte integrante del tipo delictivo.”¹⁰⁸ Agrega que se incluye en la redacción de la norma el perjuicio, por dos grandes razones. La primera es que respecto a la distracción no habría perjuicio por su sola comisión; y segunda “porque en la hipótesis de apropiación de cosas fungibles, la sola apropiación todavía no es fuente de perjuicio, y éste puede evitarse restituyendo, llegado el momento, otras tantas cosas equivalentes a las apropiadas. En los restantes casos, claro está, la sola apropiación significará necesariamente perjuicio, pero las dos excepciones anotadas son suficientemente importantes como para justificar la mención explícita de la exigencia de perjuicio, como en todo fraude.”¹⁰⁹

En cambio, si se optara, como hacen algunos autores -aunque no todos lo expliciten- que sólo se requiere de un perjuicio (patrimonialmente entendido), sin consideración alguna al elemento de cosa confiada, tendremos posturas como las del profesor Bustos, quien señala “por último, es necesario el *perjuicio*, de modo que aunque no se devuelva la cosa, si se restituye su valor económico, no hay apropiación indebida.”¹¹⁰

Para finalizar, cabe mencionar lo señalado por la abogada de la Fiscalía Nacional, Verónica Rosenblut Gorodinsky, al comentar un fallo sobre apropiación indebida de cotizaciones previsionales, emanada del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, quien con la postura contraria a la de considerar el perjuicio como condición objetiva de punibilidad, expresa que “la idea expuesta por el fallo implica un grave retroceso a lo que ha venido sosteniendo modernamente la jurisprudencia en materia de fraudes, en el sentido de que mientras la sentencia considera el elemento perjuicio como “una condición objetiva de punibilidad”, la tendencia jurisprudencial y doctrinal más reciente, al igual que la postura

¹⁰⁸ *Op. cit.*, p. 428.

¹⁰⁹ *Op. cit.*, p. 429.

¹¹⁰ BUSTOS (1991), p. 208. *Cursiva del autor.*

defendida por este Ministerio Público, ha sido considerar que dicho perjuicio constituye uno más de los elementos del tipo penal y que en esa medida, si bien su concurrencia se requiere para la consumación del delito, la falta del mismo no impedirá sancionar la figura en sus fases imperfectas de ejecución.”¹¹¹

c. Como delito contra el patrimonio.

Bajo el esquema de análisis de Bascuñán, será relevante en esta situación el tipo de bien objeto material del delito en estudio y su destinación. Si antes se trataba de cosa corpórea particular, individualizada, acá en cambio estaremos frente a cosas de género o fungibles, entregadas con una destinación especial, bajo las cuales subyace el deber fiduciario de restitución. Así, el bien jurídico protegido se aparta de la propiedad, y cambia su naturaleza al considerar al patrimonio como el bien jurídico a proteger. De esta forma, la apropiación indebida compartiría sistemáticamente posición con las defraudaciones, y podría, eventualmente, alzarse en supuestos específicos como una forma de penar la administración fraudulenta de patrimonio ajeno.

Desde la concepción patrimonial, y como nos previene Bascuñán, se produce una situación extraña, y es que el patrimonio es una universalidad jurídica. Entonces, hay que solicitar que el ataque al patrimonio deba concretarse en actos delictuales que recaigan sobre cosas muebles de género o fungibles, y en especial, el dinero; señalado expresamente en la norma, y que en la práctica se vislumbra como el bien más afectado por la institución en estudio.

En el actual prisma de entendimiento, tenemos que considerar: primero, el avance que tiene respecto a no ser sólo considerado el patrimonio a secas, sino que es relevante el carácter fiduciario contenido tras el título por el cual se detenta y fueron entregadas las cosas al agente; y segundo, supera también las posturas que veían que el bien jurídico sólo era el derecho a restitución, criticadas porque no tenían un disvalor mayor en los actos del sujeto activo, pasando peligrosamente a criminalizar actitudes que deberían tener solamente consecuencias en el

¹¹¹ ROSENBLUT (2008), p. 274.

ámbito civil. “El tipo supone ciertamente el incumplimiento de una obligación de entregar o devolver igual cantidad y calidad de las cosas fungibles entregadas. Pero además, y fundamentalmente, el incumplimiento de esas obligaciones debe tener lugar con infracción a restricciones o limitaciones a las facultades de disposición sobre las cosas tenidas por cuenta ajena, que configuran una relación fiduciaria. En la lesión de estos deberes fiduciarios especiales se encuentra el fundamento político criminal del merecimiento y necesidad de pena de la distracción indebida. La obligación de dar a la cosa recibida un destino específico es el modo más usual de manifestación de esta restricción a las facultades de disposición.”¹¹²

Recordemos que la profesora Manjón-Cabeza hablaba de la destinación cuando trataba de excluir, dentro de los títulos idóneos de apropiación indebida, el préstamo o mutuo, señalando que era la disponibilidad que se tenía sobre el dinero la relevante. En el caso del mutuo, estaba sujeta la disponibilidad al mutuario, a su completa discreción; en cambio, en el caso de una comisión, el dinero entregado -que si bien pasaba a formar parte del patrimonio del agente- se tenía por expresa destinación a cumplir dicha comisión, y llegado el caso, se devolvería o restituiría. Es decir, habría un deber fiduciario que recae sobre dicha obligación, y no sería sólo la falta de restitución -que podría perfectamente recaer sobre un mutuo, donde hay una obligación de devolver- la que provocaría la concreción de restricciones a las facultades de disposición, y darían el plus de disvalor suficiente para penar dichas conductas.

Entre la doctrina más reciente española, tenemos a Adán Nieto, que en esta materia señala: “para entender las apropiaciones indebidas de dinero lo importante es atender al título en virtud del cual el autor recibe el dinero. No basta con la transmisión del dinero para entender que estamos en terreno de juego de la apropiación indebida. Sólo existe apropiación indebida cuando quien recibe el dinero tiene una capacidad de acción muy limitada sobre el mismo, debiendo emplearlo de manera muy concreta. Los negocios jurídicos más frecuentes por los que se transfiere el dinero son el mandato (ingresar el dinero recibido en una cuenta corriente, comprar un determinado bien, satisfacer una deuda de la persona que le dio el dinero) o el depósito, donde el autor entrega el dinero con la finalidad de que otro se lo custodie para después recuperarlo. Cuando el dinero se transmite al autor sin una finalidad precisa, como ocurre cuando se presta dinero, no existe el delito de apropiación indebida. En estos casos, la no

¹¹² *Op. cit.*, p. 16.

devolución del dinero o no darle un destino determinado puede ser un hecho atípico o constituir otro delito (vgr. insolvencia punible, administración desleal). [...] La razón de la equiparación de la apropiación de dinero a la apropiación indebida, pese al distinto bien protegido¹¹³, es valorativa. El que dispone indebidamente del dinero de otro que le ha entregado con un fin preciso -y por tanto no lo administra- está en una situación similar, por mucho que sea propietario del mismo, al del resto de autores de la apropiación indebida, que apenas pueden hacer uso de las cosas muebles que el autor les ha transferido.”¹¹⁴ Consideremos, eso sí, que la última reforma que modificó el delito de apropiación indebida en España dejó fuera a la administración, por eso se menciona que no hay administración del dinero entregado.

Para finalizar con el análisis de la postura de Bascuñán, reproduciremos que “la alternativa de acciones típicas –“apropiarse o distraer”- debe ser interpretada en función del bien jurídico protegido, como la alternativa existente entre infringir las restricciones impuestas por el deber fiduciario para enriquecerse a costa del acreedor fiduciario (“apropiarse”, en un sentido ciertamente impropio del término), o irrogar al acreedor fiduciario en perjuicio en virtud de la infracción de un deber de destinación (“distraer”). Puesto que el enriquecimiento es una exigencia adicional al perjuicio, en todos los casos de infracción a deberes de destinación, la hipótesis de apropiación resultará superflua en la concepción de este delito como delito contra el patrimonio. En este contexto, la hipótesis relevante es la distracción. [...] Esta hipótesis no tiene exigencia de desplazamiento patrimonial. Esto puede ser discutible, atendiendo a su regulación conjunta con un delito de apropiación. [...] En la concepción de este delito como atentado contra el patrimonio, el perjuicio es el resultado de daño patrimonial que corresponde a la lesión del bien jurídico protegido”¹¹⁵. A su vez, el Tribunal Supremo español constataba que “la doble dimensión de la apropiación indebida permite una clarificación sobre las apropiaciones de dinero, que el tipo penal prevé como objeto de apropiación, toda vez que la extremada fungibilidad de dinero hace que su entrega suponga la propiedad, recibiendo el transmitente una expectativa, un crédito, de recuperar otro tanto, construcción difícil de explicar desde la clásica concepción de la apropiación indebida, de manera que, la distracción ha de suponer un abuso de confianza depositada en quien recibe el dinero y la acción se ha de realizar

¹¹³ Nieto reconoce que los bienes jurídicos protegidos son la propiedad, y en cambio para bienes fungibles y dinero, sería el derecho de crédito.

¹¹⁴ NIETO (2018), p. 245.

¹¹⁵ *Op. cit.*, p. 17. Comillas del autor.

en perjuicio de quienes se lo han confiado, esto es a sabiendas de que se les perjudica con voluntad de hacerlo, no exigiéndose un específico ánimo de enriquecimiento sino simplemente un propósito de adquirir sobre el dinero que se administra un poder de disposición en sentido contrario a la finalidad de una administración leal del mismo”¹¹⁶.

3.3 Reconstrucción unificadamente dualista de ambos tipos penales. La posición del profesor Juan Pablo Mañalich.

Dentro del grupo de autores que se apartan de las concepciones de la apropiación indebida como delito que sólo afectan o atacan a un objeto jurídico protegido, está Juan Pablo Mañalich, quien en la actualidad, y haciéndose cargo de las objeciones presentadas a dichas teorías, propone una forma singular de desentrañamiento de lo dispuesto por el legislador en el artículo 470 número 1 del Código Penal, entendiendo que en la redacción de dicha norma de sanción están comprendidas dos normas de comportamiento diferentes, la apropiación indebida y la distracción indebida de bienes muebles, cada cual con sus características propias, pero que, gracias a la concepción funcional del patrimonio, uno y otro comportamiento guardarían una relación final, tanto formal como material, que permitiría racionalizar la manera abordada por la tipificación penal de la institución en estudio.

Para proponer su esquema, el profesor primero verifica que las interpretaciones monistas, o sea, que ven un único delito el sancionado por la norma del artículo 470 N°1 son incongruentes o definitivamente insostenibles si por ejemplo, al menos del examen del tenor literal del precepto, la norma recurre a la palabra apropiación, haciendo referencia al dinero de las cosas entre las que pueden ser, consecuentemente, apropiadas. Situación paradójica, sobre todo porque en el ámbito civil o privado, siempre que se recibe dinero el agente se hace, *eo ipso*, dueño del mismo, dada la radical fungibilidad del dinero y que en definitiva este último sirve como medida de valor de cualquier cosa comerciable. Consecuencia obvia entonces es que, si se considera la apropiación indebida como un delito estrictamente contra la propiedad, cómo podría explicar satisfactoriamente lo que acontece con el dinero, que no se debe su restitución

¹¹⁶ Citada por JUANES (2017), p. 5.

como especie o cuerpo cierto, sino una suma equivalente. Por el contrario, si se sostiene que en realidad lo que se perjudica es el patrimonio, entonces cómo se explicaría el delito, si al menos una de las variantes (a propósito de apropiarse) debe ser entendida como, valga la redundancia, como de apropiación.

La formulación de Mañalich quedaría como sigue: “en el Art. 470 N°1 se encuentran tipificadas dos formas de comportamiento delictivo heterogéneas, que admiten ser designadas a través de las denominaciones “apropiación indebida” y “distracción indebida”. La primera exhibe el carácter de un delito de apropiación de cosa mueble con abuso de confianza -esto es, de apropiación “de cosa confiada”- cuya tipicidad en todo caso depende del condicionamiento de un resultado de perjuicio patrimonial (para el propietario o para un tercero) que debe ser correlativo a la obtención del poder de disposición sobre la cosa por parte de quien se la apropia. Por su parte, la distracción indebida tiene el carácter de un delito de irrogación de perjuicio patrimonial mediante abuso de confianza, que se configura a través de una “desviación” o utilización indebida del objeto (mueble) recibido, lo cual ha de comprometer o bien la realización de la finalidad para la cual ese objeto fuera entregado, o bien la satisfacción del derecho personal (de otro) correlativo a la obligación de entregar o devolver la cosa en cuestión.”¹¹⁷ Para su categorización, en los apartados posteriores se utilizará el mismo esquema utilizado por el autor.

a. Presupuestos típicos comunes.

A pesar de que la norma describiría dos delitos distintos, hay algunos presupuestos que son compartidos por ambos. Respecto al objeto material susceptible de ser apropiado o distraído, Mañalich señala que, como lo demanda la redacción, se incluyen “dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble”; es decir, cualquier objeto corporal mueble de naturaleza comerciable tendría relevancia típica. Sin embargo, a pesar de que no se hace separación entre cosa corporal mueble como cuerpo cierto por un lado, y bienes fungibles y dinero recibidos como género por otro, el mismo autor especifica que tratándose de estos últimos, serán excluidos de la primera variante

¹¹⁷ *Op. cit.*, p. 163. Comillas del autor.

-apropiación indebida-, “pues en tal caso, y con independencia de la especificidad del título por el cual se la recibe, la cosa pasa a ser *eo ipso* de propiedad de quien lo ha recibido, justamente porque en razón de su objeto (constituido por dinero en cuanto cosa genérica) el título en cuestión será traslativo de dominio.”¹¹⁸ Sobre la palabra “efectos” del precepto, estos deben ser entendidos como documentos susceptibles de estimación pecuniaria y de valor negociable, modernamente conocidos como títulos-valores.

En cuanto al título de recepción de dicho objeto, y “de acuerdo con la tesis aquí defendida, no [será] en la aptitud para generar una obligación de entregar o devolver lo recibido que radica el criterio de relevancia típica del título respectivo. Pues la relevancia típica de un depósito, una comisión o una administración, en cuanto títulos de recepción de dinero, efectos o alguna cosa mueble cualquiera, no depende de la eventual generación de semejante obligación. Pero ello no obsta a que, en todo caso, el objeto de apropiación o distracción tenga que haber sido recibido por un título fundante de un vínculo de *confianza especial* en lo tocante a su conservación o utilización, según corresponda. Y ese vínculo quedará ulteriormente especificado según cuál sea la naturaleza del título.”¹¹⁹ Detengámonos un momento en esta apreciación. De acuerdo a lo que veníamos estudiando, la doctrina era conteste en señalar como títulos al depósito, comisión y administración, y otros de los que emane obligación de devolver, como si de todos los títulos enunciados naciera una obligación de devolución, que de acuerdo a Mañalich, no sería correcto y, a pesar de la interpretación latamente aceptada, deberá ser comprendida acudiendo al vínculo propiamente fiduciario que nace del título (idóneo de apropiación o distracción). “Así, por ejemplo, quien como mandatario o comisionista ha recibido una cosa, como especie o cuerpo cierto, para venderla, precisamente no contraerá *al recibirla* una obligación de entregarla o devolverla, sino una obligación (de hacer) consistente en (lograr) venderla.”¹²⁰ Dicho comisionista o administrador (forma que puede tener el mandato), estará en definitiva sometido a una obligación de lealtad en la gestión del negocio jurídico que involucra al objeto recibido. Este aspecto es el que configura la distracción indebida como un supuesto de administración desleal de patrimonio ajeno.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 164.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 167. *Cursiva del autor.*

¹²⁰ *Ibidem*, p. 166.

Y como último presupuesto común, tenemos al perjuicio patrimonial resultante, y es que las formas de comportamiento delictivo previstas en el artículo correspondiente exigen la concurrencia de perjuicio (patrimonial) a la víctima. Partiendo de similar prevención que hacía Bascuñán, en cuanto a exigir un perjuicio patrimonial, cuando estamos frente a un delito contra la propiedad -como se evidencia, sobre todo ante un bien mueble de cuerpo cierto-, dicha exigencia sólo podría desempeñar, como lo concluía Soto, una función de condición objetiva de punibilidad. Y esto ocurre porque se interpreta que no es coherente la irrogación de perjuicio patrimonial cuando estamos en el ámbito de protección de la propiedad, cuestión que debe ser al menos, examinada. Mañalich propone que “bajo cualquiera de estas concepciones [“concepción jurídica del patrimonio” o “concepción funcional del patrimonio”, decantando por ésta última], la arrogación del poder fáctico de disposición sobre la cosa recibida en el marco de un vínculo de confianza especial por parte de quien -en tal medida- se la apropia conlleva, *ceteris paribus*, un menoscabo para una posición de significación patrimonial para la persona que ostenta la posición formal de propietario sobre esa misma cosa.”¹²¹ Por ese motivo, no deberían presentarse complicaciones en que frente a delitos contra la propiedad no se le pueda conferir relevancia a un eventual menoscabo patrimonial, entre otros, “ya sea como un criterio de determinación complementaria del específico injusto de un delito de apropiación, ya sea como un criterio de cuantificación de este.”¹²²

Sin embargo, y a pesar de compartir ciertas similitudes de tratamiento, cada delito: apropiación indebida y distracción indebida, mantienen sus propias características individuales, que se mencionan a continuación.

b. Cuestiones específicas de los tipos penales y relaciones sistemáticas.

Es indispensable señalar que en definitiva, uno y otro comportamiento delictual, tienen características propias. Deberá complementarse a los presupuestos de la apropiación indebida y ser considerado su carácter de delito mediante apropiación. En este sentido, para que la actitud

¹²¹ *Ibidem*, p. 169.

¹²² *Ibidem*, p. 170.

del agente sea típicamente relevante y, de paso, exista una apropiación antijurídica, es necesario que la cosa mantenga su estatus de ajena a través de su recepción. Así, y tal como lo prevenía en el apartado anterior, a pesar de considerarse el dinero y otros bienes fungibles como cosas idóneas de ser apropiadas, es lógico que su entrega, cuando ésta significaba la transferencia de dominio (por ejemplo, al no ser entregado en arca cerrada o con la prohibición expresa de ser usado), no tendría relevancia en esta instancia, pero sí mediante la distracción, debido a que en esta última el objeto no necesita ser ajeno. Entonces, será necesario determinar la noción de apropiación, la que “ha de entenderse [como] la arrogación del poder fáctico de disposición (*lato sensu*) que es correlativo a la posición formal de propietario, lo cual supone un *desconocimiento* “práctico” de la propiedad ajena sobre la cosa. Esto significa que la apropiación de cosa confiada ha de consistir en una manifestación objetivada de una pretensión *rem sibi habendi* en relación con la cosa.”¹²³ De esta manera, compartiría dicha noción con los delitos de apropiación por sustracción, eso sí, “la apropiación indebida consiste en la apropiación de una cosa detentada por el autor, quien precisamente ha de haberla recibido en el marco de una relación de confianza especial”¹²⁴, a diferencia de los primeros, que requieren de la ruptura de esfera de custodia. Cabe señalar que su manifestación puede incluir, tanto el uso como el goce de la cosa, como el traspaso a un tercero inclusive, aparte de su destrucción. Lo relevante es que el agente pretende posicionarse y actúa como verdadero señor y dueño respecto de la cosa confiada. Frente a la exigencia de la devolución, la retención realizada por el agente también tiene mérito de apropiación indebida.

Por su parte, la especificidad de la distracción indebida está señalada por la irrogación de perjuicio patrimonial de su contenido típico, “en términos tales que el perjuicio en cuestión ha de quedar determinado o bien por la frustración de la finalidad que justificaba la recepción de la cosa bajo el título respectivo, o bien por la falta de satisfacción del derecho personal correlativo a la obligación de entregarla o devolverla, según corresponda.”¹²⁵ Es decir, no se entendería como un delito contra la propiedad, ya que quien distrae en definitiva es dueño, como en las obligaciones donde medie el dinero (entregado sin especificación), de la cosa confiada.

¹²³ *Ibidem*, p. 171-172. Cursiva y comillas por el autor.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 172.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 172.

En definitiva, importa que la conducta típicamente relevante se base en una desviación, en una aplicación contraria a la finalidad dada en el título respectivo, de lo recibido.

Teniendo claros sus presupuestos comunes, y lo propios de cada comportamiento señalado por la norma, al finalizar su postura, Mañalich pretende cerrar encontrando una congruencia sistemática respecto de la protección de la propiedad y del patrimonio, de esta manera, “la particularidad de la versión de la estrategia de reconstrucción dualista aquí favorecida concierne a la identificación del parentesco sistemático que ha de reconocerse entre uno y otro género delictivo, sobre la base de una correspondiente comprensión de la relación en que se encuentran la propiedad y el patrimonio *qua* respectivos objetos de protección de las dos normas de comportamiento precedentemente identificadas. Es desde este punto de vista que cabe hablar de una estrategia *unificadoramente* dualista, a saber, en razón de la unificación de la protección dispensada a la propiedad y al patrimonio que resulta de las premisas en las cuales esa misma estrategia se apoya.”¹²⁶ Así, y luego de analizar las consecuencias jurídicas, tanto materiales como formales, de cuál es la concepción más propicia de entendimiento del patrimonio, acude a la “concepción funcional del patrimonio” propuesta por Kindhäuser -a quien cita-, porque bajo esta concepción “el patrimonio debe ser entendido como “*el poder de disposición de una persona sobre (el conjunto de) los bienes transferibles (pecuniariamente valorizables) que le están jurídicamente adscritos*”, es claro que la propiedad sobre una cosa cuenta, *ex definitione*, como una posición patrimonial. Así, aquello que bajo la prohibición del hurto se encuentra protegido frente a su obtención, por parte de alguien distinto del dueño, resultante de una (apropiación mediante) sustracción, también se encuentra protegido frente a su obtención, por parte de alguien distinto del dueño, resultante de una disposición condicionada mediante engaño.”¹²⁷

3.4 La distracción indebida como un delito de administración desleal o defraudatoria y de insolvencia punible.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 173-174. Cursiva de autor.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 177. Cursivas y comillas del autor.

Para desarrollar el último punto del presente capítulo, nos remitiremos al trabajo¹²⁸ del profesor Héctor Hernández quien, tratando de solucionar la falta de legislación evidente en nuestro ordenamiento jurídico nacional, recurre a otras figuras penales y, en un esfuerzo de interpretación más lata trata de dar cabida, usando instituciones que se acercaban más o menos a la forma del tipo de administración desleal del patrimonio ajeno recogida en el Derecho Comparado, una solución a la aplicación de dicho tipo penal. El estilo del profesor es particular en el sentido que, a contrario del resto de los profesores del ámbito nacional citados, Hernández busca dar con un tipo especial de administración desleal más que sólo quedarse en caracterizar la apropiación y distracción indebidas, dado que estos dos últimos son usados como una alternativa más para localizar sistemáticamente un germen paliativo de administración desleal en nuestro ordenamiento.

Dado que el trabajo citado fue realizado con el objetivo de diagnosticar la carencia de un tipo penal que castigue los actos de un administrador que, investido de los poderes necesarios para disponer de los bienes de una sociedad, los enajena a precios irrisorios, o bien asume deudas muy elevadas poniendo en definitiva el patrimonio que administra en riesgo, incluso con un perjuicio económico para ésta, sólo haremos una enumeración de los artículos, contenidos tanto en leyes especiales como en el Código del ramo, que el autor encontró pertinentes pero no suficientes, ya que en la actualidad contamos con una tipificación al respecto, rescatando eso sí la relevancia doctrinal de su aporte, sobre todo de las conclusiones que se pueden extraer en la propuesta de delimitación que haremos a posteriori, y la singularidad de su aporte, en cuanto considerar a la voz distracción del artículo objeto del presente trabajo, un tipo de administración desleal de insolvencia punible.

Para comenzar, en el ordenamiento nacional no existía un tipo de administración desleal como disposición general, sin embargo, sí se localizan especies particulares de castigo a administradores desleales en el desempeño de su cargo, por ejemplo, en los Nros. 3 y 4 del artículo 469¹²⁹ del Código Penal, donde en realidad se trata de castigar defraudaciones

¹²⁸ HERNÁNDEZ (2005), p. 201 y ss.

¹²⁹ Art. 469. Se impondrá respectivamente el máximo de las penas señaladas en el artículo 467:

3°. A los comisionistas que cometieren defraudación alterando en sus cuentas los precios o las condiciones de los contratos, suponiendo gastos o exagerando los que hubieren hecho.

4°. A los capitanes de buques que defrauden suponiendo gastos o exagerando los que hubieren hecho, o cometiendo cualquiera otro fraude en sus cuentas.

cometidas a través del engaño del sujeto activo y con ocasión de una administración desleal. Asimismo, y considerada como la única tipificación inequívoca de administración desleal en el Código del ramo, es la contenida en el artículo 470 N° 2, sobre los capitanes de buque. Se reprime de manera expresa el abuso cometido durante la administración ejercida en el desarrollo de las actividades propias de dicho cargo, lo que en la práctica reduce la posibilidad de extender dicho tratamiento a situaciones parecidas pero realizadas en un contexto distinto, por lo que la norma no puede utilizarse como cláusula general.

En el ámbito de la legislación especializada, sobre todo la que guarda relación con las regulaciones económicas y mercantiles, no presentan normas complementarias encaminadas a sancionar las actividades que perjudican a una víctima de administración desleal. Entre las enumeradas por el profesor Hernández encontramos la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas, cuyos artículos pertinentes remiten lamentablemente a sanciones penales que no se encontraban, a la fecha, tipificadas. También se menciona la Ley General de Bancos, que establece limitaciones crediticias cuando se opera con personas relacionadas, sin embargo, y a pesar de considerarse la imposición de una multa administrativa frente a la infracción, no se aprecia una consecuencia penal directa. En la única ley que puede encontrarse una disposición penal pertinente, pero acotada, es en la Ley de Mercado de Valores, específicamente en el artículo 59 letra e) en relación al artículo 162 letra h), hoy derogado. Se reprimía al sujeto que infringiera la prohibición de auto-contratación que pesaba sobre sociedades administradoras fiscalizadas por la Superintendencia de Valores y Seguros.

Analizadas dichas normativas particulares, Hernández da paso a comentar la posible aplicación de tipos penales generales. Comienza con la estafa, rechazando su aplicabilidad por su estructura esencial: dado que en el tipo de estafa se requiere un desplazamiento patrimonial perjudicial, desde la víctima al victimario, producto del engaño del último produciendo un error en el primero, no habría conformidad, por ejemplo, con los actos que produce un administrador, que ya se encuentra en una posición legítima sobre el patrimonio de la víctima. Este administrador es el agente mismo que realiza la disposición. No necesita engañar a nadie para proceder en su accionar delictual y, si utiliza el engaño, sería por lo general como maneras de autoencubrimiento que por lo general no constituirán engaño típico en los términos de la estafa. “En otras palabras, si es que hubiese un posible engañado, éste, sin embargo, no realizaría

ninguna disposición patrimonial, en tanto que quien realiza la disposición patrimonial -el propio agente- actúa libre de error, porque evidentemente no ha podido engañarse a sí mismo.”¹³⁰

Mención especial, y acorde a lo que señalará más adelante en su trabajo, Hernández menciona la aplicabilidad que tendría los tipos de insolvencia punible. Estamos contestes en que dichos delitos están considerados más desde la lógica de los terceros que participan o se relacionan con un deudor fallido, o sea, poniendo como sujetos activos a los acreedores afectados por las acciones de éste último, “pero tratándose de fallidos cuyo patrimonio es administrado por otros -caso necesario tratándose de personas jurídicas-, los respectivos tipos penales, desde la perspectiva del fallido, se muestran inequívocamente también como tipos de administración desleal.”¹³¹ Entendía que lo señalado por los artículos 219 y 220, en concordancia con los artículos 232 y 233¹³² de dicha ley, eran conductas que perfectamente podrían considerarse de administración desleal toda vez que quien las ejecutaba era un administrador o representante del fallido. Sin embargo, tenemos que señalar que hoy y desde la dictación de la Ley N° 20.720 que sustituyó el régimen concursal por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, se eliminó la palabra fallido y se derogaron los artículos citados por el profesor, teniendo vigencia en la actualidad dicha posición en el artículo 463 quáter que señala, respecto a los anteriores delitos concursales en los artículos que menciona, “será castigado como autor de los delitos contemplados en los artículos 463, 463 bis y 463 ter quien, en la dirección o administración de los negocios del deudor, sometido a un procedimiento concursal de reorganización o de liquidación, hubiese ejecutado alguno de los actos o incurrido en alguna de las omisiones allí señalados, o hubiese autorizado expresamente dichos actos u omisiones.”

Es finalmente en la institución de la apropiación indebida en la que encuentra cabida a una posible aplicación de la administración desleal, claro, con matices propios que se producen al forzar la interpretación de un precepto legal para encajar actividades delictuales que, al momento de escribirse el texto analizado, aún no eran concebidas por nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de que ya se hablaba, en la doctrina y jurisprudencia comparadas, al respecto.

¹³⁰ *Op. cit.*, p. 208

¹³¹ *Ídem.*

¹³² Art. 220. N° 16. “En general, siempre que hubiere ejecutado dolosamente una operación cualquiera que disminuya su activo o aumente su pasivo.” Conductas aludidas al fallido pero que por aplicación de los artículos 232 y 233, se hacían extensivas a “gerentes, directores o administradores de una persona jurídica declarada en quiebra”.

Así es como valorando lo aportado por la doctrina española, en especial al trabajo de Manjón-Cabezas que revisamos en capítulos anteriores, Hernández parte de la premisa de que en el artículo 470 N° 1 del Código del ramo cohabitan o conviven dos conductas. “Por una parte la apropiación indebida propiamente tal, delito contra la propiedad que sólo puede recaer sobre especies o cuerpos ciertos ajenos y cuya conducta típica consiste en la apropiación entendida como disposición de tales especies o cuerpos ciertos como señor y dueño de los mismos. Por otra parte, la distracción indebida de dinero, delito contra el patrimonio que, como la denominación propuesta indica, sólo puede recaer sobre dinero u otros géneros y cuya conducta típica consiste en el no pago jurídico-penalmente reprochable [...] de cantidades equivalentes a las recibidas.”¹³³

Recordemos que la referencia a Manjón-Cabezas no es total, en tanto, como lo acotamos, ella aún consideraba las voces “apropiación” y “distracción” básicamente como sinónimas. Como lo hemos venido tratando, gran parte de la doctrina nacional venía considerando que no había divergencia en dichas voces, sin embargo, estaban presentes desde el nacimiento mismo del texto legal. Así visto, se hace un esfuerzo interpretativo que vierte de contenido a una palabra que siempre estuvo presente en la norma, y que al parecer los problemas que generaba su interpretación alternativa incomodaba para su fundamentación y defensa. Entonces, la distracción de dinero se identifica más con la omisión de devolución de una cantidad similar o equivalente y no sólo con la disposición que se haga de las cantidades recibidas. Por ende, se debe fundamentar ese reproche que tendrá por consiguiente consecuencias penales, dado que esa omisión parece ser un mero incumplimiento de obligaciones civiles.

Continúa el profesor sosteniendo que el plus de relevancia jurídico-penal no puede venir dado de la revisión del título de dicha tenencia, “pues cualesquiera que éstas sean sólo definen los alcances de la obligación y, con ello, sólo fundan la ilicitud civil del eventual incumplimiento, sin aportar en sí mismas fundamento a un reproche estrictamente penal.”¹³⁴ Esto porque el no pago final tiene que ser desarrollado en virtud de la actitud del agente, porque dicha conducta debe ser, haciendo hincapié en el bien jurídico protegido, atentatoria o en definitiva defraudatoria y perjudicial para el patrimonio de la víctima. “En otras palabras, el

¹³³ *Op. cit.*, p. 228 y 229.

¹³⁴ *Op. cit.*, p. 229.

incumplimiento que importa distracción típica para los fines del derecho penal debe ser consecuencia de una falta grave a elementales deberes de cuidado del crédito ajeno, a una gestión irracional que naturalmente deba conducir a la imposibilidad de pago.”¹³⁵ Este planteamiento, en definitiva, lo que genera es que el contenido del injusto no sea la administración desleal propiamente tal, “sino que la de insolvencia punible, caracterizada por la afección de patrimonio ajeno pero a través de la gestión del patrimonio propio. La distracción típica del art. 470 N° 1 CP sería una hipótesis de insolvencia punible, en este caso singular y no universal, sin sujeción a requisitos formales, respecto de la omisión de la devolución de una determinada cantidad de dinero o géneros que se han recibido en virtud de un título que implica resguardo especial de intereses patrimoniales ajenos por la especial vinculación a fines de la cantidad entregada.”¹³⁶ Para describir dichos comportamiento intolerables, Hernández sugiere que se utilicen los criterios expresados en leyes como la derogada Ley de Quiebras, que mencionamos más arriba, y obviamente desarrollando progresivamente criterios propios a medida que se resolvieran más casos. Esta manera de concebir la distracción de dinero, poniendo énfasis en ese plus de relevancia jurídico-penal, permite considerar que su penalización no constituya prisión por deudas.

Para concluir su trabajo, el profesor propone ciertas directrices que se deberán considerar posteriormente para la redacción o caracterización de un tipo penal general de administración desleal, a saber: un nuevo tipo de administración desleal no debe limitarse al ámbito societario, como lo hizo en su primer comienzo España, lo que no obsta a que se puedan eventualmente reconocer tipos especiales debido a las características propias de las sociedades y personas jurídicas de ese ámbito. También debería considerarse no una forma casuística o a especie de catálogo, sino que preferir una tipificación amplia que tenga, obviamente, claras delimitaciones respecto de la descripción de la conducta típica. Señalaba también que sería necesario que se construyera como delito de daños, a saber, “exigiéndose para su consumación la producción de un perjuicio en el patrimonio administrado.”¹³⁷ Respecto al plano subjetivo, bastaría con el dolo eventual, y no sería conveniente exigir ánimo de lucro. Y finalmente, el profesor cierra con dos prevenciones que deben ser evitadas, según él, por su extrema gravedad: “En primer lugar debe

¹³⁵ *Op. cit.*, p. 230.

¹³⁶ *Ibidem.*

¹³⁷ *Op. cit.*, p. 257.

evitarse la indeterminación del tipo. [...] En segundo lugar deben evitarse redacciones que permitan la prisión por deudas.”¹³⁸ Es importante la opinión de Hernández ya que él, junto a profesores como Gonzalo Medina y Jean Pierre Matus, como del Ministerio Público, fueron invitados a participar durante la discusión de la nueva ley.

Para finiquitar, queremos develar la opinión del profesor Luis Emilio Rojas, quien haciendo un análisis sobre los modelos de regulación de delitos patrimoniales con miras a valorar los proyectos de Código Penal chilenos, tiene una crítica a las posturas que veníamos analizando en los profesores que sostienen que en el artículo 470 N° 1 hay contenidos dos delitos o formas delictuales. Parte por señalar que el sistema adolece de problemas internos, entre los cuales se encuentra “la defectuosa tipificación de los delitos patrimoniales que se cometen en el marco de relaciones de *confianza* previa entre autor y víctima. En particular, constituye un problema la inserción del tipo de apropiación indebida en el art. 470 N° 1 CPCh entre las estafas y no en el grupo de los delitos contra la propiedad en sentido estricto.”¹³⁹ Y, debido al año de su publicación, también comentaba que la falta de un tipo general de administración desleal provocaba que en la práctica jurisprudencial se optara por elegir entre dos formas de enfrentar dicha laguna: recurrir a la estafa o extender el ámbito de aplicación del tipo de apropiación indebida recurriendo a la interpretación que le da contenido diverso a la distracción de dinero. Ambas vías provocaban la distorsión del alcance del sistema contra la propiedad o el patrimonio tal como fue concebido por el legislador del siglo XIX.

La diferencia con la forma del ataque que se hace del patrimonio -desde adentro- o con una relación previa de confianza, no permite subsumir una conducta de administración desleal en el tipo de estafa. Y, respecto a la interpretación de la doble naturaleza, señala Rojas que “esta solución doctrinaria desnaturaliza la norma e introduce un quiebre *lógico* interno al tipo del art. 470 N° 1 CPCh.”¹⁴⁰ Dado que la palabra dinero viene mencionada en el texto como objeto principal, recaería en conductas de apropiación y distracción; también, al hacer la norma mención de “cualquiera otra cosa mueble”, el legislador prescindió de la ajenidad como requisito. “Por consiguiente, aun cuando se parta de la premisa que las normas de Derecho civil contemplan la mentada transferencia del dominio por la entrega de bienes fungibles en virtud

¹³⁸ *Op. cit.*, p. 258.

¹³⁹ ROJAS (2017), p. 387. *Cursivas del autor.*

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 388. *Cursivas del autor.*

de títulos de la clase mencionada -cuestión que resulta bastante dudosa-, no existe necesidad de interpretar esta norma al menos en clave de *accesoriedad estricta* a las normas de Derecho civil. [...] Esas constataciones de *texto* hablan más bien en el sentido de una concepción *monista* de la norma, no dualista de la misma. La tesis de la doble naturaleza reconstruye dogmáticamente la norma en términos que afectan su capacidad comunicativa, puesto que de su texto fluye simplemente como mensaje la prohibición de apropiarse o distraer dineros u otras cosas muebles recibidos en virtud de un título de tenencia fiduciaria.”¹⁴¹ Dado que esta manera de interpretar obliga a relacionar de manera invertida lo señalado por el texto, es que pareciera dar cabida a dos prohibiciones: apropiarse indebidamente de lo ajeno y provocar un perjuicio al patrimonio de otro.

III. Introducción del delito de administración desleal en el Código Penal chileno y sus posibles problemas interpretativos en relación con sus fuentes alemana y española.

1. Aspectos generales del tipo de Administración Desleal en el ordenamiento nacional.

Como ya adelantábamos en la introducción del presente trabajo, la tipificación general de la administración desleal es nueva en nuestro ordenamiento jurídico nacional, y se concibió a propósito de la Ley N° 21.121, publicada el día 20 de noviembre de 2018, que modifica el Código Penal y otras normas penales, con el afán de prevenir, detectar y perseguir la corrupción entre privados, donde también se consideraron cambios en materia de delitos cometidos por funcionarios públicos. Lo que se perseguía con esta ley en definitiva era poner al día la legislación nacional, obligación estatal que nacía principalmente del artículo 22 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, promulgada por Decreto N° 375 de 23 de noviembre de 2006 y publicado en el Diario Oficial con fecha 30 de enero de 2007. Dicha Convención señala expresamente que, respecto a la malversación o peculado de bienes en el sector privado, “cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas

¹⁴¹ *Ídem*. Cursivas del autor.

y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, la malversación o el peculado, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo.”

La Ley en estudio comienza por moción parlamentaria de fecha 8 de junio de 2016, propuesta por los Senadores Pedro Araya G., Alfonso de Urresti L., Alberto Espina O., Felipe Harboe B. y Hernán Larraín F., y tiene cuatro pilares que fundamentan su tramitación¹⁴²: primero, que la gravedad de los delitos de corrupción no se ve reflejada en su penalidad; segundo, falta de coherencia entre algunas normas y adecuación a estándares internacionales; tercero, ausencia de tipificación del soborno entre particulares y la administración desleal; y por último, la necesidad de adecuación de la normativa sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, en relación con las modificaciones introducidas al delito de cohecho. Podemos sumar como antecedente mediato las recomendaciones que se hicieron en el informe final del Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción., que funcionó durante el segundo mandato de la Presidenta Michelle Bachelet J., el que señalaba que “algunos de los problemas identificados son la existencia de penas relativamente bajas para delitos contra la probidad, tanto en comparación con otros países como en lo que respecta a otros delitos en Chile. En el mismo sentido, se mantienen vacíos legales en la tipificación de algunos delitos reconocidos como tales en otros países y en la UNCAC¹⁴³, como por ejemplo el abuso de funciones, la corrupción entre privados y el tráfico de influencias de un particular.”¹⁴⁴

Originalmente el texto que tipificaba el delito de administración desleal se proponía como un nuevo artículo 287 ter, y se mantuvo casi inalterado durante la primera fase de la tramitación parlamentaria. Fue la intervención, por ejemplo, del profesor Héctor Hernández B. o del Fiscal Nacional del Ministerio Público señor Jorge Abbot C., los que propusieron su cambio de ubicación y trasladarla al artículo 470, para así sistematizar su naturaleza

¹⁴² Historia de la Ley N° 21.121. Primer Trámite Constitucional: Senado, p. 3 y ss.

¹⁴³ Mesa de Trabajo Anticorrupción de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

¹⁴⁴ Informe Final del Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, p. 45.

defraudatoria y su sanción, vinculada finalmente con el perjuicio patrimonial. La tipificación quedó finalmente de la siguiente manera:

“Art. 470. Las penas privativas de libertad del art. 467 se aplicarán también:

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

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

En caso de que el patrimonio encomendado fuere el de una sociedad anónima abierta o especial, el administrador que realizare alguna de las conductas descritas en el párrafo primero de este numeral, irrogando perjuicio al patrimonio social, será sancionado con las penas señaladas en el artículo 467 aumentadas en un grado. Además, se impondrá la pena de inhabilitación especial temporal en su grado mínimo para desempeñarse como gerente, director, liquidador o administrador a cualquier título de una sociedad o entidad sometida a fiscalización de una Superintendencia o de la Comisión para el Mercado Financiero.

En los casos previstos en este artículo se impondrá, además, pena de multa de la mitad al tanto de la defraudación.”

Como vemos, el tipo que servirá de base se encuentra desarrollado por el primer párrafo del numeral 11, que es en definitiva al que nos estaremos refiriendo en lo que queda de trabajo. Sin embargo, es válido señalar que los párrafos segundo y tercero son figuras que partiendo del tipo base, agravan la penalidad del sujeto activo, en razón de la relación de dicho sujeto con el titular del patrimonio administrado. En esta línea, el oficio emanado del Poder Ejecutivo para realizar indicaciones a la moción parlamentaria señalaba, respecto del segundo párrafo que “a efectos de comprender adecuadamente el contenido del injusto de la conducta, se propone una hipótesis calificada, la cual se configura cuando el autor del delito tiene la calidad de guardador,

tutor o curador respecto de la víctima cuyo patrimonio se afecta, o ésta es un incapaz que se encuentra a cargo del agente bajo otra calidad.”¹⁴⁵

Partamos de la idea general que cada persona tiene, dentro de las atribuciones propias de su personalidad, y una vez que tenga la capacidad requerida por la legislación, de tener y administrar un patrimonio. Esa es la situación normal, la titularidad de dicha administración recaerá sobre la persona misma cuyo patrimonio le pertenece. Sin embargo, las características propias de las épocas modernas y contemporáneas han incrementado que dicha administración recaiga sobre una persona distinta, un tercero, que debe tutelar dicho interés patrimonial. Así podemos encontrar tanto personas naturales a las cuales, por ejemplo, un mandato legislativo obliga que su patrimonio sea administrado por un extraño, como en el caso de los pupilos, o de personas jurídicas, que por su propia condición de institución, organización o empresa, debe ser administrada a través de un tercero. Entonces, éste último termina en la práctica por ocupar el lugar de dicho titular para la administración de un patrimonio que no es el propio, existiendo por ende una consideración especial por tutelar, proteger y llevar a cabo su gestión, al menos de manera diligente y sin perjudicar al titular originario. Vemos que para realizar dichas actividades de administración, el sujeto estará premunido de un poder de actuación, que dependiendo de la relación interna que origine dicha traslación de titularidad, serán más o menos amplio, dado que en definitiva tendrá que someterse a negocios jurídicos para concretar determinados fines: comprar, vender, ceder, comprometer, etcétera.

Teniendo el sujeto “a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona” materializado por tanto en un poder de actuación, es que se requiere como contrapartida que cumpla con un deber principal, que es el deber jurídico de tutelar por el patrimonio que administra. El profesor Lautaro Contreras, haciendo una construcción dogmática del injusto de este nuevo delito, señalaba que “el deber de tutela patrimonial significa preocuparse de los intereses patrimoniales en lugar del dueño, ocuparse de tales intereses en beneficio y utilidad de este. Esto conlleva asumir responsabilidad y, por ende, cuidar en forma autorresponsable y autónoma los negocios del dueño. El deber de tutela patrimonial significa

¹⁴⁵ Historia de la Ley N° 21.121. Segundo Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, p. 6.

gestionar el patrimonio ajeno rigiéndose por el interés del titular de este, no por el interés propio.”¹⁴⁶

Como ha sido la tónica durante el transcurso de la investigación, partamos por señalar que el bien jurídico protegido por la tipificación del delito en comento es derechamente el patrimonio. Así se ha venido considerando a nivel internacional y así fue concebido para la legislación chilena. Al respecto, en la historia de la ley encontramos que “a nivel comparado, se trata de un tipo penal presente en la mayoría de las legislaciones penales modernas, erigiéndose como un pilar fundamental en la protección penal del patrimonio.”¹⁴⁷ La abogada¹⁴⁸ Consuelo Salinas S., señala que siendo el modelo alemán el adoptado para tipificar en nuestro ordenamiento el delito de administración desleal, no parece contrariar al respecto que se trate de un delito estrictamente patrimonial, y no como se podría llegar a pensar, infracción de un deber de lealtad, ya que este último sería el medio comisivo. “No sólo de la ubicación sistemática del precepto -párrafo 8 del Título IX de los Crímenes y Simples Delitos contra la Propiedad-, sino que del tenor literal del 470 N° 11 se desprende que lo que se busca proteger de forma principal es el patrimonio, pues se sanciona al que irroque perjuicio al patrimonio de otra persona, así no cualquier ejercicio abusivo de facultades de disposición ni cualquier ejecución u omisión de acciones de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio serán típicamente relevantes, sino sólo aquellas que produzcan un perjuicio en el patrimonio ajeno.”¹⁴⁹ Respecto a desechar el quiebre de lealtad o confianza, situación que se podía encontrar referenciada por el tipo alemán respecto a su propia tipificación del delito en comento, el profesor Luis Rojas señala: “no es posible colegir la confianza como bien jurídico, pues el deber de tutela patrimonial no supone necesariamente una relación fáctica de confianza. *Deber* tutelar no es lo mismo que gozar de confianza; el deber de lealtad pertenece a un plano distinto que la existencia fáctica de confianza. La relación de confianza no se protege como tal, sino solo en su referencia patrimonial; *el quiebre de confianza representa solo el modo de ataque al bien*

¹⁴⁶ CONTRERAS (2019), Exposición.

¹⁴⁷ *Ídem*.

¹⁴⁸ Abogada de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado (ULDDECO), Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

¹⁴⁹ SALINAS (2019), p. 239.

*jurídico protegido.*¹⁵⁰ El profesor termina por concluir que el bien jurídico protegido es exclusivamente el patrimonio.

En opinión del profesor español Adán Nieto, el delito de administración desleal, es de aquellos delitos más graves de los que atacan al patrimonio, y lo expresa de manera peculiar, dado que “el autor es un enemigo interno, actúa desde dentro, como un caballo de Troya.”¹⁵¹ Llega a esta conclusión porque hay tres aspectos de relevancia en la descripción del delito: la primera es que quien actúa como administrador es a la vez un garante de protección, tiene un deber de salvaguarda relevante y de primera necesidad debido al cargo o posición de la que goza, “en especial este deber es mucho más intenso y complejo que el del autor de apropiación indebida, que nace de un compromiso menor con el titular del bien que singularmente tiene en su poder, con una finalidad muy determinada.”¹⁵² Segundo, y por la razón anterior, el patrimonio que administra se encuentra indefenso frente a él, ya que lo maneja él mismo; y tercero, es que dicho autor actúa prevaleciéndose, valga la redundancia, de dichos poderes. Así, “si lo comparáramos con los delitos contra la vida sería una situación semejante al asesinato alevoso, por ejemplo con una metralleta, de un niño de corta edad por su padre.”¹⁵³

Al ser el patrimonio el objeto de protección de la norma, se colegirán consecuencias inmediatas y generales, en cuanto son aplicables a otros tipos penales que protegen al mismo bien, entre las que podemos mencionar: teniendo presente que se trata de un bien jurídico individual, la manifestación de voluntad o consentimiento del titular del patrimonio administrado podrá operar en definitiva como causal de exclusión del injusto, dado su carácter de disponible. En el ámbito procesal, podrá operar la figura de los acuerdos reparatorios como salida alternativa al proceso penal. Y conceptualmente, podríamos decir que respecto a la voz patrimonio, se haría extensible la configuración jurisprudencial y doctrinal que le ha dado contenido a dicho concepto, sobre todo respecto al perjuicio patrimonial, que se ha ido desarrollando y afianzando en torno a la estafa, a pesar de que, como veremos a continuación, no serían delitos que se lleven a cabo del mismo modo. Esto se deberá a que en los negocios actuales, en la actividad empresarial, o en el patrimonio de una persona natural inclusive, la

¹⁵⁰ ROJAS (2009), p. 140. Cursiva del texto.

¹⁵¹ *Op. cit.*, p. 250.

¹⁵² *Ídem.*

¹⁵³ *Op. cit.*, p. 251.

naturaleza del conjunto de objetos materiales reunidos en torno a la figura de patrimonio, tiene una naturaleza esencialmente dinámica. Ya lo mencionamos anteriormente, la concepción del perjuicio patrimonial y por ende del concepto de patrimonio, que tiene al menos reconocibles cuatro vertientes, la jurídica, la económica, la mixta o jurídico-económica y la personal o de los fines, deberá ser analizada por la doctrina nacional para hacer aplicable al tipo de administración desleal, la que mejor se ajuste al propósito de resguardo de los legítimos intereses patrimoniales de la víctima, que el sujeto activo del delito debe tutelar.

Continuando con lo anterior, es que respecto a la estafa el profesor Hernández en su conocido trabajo sobre Aproximación a la Problemática de la Estafa¹⁵⁴, estudiaba en base a los conceptos jurídico o económico y uno mixto que reparaba en uno u otro extremo, morigerando las falencias de cada uno. Sintéticamente, en los últimos años se decía que “el perjuicio consiste en una disminución del patrimonio del sujeto pasivo, pérdida que debe ser apreciable pecuniariamente, es decir, expresada en un valor económico, quedando descartadas, por ejemplo, las meras expectativas, al no ser comprendidas dentro del elemento típico. [...] Característico del perjuicio típico en la estafa es el menoscabo o detrimento patrimonial, que es afectado individualmente de manera real y efectiva, el que debe ser de consecuencia inmediata y directa del engaño.”¹⁵⁵ Postura que se acercaba a la concepción económico-jurídica seguido por la Corte Suprema¹⁵⁶ que, sin embargo, a nivel doctrinal comenzó a dar luces de nuevas interpretaciones, como la postura del profesor Miguel Caro Vidal, que después de analizar la concepción tradicional que se ha exigido para caracterizar la estafa, propone que sería más apropiado el concepto personal del patrimonio “con el fin de evitar una serie de situaciones en las cuales se generaría una laguna de punibilidad conforme a los conceptos de patrimonio

¹⁵⁴ HERNÁNDEZ (2003).

¹⁵⁵ LEYTON (2014), p. 153.

¹⁵⁶ Podemos mencionar por ejemplo la sentencia de dicho tribunal de día 10.10.2013, Rol N° 2926-2013, a propósito del análisis del delito de estafa.

“Y falta algo más por decir, se excluye el perjuicio en el injusto en comento, si la merma asociada a la disposición patrimonial ha sido fácticamente compensada de alguna forma, de manera que a pesar de no recibirse aquello a lo que se tenía derecho, lo percibido equivale -compensa- económicamente a lo dado o pagado (SCS, Rol N° 707-09 de 02.12.2009). En ese entendido, y a la siga de las concepciones mixtas o económico-jurídicas hoy dominantes en el estudio del concepto de patrimonio [cita a Hernández] el desembolso de dinero para adquirir la mercadería en que incurre el querellante, en sí no supuso un perjuicio para él, porque le significó a cambio un crédito contra Thermal Transfer Ribbon Ltda. por un monto equivalente a lo gastado, resultado comercial y jurídico que era precisamente buscado por el querellante, y además conseguido, pues nació su derecho personal contra la sociedad, con indiferencia de su omisión en el registro contable, omisión que en todo caso, no extingue ni conlleva un detrimento cierto y verificable para el derecho adquirido, el cual sigue existiendo, con la misma validez y exigibilidad. Destacado nuestro

favorecidos por las corrientes principales (y tradicionales), sin que por ello se extienda por medio de una integración analógica (expresamente prohibida en nuestro ordenamiento jurídico penal) del tipo de estafa. Además, considerando que efectivamente el perjuicio patrimonial, como efecto pernicioso posterior al acaecimiento del engaño típicamente relevante (el engaño que genera efectivamente el peligro de daño para el patrimonio de la potencial víctima, excluyente de las simples mentiras o fraudes civiles) reviste de forma habitual el carácter de frustración de legítimas expectativas y pérdida de oportunidades. En resumen, la limitación del ejercicio de libertades que pueden ser ejercidas por el titular del patrimonio en el ámbito de los negocios jurídicos en un determinado y concreto contexto social.”¹⁵⁷ En todo caso, a pesar de lo constatado por Caro, no es menos cierto que se reconocen tanto a nivel nacional como en el caso español que “podrían integrar dicho concepto [mixto o económico-jurídico] las expectativas de aumento patrimonial, siempre que junto con los requisitos de certeza y determinación, el valor económico de dichas expectativas pueda ser realizado a través de un negocio jurídico de cambio aprobado por el ordenamiento jurídico”¹⁵⁸, obviamente, actividad lucrativa que debe depender de quien administra dicho patrimonio.

Continuando con el análisis de este nuevo tipo penal, deberemos señalar que está establecido en términos amplios, en cuanto el legislador no ha establecido las formas exactas de la acción que debe cometer el sujeto activo para llevar a cabo el delito, en otras palabras, no se expresan los actos infraccionales con el desvalor suficiente para clasificarlos como atentados precisos contra el patrimonio ajeno. Sin embargo, al igual que su símil alemán, se distinguen dos ramas, subtipos o modalidades de comisión de administración desleal. Primero, el tipo de abuso, que se desprende del tenor literal de la norma, consistente en “ejercer abusivamente facultades para disponer por cuenta de ella u obligarla”, siendo este último, por supuesto, el patrimonio de la víctima. Como señala el profesor Rojas, hablando del modelo alemán, “la conducta infractora del deber consiste en un uso erróneo del poder jurídico sobre patrimonio ajeno, el cual implica sobrepasar lo permitido jurídicamente dentro de lo posible jurídicamente. El tipo de abuso responde a la circunstancia de que el poder jurídico en la relación externa puede exceder la facultad en la relación interna en razón de reglas estandarizadas de representación.”¹⁵⁹

¹⁵⁷ CARO (2019), p. 144.

¹⁵⁸ *Op. cit.*, p. 249.

¹⁵⁹ *Op. cit.*, p. 156.

Entonces, habría una especie de conflicto entre ambas relaciones, como lo expresa el profesor, ya que, por un lado en la relación externa, el agente actúa con poder suficiente de representación, por tanto, obligando al titular del patrimonio que administra pero, verificada en la relación interna es que se haya la lesión del deber de salvaguarda, o sea, si se evidencia un interés diverso al del titular del patrimonio, podría perfectamente haber actuado de manera abusiva. A diferencia de otros delitos patrimoniales, “el injusto de la administración desleal consiste en la lesión del patrimonio ajeno cometida “desde adentro” de la esfera de la víctima. Y ello sólo sucederá cuando exista una relación interna entre autor y víctima cuyo eje es el deber de velar por los intereses ajenos.”¹⁶⁰ Como señalan Pastor y Coca, es necesario que quien vele por los intereses goce de un verdadero poder jurídico sobre el patrimonio afectado, para que sea capaz de obligarlo.

Los actos que pueden tener connotación de ejercicio abusivo, según Rojas, podrán efectuarse, siempre en consideración de las facultades dadas en la relación interna, de distintas maneras: “ejercer la facultad de disponer significa modificar el patrimonio en su estado jurídico (p. ej. con la constitución de una prenda), transferirlo (p. ej. mediante la cesión de un crédito) o alzarlo (p. ej. condonación de una deuda). Ejercer la facultad de obligar significa cargar el patrimonio con una obligación (p. ej. tomando un crédito o reconociendo una deuda).”¹⁶¹ Como se evidencia, en abstracto podrían considerarse actuaciones ordinarias o per se permitidas, mas la relación interna y, por exigencia legal, la causación de un perjuicio, calificarán la acción como delictual o no respecto al tipo de administración desleal. Si consideramos el caso español, que no es fuente directa al nuestro, pero sí tiene una influencia importante, el abuso estaría dado por un exceso en la actitud del administrador. Dicho exceso debe ser relevante en cuanto efectivamente viola el deber de salvaguarda patrimonial, y para localizarlo habrá que referirse a las reglas que emanan del poder del autor. Como explica Nieto, “en los casos en que la administración provenga de un mandato con poder de representación (arts. 1709 ss. CC) existirán indicaciones expresas del titular del patrimonio acerca de cómo quiere que realice una determinada gestión. A falta de estas indicaciones o completando su contenido, deben emplearse criterios como la diligencia de un buen padre de familia o la buena fe. En los supuestos de administración desleal societaria serán claves los criterios de un representante leal y diligente,

¹⁶⁰ PASTOR Y COCA (2013), p. 39.

¹⁶¹ *Op. cit.*, p. 159.

tal como se concretan en el derecho de sociedades, en los códigos de buen gobierno corporativo y en los estatutos de la sociedad.”¹⁶²

La segunda modalidad de comisión se le conoce como tipo de infidelidad o quiebre de confianza, y estaría recogido en la parte final del párrafo respectivo: “sea ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado”. Al respecto, Salinas dispone que “en el tipo de infidelidad, que expresamente admite comportamientos activos y omisivos, el autor utiliza el poder que tiene “puertas para adentro” y lesiona el patrimonio mediante su capacidad de gestionar, ordenar o tomar decisiones que afectan a la función de activos patrimoniales.”¹⁶³ A diferencia del tipo de abuso, no habría necesariamente una actuación frente a terceras personas o mediante poder de representación, sino que podría darse dentro del propio sistema institucional en el cual se gestiona o administra el patrimonio que se debe resguardar. Así, “esta esfera de decisión interna abarca una casuística muy elevada de decisiones patrimoniales. Algunas tienen contenido positivo: decidir el destino de los locales o inmuebles de la empresa, la utilización de la mano de obra y de las herramientas y medios de la empresa, el ritmo de producción, etc., mientras que otras tienen contenido omisivo: decidir que no se aproveche una oportunidad de negocio, permitir que siga adelante un curso causal que va a lesionar el patrimonio de la entidad (*vgr.*, dejar correr un plazo de prescripción de una deuda, pero también dejar que una maquinaria siga funcionando sin repararla, resultando inservible al poco tiempo), tolerar que otros se aprovechen indebidamente de los bienes de la empresa, etc.”¹⁶⁴.

Como expresaba Hernández en su trabajo sobre la administración desleal, a propósito del estudio del modelo alemán, se considera que hay una relación de género a especie¹⁶⁵ entre el tipo de infidelidad y el tipo de abuso. Por ende, los aspectos que mencionaremos a continuación tendrán aplicación en ambas modalidades. Será siempre importante tener presente que estamos frente a una figura penal que consistirá en una producción de perjuicio patrimonial por infracción del deber de salvaguarda del patrimonio y por ende de los intereses patrimoniales de la víctima. Porque de esta manera admitiremos que, siendo la administración y gestión

¹⁶² *Op. cit.*, p. 255.

¹⁶³ *Op. cit.*, p. 253.

¹⁶⁴ NIETO *op. cit.*, p. 253.

¹⁶⁵ *Op. cit.*, p. 243.

actividades que no están ajenas a riesgo, sin embargo, como las acciones deben enmarcarse en dicho deber, y entendiendo que el derecho penal actúa bajo el principio de ultima ratio, las acciones del autor deberán ser manifiestamente contrarias al interés del titular. Como señala el profesor Jorge Bofill, “no cualquier infracción al deber de tutela o salvaguarda patrimonial sería constitutiva de administración desleal, sino solo aquellas que revistan cierta gravedad o intensidad.”¹⁶⁶ Continúa el profesor, utilizando razonamientos tomados del Tribunal Federal de Justicia de Alemania, que se deben considerar diversos factores: “la existencia de un interés particular del administrador (conflicto de intereses); si la decisión se ha adoptado tras una consideración cuidadosa de los diversos factores; si ha sido transparente y con amplio consenso, entendiendo además la transparencia tanto como método, como cumplimiento de obligaciones (anotación en los balances, correcta contabilización, etc.); y, finalmente, si la situación económica de la empresa hace razonable atender a objetivos de carácter social, de creación de buen clima. Ninguno de estos factores resulta por si solo determinante.”¹⁶⁷ Refiriéndose al caso argentino, el profesor Gramática Bosch entiende que hay una verdadera referencia al principio *neminem laedere*, es decir, el deber de no dañar a otros, y opina que la obligación “acarrea el menoscabo de un derecho patrimonial en forma de lesión de un deber negativo de no privar o disminuir, contra la voluntad de su titular, la sustancia jurídica de su derecho y de no constituir obligaciones contra su voluntad y en su perjuicio. En otras palabras, la lesión de un deber negativo de no reducir el estado patrimonial garantizado o la protección de disfrutar y conservar un determinado *statu quo* con relación al valor de su derecho patrimonial.”¹⁶⁸

Respecto al sujeto activo del delito, ya hemos venido utilizando la figura del administrador o gestor, lo que debe ser complementado del tenor literal de la norma, que señala “al que teniendo a su cargo la salvaguarda o la gestión del patrimonio de otra persona, o de alguna parte de éste, en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto o contrato”. Lo que permitiría establecer que estaríamos frente a un delito especial, en cuanto sólo sería autor idóneo aquel que tenga, valga la redundancia, a cargo la salvaguarda o gestión de patrimonio ajeno. El propio legislador se encarga de señalar las fuentes que tendría dicho encargo, difiriendo en esta parte a su símil alemán, que además de las tres mencionadas, considera, para la

¹⁶⁶ BOFILL *et al.*, p. 72.

¹⁶⁷ *Ídem.*

¹⁶⁸ GRAMÁTICA (2019), p. 120.

modalidad de quiebre de confianza, una relación de confianza que no tendría necesariamente fuente jurídica o una relación jurídica previa y suficiente. Entendamos que quien recibe dicho deber, no sólo debe cuidar de dicho patrimonio en sentido estricto, y como señala Salinas haciendo mención del caso alemán, “el deber de tutela de intereses patrimoniales ajenos significa preocuparse de ellos en lugar del dueño, ocuparse de los mismos en beneficio y utilidad de éste, lo que conlleva asumir responsabilidad y, en consecuencia, cuidar en forma auto-responsable de los negocios por él y para conservación y aumento de los intereses confiados, que de otra manera él mismo habría tenido que realizar.”¹⁶⁹

A continuación, procede afirmar que respecto al tipo subjetivo, la administración desleal es un delito doloso que, como señala escuetamente Bofill, “admite tanto dolo directo como eventual, no apreciándose limitaciones al respecto en el tipo. No se exigen elementos subjetivos adicionales al dolo, como, por ejemplo, el ánimo de lucro.”¹⁷⁰ Sin embargo, es necesario ahondar en cuanto a la actitud dolosa del administrador, la que no debe basarse sólo en la posición de causar un perjuicio al patrimonio -y por ende, al titular- que administra, sino que debe abordarse desde la posición misma que lo puso como garante del deber de tutela. Como señalan los catedráticos Pastor y Coca, “únicamente actúa de forma típica aquel que, conociendo su posición de garantía o de dominio en la custodia del patrimonio ajeno, infringe su deber de custodia (en el tipo de abuso, mediante el uso indebido de sus facultades de disposición; en el tipo de infidelidad, de cualquier otro modo), sabiendo que con ello menoscaba el patrimonio que le había sido conferido para su salvaguarda.”¹⁷¹ La relación interna anterior que tiene el autor es relevante para el análisis del tipo subjetivo, ya que parte de un riesgo prohibido de su conducta. Como señala Rojas, a propósito del tipo alemán, “dolo de administración desleal es entonces conocer el sobrepasamiento del riesgo permitido, es decir, conocer la producción de un riesgo que conlleva la acción infractora del deber para el patrimonio ajeno.”¹⁷² Por la forma de redacción de nuestro legislador, debemos entender que no se admitiría culpa del agente, y se recogería el tipo subjetivo mencionado en el párrafo en comento.

¹⁶⁹ *Op. cit.*, p. 251.

¹⁷⁰ *Op. cit.*, p. 75.

¹⁷¹ *Op. cit.*, p. 42.

¹⁷² *Op. cit.*, p. 171.

2. Doctrina y jurisprudencia alemana y española.

A estas alturas, es indudable que el legislador chileno se basó en el delito de administración desleal desarrollado por los alemanes, sin embargo, también es innegable la influencia que ha tenido la legislación española que, sobre todo por los comentarios de la doctrina y el desarrollo de la jurisprudencia, ha permitido relacionar ambos tipos penales, el de apropiación y distracción indebidas con la administración desleal. Para hacer una aproximación, haremos una caracterización sucinta y señalamiento de hitos relevantes para la interpretación de ambas, con el objeto de ir cerrando, en el próximo acápite, con la propuesta de delimitación del injusto de ambos tipos penales.

Partamos con la situación alemana. Como señalaba Héctor Hernández, ya desde el siglo XIX que había en la legislación penal de esas tierras una separación entre delito contra la propiedad, en la forma de apropiación, y delitos contra el patrimonio, en la forma de administración desleal o *Untrue*, que es la palabra utilizada por ellos para ese tipo penal. Dicha diferencia se plasmó definitivamente con los cambios que se le hicieron al Código del ramo para el año 1998, con la Sexta ley de Reforma al Código Penal, donde “el tipo [de apropiación indebida] sufrió una transformación radical al renunciarse a la exigencia de posesión o custodia. Ahora el tipo básico se limita a reprimir la apropiación antijurídica (para sí o para un tercero) de una cosa mueble ajena.”¹⁷³ Teniendo en cuenta que la calidad de bien mueble ajeno se determina por las reglas de orden civil, termina por consolidar que el bien jurídico protegido detrás de esa caracterización del tipo es la propiedad. En el caso del dinero u otros bienes fungibles, sólo podría condenarse si los actos que recaen sobre ellos satisfacen los requerimientos exigidos por los tipos de los delitos de estafa o de administración desleal respectivamente.

En el caso del tipo de la administración desleal, también su génesis data del siglo XIX, y si bien era desarrollado de un modo más casuístico, desde la última reforma de dicho precepto legal el 26 de mayo de 1933, que está plasmado en el artículo § 266, que de acuerdo al profesor Rojas y después de las últimas reformas que sufrió, se traduce de la siguiente manera: “el que abusa de la facultad de disponer sobre patrimonio ajeno o de obligar a otro, que se la ha conferido

¹⁷³ *Op. cit.*, 220.

mediante ley, encargo de autoridad o acto jurídico, o que infringe el deber de cuidar intereses patrimoniales ajenos, que se la ha impuesto en virtud de ley, encargo de autoridad, acto jurídico o una relación de confianza, y con ellos infringe un perjuicio a la persona, cuyos intereses patrimoniales él debe tutelar, será castigado con pena privativa de libertad hasta cinco años o con multa”¹⁷⁴. Resalta de la sola lectura de la traducción propuesta las similitudes que guardan las caracterizaciones legislativas de ambas naciones, chilena y alemana, en la redacción del tipo. La amplitud de la disposición y su temprana adopción en el ordenamiento jurídico alemán sustrajo a la doctrina y jurisprudencia de propuestas de ampliación del tipo de apropiación indebida para subsanar lo que en España y en nuestro ordenamiento nacional se reconocía como una verdadera laguna legal.

Sin embargo, que el tipo de administración desleal haya sido tempranamente recogido por dicho ordenamiento, no significaba per se que estuviera exento de polémica doctrinal. Uno de los conflictos más importantes debatidos guardaba relación con su amplitud. Al respecto, los profesores Pastor y Coca señalaban, cuando se hizo la última modificación al tipo español del año 2015, que “el modelo de regulación alemán tiene la capacidad de dar respuesta a todos los casos de gestión desleal, abarcando desde la gestión del tutor hasta la del administrador de un patrimonio de una persona física o jurídica. Sin embargo, el precepto alemán es, a la vez, objeto de importantes críticas por su indeterminación, algo en lo que el legislador del APCP¹⁷⁵ no parece haber reparado al incorporar dicho precepto a nuestro ordenamiento jurídico.”¹⁷⁶ Incluso dicha amplitud o redacción genérica fue pretendidamente atacada por vía constitucional, así es como en Alemania “se planteó en su día una cuestión de inconstitucionalidad resuelta por el Tribunal Constitucional alemán de forma negativa, al considerar que existía una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo germano sobre este delito, de forma que las conductas subsumidas en el mismo podían conocerse de antemano y, por ello, eran previsibles, lo que eliminaba la posibilidad de inconstitucionalidad, por vulneración del principio de taxatividad.”¹⁷⁷ Resulta relevante que la cuestión se resuelva atendiendo a la jurisprudencia, dado que, como en nuestro ordenamiento sólo recientemente se ha logrado concretizar el tipo

¹⁷⁴ *Op. cit.*, 139.

¹⁷⁵ Anteproyecto Código Penal.

¹⁷⁶ *Op. cit.*, p. 39.

¹⁷⁷ JUANES P. (2017), p. 10.

de administración desleal en la legislación penal, serán las resoluciones judiciales y las discusiones doctrinales las que empezarán a dar, en definitiva, contenido a dicho tipo penal.

Otro conflicto que sigue presente guarda relación con las distintas modalidades de comisión. Como señalábamos respecto al tipo chileno, en la figura alemana se reconocen dos modalidades, el tipo de abuso y el tipo de infidelidad y, dada su redacción, una posición doctrinal señalaba que para el primero no era necesario el ataque a los intereses patrimoniales que supuestamente el administrador debe salvaguardar, bastaba con el ejercicio abusivo de su posición. Se le denomina teoría dualista y partía de la redacción misma de la norma, que como vimos más arriba, habría una separación entre el tipo de abuso, en las líneas del precepto legal y, el tipo de infidelidad, que evidentemente desde el punto literal tiene confirmación sólo al final de la descripción, pudiendo ser separadas una de otra, por ende llegar a la conclusión que se trataría perfectamente de dos tipos separados. Sin embargo, y en opinión de Rojas y a las fuentes doctrinales que cita, “en una perspectiva teleológica, la teoría dualista permite una comprensión diferenciada del tipo de abuso y del de quiebre de confianza, que en esa medida abarcan constelaciones distintas. No obstante, el aserto de que la posición de tutela patrimonial es el núcleo de ambos tipos, debe verse hoy en día como incontestable.”¹⁷⁸ Así, es que podemos decir que predomina la posición contraria, en que se reconocen una verdadera coordinación entre ambos tipos, pasando de uno genérico -quiebre de confianza- a uno particular -el abuso-, mirando siempre la tutela de los intereses patrimoniales como fundamento de ambas. Como señala Salinas, “la discusión en Alemania gira en torno a si ambas hipótesis exigen por igual el vínculo entre el agente y la víctima, o si esta exigencia rige sólo para el tipo más amplio, el de infidelidad. A partir de un pronunciamiento del Tribunal Supremo Alemán, la postura dominante es la que exige un especial deber de cuidado respecto del patrimonio de la víctima en ambas hipótesis (teoría monista)”¹⁷⁹.

Por otra parte, el caso español tampoco estuvo exento de críticas y problemas de implementación. Como revisamos en su momento, frente a la constatación doctrinal y de la jurisprudencia de la carencia de un tipo base de administración desleal que cuidara o protegiera el patrimonio de ataques donde hubiese una relación fiduciaria o de confianza anterior al acto

¹⁷⁸ *Op. cit.*, p. 150.

¹⁷⁹ *Op. cit.*, p. 252.

mismo de la defraudación, obviamente, sobre hechos delictuales que no revestían o definitivamente no satisfacían otros tipos penales. Misma constatación tienen los profesores Luzón Peña y Roso Cañadillas, al señalar que "la creación del tipo de administración desleal societaria y su introducción en el CP de 1995 obedece a una necesidad real: la de dar una respuesta a una serie de prácticas ilícitas que contienen la suficiente entidad para no bastar la respuesta de las demás ramas del ordenamiento jurídico y legitimar, por ello, la intervención penal, pero cuya punición era antes imposible, porque, al tratarse de gravísimas infidelidades del administrador pero sin engaño previo al administrado y sin apropiarse tampoco de bienes, sus elementos no están incluidos ni en la estafa, ni en la apropiación indebida. Eso es lo que el legislador español hizo con la tipificación de la administración desleal, aunque sólo en el ámbito societario, en el art. 295 del CP, ante las peticiones reiteradas de doctrina y jurisprudencia, que ponían de relieve la insuficiencia del resto de delitos patrimoniales y la existencia entonces de una laguna legal."¹⁸⁰

La disposición normativa en cuestión se encontraba localizada en el Capítulo XIII "De los delitos societarios", que a su vez se contenía en la segunda mitad del Título XIII sobre delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Expresamente el artículo 295 señalaba que "los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido." Su esquematización, como delito societario producía, de partida, que el análisis del bien jurídico protegido tuviera doble vertiente, por un lado como ataque al patrimonio, que del tenor literal pareciera ser el de cada socio, depositario, cuentapartícipe, considerado individualmente, y por otro el ataque al orden socioeconómico y, más particularmente, del correcto desarrollo del derecho de sociedades. Sin embargo, y como señalan Luzón y Roso, "la mayoría de la doctrina considera que el patrimonio social es el bien jurídico protegido por la propia naturaleza de las cosas y que hay que bordear en este punto la mala

¹⁸⁰ LUZÓN Y ROSO (2013), p. 195.

técnica legislativa, pues se argumenta que está claro que para dañar el patrimonio de los socios, cuentapartícipes y demás sujetos pasivos señalados hay que lesionar el patrimonio social y parece imposible dañar los patrimonios individuales, sin lesionar el patrimonio social.”¹⁸¹

Consideremos que la reforma que estableció dicho delito para el ámbito societario convivía con la adecuación que se estableció del anterior artículo 535, en el artículo 252 que señalaba: “serán castigados con las penas del artículo 249 ó 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable.” Entonces, se producía la discusión de si la apropiación indebida, en su verbo distraer, seguiría teniendo la interpretación que había empezado a acoger la jurisprudencia española en la década de los noventa del siglo pasado, en cuanto a señalar que en dicho artículo 535 convivían dos tipos penales, el de apropiación indebida propiamente tal, como delito contra la propiedad que recaía sobre un bien mueble ajeno, y la distracción indebida, o, como se le denominaba, gestión desleal, que recaía sobre dinero o bienes fungibles, delito contra el patrimonio. Así lo constata el profesor español Javier Gómez Lanz, que señalaba que “ya antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1995 aparecieron resoluciones de la Sala 2da. del Tribunal Supremo que afirmaban que en el artículo 535 del Código de 1944-1973 no se describía sólo un tipo delictivo, sino dos comportamientos típicos substancialmente diversos: el de apropiación (que exige incorporación al propio patrimonio -a veces se alude meramente al “ánimo” de incorporación- de cosas muebles ajenas) y el de distracción (que sólo implica la gestión desleal del patrimonio que se administra, causando un perjuicio al titular de éste último). Esta opinión, que involucraba la afirmación de que una de las modalidades típicas del delito de apropiación indebida carecía de naturaleza apropiatoria, halló también acogida entre los dogmáticos, aunque en menor medida que la primeramente expuesta.”¹⁸² Recordamos que, como analizamos en su momento, parte de la doctrina defendía que tanto apropiación como distracción obedecían a actos en definitiva, de naturaleza o similar entidad apropiatoria. Aunque también “la única diferencia radicaba, según

¹⁸¹ *Op. cit.*, p. 198.

¹⁸² GÓMEZ (2008), p. 4.

la versión más extendida de esta opinión, en la identidad del beneficiario de la conducta: el propio sujeto activo (en el caso de la “apropiación”) o un tercero (en el caso de la “distracción”).¹⁸³

Continuando con la idea anterior, se consideraba igualmente entre las razones que se daban para la existencia de esta discusión era la redacción del tipo que señalaba expresamente que la acción penalmente relevante era la de “disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad”, o sea, se utilizaba la palabra disponer, que también era utilizada en otros tipos penales. Como abordaban Bajo Fernández y Lozano Miralles en los primeros años de vigencia del nuevo Código, “en efecto, obsérvese que, aparte del art. 295 en que se utiliza como verbo típico para describir la conducta punible, en los preceptos de la estafa (art. 248) sirve para describir una de las partes en que se divide la acción punible (“acto de disposición”) y en la apropiación indebida se define la consumación por parte de doctrina y jurisprudencia como la disposición de la cosa como propia de modo que implique incumplimiento definitivo de las obligaciones de entregar o devolver. [...] Aunque con la apropiación indebida la diferenciación es más compleja [que con la estafa], conviene la doctrina en que son distintos los bienes jurídicos, siendo la propiedad (o el derecho de crédito para el caso del dinero) el objeto de protección en la apropiación indebida, frente al patrimonio del delito de administración desleal. También se conviene que en el delito societario no se produce un acto de disposición de la cosa como propia de modo que implique un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, sino simples usos dominicales ilícitos.”¹⁸⁴ En otras palabras, la disposición fraudulenta no estaría pensada en el sentido de consumación de la apropiación indebida, y en el caso del sujeto activo, como disposición de la cosa como propia por parte del autor, “sino en el uso o abuso del administrador respecto de los bienes de la sociedad de modo que supone una extralimitación de las facultades. De tal modo, que si en lugar de este comportamiento, el administrador dispone de la cosa como propia implicando el incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, no concurriría el art. 295 sino la apropiación indebida del art. 252.”¹⁸⁵ Siempre y cuando no concurren los otros requisitos establecidos en el propio artículo 295 respecto al perjuicio patrimonial social y el enriquecimiento propio o de tercero.

¹⁸³ *Ídem.*

¹⁸⁴ BAJO Y MIRALLES (1999), p. 421.

¹⁸⁵ *Op. cit.*, p. 422.

Mientras la doctrina discutía, la jurisprudencia se manifestaba, y a través de sus fallos podemos encontrar al menos tres hitos relevantes en cuanto a la manera de resolver la discusión que venimos atendiendo en los dos párrafos anteriores. La primera de aquellas tiene relación con la sentencia 224/1998 sobre el caso popularmente conocido como caso Argentinia Trust, de la Segunda Sala del Tribunal Supremo, dictada el 26 de febrero, en cuyos considerandos séptimo y octavo establece la que se conoce como criterio de los “círculos secantes”. Reproduciremos de manera reducida ambos por la relevancia de sus argumentos: “lo cierto es que en el art. 535 CP derogado se yuxtaponían -como siguen yuxtaponiéndose en el art. 252 del vigente- dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. En esta segunda hipótesis el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquél, esto es, como consecuencia de una gestión en que el mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su status. De acuerdo con esta interpretación de la norma que describe el delito de apropiación indebida [...] el uso de los verbos «apropiarse» y «distraer» en el art. 535 CP 1973, no sugiere, como ha dicho algún autor, la sutil diferencia que existe entre la apropiación directa o descarada y la taimada, sino la que claramente separa a la apropiación en sentido estricto, en que es precisa la incorporación de la cosa mueble ajena al patrimonio del que obra con ánimo de lucro, de la gestión fraudulenta en que la acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado, sin que sea imprescindible en este tipo -aunque tampoco quepa descartarla- la concurrencia del *animus rem sibi habendi* sino sólo la del dolo genérico que consiste en el conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona o, por decirlo con una conocida expresión sumamente plástica, el que consiste en «saber lo que se hace y querer lo que se sabe». [...] El art. 295 CP vigente ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del art. 252 pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo, para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetraran en un contexto societario. Será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo

tiempo en el art. 252 y en el art. 295 CP vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. Pero este concurso de normas, que es justamente el que se produce en el caso que ha dado origen a este recurso, se ha de resolver de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.4 CP vigente, es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave, que es lo que correctamente hizo el Tribunal de instancia en la sentencia recurrida.”¹⁸⁶

El motivo principal para que la sentencia haya discurrido entre un artículo y otro, asumiendo en definitiva que hay concurso de leyes penales, se debía a que el delito societario establecido en el artículo 295 tenía una pena asignada, alternativamente, menor que la establecida para el artículo 252, dada las calificantes por remisión al artículo 250, ponderada en abstracto más gravosa. Los profesores Luzón y Roso, analizando el verbo disponer, señalaban que “este verbo típico del art. 295 –disponer de bienes– no es idéntico, sino más amplio que los verbos utilizados en el art. 252, apropiarse o distraer, y supone por tanto, respecto de las acciones previstas en la apropiación indebida, una ampliación de las conductas típicas abarcando también acciones menos graves en sus repercusiones, lo que (unido a que aquí el perjuicio causado no ha de exceder de 400 € para constituir delito como en la apropiación indebida) explica que sea algo más benigna la pena de la administración desleal.”¹⁸⁷ Opinión que se concordaba con la idea de que, a pesar de que al tratar de diferenciar la acción típica entre uno y otro delito, debería señalarse que quien se apropia -en los términos clásicos de la apropiación indebida- o distrae no incurre en un acto de administración desleal -para no vaciar de contenido la disposición legal correspondiente- sino más bien en un acto de apropiación indebida, en definitiva sí habría congruencia en que los actos de disposición, aparte de los amplios que puede cometer un administrador incluyen la apropiación y la distracción, y “en efecto, las actuaciones de apropiación o distracción de bienes sociales que, siendo de carácter dominical y teniendo una apariencia de legitimidad y regularidad, implican un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, son apropiaciones indebidas, pero también simultáneamente administraciones desleales societarias, pues **implican *eo ipso* un acto de disposición fraudulenta de bienes**. No hay acto de disposición de bienes más claro ni mayor deslealtad y fraude en la administración que la indebida y definitiva disposición dominical de apropiación

¹⁸⁶ Citada por DOLZ (2017), p. 9 y 10.

¹⁸⁷ *Op. cit.*, p. 202.

de los bienes o distracción del dinero o efectos por el administrador social.¹⁸⁸ En nuestro ordenamiento, según Oficio de indicaciones del Ejecutivo se mencionó al respecto de las penas asignadas al nuevo delito que “la ubicación propuesta (incorporar un nuevo número al artículo 470 del Código Penal) asegura que la discusión sobre si en un caso concreto concurrirán las exigencias de este nuevo tipo penal o de la apropiación indebida tenga sólo interés académico, pues la pena asignada es la misma.”¹⁸⁹

La jurisprudencia continuó aplicando este criterio y siguió incluso citando la sentencia en cuestión, sin embargo, el 29 de julio del año 2002, en el fallo sobre el caso Banesto¹⁹⁰, encontramos una consideración diversa para distinguir la relación existente entre los artículos que hemos venido comentando, y en este caso la Segunda Sala del Tribunal Supremo señalaba que en realidad no habría concurso penal entre el artículo 252 y el 295, dado que no existe una zona de intersección entre los círculos de tipificación, expresión usada por el mismo tribunal. De esta manera, como sostiene Gómez a propósito del análisis del fallo, “el único punto de contacto entre ambos artículos es el administrador de hecho o de derecho de la sociedad, quien, ubicado en esta posición de confluencia, puede desarrollar conductas (i) atípicas (“cuando se ajusta a los parámetro y normas marcados por los usos y necesidades de la sociedad que administra, comportándose fiel y lealmente”, o bien “realiza operaciones erróneas o de riesgo que entran dentro de las previsiones normales de desenvolvimiento del mundo mercantil”), (ii) típicas de disposición fraudulenta de bienes sociales del artículo 295 (“cuando el administrador actúa, prevaleciéndose de las funciones propias de su cargo, con las miras puestas en obtener un beneficio propio o de procurárselo a un tercero”, sin “ingresar en el patrimonio propio bienes pertenecientes a la sociedad, bastando simplemente con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada de su comportamiento desleal”) y (iii) típicas de apropiación indebida del artículo 252 (“cuando el administrador, prevaleciéndose como es lógico de su cargo y de su posición en la

¹⁸⁸ *Op. cit.*, p. 203. Negrita de los autores.

¹⁸⁹ Historia fidedigna de la Ley 21.121. Segundo trámite constitucional en Cámara de Diputados. p. 6.

¹⁹⁰ “Mario Conde, [...] fue condenado en 2002 a 20 años de cárcel por el llamado “caso Banesto”, en el que se produjo un fraude contable de unos 3.000 millones de euros (501.200 millones de pesetas, entonces) y un agujero de 3.636 millones (605.000 millones de pesetas). [...] El Tribunal Supremo dio carpetazo al caso el 29 de julio de 2002, casi diez años después de que saliera a la luz el escándalo financiero que se descubrió cuando el Banco de España cesó al equipo gestor de entonces, presidido por Conde, y colocó a Alfredo Sáenz Abad, entonces vicepresidente del BBV, como nuevo presidente provisional de la entidad. [...] Dada la complejidad de los hechos analizados, tanto la instrucción como el juicio oral convirtieron este caso en uno de los procesos más largos de la historia de los delitos económicos.” El País online (11 de abril de 2016).

entidad societaria realiza actos materiales encaminados a la adjudicación en beneficio y lucro propio de bienes pertenecientes a la sociedad”).¹⁹¹ Denominada doctrina de los “círculos tangentes”, se reúne como requisito común el sujeto activo del delito, es decir, particularmente en el caso de un administrador, tanto de hecho o de derecho, cuando tiene a su cargo un patrimonio de carácter social (societario). Haciendo este giro, no sólo se empeña por resolver el concurso penal de normas, también introduce “la constancia de la incorporación al patrimonio del sujeto activo de los bienes que constituyen el objeto material de la conducta”¹⁹², apartándose de la doctrina en cuanto a entender que la distracción se realizaba para beneficiar a un tercero. De aquí que comienza a darse atisbos de reconocimiento en cuanto a que en ambos artículos conviven distintos delitos, a pesar de que se seguía haciendo referencias a la doctrina de los “círculos secantes”.

Para el año 2005 encontramos nuevamente una leve diferencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y se manifiesta una nueva fórmula de acercamiento al problema, esta vez relacionado con el carácter intensivo y extensivo de los actos del administrador. Parte señalando que la distracción tiene naturaleza apropiatoria, ya que quien actúa lo hace disponiendo en definitiva del bien fungible entregado a su encargo, con la correlativa no devolución, o sea, lo hace más allá de lo dispuesto por el título de entrega. Y si bien este acercamiento que hace a la doctrina que considera relevante el carácter expropiatorio de la disposición que se hace del dinero o bienes fungibles afines es interesante, no es clave al momento de delimitar la diferencia entre los artículos que venimos revisando, y como constata el profesor Gómez, “la sentencia distingue entre los supuestos “exceso extensivo” y los de “exceso intensivo” en la administración. En los primeros, típicos del artículo 252, se produce “una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio a un tercero. (...) la deslealtad supone una actuación fuera de los que el título de recepción permite”; en cambio, en los segundos, típicos del artículo 295, “el administrador desleal actúa en todo momento como tal administrador (...) dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. (...) su

¹⁹¹ *Op. cit.*, p. 9.

¹⁹² *Ídem.*

actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas”.¹⁹³ Entonces, el autor en el caso de la distracción, actuaría fuera de lo permitido, de manera excesiva respecto al título por el cual detenta la cosa, en cambio, en contexto de administración desleal societaria, actuaría dentro de las esferas de su competencia, pero provocando un perjuicio. Como constata Ángel Juanes, quien fuera Vicepresidente del Tribunal Supremo, “el desvalor de su conducta radica en que lo hace de forma abusiva, con abuso de las funciones propias del cargo. Su exceso funcional no es de naturaleza cuantitativa, por extralimitación, sino de orden teleológico, por desviación del objeto perseguido y del resultado provocado. El bien jurídico también será distinto en ambos casos, pues mientras que en la apropiación indebida del art. 252 Código penal el bien protegido por la norma sería la propiedad, el patrimonio entendido en sentido estático, en la administración desleal del art. 295 Código penal, más que la propiedad propiamente dicha, se estaría atacando el interés económico derivado de la explotación de los recursos de los que la sociedad es titular. Tendría, pues, una dimensión dinámica, orientada hacia el futuro, a la búsqueda de una ganancia comercial que quedaría absolutamente defraudada con el acto abusivo del administrador.”¹⁹⁴

Aunque la respuesta dada por la última sentencia comentada parece acertada en cuanto constata que hay una diferencia entre los actos constitutivos de delito de uno y otro tipo penal, de cada artículo en comento, no fue siempre aplicada, sino que se fue forjando ese raciocinio de resolución con el tiempo, incluso constatando poco antes que viera la luz la última reforma hecha al Código Penal español, y, partiendo al menos de la base anterior, todavía habría una fórmula más, a saber, la de mayor o menor intensidad de la ilicitud. En la sentencia número 476/2015, del mismo Tribunal, apunta que “tal como se viene a sostener en la Sentencia Tribunal Supremo 656/2013, de 22 de julio, la tesis delimitadora más correcta entre los tipos penales de la distracción de dinero y bienes fungibles y el delito de administración desleal es la que se centra en el grado de intensidad de la ilicitud del comportamiento del autor, en contra del bien jurídico tutelado por la norma penal. De modo que ha de entenderse que las conductas previstas en el art. 295 Código penal comprenden actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes

¹⁹³ *Op. cit.*, p. 13.

¹⁹⁴ JUANES (2017), p. 8.

sociales, pero sin un fin apropiativo, o de incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que se hable de actos de administración desleal.”¹⁹⁵

Entre las opiniones doctrinales encontramos la del catedrático Carlos Martínez-Buján quien, haciendo un repaso pormenorizado de las leyes establecidas y los proyectos que se barajaron para la dictación definitiva de la Ley Orgánica 1/2015 que modificaría el Código Penal español dejando la última redacción para los delitos en comento, señalaba que la tesis adecuada era la dispuesta por la sentencia del caso Banesto de 2002, es decir, la diferencia en la apropiación definitiva del bien por parte del agente, porque “se trazaba una clara línea de demarcación conceptual entre la “disposición” característica del delito de apropiación indebida y la del delito de administración desleal, de tal manera que así no surgirán problemas de delimitación entre ambos. Al establecerse la distinción entre ambas “disposiciones” en su carácter definitivo o temporal, o sea, en la mayor gravedad de la primera frente a la segunda dentro de la misma línea de ataque al bien jurídico, tenemos entonces el límite máximo de la noción de administración desleal. En otras palabras, desde esta perspectiva cabía afirmar que el ámbito del delito del art. 295 terminaba allí donde empezaba el del art. 252.”¹⁹⁶ Sin embargo, después del tiempo transcurrido desde la modificación realizada el año 1995, con críticas al sistema societario por el que apostó el legislador penal de aquellos años, y a pesar de que encontró su consolidación¹⁹⁷, siempre estuvieron vigentes las manifestaciones que abogaban por un delito genérico. “De ahí que, desde hace años la doctrina dominante (y con independencia del mantenimiento de un específico delito societario) hubiese venido propugnando la creación de un genérico delito patrimonial de administración desleal, ubicado en inmediata conexión con los delitos de estafa y apropiación indebida, un delito que no solo se aplicaría en los casos en que el titular del patrimonio administrado fuese una persona física, sino también en los casos en

¹⁹⁵ Citada por JUANES *Op. cit.*, p. 9.

¹⁹⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN (2015), p. 465.

¹⁹⁷ De acuerdo a Conde-Pumpido -que participó como magistrado integrante de la Segunda Sala del Tribunal Supremo en los últimos años y sentencias en la materia- “el cambio de modelo responde a una concepción doctrinal respetable, pero no es necesario para responder a una demanda social, forense, del mundo económico o del jurisdiccional. No elimina graves lagunas, ni aporta mayor seguridad jurídica. Prescinde de la doctrina jurisprudencial de nuestro TS, dejando vacío de contenido un trabajo clarificador realizado a lo largo de casi dos décadas, e introduce un modelo importado, que es muy cuestionado en su propio país de origen, y que resulta inseguro, innecesario y perturbador”. Citado por MARTÍNEZ-BUJÁN *Op. cit.*, p. 501.

los que el titular fuese una entidad que jurídico-penalmente no encajase en el concepto de sociedad [...].”¹⁹⁸

Finalmente, y luego de discutirse anteproyectos desde el año 2007, sale a la luz la última gran reforma por medio de Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo. Es clarificadora su Exposición de Motivos en cuanto a la nueva consideración y redacción de los nuevos cuerpos legales que tipificarían los delitos que hemos venido estudiando, y se señalaba, en su apartado decimoquinto, que “La reforma introduce una regulación moderna de la administración desleal, que no es sólo societaria, entre los delitos patrimoniales, cercana a la existente en las distintas legislaciones europeas. Su desplazamiento desde los delitos societarios a los delitos patrimoniales, que es donde debe estar ubicada la administración desleal de patrimonio ajeno, viene exigido por la naturaleza de aquel delito, un delito contra el patrimonio, en el que, por tanto, puede ser víctima cualquiera, no sólo una sociedad. Razones, pues, de sistemática, exigían tal decisión. A través de este delito se intenta proteger el patrimonio en general, el patrimonio de todo aquel, sea una persona individual o una sociedad, que confiere a otro la administración de su patrimonio, o de aquel cuyo patrimonio ha sido puesto bajo la administración de otro, por decisión legal o de la autoridad, sancionándose las extralimitaciones en el ejercicio de las facultades de disposición sobre ese patrimonio ajeno, salvaguardando así que el administrador desempeñe su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y con la lealtad de un fiel representante, en interés de su administrado. [...] La reforma se aprovecha asimismo para delimitar con mayor claridad los tipos penales de administración desleal y apropiación indebida. Quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie; por ello, quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlos, y realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, perjudicando de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal.”¹⁹⁹

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 506.

¹⁹⁹ Legislación consolidada. Ley Orgánica 1/2015.

Para concluir, en el apartado sobre la administración desleal, el artículo 252 dispone: “1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado. [...] 2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.” Y en el apartado sobre la apropiación indebida, el artículo 253 dispone: “1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido. [...] 2. Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.” De la sola lectura de los preceptos nos percatamos que el legislador español optó por eliminar el verbo típico distraer en la descripción del tipo, y también cambió -eliminando- la mención de la administración como título idóneo por el cual la recepción de bienes puede constituir apropiación indebida, si se incumple con la entrega o devolución final.

IV. Propuesta de delimitación de los injustos de apropiación y distracción indebidas con el delito de administración desleal.

Llegamos a la parte final del presente trabajo. Hasta aquí hemos realizado una reunión de caracterizaciones y nos empeñamos en hacer dialogar a diversos autores que, con sus planteamientos, han ido llenando de contenido las disposiciones penales que rigen los delitos que hemos ido estudiando. Sin embargo, llega la hora de tomar postura y vislumbrar una demarcación a la luz de la nueva ley que viene a llenar una laguna legal constatada tanto por la doctrina nacional como por la jurisprudencia. Por ese motivo, es necesario traer a colación uno de los últimos fallos contundentes que se han dictado en materia de apropiación indebida, que no reconoció, valga la redundancia, una apropiación a través de la segunda modalidad, la

distracción indebida de dinero, ni tampoco una administración desleal, por no estar recogida en el ordenamiento nacional, al momento de la dictación del mismo. Estamos hablando de la querrela que entabló Juan Yarur contra su primo, Daniel Yarur, acusando a este último de apropiación indebida²⁰⁰ por haberse excedido en las atribuciones que tenía como mandatario, como gestor del patrimonio del primero, provocando un perjuicio patrimonial. La sentencia en primera y segunda instancia (resolviendo el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público y la parte querellante contra sentencia absolutoria) establecen que son cuatro los elementos esenciales, objetivos y subjetivos, que deben concurrir para estar frente al delito de apropiación indebida contenido en el artículo 470 número 1 de nuestro Código Penal, y son los siguientes: “a) recepción por parte del sujeto activo, en virtud de un título precario, de dineros, efectos o cualquier otra cosa mueble, respecto de los cuales el sujeto pasivo ha efectuado voluntariamente un acto de disposición patrimonial; b) obligación del receptor de entregar o devolver los efectos recibidos en carácter de tenedor fiduciario; c) realización por parte del agente de actos representativos de apropiación o distracción que el título no autoriza y, d) perjuicio patrimonial del sujeto pasivo.”²⁰¹ En el caso particular, lograron acreditarse los primeros dos puntos, sin embargo los jueces del grado llegaron a la conclusión de que “atendida la naturaleza del título en virtud del cual se produjo la entrega, esto es, un contrato de mandato entre ambos, la mayoría de estos jueces opinaron que en la especie, la negativa a restituir los dineros del patrimonio entregado, hecho que tampoco fue acreditado debidamente por quien correspondía, a lo más podía constituir un incumplimiento de las obligaciones que dicho contrato impone al mandatario, mas no un ilícito penal, y esto debido al tenor literal de la norma que constituye el ilícito, “a los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble...” y en este último objeto material el denominador común para que exista apropiación indebida tiene que ser una cosa mueble, una cosa corporal, nunca una inmaterialidad, una cosa incorpórea como el patrimonio. [...] Por otro lado, no se acreditó el dolo de apropiarse que exige la norma legal citada por la fiscalía y acusador particular, debido

²⁰⁰ “En ausencia de una figura genérica de administración desleal tradicionalmente se recurrió a otros mecanismos de cuestionable corrección dogmática y una eficacia, en los hechos, más bien pobre. Fue lo que sucedió, por ejemplo, en el que se conoció como el “Caso Yarur”, cuando en 2014 se absolvió a don Daniel Yarur por los cargos de apropiación indebida de US\$ 60 millones por no satisfacerse el tipo penal, según se dijo entonces. Aunque desconocemos los detalles de los hechos que motivaron aquel proceso, es posible pensar que la legalidad hoy vigente podría haber ofrecido herramientas para alcanzar respuestas diferentes.” El Mercurio digital (6 de febrero de 2019).

²⁰¹ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago RIT: 262-2013.

a que el mandatario actuó dentro de las facultades que otorgaba el mandato, entre ellas, a utilizar los dineros del mandante, pues formaba parte del ejercicio natural del mismo, la simple disposición de la cosa no puede revelar la apropiación.”²⁰² Y a consecuencia de la falta de determinación del objeto material, tampoco puede estimarse si hubo o no perjuicio en el patrimonio administrado, en cuanto no habría una certera valuación del patrimonio neto antes y después de la gestión del mandatario.

Estamos contestes en que gracias a la formulación del nuevo tipo penal de administración desleal, no necesitamos efectuar el trabajo que tan sesudamente realizó en su momento el profesor Héctor Hernández, que tuvo eco en algunos miembros de la doctrina nacional que desarrollamos, tampoco señalar que dichas posturas pertenezcan a la mayoría, ya que como constata Jorge Bofill, “la postura defendida por Hernández, Bascuñán y Mañalich no es, sin embargo, pacífica.”²⁰³ Pero, que una posición no sea pacífica no quiere decir *per se* que sea ajena a la realidad que trata de definir. Y es que antes de la entrada en vigor de la Ley 21.121 existían ciertos actos enmarcados en relaciones fiduciarias donde el traspaso de dinero, por disposición de la legislación civil, pasaban a ser de propiedad del adquirente, por ende, no podían los intermediarios constituirse en verdaderos sujetos activos del delito de apropiación indebida por cuanto quien es dueño del bien no puede, obviamente, apropiárselo ilícitamente. En otras palabras, existían zonas de comisión lisa y llanamente atípicas -como contraer obligaciones para la sociedad o el patrimonio administrado-, o que a pesar del estiramiento de la interpretación para hacer encajar actos dominicales ilícitos en el delito contemplado por el artículo 470 número 1, no lograban subsumirse en aquél y, en el mejor de los casos, si parte de la doctrina nacional aceptaba su tipicidad, la jurisprudencia se encargaba de rechazarla.

Teniendo presente dichas apreciaciones, señalamos que entre la apropiación indebida - en el sentido tradicional- y la administración desleal hay una diferenciación clara respecto a los injustos de una y otra. Mientras que en la apropiación indebida habría una lesión o perturbación del derecho de propiedad “mediante una acción de apoderamiento de una cosa mueble ajena a que el autor tiene en su posesión [en el caso chileno, como mero tenedor o precario] o bajo su custodia en virtud de un título que produzca la obligación de devolverla o de darle un destino

²⁰² Sentencia Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago RUC: N° 1.110.012.155-9. Considerando 10°.

²⁰³ *Op. cit.*, p. 63.

determinado. En la administración desleal se lesiona el patrimonio [...] mediante una conducta realizada por un sujeto que infringe un deber jurídico que le incumbe de cuidar el patrimonio de otro y sobre el que tiene una capacidad jurídica de disposición.”²⁰⁴ Ahondando en la idea de lesión a la propiedad, convengamos que la apropiación estaría caracterizada por el acto del sujeto constitutiva de una ilegítima posición de dueño y señor de la cosa objeto material del delito, dado que por su sola actuación ilícita no se hace dueño del bien, sino más precisamente produce una incorporación ideal de la propiedad de la víctima a la suya propia, no permitiendo a ésta última gozar de las facultades propias del dominio, que son el uso, goce y libertad de disposición de la cosa.

La presente caracterización no tendría problema si estuviéramos frente a bienes muebles no fungibles cuya propiedad no ha sido transferida, pero el tipo penal sigue considerando el dinero y efectos como objetos sobre los cuales puede recaer el acto de apropiación. Y es que, respecto de ellos, concordamos con lo planteado en cuanto a que lo enterado con obligación de entregar o devolver, se aleja del entendimiento puro de afectación a la propiedad para asegurar responder el derecho de devolución, convirtiéndose en un crédito, o tantendum, cuando se abusa de la confianza por cuanto el título vuelve ilícito disponer, como propietario, de lo entregado con expresa condición de ser devuelto. Así, en la segunda modalidad comisiva, y haciendo uso del segundo verbo rector que describe el delito, podría operar la distracción, que “existe cuando se le da a la cosa un destino diverso de aquel para el que fue entregada. Se ha dicho, por ello, que en la distracción no hay ánimo de enriquecimiento propio sino el ejercicio de disposición sobre la cosa que no se concedió.”²⁰⁵ En la construcción de Mañalich, habría distracción por no ajustarse a los fines perseguidos en el título que antecede a la entrega del dinero o bienes fungibles, con la definitiva no entrega o devolución final, lo que perjudicaría al sujeto pasivo, particularmente con incidencia en su patrimonio. Dado que a diferencia del caso español, que retiró la administración como título idóneo, aún tenemos presente la posibilidad de entregar dinero para una administración -o mandato- y que la entrega de dinero en estas circunstancias supone la tradición del mismo, es que reconocemos que sobre su fungibilidad, el administrador puede “consumir el dinero o usarlo como dueño, lo que no puede hacer es usarlo ilícitamente como dueño, o sea, no lo puede usar al margen del título de administración por el que lo recibió.”

²⁰⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN *Op. cit.*, p. 508.

²⁰⁵ CONDE-PUMPIDO (2004), p. 794.

Y esto, concordado finalmente con la no entrega o devolución de la misma suma podemos concluir que hay suficiente para considerar que tenga ese plus de disvalor necesario para sancionar penalmente una conducta, dado que no habría utilidad -por la utilización ilícita del agente- para el sujeto pasivo, tanto por la falta de devolución final de las cantidades adeudadas, afectando su derecho a crédito, ni habría utilidad en cuanto a la defraudación por no consecución de los fines del título que precedió a la entrega. Es decir, reconocemos la doble naturaleza de la norma contenida en el artículo 470 número 1, pero en ese sentido, ya no es necesario extenderla a supuestos de administración desleal, dado que ahora contamos con la tipificación de ese delito.

Es loable traer nuevamente a consideración lo que apuntaba el profesor Mañalich en su teoría, y es que si bien la cláusula “en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla” es entendida mayoritariamente como si todos los títulos dispusieran finalmente dicha obligación, “es manifiestamente falso que el depósito, la comisión o la administración sean títulos que siempre y en todo caso fundamentan una obligación de entrega o devolución de un objeto recibido en razón de ese mismo título. [...] Así, por ejemplo, quien como mandatario o comisionista ha recibido una cosa, como especie o cuerpo cierto, para venderla, precisamente no contraerá *al recibirla* una obligación de entregarla o devolverla, sino una obligación (de hacer) consistente en (lograr) venderla.”²⁰⁶ Y esto resulta interesante destacar porque de esta manera le damos a ese tipo de actos relevancia jurídica para ser perseguidos a título de apropiación o distracción indebida. Recuérdese que no es baladí el asunto: lo que es del ámbito del derecho privado corresponde, valga la redundancia, al derecho privado y es en ese sistema que se buscarán las responsabilidades que nazcan del puro y simple incumplimiento de obligaciones. Aquí, en el derecho penal, se castiga en definitiva al malhechor que, teniendo a disposición completamente el bien confiado -o habiéndose hecho propietario del dinero o bienes fungibles con cargo a devolver otro tanto de la misma cantidad y especie- abusa de su posición de (mero) tenedor y, desconociendo al legítimo propietario, actúa y dispone de dichos bienes.

Los casos paradigmáticos para hacer la elección de calificación penal a la acción -u omisión- del agente estará dada cuando éste cuente, por ejemplo, con el título de administrador o mandatario generales, que recaigan sobre patrimonios u objetos determinados. Dada la

²⁰⁶ *Op. cit.*, p. 165-166. Cursiva del autor.

amplitud de actos que puede cometer durante el desempeño de su cargo, aquí proponemos replicar las consideraciones que venía plasmando la jurisprudencia española, justo antes de su última reforma, a saber, la diferencia existente entre los supuestos de “exceso intensivo” y “exceso extensivo”.

En su calidad de administrador, el agente puede actuar excediéndose intensivamente, a saber, investido de las facultades del cargo desempeñado, realizando facultades propias e inherentes para el desarrollo de su encargo, incluso muchas veces con facultades discrecionales amplias de disposición -esto se verificará en la relación extrapenal que tengan víctima y victimario-, es decir, para un tercero ajeno a dicha relación, la acción va a ser correcta, legal y legítima, o en palabras de Rojas: “lo permitido jurídicamente dentro de lo posible jurídicamente”.²⁰⁷ Siendo necesario, la contravención a la norma, verificar la relación interna y confirmar el abuso o deslealtad para con el patrimonio administrado. El perjuicio patrimonial y la falta al deber de salvaguardar ese patrimonio, nos darán la pauta para entender que esas conductas son las tipificadas por el nuevo tipo penal.

Por el contrario, se excede excesivamente aquel administrador que lisa y llanamente se comporta como dueño de los bienes a administrar, dispone de ellos sin atención alguna a los parámetros señalados en la relación interna con la víctima, con completo *animus rem sibi habiendi*, apropiándose o distraendo los bienes, fuera del ámbito de su competencia, extralimitándose en las facultades conferidas en el título por el cual detenta el bien objeto material del delito.

En síntesis, dicha disposición de bienes, que puede ser problemática en cuanto podría parecer que un mismo hecho puede responder a dos delitos, se supera teniendo en consideración que, si estamos frente a una distracción indebida, el agente no tiene ninguna capacidad jurídica ni poder para actuar, como señor y dueño, primero porque el título que le antecede no le reconoce ese poder, y porque la disponibilidad del bien -fungible o no- está sujeta a lo dispuesto por dicho título. Su utilización, en este caso ilícita, es reprochable penalmente por su exceso. Sin embargo, en la caracterización de la administración desleal, se entiende que los bienes puestos a disposición del agente no necesariamente tienen la obligación de ser entregados o devueltos al acabar el encargo, lo que importa es que se haya infringido el deber de custodia o

²⁰⁷ *Op. cit.*, p. 156.

salvaguarda del patrimonio de lo que en calidad de administrador se encuentra en manos del agente, teniendo como resultado final un perjuicio patrimonial para la víctima. La solución, en caso de que un acto de disposición satisfaga a uno u otro tipo penal, se corrige a través de entender que estamos frente a un concurso ideal de normas, primando la que regula la administración desleal por su especialidad. Positivo es que a diferencia del caso español, el legislador chileno haya sistematizado desde el comienzo la pena del nuevo delito, no haciendo distinciones en los tipos, anulando así la posibilidad de recurrir a uno en desmedro del otro para obtener rebajas artificiosas de la pena en concreto, dado que ambas tendrían la misma pena.

Respecto al objeto material del delito, siguen considerándose los mismos: dineros, efectos y otros bienes muebles. Ya fue tratado en su momento, y seguirá teniendo la misma consideración, sin embargo, entrarían a configurar como administración desleal en casos, por ejemplo, se trate de bienes inmuebles o patrimonio entendido como universalidad jurídica, dos situaciones que antes quedaban doctrinalmente a la deriva por no poder subsumirlos a la disposición legal de la apropiación. Si comentamos la sentencia del caso Yarur, en especial sus consideraciones respecto al objeto material cuando el título recae sobre patrimonio entendido en esa condición, tendría que señalarse que aquí es donde la nueva tipificación tendría relevancia en cuanto a encuadrar las conductas que perjudican ese patrimonio, no como una distracción indebida -dado que el dinero y los bienes fungibles se hacen de propiedad *ipso facto* de quien los recibe-, sino como delito de administración desleal.

Podría darse un problema en cuanto a definir la posición del administrador de hecho o de facto, dado que la administración es de aquellos títulos idóneos dispuestos por la norma para configurar el delito de apropiación indebida, en el caso de que se transgreda la relación fiduciaria detrás. Y es que a pesar de que hasta ahora la doctrina analizada chilena parece estar conteste en que la administración desleal se trataría de un delito especial propio, en cuanto el sujeto idóneo para llevarla a cabo posee una calidad especial, “al que teniendo a su cargo la salvaguarda o la gestión del patrimonio de otra persona, o de alguna parte de éste, en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto o contrato”, fue latamente discutido en el caso español, sobre todo porque allá, y como señaláramos en su momento, se hablaba de la figura de administrador de hecho o derecho. Ahora bien, dicha referencia no tendría por qué deducirse de lo expuesto por el legislador penal nuestro, pero tenemos que ponernos en los casos de, por

ejemplo, se verifiquen formas imperfectas de administración. Y es que los españoles, y entre ellos Bajo Fernández y Lozano Miralles, a propósito del administrador de hecho, apuntaban que “desde el punto de vista *estrictamente mercantil* administrador de hecho es “quien aparenta serlo de derecho” (Moreno Cánoves-Ruiz Marco) por lo que debe abarcar exclusivamente aquél administrador de derecho cuyo nombramiento hubiere caducado por transcurso del plazo legal, el nombrado como de derecho en el que concurran causas insalvables de prohibición, incapacidad o inhabilitación que no hayan sido detectadas por quienes le nombraron y aquéllos nombramientos o ceses no hayan sido aún inscritos en el registro mercantil, ostentando en todos los casos formal apariencia de tener atribuidas facultades suficientes.”²⁰⁸ En una situación semejante, y si llegara a acontecer que el administrador lo fuese sólo de hecho, sin un título jurídicamente válido, tendrá que analizarse dicho título en cuanto a saber el tipo de facultades a las que tenía acceso si el supuesto nombramiento como administrador hubiese estado en regla. A mayor amplitud de poderes -y correlativos deberes para con el patrimonio administrado-, no cabría duda en que nos encontraríamos en un caso de administración desleal. También debe considerarse siempre establecer la relación que hay sobre los bienes materia de los actos del sujeto activo, porque el injusto es distinto: en la apropiación indebida, en su vertiente clásica, habría una expropiación con afectación de la propiedad, mientras que en la administración desleal hay actuaciones que perjudican el patrimonio que supuestamente debe resguardarse, incumpliendo con el deber especial de salvaguarda del mismo, sin que necesariamente hayan actos dominicales ilícitos.

Por qué debemos considerar aún dicha vertiente clásica, eso se debe a que, como en el caso español, la palabra distracción fue retirada de la caracterización del tipo y, por sobre todo, si analizamos los anteproyectos²⁰⁹ para un nuevo Código Penal chileno, donde a la redacción del tipo de apropiación indebida también se la ha eliminado la palabra distracción, volviendo en definitiva la norma a castigar una sola conducta, que ataca a un solo bien jurídico, la propiedad. También se hace mención expresa de la ajenidad del bien.

²⁰⁸ *Op. cit.*, p. 401. Cursiva de los autores.

²⁰⁹ Art. 280. Apropiación indebida. El que, sin el consentimiento de su dueño, se apropiare, para sí o para un tercero, de una cosa mueble ajena, será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 3 años.

Si el hecho recayere en una cosa que hubiere sido recibida bajo obligación de devolverla a su dueño, entregarla a otro o destinarla a algún fin específico, la pena será reclusión o prisión de 1 a 3 años. [...] Anteproyecto 2015, misma idea recogida en la redacción del anteproyecto de 2013 y proyecto de 2014.

Para terminar, es bueno señalar que, tanto en España como Alemania, y ahora con la incorporación del tipo de administración desleal a la legislación penal chilena, se siga escribiendo y analizando mucho respecto de dicho delito. Así que es esperable que la literatura nacional comience a generar estudios que, basados en lineamientos extranjeros, puedan o no tener cabida en el análisis de las conductas de los sujetos activos de uno y otro delito. Eso se debe a que la magnitud de actividades que puede llegar a efectuar un administrador en su posición puede llegar a ser inconmensurables y, para la práctica forense, generar verdaderos problemas para su persecución efectiva. Por ejemplo, los casos Argentinia Trust y Banesto, que mencionamos respecto a la legislación española, todavía en la actualidad tienen repercusiones, tanto es así que en el año 2016, el administrador que fue encontrado culpable, Mario Conde²¹⁰, intentó rescatar dineros que había ocultado a través de transacciones y empresas ligadas, permitiendo en definitiva que más de diez años después se abriera la posibilidad de gozar de los frutos de su deshonesto y censurable administración. Menos mal que fueron aplastados sus inútiles esfuerzos por evadir a la justicia.

Como temas que deberán desarrollarse y estudiarse, podemos mencionar por ejemplo lo que ocurriría en los casos en que la administración es compartida, como las empresas familiares. También otro tipo de actuaciones que a veces rozan la ilegalidad por corrupción, cuales son el tratamiento que se le dará al uso o abuso de gastos discrecionales, como los utilizados para publicidad o para promocionar la marca. También la gestión de remuneraciones del personal contratado. Otro tema doctrinal, pero con evidentes consecuencias prácticas es señalar si la administración desleal es necesariamente un delito especial o es más bien un delito de posición, tema ya estudiado a fondo por los profesores Pastor y Coca quienes disponen que “la definición del círculo de autores del art. 252, esto es, del concepto de “administrador” plantea algunos problemas importantes, a saber, la cuestión de si pueden ser autores (i) quienes, sin detentar la posición formal de administrador, tienen competencia para decidir sobre el patrimonio social

²¹⁰ “La Guardia Civil detuvo en la mañana de ayer en Madrid al expresidente de Banesto Mario Conde, quien supuestamente lleva meses repatriando desde cuatro países (Suiza, Reino Unido, Italia y Países Bajos) el dinero del banco del que se apropió a fines de los ochenta y comienzos de los noventa. La operación incluyó registros en los domicilios de Conde, de 68 años, y en varias sociedades que ha establecido en España, presuntamente para disfrazar el retorno de los millones que saqueó. Además de Conde, que pasó 11 años en prisión, hay otros siete detenidos, entre ellos sus hijos, Alejandra y Mario, y su yerno, Fernando Guasch. Los arrestados son sospechosos de ayudar a repatriar el dinero, casi 14 millones de euros, según fuentes de la investigación. La operación, coordinada por el juez de la Audiencia Nacional Santiago Pedraz y la Fiscalía Anticorrupción, se centra en los delitos de blanqueo y contra la Hacienda pública.” El País online (12 de abril de 2016)

(posición de control de la gestión social en términos equivalentes a los de un administrador formal), esto es, los administradores de hecho (en sentido jurídico penal); y (ii) los *cargos intermedios* en los que el órgano de administración ha *delegado* determinadas funciones. Como hemos indicado, el art. 252 CP no es un delito especial, sino de posición.”²¹¹ En fin, nuevamente la doctrina -y la jurisprudencia que la recoja- tendrá un espacio para desarrollar y resolver los problemas que envuelven la interpretación y aplicación de las normas que el legislador dispone para la nación.

²¹¹ PASTOR Y COCA (2017), p. 7.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía nacional:

- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. “La apropiación indebida como delito contra la propiedad y contra el patrimonio”. Material editado para uso exclusivo de los estudiantes. Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho. Santiago de Chile, 2010.
- BOFILL GENZSCH, Jorge/JELVEZ GALLEGOS, Valeria/CONTRERAS SALIM-HANNA, Sebastián. “Consideraciones sobre el nuevo delito de administración desleal en el derecho chileno”. Revista Derecho & Sociedad. Nro. 52. Junio de 2019. ISSN 2079-3634. [pp. 59-77]
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Manual de derecho penal. Parte especial”. Segunda edición aumentada. Editorial Ariel S.A. Barcelona de España, septiembre de 1991.
- CARO VIDAL, Miguel Ángel. “Aproximación al concepto de perjuicio patrimonial”. En Revista de Estudios de la Justicia. Número 30 de 2019. [pp. 111-149]
- CONTRERAS CHAIMOVICH, Lautaro. Exposición sobre Visión panorámica del nuevo delito de administración desleal. En curso “Administración Desleal, soborno entre privados y modificaciones en materia de corrupción pública” dictado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Primer semestre 2019.
- ETCHEBERRY O., Alfredo. “Derecho Penal. Parte Especial”. Tomo III. Tercera edición revisada y actualizada 1997. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile.
- ETCHEBERRY O., Alfredo. “El derecho penal en la jurisprudencia. Sentencias 1875-1966”. Tomo III, parte especial. Primera edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1968.
- GARRIDO MONTT, Mario. “Derecho Penal. Parte Especial”. Tomo IV. Cuarta edición actualizada, 2008. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile.
- HERNÁNDEZ B., Héctor. “Aproximación a la problemática de la estafa”. En Problemas Actuales de Derecho Penal. Universidad Católica de Temuco. [pp. 148-190]
- HERNÁNDEZ B., Héctor. “La administración desleal en el Derecho Penal Chileno”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI. Valparaíso, Chile, 2005, Semestre I. [pp. 201 – 258]
- LABATUT G., Gustavo. “Derecho Penal. Parte Especial”. Tomo II. Actualizado por el profesor Julio Zenteno Vargas. Séptima edición, 2000. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile.
- LEYTON JIMÉNEZ, José Francisco. “Los elementos típicos del delito de estafa en la doctrina y jurisprudencia contemporáneas”. En revista Ars Boni Et Aequi. Año 10 Nro. 2. Junio de 2014. [pp. 123-161]
- MAÑALICH R., Juan Pablo. “Apropiación y distracción indebidas. Una propuesta de reconstrucción unificadamente dualista del Art. 470 Nro. 1 del Código Penal”. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte. Sección: Estudios. Año 25 - Nro. 1, 2018. [pp. 153 – 180]

- MATUS A., Jean Pierre/RAMÍREZ G., María Cecilia. “Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial”. Tomo II. Tercera edición. Editorial Legal Publishing. Santiago de Chile. 2015.
- MAYER L., Laura. “El ánimo de lucro en los delitos contra intereses patrimoniales”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLII. Valparaíso, Chile, 2014, Semestre I. [pp. 285 – 319]
- NAVARRO D., Roberto (compilador). “El delito de apropiación indebida”. Ediciones Jurídicas de Santiago. Primera edición. Santiago de Chile, 2019.
- PEÑA , Silvia. “Las raíces histórico culturales del derecho penal chileno”. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Nro. 7, 1982.
- POLITOFF L., Sergio. “El delito de apropiación indebida”. Editorial Jurídica ConoSur Ltda. Nueva edición actualizada por Dr. Manuel de Rivacoba. Santiago de Chile, 1992. Disponible en Biblioteca Facultad de Derecho, Colección General.
- ROJAS A., Luis Emilio. “El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán”. En *Revista Penal*, Nro. 23 de enero del 2009. Última consulta 11-10-2019. Link: <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/11963/Tipo.pdf?sequence=2> [pp. 138-171]
- ROJAS A., Luis Emilio. “Modelos de regulación de los delitos de falsedad y de los delitos patrimoniales”. En *Revista Política Criminal*, Número 23 de julio de 2017. [pp. 380-408]
- ROSENBLUT G., Verónica. “Breve comentario acerca del fallo pronunciado por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena con fecha 8 de agosto de 2007, condenando por el delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales previsto en el artículo 19 del D.L. Nro. 3.500”. En *Revista Jurídica del Ministerio Público* ISSN: 0718-6479. Nro. 35 – Julio de 2008. Santiago. [pp. 267 – 307]
- SALINAS SÁNCHEZ, Consuelo del Pilar. “Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de administración desleal”. En *Revista Jurídica del Ministerio Público* ISSN: 0718-6479. Nro. 75 – Abril de 2019. Santiago. [pp. 239 – 255]
- SILVA SILVA, Hernán. “Las estafas. Doctrina, jurisprudencia y derecho comparado”. Editorial Jurídica de Chile. Segunda edición. Santiago de Chile, 2005.
- SOTO P., Miguel. “La apropiación indebida. Acción, autor y resultado típico”. Editorial Jurídica Cono Sur Ltda. Junio de 1994, Santiago de Chile.
- Ley 21.121 de 20 de noviembre de 2018. Historia fidedigna de la ley. Documentos digitales disponibles en la página de la Biblioteca del Congreso. Última consulta 25-03-2019 Link: <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/7597/>
- Anteproyecto de Código Penal 2015. Página del Ministerio de Justicia. Visitada por última vez el 04-07-2020. Link: <https://www.minjusticia.gob.cl/anteproyecto-para-nuevo-codigo-penal/>
- Informe del Consejo de Anticorrupción. Consultado el 04-07-2020. Link: <http://consejoanticorrupcion.cl/informe/>

Bibliografía española y extranjera:

- BACIGALUPO, Enrique. “Administración desleal y apropiación indebida”. En *Derecho Penal Económico*, Enrique Bacigalupo (director). Editorial Hammurabi SRL. Reimpresión de primera edición. Buenos Aires, Argentina, 2005. [pp. 195 – 213]
- BAJO FERNÁNDEZ., Miguel / M. Pérez Manzano / C. Suárez González. “Manual de Derecho Penal – Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos”. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Segunda edición, primera reimpresión. España, 1993.
- BAJO F., Miguel. “Administración desleal y apropiación indebida”. En *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*. Número 4 – 2001, España. ISSN versión impresa: 1575-720-X. Última consulta 25-03-2019. Link: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6264> [pp. 125 – 143]
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / LOZANO MIRALLES, José. “Los delitos societarios en el nuevo Código Penal español de 1995. En *El derecho penal español de fin de siglo y el derecho penal latinoamericano. Homenaje a Enrique Bacigalupo*. A. José Cancino (editor). Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1999. [pp. 397 – 423]
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (director). “Código penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia”. Tomo I, Arts. 1 al 318 bis. Editorial Bosch. Segunda edición. España, febrero de 2004.
- DOLZ LAGO, Manuel-Jesús. “El delito de administración desleal y el delito de apropiación indebida, tras las L.O.1/2015”. Ediciones del Centro de Estudios Jurídicos. Curso: Delitos societarios. El delito de administración desleal. 11 y 12 de mayo de 2017.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique y otros. “Código penal. Con concordancias y jurisprudencia”. Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.). España, 2003.
- GÓMEZ LANZ, Javier. “La disociación entre el delito societario de disposición fraudulenta de los bienes sociales y el delito de apropiación indebida: estado actual de la jurisprudencia”. En *Derecho de Sociedades*. ESADE/Bosch (ISBN: 978-84-7698-815-2), Barcelona, 2008. Última consulta: 11-10-2019. Link: https://www.researchgate.net/publication/249999019_LA_DISOCIACION_ENTRE_EL_DELITO_SOCIETARIO_DE_DISPOSICION_FRAUDULENTA_DE_LOS_BIENES_SOCIALES_Y_EL_DELITO_DE_APROPIACION_INDEBIDA_ESTADO_ACTUAL_DE_LA_JURISPRUDENCIA [pp. 389-402]
- GRAMÁTICA BOSCH, Gerard. “El delito de administración fraudulento: fundamento material, perjuicio patrimonial y criterios normativos”. En *Cuadernos de Derecho Penal*, Número 5. Córdoba, Argentina. Mayo 2019. ISSN 2469-2085. [pp. 107-121]
- JUANES P., Ángel. “El delito de administración desleal y apropiación indebida después de la reforma del año 2015. Evolución histórica, análisis de la jurisprudencia de la Segunda Sala”. Ponencia en “Jornadas de Especialistas en delincuencia económica”, 3 y 4 de abril de 2017. Link: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Juanes%20Peces,%20Ángel.pdf?idFile=a0053569-c3fd-4617-9574-af45dc732b1

- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel y ROSO CAÑADILLAS, Raquel. “La administración desleal societaria en el derecho penal español”. En *Revista de Derecho*. ISSN 1993-4505, ISSN-e 2409-1685, N° 16, año 2013. Última consulta el 19-05-2020. Link: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5973532> [pp. 193-240]
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli. “Nuevo enfoque de la apropiación indebida: especial consideración de la no devolución de cantidades entregadas a cuenta para la construcción y adquisición de viviendas”. Editorial Civitas. Primera edición. Madrid, España, 1988.
- MARTÍNEZ-BUJÁN P., Carlos. “Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida”. *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXV, 2015. ISSN 1137-7550. Última consulta 15-04-2019. Link: <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/viewFile/2525/2951> [pp. 457 – 566]
- MUÑOZ CONDE, Francisco. “Derecho penal. Parte especial”. Decimoquinta edición, revisada y puesta al día. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia de España, 2004.
- NIETO, Adán. “Administración desleal y apropiación indebida”. En *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Varios autores. Editorial Dykinson. Madrid de España. 2018.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria. “Delitos contra el patrimonio (II)”. En *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. Jesús-María Sánchez (director / Ramon Ragués i Vallès (coordinador). Segunda edición. Editorial Atelier. Barcelona de España, 2009.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria. “La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal”. En *Revista para el Análisis del Derecho*. Nro. Identificador InDret 4/2016. Barcelona, octubre de 2016. Última consulta: 11-10-2019. Link: <http://www.indret.com/pdf/1252.pdf>
- PASTOR MUÑOZ, Nuria y COCA VILA Ivó. “El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal”. En *Revista digital Iuris*, 2da. de junio de 2013. Última consulta: 11-10-2019. Link: https://www.academia.edu/37911276/El_nuevo_delito_de_administración_desleal_en_el_Anteproyecto_de_Reforma_del_Código_Penal
- PASTOR MUÑOZ, Nuria y COCA VILA Ivó. “El deber de gestión leal como eje central del nuevo delito de administración desleal del art. 252 CP. Una aproximación a su fundamento y límites”. En *La Ley Penal*, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario. Nro. 128, año 14, septiembre-octubre de 2017, España. Última consulta: 11-10-2019. Link: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6172532>
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) / F. Morales Prats (coordinador). “Comentarios al nuevo código penal”. Cuarta edición actualizada. Editorial Aranzadi S.A. Navarra de España, 2005.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María. “Derecho penal español. Parte especial”. Sexta edición. Madrid de España, septiembre de 1975.
- SÁINZ-PARDO CASANOVA, José. “El delito de apropiación indebida”. Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona de España, 1978.

- SERRANO GÓMEZ, Alfonso / SERRANO MAÍLLO, Alfonso. “Derecho penal. Parte especial”. Undécima edición. Editorial Dykinson S.L. Madrid de España, 2006.
- SILVA CASTAÑO, María Luisa. “El delito de apropiación indebida y la distracción de dinero (arts. 252 a 254 del Código Penal)”. En *Derecho Penal Económico*, Enrique Bacigalupo (director). Editorial Hammurabi SRL. Reimpresión de primera edición. Buenos Aires, Argentina, 2005. [pp. 157 – 193]
- SIMONS V., Rafael. “Sobre el contenido injusto de los delitos de apropiación indebida (reflexiones a propósito de los artículos 252 y siguientes del Código Penal Español)”. En *Revista Penal de la Universidad de Huelva*. Nro. 15 – 2005, España. Última consulta 25-03-2019. Link: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/12502> [pp. 150 – 168]
- TERRASA G., Antonio José. “De la apropiación indebida a la administración desleal”. En *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, ISSN 2254-2515, N°. 17. Palma de Mallorca, España, 2016. [pp. 381 – 409] Link: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5915761>
- VIVES ANTÓN, Tomás (coordinador) y otros. “Comentarios al Código Penal de 1995.” Volumen II, Art. 234 a Disposiciones Finales. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia de España, 1996.
- ZUGALDÍA E., José Miguel. “Los delitos contra la propiedad y el patrimonio. Infracciones de uso”. Ediciones Akal S.A. Madrid, España, 1988.
- Legislación consolidada (equivalente a nuestra historia fidedigna de la ley) de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Última visita 08-06-2020. Link: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-3439>

Otras fuentes:

- Pablo Longueira: “Hasta el 2003 todos los políticos chilenos eran corruptos”. Consultado el 04-07-2020. Link: <https://www.24horas.cl/politica/pablo-longueira-hasta-el-2003-todos-los-politicos-chilenos-eran-corruptos-3969540>
- El ‘caso Banesto’, un agujero de 36.000 millones. Consultado el 28-05-2020. Link: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2016/04/11/mercados/1460376154_330104.html
- Mario Conde, detenido por repatriar 14 millones que saqueó de Banesto. Consultado el 08-06-2020. Link: https://elpais.com/economia/2016/04/11/actualidad/1460357083_418823.html
- Administración desleal en la Ley N° 21.121: balance y desafíos. Consultado el 02-06-2020. Link: <https://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2019/02/06/administracion-desleal-en-la-ley-n-21121-balance-y-desafios.aspx>
- Encuesta CEP. Estudio Nacional de Opinión Pública N° 79 de abril-mayo de 2017. Consultado el 04-07-2020. Link:

https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20170601/20170601155007/encuestacep_abr_may2017.pdf