



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**ASPECTOS GENERALES DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN  
DESLEAL EN LA LEGISLACIÓN CHILENA**

LUIS ALBERTO NAJLE ROMERO

MEMORIA PARA OPTAR AL TÍTULO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y  
SOCIALES

PROFESORA GUÍA:  
MARÍA INÉS HORVITZ LENNON

SANTIAGO DE CHILE  
MAYO 2022

## **TABLA DE CONTENIDOS**

<b>RESUMEN</b>	<b>3</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>4</b>
<b>CAPÍTULO I: APLICABILIDAD DE DIVERSOS TIPOS PENALES A CONDUCTAS CONSTITUTIVAS DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL ANTES DE LA DICTACIÓN DE LA LEY N° 21.121</b>	<b>8</b>
1.1 APLICABILIDAD DEL TIPO PENAL DE ESTAFA U OTRAS DEFRAUDACIONES	8
1.2 LOS DELITOS PARTICULARES DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO (ART. 469 N° 3, 4 Y 5 CP)	9
1.3 APLICABILIDAD DE LOS TIPOS PENALES DE APROPIACIÓN Y DISTRACCIÓN INDEBIDAS	11
1.4 EL DELITO DE FRAUDE AL FISCO COMO DELITO ESPECIAL DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL	18
<b>CAPÍTULO II: EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL DE PATRIMONIO AJENO EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO. MODELOS DEL DERECHO COMPARADO</b>	<b>22</b>
2.1 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA LEY 21.121	22
2.2 DERECHO ESPAÑOL	27
2.3 DERECHO ALEMÁN	32
<b>CAPÍTULO III: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL COMO DELITO CONTRA EL PATRIMONIO</b>	<b>35</b>
3.1 CONCEPCIÓN JURÍDICA DE PATRIMONIO	36
3.2 CONCEPCIÓN ECONÓMICA DE PATRIMONIO	38
3.3 CONCEPCIÓN JURÍDICO ECONÓMICA DE PATRIMONIO	40
3.4 CONCEPCIÓN PERSONAL DE PATRIMONIO	42
3.5 CONCEPCIÓN FUNCIONAL DE PATRIMONIO	44
3.6 CONCLUSIONES	45
<b>CAPÍTULO IV: EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL COMO DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBERES FIDUCIARIOS; NECESIDAD DE PERJUICIO</b>	<b>47</b>

4.1	ORIGEN Y DESARROLLO DE LA NOCIÓN SOBRE RELACIONES FIDUCIARIAS. EL PACTO DE FIDUCIA EN EL DERECHO ROMANO	47
4.2	VARIANTES TÍPICAS DEL DELITO. LA INFRACCIÓN DE DEBERES FIDUCIARIOS DEL ADMINISTRADOR COMO “DESLEALTAD” CON EL MANDANTE. SIGNIFICADO DE LA DESLEALTAD	49
4.3	NECESIDAD DE PERJUICIO	52
	<b>CONCLUSIONES</b>	<b>54</b>
	<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>56</b>

## RESUMEN

Esta memoria trata acerca del delito de administración desleal creado por la Ley N° 21.121, como una forma de suplir aquellos vacíos legales que se producían antes de la dictación de la misma, salvando una gran falencia de nuestro ordenamiento jurídico punitivo.

Este estudio se enfoca especialmente en el análisis de los tipos penales vigentes con anterioridad a la promulgación de la citada ley, que sectores de la doctrina y de la jurisprudencia consideró aplicables a supuestos de gestión maliciosa de patrimonio ajeno, algunos modelos del derecho comparado -español y alemán- con los aportes doctrinales y jurisprudenciales correspondientes y los antecedentes tenidos en consideración durante la tramitación parlamentaria para la introducción de la norma de sanción contemplada en el numeral 11 del artículo 470 del Código Penal.

Asimismo, se examinará el bien jurídico protegido con el nuevo delito, las diferentes concepciones sobre el patrimonio y la identificación de la estructura típica del delito de administración desleal o fraudulenta de patrimonio ajeno que permite diferenciarla de otras estructuras de injusto, como la estafa o la apropiación indebida.

Finalmente se expondrán las conclusiones de nuestro trabajo a la luz de los desarrollos teóricos y dogmáticos disponibles en Chile en la materia, a fin de determinar si, la tipificación de este delito ha permitido o no subsanar las importantes discusiones doctrinarias ya existentes sobre el particular.

## INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia de la Ley N° 21.121 (noviembre de 2018) no sólo se modificó el Código Penal en lo relativo al aumento de las penas asignadas para los delitos de cohecho y soborno, la introducción de delitos como el soborno entre particulares, y la reforma de la Ley N° 20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que indica. También suplió una laguna de punibilidad existente en nuestro ordenamiento jurídico, largamente denunciada por la doctrina nacional, al crearse la figura delictiva denominada administración desleal, infiel o, también, defraudatoria de patrimonio ajeno.

Hasta entonces, no existía en nuestro derecho penal una norma de sanción que castigara de forma general dicha conducta. Sólo confluían diversos tipos penales que incorporaban en su descripción típica elementos que caracterizan a este delito -aunque de modo muy acotado o secundario-<sup>1</sup> o constituían delitos especiales de administración desleal, como advierte Héctor Hernández<sup>2</sup>. En el derecho comparado la administración desleal ha sido entendida como aquella conducta que, con abuso de facultades o contra el interés de su mandante, realiza el administrador de un patrimonio ajeno o universalidad jurídica; como ejemplifica Hernández, la de quien “vende los bienes de la misma a precios irrisorios, o bien otorga créditos sin garantía a deudores insolventes o asume enormes deudas o incurre en ingentes gastos para fines superfluos, todo esto con perjuicio económico para el administrado”<sup>3</sup>.

En efecto, hoy en día es prácticamente inevitable, en el contexto del tráfico comercial y económico, otorgar poderes de disposición a directivos, ejecutivos y administradores de empresas para ejecutar distintos negocios u operaciones con amplios márgenes de discrecionalidad sobre el propio patrimonio, pues no parece eficiente y posible -al menos no en todos los casos- pedir autorización al titular del mismo para llevar a cabo cada una de tales actuaciones. Pero, por otro lado, es evidente que el administrador tiene una posición de garante respecto del patrimonio que gestiona, en el sentido de detentar un deber de salvaguarda del mismo y de ceñirse lealmente al pacto de administración.

---

<sup>1</sup>HERNÁNDEZ, H. (2005). “La administración desleal en el derecho penal chileno”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 26(1), pp. 201-258, p. 203.

<sup>2</sup> Así por ejemplo el delito de fraude al fisco. Cfr. *Ibíd.*, p. 234; MAÑALICH, J. P. (2012). “La Malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales”. *Revista de Política criminal*, 7(14), pp. 357-377, p. 377.

<sup>3</sup>HERNÁNDEZ, H. (2005), *op. cit.*, p. 202.

De allí que el delito de administración desleal se erige como un pilar fundamental en la protección penal del patrimonio. Con él se sancionan atentados cometidos “desde adentro”, esto es, por parte de quienes reciben el encargo de gestionar un patrimonio ajeno, lo que lo diferencia de entrada con el delito de estafa, según veremos. Dentro del análisis de esta nueva figura penal se pondrá énfasis en el estudio de unos de los elementos principales para la configuración de su injusto objetivo; a saber, el perjuicio patrimonial, para lo cual será necesario revisar las distintas concepciones que se han elaborado doctrinalmente sobre el patrimonio.

Hasta antes de la dictación de la Ley N<sup>a</sup> 21.121, para dar respuesta punitiva a ciertas situaciones que podían ser descritas como de administración fraudulenta de patrimonio ajeno, debía recurrirse a ciertos tipos tradicionales contemplados en el Código Penal, si ello era posible dadas las restricciones típicas. Tales eran el delito de estafa (art. 468 en relación al art. 467, 473), los de apropiación y de distracción indebida (art. 470 N<sup>o</sup> 1), y otras figuras particulares (v.gr. art. 469 N<sup>o</sup> 3). También encontramos otros tipos penales consagrados en nuestra legislación especial, como por ejemplo los contenidos en la Ley N<sup>o</sup> 18.046 sobre Sociedades Anónimas, referidos al gobierno y administración de dichas sociedades.

Así las cosas, la creación de esta nueva figura penal obedeció a la necesidad de recurrir al derecho penal para castigar comportamientos que no podían ser subsumidos en los tipos penales ya existentes en la legislación nacional, y cuyo desvalor era ampliamente reconocido por la doctrina y la jurisprudencia, generando en muchos casos situaciones de impunidad que aparecían como socialmente intolerables, particularmente en el ámbito del tráfico económico y comercial entre particulares. Lo anterior, toda vez que los delitos de malversación de caudales públicos, desfalco y fraude al Fisco, en palabras de Mañalich “considerados delitos de administración desleal del patrimonio público”<sup>4</sup>, han permitido una adecuada protección del bien jurídico desde la génesis del Código Penal.

La existencia de gravísimas infidelidades del administrador, pero sin que se verificara un comportamiento engañoso respecto del mandante para obtener la disposición patrimonial favorable al sujeto activo, impedía apreciar la concurrencia de un delito de estafa; por otro lado, existían numerosas dificultades interpretativas en torno al delito contemplado en el art. 470 N<sup>o</sup> 1 del Código Penal. Todo ello conducía a los tribunales a desechar la aplicabilidad del

---

<sup>4</sup>MAÑALICH, J. P. (2012), op. cit., p. 374.

delito de apropiación o de distracción indebidas, no obstante que trabajos dogmáticos recientes como el de Mañalich han clarificado sustantivamente la relación de los delitos contemplados en dicha “norma de sanción”<sup>5</sup>.

En otros casos, la aplicación por los tribunales del delito de apropiación y distracción indebidas, o incluso de estafa, a supuestos de administración desleal del patrimonio ajeno, realizando una injustificable interpretación extensiva de los tipos penales, significó la vulneración del principio de legalidad, en sus vertientes de *lex certa* y *lex stricta*.

Sin embargo, de la lectura de la moción parlamentaria que dio origen a la Ley N° 21.121, que introdujo el delito de administración desleal, se desprende que no fueron estos los motivos principales que impulsaron su creación, sino más bien el convencimiento de que su incorporación permitiría cumplir con el mandato de tipificación comprendido en el artículo 22 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, estableciéndose, dentro de los fundamentos del proyecto, que:

“(…) la experiencia internacional demuestra que los delitos de corrupción provocan serias dificultades a los países, lo que ha quedado plasmado en todas las convenciones en contra de la corrupción que Chile ha suscrito, las que se grafican, por ejemplo, en lo señalado en el preámbulo de la Convención de Naciones Unidas en Contra de la Corrupción, en que se realiza la preocupación por este fenómeno dada la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia, y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley”<sup>6</sup>.

Es así que, a modo de justificación, el legislador señala la necesidad de tipificar como delito no solo las conductas de corrupción del sector público, sino también aquellas que ocurren en el sector privado, invocando lo dispuesto en el artículo 22 de la Convención, esto es, que:

“(…) cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, la malversación o el peculado, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella,

---

<sup>5</sup> *Ibíd.*, p. 207.

<sup>6</sup> Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: Historia de la ley N° 21.121 [en línea]. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1125600> [2021, 13 de diciembre], p. 3.

de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se haya confiado en razón de sus cargo. Por ello, con la finalidad de dar cumplimiento a estos estándares internacionales se propone la incorporación de los delitos al Código Penal, uno que castigue el soborno entre particulares y otro, que castigue la administración desleal”<sup>7</sup>.

Independiente de las razones que tuvo nuestro legislador para incorporar este tipo penal en nuestro Derecho, y tomando en consideración que no fue su intención inicial consagrar este delito, no se puede negar que su creación resulta ser un gran logro para nuestro ordenamiento jurídico, y a su vez un desafío para todos los actores involucrados en el tratamiento que se le dé a esta figura penal.

A continuación, y con la finalidad de dar cuenta de la situación anterior a la vigencia de la Ley 21.121, analizaremos la aplicabilidad de los distintos tipos penales existentes a supuestos prototípicos de administración desleal o defraudatoria de patrimonio ajeno, de modo de determinar su idoneidad o insuficiencia para dar cuenta de la fenomenología de tales casos. De allí que seguidamente se estudiarán los tipos penales de estafa y otras defraudaciones, de apropiación y distracción indebidas; para terminar con el delito de fraude al fisco, como un delito especial de administración desleal.

---

<sup>7</sup> *Ibíd.*, p.5.

# **CAPÍTULO I: APLICABILIDAD DE DIVERSOS TIPOS PENALES A CONDUCTAS CONSTITUTIVAS DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL ANTES DE LA DICTACIÓN DE LA LEY N° 21.121**

## **1.1 Aplicabilidad del tipo penal de estafa u otras defraudaciones**

Frente a la falta de un tipo penal de administración desleal en nuestro ordenamiento jurídico, antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.121 se buscaba subsumir la conducta descrita en su actual tipo penal en tipos penales generales para la protección de la propiedad y el patrimonio, como es el caso del delito de estafa.

Héctor Hernández Basualto, autor precursor de la necesidad de introducir el delito de administración desleal en el Código Penal en nuestro país, negó la aplicabilidad del delito de estafa a la mayoría de los supuestos de administración desleal que se daban en la realidad, al indicar que aunque no puede negarse de antemano que algunas peculiares hipótesis concretas de administración desleal puedan ir acompañadas de elementos que satisfagan las exigencias de la estafa, sí puede afirmarse que en general, por razones estructurales, este tipo penal no es aplicable a la administración desleal propiamente tal. En efecto, si se asume el concepto de estafa desarrollado por la doctrina y jurisprudencia chilenas desde los años sesenta, concepto aplicable, como se reconoce unánimemente, a todas las hipótesis particulares de estafa contenidas en la legislación (esto es, tanto a la figura calificada del artículo 468 del Código Penal, como a la figura residual del artículo 473 y a los múltiples casos particulares dispersos en el Código y en la legislación especial), la estafa supone un engaño que produce error en virtud del cual se realiza una disposición patrimonial perjudicial, como ha sostenido Hernández<sup>8</sup>.

Es así que una comparación entre la estructura reconocida en el ámbito penal internacional de la administración desleal con el delito estafa permite advertir que falta en la primera un elemento esencial de la segunda: a saber, la conducta engañosa del autor que da lugar (a través del error de la víctima) a la disposición patrimonial perjudicial para sí mismo o un tercero.

En efecto, como destaca Hernández, quien administra deslealmente un patrimonio ajeno no requiere engañar a otro (no al menos de modo necesario) para ejecutar un acto de

---

<sup>8</sup>HERNÁNDEZ, H. (2005), op. cit.,p. 207.

disposición que perjudique patrimonialmente a su mandante pues es él mismo, y no un tercero engañado, el que dispone de aquel. En palabras de este autor, “[e]l que tiene poder de disposición sobre patrimonio ajeno no necesita engañar a nadie para obtener una disposición patrimonial, porque la realiza él directamente.”<sup>9</sup>

Otra diferencia entre ambas figuras, y que precisamente se desprende de la anterior, dice relación con la forma de ataque del patrimonio. En la estafa aquel se da “desde afuera”; esto es, el sujeto activo requiere engañar a quien detenta el patrimonio, sea propio o ajeno, para obtener la disposición perjudicial. En cambio, en la administración desleal el autor ya detenta la gestión del patrimonio que será objeto del ataque; por eso se dice que el atentado es “desde dentro”, ya que el autor no requiere engañar a nadie. El modo de ataque disvalioso al bien jurídico protegido se halla, en términos generales, en el ejercicio abusivo o desleal de las facultades de disposición del administrador o mandatario, siempre que resulte en un menoscabo patrimonial para el mandante.

Es por estos motivos que, tanto por la doctrina y jurisprudencia se ha visto que el delito de estafa no resulta aplicable a los casos de administración desleal.

## **1.2 Los delitos particulares de administración fraudulenta (art. 469 N° 3, 4 y 5 CP)**

El artículo 469 del Código Penal chileno, en sus numerales 3, 4 y 5, establece lo siguiente:

“Se impondrá respectivamente el máximo de las penas señaladas en el artículo 467:

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

5.º A los que cometieren defraudación con pretexto de supuestas remuneraciones a empleados públicos, sin perjuicio de la acción de calumnia que a éstos corresponda...”.

Autores como Matus, Politoff y Ramírez han sostenido que el delito de administración desleal ya se encontraba contemplado en distintas figuras especiales, como en las

---

<sup>9</sup>Ibíd., pp. 207-208.

precedentemente enunciadas. Es así como a estos otros engaños se les ha agrupado en los denominados fraudes por abuso de confianza o fraudes en la administración. A su respecto, dichos autores han sostenido que “la confianza depositada en quienes administran patrimonios o bienes ajenos puede verse burlada de diversas maneras, pasando desde la desidia en la administración a la apropiación desembozada de los bienes confiados. En el primer caso estamos ante un simple ilícito civil; en el segundo, ante un forma especial de apropiación, antiguamente denominado hurto impropio, y que hoy se conoce como apropiación indebida”<sup>10</sup>. Es así como en este segundo caso, y en palabras de los autores antes citados, al asociar estas hipótesis del artículo 469 del Código Penal a casos especiales de apropiación indebida, se puede vincular todo lo ya dicho en relación a la aplicación de esa norma de sanción a casos de administración desleal.

Una opinión totalmente contraria la encontramos en Héctor Hernández, quien ha sostenido que estos casos son hipótesis específicas de estafa y no constituyen administración desleal. Es así como este autor manifiesta,

“[n]aturalmente es difícil negar que en estos casos se esté en presencia de una administración desleal, pues ya la rendición de cuentas falsas es en sí un acto desleal. Pero si bien se mira, se advierte que no es razón de tal deslealtad que se impone la sanción, sino por el hecho de defraudar al mandante mediante un engaño al momento de rendirle cuentas... Por cierto se trata de una administración desleal, pero ésta no se castiga en cuanto tal, sino sólo en la medida en que dicha deslealtad se expresa en un engaño al mandante, en virtud del cual éste, que ha creído lo que se le rinde (error) y aprobado en consecuencia la cuenta, con renuncia implícita de derechos o entrega de fondos para solventar la cuenta falsa (disposición patrimonial) sufre un perjuicio patrimonial”<sup>11</sup>.

En consecuencia, para Hernández, estas hipótesis del artículo 469 del Código Penal no constituyen casos prototípicos de gestión fraudulenta de patrimonio ajeno sino estafas especiales cometidas con ocasión de una administración desleal pero que se centran en el momento de la rendición de la cuenta al mandante, la que debe ejecutarse con engaño o falsedad para ser un comportamiento típico, elemento que no se requiere para el caso de la administración desleal, como anteriormente se analizó.

---

<sup>10</sup>POLITOFF, S., MATUS, J. P., y RAMÍREZ, M. C. (2004). *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, pp. 451-452.

<sup>11</sup>HERNÁNDEZ, H. (2005), op. cit.,p. 203.

### 1.3 Aplicabilidad de los tipos penales de apropiación y distracción indebidas

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se aceptó que algunas hipótesis de administración desleal pudiesen ser abarcadas por la norma de sanción contenida en el artículo 470 N° 1 del Código Penal o, incluso, identificarse con dicha figura<sup>12</sup>.

Esta disposición legal castiga penalmente a “los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla”.

Para el análisis de la aplicabilidad de esta figura penal a casos de administración desleal con anterioridad a la dictación de la ley N° 21.121, se requiere efectuar un estudio somero de la norma de sanción citada.

No obstante hallarse ubicada en el párrafo de las estafas y otros engaños, hay coincidencia doctrinal en que esta figura comprende modalidades delictivas que no requieren engaño. Así lo han señalado Politoff, Matus y Ramírez, en los siguientes términos:

“Aunque a esta figura se le aplican las penas de la estafa, entre ésta y aquélla existen diferencias que es interesante consignar: el medio de comisión en la estafa es el engaño, mientras que en la apropiación indebida es la apropiación posterior a un acto lícito, en que se le confía una cosa, esto es, su distracción cuando al hechor se le han entregado especies como cuerpos ciertos de los que no puede disponer y usa en una forma diferente de la determinada, o la simple omisión de restituir las especies fungibles de las que se le ha hecho tradición, como sucede particularmente con el dinero que no se entrega en arca cerrada. Además, el objeto en que recae la conducta sólo puede ser una cosa corporal mueble ajena, en tanto que en la estafa puede ser tanto corporal como incorporal, mueble como inmueble”<sup>13</sup>.

Siguiendo a Politoff, para Garrido Montt “el agente debe recibir la cosa como mero tenedor”, añadiendo que “un título traslativo de dominio no puede dar origen a una

---

<sup>12</sup>GARRIDO, M. (2003). *Derecho Penal. Tomo IV*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 361.

<sup>13</sup>POLITOFF, S., MATUS, J. P., y RAMÍREZ, M. C. (2004). *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 456.

apropiación indebida”<sup>14</sup>. En tal sentido, el objeto de la acción debiera consistir en una cosa mueble específica o cuerpo cierto y el bien jurídico protegido, la propiedad.

Comparte este planteamiento Soto Piñero, para quien la voz “distraer” se aplica a casos en los que “en general pueden identificarse con el dar a la cosa un uso distinto de aquel a que autoriza el título que justifica la tenencia o posesión. Infracción o incumplimiento en que se hace consentir el distraer”<sup>15</sup>.

Esta corriente postula, por consiguiente, una posición unificadora monista de la norma de sanción del art. 470 N° 1 del Código Penal, en la que los verbos “apropiarse” y “distraer” carecen de una conceptualización autónoma. En palabras de Hernández, “resulta en principio altamente preferible la interpretación que ve en la distracción sólo una forma o especie de apropiación, la que, como tal, también ha de estar presidida por el ánimo de señor y dueño, de tal suerte que no se confunde con el mero uso indebido de la cosa. Concretamente, la distracción sería una forma de apropiación con el propósito de restituir, esto es, una apropiación transitoria”<sup>16</sup>.

En la postura unificadora monista, la apropiación y distracción indebidas no generan problemas cuando se trata de bienes consistentes en especies o cuerpos ciertos, estando la figura totalmente acorde a los principios de derecho civil, pues se está ante títulos de mera tenencia o fundantes de un vínculo de confianza especial en lo que se refiere a su conservación o empleo. Así, en palabras de Hernández, “habrá apropiación de, por ejemplo, una herramienta, cuando se disponga de ella (venta, donación, o permuta de la misma) se le retenga definitivamente (negándose a devolverla), en tanto que es del todo inimaginable la distracción de la misma, sea que se entienda ésta, conforme a la interpretación que aquí se ha fustigado, como su mero uso indebido (uso fuera del lugar previsto), sea que se entienda como apropiación transitoria, en todos aquellos casos en que la cosa es recuperable y, consecuentemente, restituible (venta y posterior compra de la herramienta)”<sup>17</sup>.

La repercusión de esta interpretación en los casos de administración desleal es evidente, pues esta figura sólo sería aplicable a los casos en que el administrador o comisionista se apropie o distraiga aquellos bienes muebles del patrimonio que administra susceptibles de ser

---

<sup>14</sup> *Ibíd.*, p. 367.

<sup>15</sup> SOTO, M. (1994). *La apropiación indebida*. Santiago: Editorial ConosurLtda, p. 77.

<sup>16</sup> HERNÁNDEZ, H. (2005), *op. cit.*, p. 211.

<sup>17</sup> *Ibíd.*, p. 213.

especificados, quedando fuera del tipo el amplio espectro de bienes fungibles, como el dinero, o los bienes inmuebles.

En efecto, el problema se suscita cuando el objeto de la acción recae en bienes fungibles o consistentes en géneros, como es el caso del dinero. De acuerdo a normas de derecho civil, quien recibe un género puede disponer de él siempre y cuando restituya bienes de la misma calidad y cantidad; de ahí el conocido aforismo jurídico que el género no perece. Quien recibe dinero lo hace a través de un título traslativo de dominio, y se hace dueño del mismo, obligándose solamente a restituir una cantidad equivalente a la recibida, y es aquí donde se presenta el problema con la figura delictiva en comento, pues quien recibe dinero a través de un título traslativo con la obligación de devolver una cantidad equivalente no puede “apropiarse” del mismo, pues nadie puede apropiarse de una cosa cuyo dominio ya le pertenece. De allí que Politoff, señala que “si quien recibe dinero se hace dueño del mismo, no será posible que se configure el delito, ni aun cuando no cumpla luego con su obligación de devolver cantidad equivalente, lo que constituiría un simple incumplimiento civil (...)”<sup>18</sup>. No obstante, y como veremos, la exigencia de ajenidad de la cosa confiada puede extraerse a partir de la forma de comportamiento delictivo constituida por la modalidad de “apropiación” pero el objeto de una “distracción” indebida no requiere exhibir el estatus de una cosa ajena, como advierte Mañalich<sup>19</sup>.

En el ordenamiento jurídico chileno existe una sola hipótesis en que se puede entregar dinero como especie o cuerpo cierto, y tal es el denominado depósito “irregular” (art. 2221 del Código Civil), tan poco habitual en el tráfico económico y comercial que apenas tendría relevancia en los supuestos prototípicos de administración desleal.

En relación con este tema, es muy importante tener en cuenta la prohibición de prisión por deudas establecida por la Convención Americana de Derechos Humanos, tratado vinculante para Chile promulgado el 23 de agosto del año 1990 y publicado en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991, cuyo artículo 7, que trata sobre el derecho a la libertad personal, en su número 7 establece: “Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios”.

---

<sup>18</sup>POLITOFF, S., MATUS, J. P., y RAMÍREZ, M. C. (2004). *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 458.

<sup>19</sup>MAÑALICH, J. P. (2020). *Estudios sobre la Parte Especial del Código Penal Chileno*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, p. 316.

En tal sentido, Hernández ha señalado que “(...) al mismo tiempo, la doctrina debe hacerse cargo del hecho indubitado de que no toda omisión de devolver dinero previamente recibido puede constituir delito, pues de lo contrario todo préstamo impago estaría criminalizado. Esto último sugiere un desafío adicional, probablemente de mayor envergadura, como es espantar el amenazante fantasma de la prisión por deudas, problema que tratándose de la genuina apropiación de especies y cuerpos ciertos se ve razonablemente neutralizado en la medida en que el incumplimiento lleva aparejado un atentado no ya sólo contra el derecho personal del acreedor, sino que contra la propiedad del dueño”<sup>20</sup>.

Es así como este autor rescata dos posiciones en la doctrina, aparentemente coincidentes, pero con profundas diferencias, y dudosamente satisfactorias: sin mayores explicaciones, la primera señala que, tratándose del dinero, “el delito no se verifica con la apropiación (o distracción) del mismo, porque se reconoce que por su naturaleza el dinero puede ser legítimamente utilizado por quien lo ha recibido, sino con la negativa de pagar una cantidad equivalente”<sup>21</sup>. En simples palabras, el delito de apropiación o distracción indebida de dinero se configuraría por la negativa de pagar una cantidad equivalente al dinero previamente entregado, pues quien entrega dinero lo hace a través de un título traslativo que lo transforma en dueño del mismo; de allí que se trataría más bien de un delito de omisión propia.

Para Hernández, este planteamiento es criticable por su insuficiente fundamentación: “[a]l margen de la posible plausibilidad de sus resultados, su debilidad fundamental radica, por una parte, en que no explica cómo puede incurrir en el delito quien se ha hecho dueño del dinero entregado; y por otra parte, en que tampoco explica en virtud de qué sólo algunas omisiones de pago, no todas, configuran el delito”<sup>22</sup>.

Una segunda postura, principalmente desarrollada por Politoff, señala que no será posible que se configure el delito en la medida que el que recibe el dinero se hace dueño del mismo, ni aun cuando no cumpla con su obligación de devolver una cantidad equivalente, lo que constituiría un simple incumplimiento civil<sup>23</sup>. Sólo se configuraría un delito de apropiación indebida si las cosas consumibles se reciben en virtud de un título de mera tenencia, no existiendo por tanto autorización para usarlas conforme a su destino natural. Sin embargo, ni

---

<sup>20</sup>HERNÁNDEZ, H. (2005), op. cit., pp. 214-215.

<sup>21</sup>Ibíd., p. 215.

<sup>22</sup>Ibíd.

<sup>23</sup>POLITOFF, S. (1992). *El delito de apropiación indebida*. Santiago de Chile: Conosur, p. 87.

aun en este caso se verificaría impunidad del sujeto en caso de que pague una cantidad equivalente, toda vez que no se verificaría una condición objetiva de punibilidad, según sostiene Politoff: el perjuicio<sup>24</sup>.

Siguiendo a Hernández, si bien es consistente y tiene el mérito de advertir que quien recibe el dinero se hace generalmente dueño del mismo, esta postura es incompatible con el derecho civil vigente: en su conformidad, las obligaciones de dinero son, por definición, de género, no de especie, por lo que quien lo entrega, siempre hace su tradición y pierde el dominio del mismo<sup>25</sup>. Por ende, quien lo recibe siempre se hará dueño de él, no existiendo entregas de dinero en mera tenencia. Cabe concluir entonces que, o bien derechamente no hay apropiación indebida de dinero, o bien ésta requiere una fundamentación que hasta ahora no ha tenido entre nosotros, y que sea satisfactoria desde el punto de vista dogmático como de legitimación político-criminal, siguiendo a Hernández<sup>26</sup>.

Siguiendo con este punto, resultan pertinentes los desarrollos doctrinales habidos en el derecho penal español en torno al tipo penal de apropiación indebida, el que sirvió de modelo para la redacción de su homólogo en el Código Penal chileno. Según Hernández, se ha señalado que “en el respectivo precepto penal cohabitan dos tipos penales diferentes, aquí también se entiende que el artículo 470 N° 1 del Código Penal prohíba dos figuras delictivas. 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 especie 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”<sup>27</sup>.

Una reconstrucción dualista de la norma de sanción ha sido sostenida por un sector de la doctrina nacional<sup>28</sup>, que hace la distinción entre las modalidades de apropiación y distracción indebida de dinero, estableciendo que ambos tipos estarían protegiendo bienes jurídicos

---

<sup>24</sup> *Ibíd.*, p. 88.

<sup>25</sup> HERNÁNDEZ, H. (2005), *op. cit.*, pp. 216-217.

<sup>26</sup> *Ibíd.*, pp. 218-219.

<sup>27</sup> *Ibíd.*, pp. 228-229.

<sup>28</sup> BASCUÑAN, A. (2004). “Delitos contra intereses instrumentales”. *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, (1), pp. 291-345; *Ibíd.*, p. 228.

diferentes, como es la propiedad en el caso de la apropiación indebida, y el patrimonio en el caso de la distracción indebida de dinero u otros géneros. Con dicha distinción, esta posición doctrinal justifica la incorporación al tipo penal de hipótesis de administración desleal de géneros en la figura típica del delito de distracción indebida de dinero u otros géneros, pues en ambas figuras penales el bien jurídico protegido sería el patrimonio. Según Hernández, dicha aplicación y justificación resultaría insuficiente por las siguientes razones: “[a]mbas conductas típicas (apropiación y distracción indebida) reconocen como objeto material ‘dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble’ (...) esto es, cosas corporales muebles, excluyéndose en consecuencia las cosas incorpóreas (...) pues las disposiciones patrimoniales no sólo no requieren recaer sobre dinero o documentos representativos del mismo, sino que, además, crecientemente tienden a no hacerlo”<sup>29</sup>. A partir de lo anterior se que, por razones de restricción típica, quedan excluidos de la aplicación de la distracción indebida los bienes incorpóreas e inmuebles, no obstante constituir ésta una forma de administración desleal.

Concluye este autor que “[p]or la misma razón son atípicas todas las disposiciones o distracciones indebidas de bienes raíces ajenos que se tienen en administración, aspecto que, al menos en el derecho chileno, no admite discusión. Y, finalmente, no son subsumibles en el artículo 470 N° 1 del Código Penal, las conductas que si bien afectan el patrimonio del titular, lo hacen por la vía de aumentar el pasivo del mismo, en vez de representar una merma del activo en términos de pérdida de cosas corporales muebles”<sup>30</sup>.

A su vez, se ha destacado que el delito del art. 470 N° 1 del Código penal no es aplicable a diversas hipótesis constitutivas de administración desleal. Es así como Politoff señala que, “mientras el administrador actúe por cuenta y riesgo del mandante, afectando el patrimonio de éste, gastando, comprando y vendiendo por y para éste, es evidente que no excede su condición de mero tenedor de bienes ajenos ni comete apropiación, aunque sea torpe y hasta negligente en la conducción de los negocios”<sup>31</sup>. En palabras del mismo autor, se desprendería “que la apropiación o distracción indebida son algo muy distinto a una administración desleal de bienes”<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup>HERNÁNDEZ, H. (2005), op. cit.,p. 232.

<sup>30</sup> Ibídem.

<sup>31</sup>POLITOFF, S. (1992), op. cit., p. 213.

<sup>32</sup>HERNÁNDEZ, H. (2005), op. cit.,p. 233.

Sin embargo, la debilidad de este argumento radica en que, acto seguido, el mismo Politoff advierte “que frente a hipótesis de mala administración del patrimonio ajeno se ha de estudiar siempre caso a caso si no se trata, pese a la apariencia, de una apropiación indebida encubierta”<sup>33</sup>, pero frente a esta nueva situación no refiere más al respecto, como advierte Hernández<sup>34</sup>. Sin embargo, creemos que esta última posición no considera que el comportamiento del administrador en perjuicio de los intereses del mandante debe ser considerado *per se* desleal, a menos que éste lo haya autorizado a realizar actuaciones riesgosas que puedan perjudicarlo. Pero si se desvía del contrato de administración y emplea recursos del mandante para fines distintos de los autorizados, la determinación casuística de la concurrencia de administración desleal -como sostiene Politoff- no resiste análisis. Asimismo, y en un sentido inverso, dicho criterio nos conduciría al absurdo de poder calificar como desleal una administración que se ha ejecutado de un modo acorde a los intereses del mandante y sin distraer sus bienes.

De un modo mucho más acertado que los autores ya citados, Juan Pablo Mañalich propone una reconstrucción “unificadora dualista” de la norma de sanción contenida en el artículo 470 N° 1 del Código Penal, indicando que en ella se refuerza o se encuentran tipificadas “dos formas de comportamiento delictivo heterogéneas, que admiten ser designadas a través de las denominaciones apropiación y distracción indebida”<sup>35</sup>. Para este autor, la primera forma delictiva “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. En palabras de Mañalich, y en cuanto a la segunda forma delictiva, 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

---

<sup>33</sup>POLITOFF, S. (1992), op. cit.,p. 205.

<sup>34</sup>HERNÁNDEZ, H. (2005), op. cit.,p. 233

<sup>35</sup>MAÑALICH, J. P. (2018). “Apropiación y distracción indebidas. Una propuesta de reconstrucción unificadoramente dualista del art. 470 N° 1 del Código Penal”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 25(1), pp. 153-180, p. 163.

realización de la finalidad para la cual ese objeto fue entregado, o la satisfacción del derecho personal (de otro) correlativo a la obligación de entregar o devolver la cosa en cuestión”<sup>36</sup>.

En suma, y de modo a nuestro parecer acertado, Mañalich postula una conexión entre, por un lado, la caracterización de la distracción indebida como un delito de administración desleal y, por otro, como uno de “insolvencia punible”<sup>37</sup>. Funda su afirmación señalando que “allí donde la cosa ha sido recibida bajo la obligación de entregarla o devolverla, el abuso de confianza implicado en su distracción ha de condicionar la imposibilidad del potencial autor de cumplir esa misma obligación de entrega o devolución, en circunstancias de que es en la falta de satisfacción del derecho personal correlativo a esa obligación donde debe radicar el perjuicio patrimonial resultante de la distracción”<sup>38</sup>.

Atendida la claridad de la última postura expuesta, de todo lo descrito anteriormente se puede extraer que el delito de apropiación y distracción indebidas sí se pueden aplicar a un gran número de casos de administración desleal de patrimonio ajeno, lo que termina por demostrar los esfuerzos emprendidos desde la doctrina para tratar de abarcar conductas propias de la actual administración desleal, mientras ésta no se encontraba incorporada como figura típica, mediante la aplicación de otros tipos, aunque estos no abarquen todas las posibles hipótesis que dicha figura admite. Lo anterior, dadas las restricciones que impone el comportamiento típico y el objeto de la acción.

#### **1.4 El delito de fraude al fisco como delito especial de administración desleal**

El artículo 239 del Código Penal sanciona al empleado público “que en las operaciones en que interviniera por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo”.

Se señala que este delito tiende a la protección del correcto desempeño de la función pública, el que resultaría lesionado cuando el funcionario no cumple el deber de velar por los intereses patrimoniales del Fisco, de acuerdo con criterios de economía y eficiencia. Además, su connotación evidentemente patrimonial quedaría en evidencia al exigirse que se produzca

---

<sup>36</sup>Ibíd., p. 158.

<sup>37</sup>Ibíd., p. 173

<sup>38</sup>Ibídem.

un perjuicio, lo que permite afirmar que el bien jurídico protegido está constituido por el patrimonio público, imprescindible para el correcto desempeño de las funciones públicas.

Con la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico del tipo penal de la administración desleal, parte de la doctrina ha llegado a reinterpretar el delito de fraude al fisco como una especie de administración desleal. Es así como Hernández establece que “la mejor interpretación de la disposición (artículo 239 del Código Penal), en efecto, es la que lleva a conceptualizar el fraude al fisco como un delito de administración desleal del patrimonio público”<sup>39</sup>. Concordando con esta postura, Mañalich propone abandonar sin reserva alguna “la idea de que el delito tipificado en el artículo 239 del Código Penal pudiera exhibir, en todos o en algunos casos, la estructura de una estafa”<sup>40</sup>.

Invocando doctrina y jurisprudencia asentada en nuestro medio, Hernández indica que “la interpretación del delito de fraude al fisco y otros órganos públicos como delito de administración desleal no es extraña en nuestro medio. Incluso la postura mayoritaria aboga por una comprensión de su injusto bajo los rótulos de “abuso de confianza” o “infracción de deberes funcionarios”<sup>41</sup>. Esto es, bastaría que el funcionario público, abusando de los poderes de disposición que forman parte de las atribuciones de su cargo, infringiera sus deberes por la vía de distraer dineros o consentir que terceros lo hagan, o simplemente no cobrando los créditos o no ejerciendo las acciones tendientes a recaudar aquellos que correspondan al patrimonio público, causándole de este modo un perjuicio.

Al considerar esta reinterpretación del delito de fraude al fisco como una especie de administración desleal, este debiera considerarse como un delito de mero perjuicio patrimonial y no como un delito de aprovechamiento patrimonial; esto es, y siguiendo a Mañalich, “como una vulneración del principio de probidad, en tanto estándar para el desempeño de la función, consistente en la falta de fidelidad en la gestión del patrimonio público, que no necesita en modo alguno coincidir con la pretensión de la obtención de alguna ventaja patrimonial correlativa”<sup>42</sup>.

Si bien para una parte de la doctrina la concurrencia de engaño es necesaria para la configuración del delito de fraude al fisco, para Mañalich sería “enteramente irrelevante que

---

<sup>39</sup>HERNÁNDEZ, H. (2005), op. cit., p. 234.

<sup>40</sup>MAÑALICH, J. P. (2012), op. cit., p. 374.

<sup>41</sup>HERNÁNDEZ, H. (2005), op. cit., p. 239.

<sup>42</sup>MAÑALICH, J. P. (2012), op. cit., p. 375.

en determinados casos el funcionario que en razón de su cargo interviene en una operación que compromete el patrimonio público pueda valerse de una maniobra constitutiva de, o cercana a un, engaño. Pues de ser así, la maniobra en cuestión resultará enteramente accidental desde el punto de vista de las circunstancias de cuya satisfacción depende la realización del tipo delictivo en cuestión”<sup>43</sup>.

En relación a la estructura del delito de fraude al fisco, se puede observar que sólo está circunscrita a ciertas hipótesis de administración desleal, en primer lugar, por tener aplicación en el ámbito de protección del patrimonio estatal y sólo en cuanto intervengan funcionarios públicos. Siguiendo a Hernández, de allí la importancia de la introducción de un delito *común* de administración desleal al ordenamiento jurídico chileno. Al respecto, este autor había advertido sobre los problemas que podría acarrear de adoptarse el tipo penal del delito de fraude al fisco, por su indeterminación y falta de claridad, como modelo para la tipificación del delito genérico de administración fraudulenta de patrimonio ajeno<sup>44</sup>.

Es así como sobresale una vez más la necesidad de la creación de este delito y de su incorporación en nuestro ordenamiento jurídico, para hacer frente a diversas situaciones que no encontraban respuestas en los tipos penales existentes y que llamaban ser sancionados penalmente. Este nuevo tipo penal, consagrado en el artículo 470 N° 11 de nuestro Código Penal, sanciona “al que, encargado de la gestión o salvaguardia de un patrimonio ajeno, mediante una extralimitación de sus funciones o realizando acciones u omisiones manifiestamente contrarias al interés del titular de dicho patrimonio, le irrogare perjuicio a éste”.

Además, el texto aprobado regula dos hipótesis agravadas. La primera concurre cuando la administración desleal recae sobre el patrimonio de ciertas personas respecto de las cuales los deberes de protección son mayores, a saber, guardador, tutor o curador, o de una persona incapaz que el sujeto tuviere a su cargo en alguna otra calidad. La segunda agravación se refiere a la administración desleal del patrimonio de sociedades anónimas abiertas o especiales, y su fundamento consiste en proteger un patrimonio que en general puede estar

---

<sup>43</sup>Ibíd., p. 378.

<sup>44</sup>HERNÁNDEZ, H. (2005), op. cit., p. 239, quien señala que “el tipo de fraude al Estado, que en principio puede ser visto como el tipo general de administración desleal del derecho chileno, al menos para el ámbito estatal, exhibe un grado de indeterminación, expresado por lo demás en una interpretación caracterizada por su escasa claridad, que, tanto la lege lata como la lege ferenda, no puede constituir un buen punto de partida para la construcción de un nuevo escenario sobre la materia”.

compuesto por intereses muchas veces no representados en el órgano de administración, como los socios minoritarios.

En síntesis, y más allá de las discrepancias doctrinarias siempre existentes, las reflexiones esbozadas hasta ahora develan la existencia de importantes de lagunas de punibilidad que buscaron ser superadas mediante la tipificación del nuevo delito de administración desleal en nuestro país. En su virtud, pasan a ser jurídicamente reprochables un sinnúmero de conductas que atentan contra la lealtad en la administración de un patrimonio, pero que no podían ser cubiertas por los tipos penales hasta entonces existentes, como la estafa y la apropiación indebida.

## **CAPÍTULO II: EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL DE PATRIMONIO AJENO EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO. MODELOS DEL DERECHO COMPARADO**

### **2.1 Antecedentes legislativos de la ley 21.121**

Frente a los diversos casos de corrupción en el que se han visto envueltas diferentes instituciones del país que han gozado por mucho tiempo de una cierta aprobación y respeto popular, la confianza de la ciudadanía en dichas instituciones, tanto públicas como privadas, se ha visto sensiblemente afectada<sup>45</sup>. En virtud de lo anterior, la ex Presidenta Michelle Bachelet convocó a una Comisión, encabezada por don Eduardo Engel, que formuló diversas recomendaciones en la lucha contra los conflictos de interés, el tráfico de influencia y la corrupción.

Es así como la Ley N° 21.121 tuvo su origen en una moción parlamentaria de 8 de junio del año 2016 suscrita por los Senadores Pedro Araya Guerrero, Alfonso De Urresti Longton, Alberto Espina Otero, Felipe Harboe Bascuñán y Hernán Larraín Fernández. Ésta recogió algunas de las medidas propuestas por la Comisión Engel, teniendo como principales objetivos modificar el Código Penal en lo relativo a los delitos de cohecho y soborno (aumentando sus penas) y la Ley N° 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, así como introducir los delitos de soborno entre particulares y de administración desleal.

Dentro de los fundamentos del proyecto, establecidos en las actas relacionadas con su primer trámite constitucional, se menciona los siguientes: la gravedad de los delitos de corrupción que no se reflejan en su penalidad; falta de coherencia entre algunas normas y adecuación a estándares internacionales; ausencia de tipificación del soborno entre particulares y la administración desleal; y la necesidad de adecuación de la normativa sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, en relación con las modificaciones introducidas al delito de cohecho<sup>46</sup>.

En lo que dice relación con la ausencia de tipificación del soborno entre particulares y la administración desleal, la moción parlamentaria hace alusión a las normas de la Convención

---

<sup>45</sup> Tales han sido los casos de Penta y SQM, principalmente.

<sup>46</sup> Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: Historia de la ley N° 21.121 [en línea]. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1125600> [2021, 13 de diciembre].

de Naciones Unidas en contra de la Corrupción, promulgada en Chile por Decreto N° 375 de 23 de noviembre de 2006 y publicada en el Diario Oficial de 30 de enero de 2007, que impone como deberes al Estado de Chile, entre otros, la tipificación como delito no sólo las conductas de corrupción del sector público, sino también aquellas que ocurren en el sector privado, las cuales eran consideradas una profunda omisión de nuestra legislación penal.

Con relación a la administración desleal, el artículo 22 de la referida Convención señala lo siguiente:

[c]ada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando *se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, la malversación o el peculado, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella*, de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo<sup>47</sup>.

Por ello, y como se señala en el proyecto de ley en comento, “con la finalidad de dar cumplimiento a estos estándares internacionales se propone la incorporación de dos delitos al Código Penal, uno que castigue el soborno entre particulares y otro, que castigue la administración desleal”<sup>48</sup>.

Es así como en la primera redacción del tipo delictivo de administración desleal fue introducida como un artículo N° 287 ter del Código Penal, cuya redacción era la siguiente:

El que, teniendo a su cargo el cuidado, la custodia, 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 causare un perjuicio, sea ejerciendo abusivamente las facultades para disponer por cuenta de este patrimonio, sea ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario a los intereses del titular del patrimonio afectado, será castigado con presidio menor en su grado máximo, y multa de diez al cien por ciento del perjuicio causado.

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, las penas se impondrán en su máximo<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Ibid., p. 5. La cursiva es nuestra.

<sup>48</sup> Ibid., p. 5.

<sup>49</sup> Ibid., p. 9.

Dentro de la discusión parlamentaria es interesante rescatar que, primeramente, el proyecto contemplaba la inclusión de este delito en el párrafo 7º, del título VI, del libro II, del Código Penal, que se titula “de los crímenes y simple delitos relativos a la industria, al comercio y a las subastas públicas”, pero en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, de fecha 7 de julio de 2016, se acordó dejarlo en el párrafo 8º, del título IX, del Libro II, del mismo cuerpo legal, siendo ésta su ubicación definitiva. En este punto, resultan bastante aclaratorias las palabras del Fiscal Nacional, señor Jorge Abbott Charme:

“Si bien debe destacarse la decisión legislativa de incorporar en nuestro derecho una figura que castigue a las conductas que lesionan el patrimonio de terceros mediando la infracción de deberes de administración o por medio del abuso de los mismos, por razones sistemáticas el lugar más idóneo para incluir una prohibición penal de esta clase lo constituye el párrafo 8º del título IX, del libro II, del Código Penal, donde se regulan, entre otros ilícitos, los fraudes por abuso de confianza, siendo el delito de administración desleal una especie de este género”<sup>50</sup>.

Entre otras observaciones del Fiscal Nacional, en relación a la inclusión del delito de administración desleal, se destaca la siguiente:

“Se hace necesario incluir una agravante que se aplique en aquellos casos en que la administración desleal ocasione un perjuicio para los fondos previsionales. Existen conductas de administración desleal que causan graves consecuencias en los mercados (desconfianza) y en los inversores en particular, por lo que el marco penal podría ampliarse hasta el presidio mayor en su grado mínimo, adquiriendo pena de crimen para absorber los casos más graves”<sup>51</sup>.

Por su parte, nos parece interesante la opinión del Senador De Urresti en la discusión en sala, de fecha 13 de septiembre de 2016, quien en lo pertinente señaló lo que sigue: “La administración desleal, que se constituye cuando se entrega un patrimonio a alguien para que lo administre y este tiene una gestión con resultados desastrosos. Allí hay una administración desleal, cuando alguien claramente dilapida o destina a un objeto distinto del planteado los recursos entregados a su cargo”<sup>52</sup>.

También vale la pena destacar el Oficio con indicaciones del Ejecutivo, que fue presentado en el Segundo Trámite Constitucional de la Cámara de Diputados, de fecha 18 de julio de 2017. En relación con el delito de administración desleal, el abogado Jefe de Delitos

---

<sup>50</sup> Ibid., p. 16.

<sup>51</sup> Ibídem.

<sup>52</sup> Ibid., p. 35.

Económicos y Medioambientales, señor Andrés Salazar, expresó lo siguiente: “el proyecto con la indicación del Ejecutivo constituye una mejora sustancial respecto de nuestros estándares en materia de derecho penal económico, ya que se hace cargo de vacíos legislativos muy graves, sobre todo en el ámbito de la administración desleal del patrimonio ajeno”<sup>53</sup>. Es así como parte indicando que la incorporación de este tipo penal a nuestro Derecho se erige como “un pilar fundamental en la protección penal del patrimonio. Se trata de un tipo penal que sanciona atentados “desde adentro”, esto es, de quienes reciben el encargo de gestionar un patrimonio ajeno”<sup>54</sup>.

En el Informe de la Comisión de Constitución, discutido en la Cámara de Diputados, de fecha 4 de octubre de 2017, el Director de la Unidad Especializada Anticorrupción de la Fiscalía Nacional(S), Hernán Fernández, señaló que:

“(…) en cuanto al delito de administración desleal, le pareció adecuado que haya sido trasladado al artículo 470 que contiene las defraudaciones de patrimonio, sobre todo por su encabezado. Si bien consideró que el tipo penal está bien construido lamentó que se trate solamente de un tipo genérico de administración desleal, ya que se hace cargo del problema de la agencia pero deja de lado, quizá el problema de la agencia más grave, que es aquel que ocurre en las sociedades anónimas abiertas, con la agravante que tiene el diseño institucional chileno en que el mercado de valores está muy vinculado al decreto ley 3.500, lo que requiere enfatizar los niveles de confianza en los administradores de este capital. Sugirió crear una figura especial para la defraudación del patrimonio de sociedades anónimas que guarde relación con las penas que están establecidas en la ley 18.045, atendido que en la hipótesis no solo se encuentra en peligro el patrimonio de una persona o una empresa, sino el patrimonio de muchas personas que han invertido, incluso de forma obligatoria, confiando en los administradores de esa sociedad y que, eventualmente, pueden terminar expropiados por una mala gestión o una gestión desleal.

Finalmente, sobre el lavado de dinero y responsabilidad penal de las personas jurídicas, señaló que la administración desleal puede generar importantes ganancias ilícitas para sus autores, creando incentivos perversos para su ocultamiento y reingreso a la actividad

---

<sup>53</sup>Ibíd, p. 38.

<sup>54</sup>Ibíd, p. 39.

económica formal. Sugirió incluir derechamente dentro del catálogo del artículo 27 de la ley 19.913, al nuevo tipo de administración desleal”<sup>55</sup>.

Por su parte en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, se incorporó una indicación que buscaba generar una figura agravada respecto de administradores de sociedades anónimas abiertas o sociedades anónimas especiales, como ocurre con las administradoras de fondo de pensiones o las Isapres, que gestionan cotizaciones obligatorias. Si, administrando estos recursos lo hacen en forma desleal, debería preverse una figura agravada, pues estas hipótesis no podrían tratarse de manera equivalente que un mandato de administración de un particular cualquiera. Esa también -en concepto de la Comisión- sería una señal clara para defender los intereses de accionistas minoritarios o de quienes son cotizantes obligados.

En virtud de lo señalado anteriormente, la Presidenta de la República de entonces formuló indicación para agregar el siguiente número 13:

13) Agréguese en el artículo 470 el siguiente numeral 11º: Al que teniendo a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona, o de alguna parte de éste, en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto jurídico, le irrogare perjuicio, sea ejerciendo abusivamente facultades para disponer por cuenta de ella u obligarla, sea ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado.

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 grado máximo de las penas señaladas en el artículo 467<sup>56</sup>.

Finalmente, y luego de una ardua discusión parlamentaria, el precepto referente a la administración desleal quedó redactado manteniendo los incisos primero y segundo del artículo 470 Nª 11 del Código Penal del proyecto original, y añadiéndose los siguientes incisos:

“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

---

<sup>55</sup>Ibíd., pp. 48-49.

<sup>56</sup> Ibíd., p. 62.

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”<sup>57</sup>.

Es necesario destacar que esta figura penal existe en otras legislaciones, como la española y la alemana, siendo esta última el modelo que se adopta por el legislador chileno.

A continuación, analizaremos de forma somera la realidad legislativa española y alemana en relación al delito de administración desleal.

## **2.2 Derecho español**

El delito de administración desleal se encuentra consagrado en el artículo 252, dentro de la sección 2º (Administración desleal), del capítulo VI (Defraudaciones), Título XIII Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico, y fue producto de la reforma integral al régimen penal español que se gestó desde el año 2013 y que culminó con la Ley Orgánica 1 del año 2015.

La actual redacción del artículo 252 del Código Penal Español establece lo siguiente:

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.

Es así como en España se modificó el artículo 295, que contemplaba el delito de administración desleal societaria, consagrado dentro del título dedicado a los delitos societarios. Después de la reforma, el delito de administración desleal se ha hecho extensivo a

---

<sup>57</sup> *Ibíd.*, p. 63.

cualquier tipo de patrimonio, sin que para el efecto se requiera ser administrador, de hecho o de derecho, de sociedades mercantiles. Por otra parte, no se suprimió el delito de apropiación indebida, que pasó a estar regulado en el artículo 253 del Código Penal español<sup>58</sup>.

Hasta el año 1995 en España, no existió un ilícito de administración desleal similar al consagrado en la legislación alemana, fue hasta la promulgación del Código Penal de 1995 que se tipificó esta figura, no como un tipo genérico, sino referido al ámbito societario.

Los elementos del delito de administración desleal, que consagraba el antiguo artículo 295 del Código, referido al ámbito societario, se pueden resumir de la siguiente manera. El sujeto activo del delito, podría ser un administrador, de hecho, o de derecho de la sociedad, o bien uno de los socios. La norma descartaba la imputación de otros sujetos, como el empleado o el asesor, entre otros. El sujeto pasivo, de acuerdo a la norma, eran los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital administrados. Sin embargo, la jurisprudencia al analizar este aspecto, no descartó que la propia sociedad pudiera ser también sujeto pasivo idóneo del delito, en la medida que el perjuicio a la sociedad se generara principalmente con la disposición de los bienes de esta, y, en consecuencia, si un acto de tal naturaleza estaba en capacidad de causar un perjuicio a sus socios simultáneamente, se lo causaría al patrimonio de la sociedad, que se vería disminuida en su patrimonio<sup>59</sup>. El objeto material sobre el que recaía la acción era el patrimonio de la sociedad. La acción típica consistía en disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad, o bien en contraer obligaciones a cargo de dicha entidad. La disposición fraudulenta de la sociedad, que consistía en una disposición definitiva del patrimonio, o una distracción provisional, es decir, usos temporales ilícitos capaces de perjudicar el patrimonio. Siguiendo a Fabio Ballesteros, a su vez el contraer obligaciones a cargo de la sociedad envolvía “supuestos como constitución de garantías sobre los bienes de la sociedad sin ninguna contraprestación para esta, con el fin de afianzar el cumplimiento de obligaciones ajenas a los intereses sociales. En estos casos, la sociedad se convertía en un verdadero deudor”<sup>60</sup>.

Como también advierte el mismo autor, “[s]in embargo, desde la consagración del ilícito de administración desleal en el Código Penal de 1995, la jurisprudencia, con el apoyo de un

---

<sup>58</sup>BALLESTEROS, F. (2017). *Análisis de la administración desleal y la corrupción en el sector privado a la luz de la legislación colombiana y el derecho comparado*. Bogotá: Universidad Santo Tomás, p. 173.

<sup>59</sup> *Ibíd.*, p. 176.

<sup>60</sup> *Ibíd.*

sector de la doctrina, consideró que el artículo 252 que castigaba la apropiación indebida de cosa mueble — lo que en nuestro ordenamiento jurídico sería el ilícito de abuso de confianza— contenía en sus elementos un ilícito de administración desleal oculto, en la modalidad denominada infidelidad, aunque con el devenir de los años la posición varió para ver en dicha disposición (art. 252) un tipo de administración desleal en la modalidad de abuso”<sup>61</sup>.

Esta visión que surgió tanto en la jurisprudencia como la doctrina española, de ver en el artículo 252, un delito de administración desleal, surgió a raíz de la diferencia entre los delitos contra la propiedad y los delitos contra el patrimonio, no obstante que originariamente los propios tribunales españoles fueron de la posición que las hipótesis de administración desleal no podían subsumirse en el delito de apropiación indebida. Es así como se vio en el delito de apropiación indebida un delito de infidelidad en la gestión de patrimonio ajeno en la modalidad de distracción de dinero, sustentándose en la idea en que mientras el ilícito de apropiación indebida es un delito contra la propiedad, la administración desleal contenida en aquel, así como la estafa, es un ataque contra el patrimonio. En palabras más sencillas, “los actos de administración indebida afectan el patrimonio en su conjunto y no, como requiere la apropiación indebida, bienes específicos”<sup>62</sup>.

Sin embargo, autores como Gómez-Jara rechazaron la idea de encontrar también en el delito de apropiación indebida un tipo de administración desleal, argumentando que “la esencia del delito de administración desleal no la constituyen los usos ilícitos temporales, sino la infracción de deber de lealtad que produce un perjuicio patrimonial, situación que no estaba recogida en el artículo 252, sino únicamente en el artículo 295, razón por la cual si la penalidad no es satisfactoria, la solución estaba en la modificación del texto pero no en realizar interpretaciones extensivas sobre el artículo 252 del Código Penal”<sup>63</sup>.

Con ocasión de la reforma que sufrió la norma, los elementos del tipo penal han adquirido otros contornos, principalmente por el hecho de que la administración desleal como delito lo

---

<sup>61</sup> *Ibíd.*, pp. 176-177.

<sup>62</sup> HERNÁNDEZ, H. (2005), *op. cit.*, p. 250.

<sup>63</sup> GÓMEZ-JARA DIEZ, C. (2010): “La situación actual española. La problemática de la administración desleal de los órganos societarios en el derecho penal español ¿Un tipo de administración desleal en el artículo 252 del código penal?” Capítulo V. En GÓMEZ-JARA DIEZ, C. & GARCÍA CAVERO, P. (2010). *La administración desleal de los órganos societarios*. Lima: ARA Editores, p. 175.

es como un tipo genérico dirigido a la tutela de cualquier patrimonio, y no solo del patrimonio de una persona jurídica<sup>64</sup>.

Es así como el artículo 295 ha sido suprimido, traspasándose su contenido al nuevo artículo 252, bajo una sección que se intitula “De la administración desleal”. Este nuevo precepto castiga a los administradores de un patrimonio ajeno que, teniendo facultades 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. Se comprenden en el mismo toda clase de administradores, y no solamente los sociales, como era el caso del derogado artículo 295, que infrinjan el deber de lealtad con su principal, excediéndose en sus facultades; esto es, actuando antijurídicamente y causando a dicho administrado un perjuicio de naturaleza patrimonial<sup>65</sup>.

En resumen, el nuevo delito de administración desleal del Código Penal Español deja de ser un delito societario para pasar a ser un delito eminentemente patrimonial, que tutela el manejo del patrimonio ajeno contra actos de abuso en la administración del mismo, sin exigir elementos subjetivos en el tipo objetivo, tales como obrar con ánimo de lucro o en beneficio propio o de terceros, pues lo importante es no causar mediante una actuación dolosa un perjuicio al patrimonio que se administra.

Este nuevo tipo penal elimina el requisito de “perjuicio económicamente avaluable” que contemplaba el antiguo artículo 295, dejando solo la acepción de “perjuicio al patrimonio administrado”, pues se consideraba que el concepto derogado se había interpretado en un sentido económico de patrimonio, siendo lo fundamental para la existencia del perjuicio patrimonial el valor del patrimonio a la luz de los fines personales a los que está destinado<sup>66</sup>.

Sin embargo, en la doctrina no se ha visto de forma muy positiva el hecho de contemplar como sujetos activos del delito no sólo a los particulares, sino también a los funcionarios públicos. En efecto, al hacer referencia a la facultad de administrar un patrimonio ajeno encomendado por autoridad, indudablemente, el tipo penal está exigiendo una condición especial al sujeto activo, en tanto sólo puede serlo un funcionario público o un particular que cumpla función pública de administrar un patrimonio por encargo de autoridad<sup>67</sup>. Esta

---

<sup>64</sup>Al respecto, véase BALLESTEROS, F. (2017), op. cit.,p. 182.

<sup>65</sup> Ibíd., p. 185.

<sup>66</sup> Ibíd., p. 191.

<sup>67</sup> Ibíd., p. 192.

condición se vería ya reflejada en el artículo 432 del Código penal español, que trata sobre la malversación de bienes públicos, y que si bien está destinado a proteger los bienes públicos o el erario, en general va más allá de esa intención patrimonial, en la medida que lo que busca proteger realmente es el buen funcionamiento de la administración pública, mediante un buen uso del patrimonio. Es así como parte de la doctrina establece, que, al mezclarse los intereses patrimoniales particulares con los intereses patrimoniales públicos, que van más allá de esa tutela a los bienes, la ubicación del delito como un mero delito patrimonial carecería de sentido. A esta postura adhiere Ballesteros Correa<sup>68</sup>.

Estas críticas son replicables al sistema jurídico chileno, en que se contempla el delito de fraude al fisco, contemplado en el artículo 239 del Código Penal, cuyo inciso primero establece lo siguiente: “El empleado público que en las operaciones en que interviniera por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo, incurrirá en la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo”.

Al respecto, concordamos con las reflexiones de Mañalich, para quien el delito de fraude al fisco constituye precisamente una modalidad específica de administración desleal y no una de estafa, como tradicionalmente se ha concebido en nuestro país<sup>69</sup>. En su opinión, sólo bajo dicha concepción es posible concebir su tipificación como un delito de mero perjuicio patrimonial y no como un delito de aprovechamiento (o enriquecimiento) patrimonial<sup>70</sup>; y a su vez, permite “dar cuenta de la manera en que el injusto del fraude al fisco se corresponde con una vulneración del principio de probidad, en tanto estándar para el desempeño de la función, consistente en la falta de fidelidad en la gestión del patrimonio público, que no necesita en modo alguno coincidir con la pretensión de la obtención de alguna ventaja patrimonial correlativa”<sup>71</sup>.

Por último, y siguiendo al mismo autor, esta concepción permite explicar la mayor penalidad de las formas más graves de malversación, por cuanto en éstas el injusto lo constituye “la vulneración de la dimensión del principio de probidad específicamente asociada

---

<sup>68</sup> *Ibíd.*, p. 193.

<sup>69</sup> MAÑALICH, J. P. (2012), *op. cit.*, p. 357.

<sup>70</sup> *Ibíd.*, p. 374.

<sup>71</sup> *Ibíd.*

a la exigencia de que el funcionario dé preeminencia al interés general por sobre el particular”<sup>72</sup>.

Como último comentario en relación al modelo español, sólo cabe recalcar sus importantes similitudes con el chileno, al ser precisamente su principal referente legislativo dentro del derecho comparado. Ello se refleja principalmente, en el hecho que nuestro delito de administración desleal, al igual que en el derecho español, se aprecia un tipo genérico cuya finalidad es la protección del patrimonio y no solo el patrimonio de una persona jurídica determinada. Si bien este carácter genérico se puede destacar en el inicio del numeral 11 del artículo 470 de nuestro Código Penal, su redacción da paso al caso especial de administración desleal de las sociedades anónimas -tanto abiertas como cerradas-, a diferencia de la nueva redacción de su homóloga española, pero sólo para referirse a las sanciones aplicables en el caso de encontrarnos con una administración desleal en una sociedad anónima de las señaladas anteriormente.

Finalmente, y al igual que en el derecho español, nuestro delito de administración desleal protege el manejo del patrimonio ajeno que puede verse afectado por actos de abusos o infidelidad del mismo, y de carácter doloso, que causen perjuicio al patrimonio que se administra.

### **2.3 Derecho alemán**

El derecho penal alemán tipifica la figura de administración desleal, ahorrándose con esto el problema de discusión interpretativa y los vacíos legales que ocurrieron por mucho tiempo en nuestro derecho, antes de introducirse al Código Penal.

Es así como el artículo 266 del Código Penal alemán establece: “[q]uien abuse de las facultades que se le otorgan por medio de la ley o por un encargo de autoridad o por el negocio jurídico, para disponer sobre un patrimonio ajeno o para obligar a otro; o quien lesione el deber que le incumbe de salvaguardar los intereses patrimoniales ajenos derivados de la ley o de encargo de autoridad o por negocio jurídico o por una relación fiduciaria, y con

---

<sup>72</sup>Ibídem.

ello le inflija desventaja a la persona cuyos intereses él debe cuidar, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa”<sup>73</sup>.

Es así cómo este tipo penal castiga el ataque cometido “desde dentro” del patrimonio de la víctima por quien tiene, por distintas fuentes, facultades de disposición sobre este.

La figura penal de administración desleal no ha estado exenta de críticas. Así, Rojas ha denunciado “[q]ue el tipo de administración desleal es amplio o subdeterminado, tanto en su faz objetiva como en su faz subjetiva. El tipo de quiebre de confianza es especialmente criticado por su indeterminación. Incluso una parte de la doctrina estima que se trata de una norma que no satisface las exigencias del principio de determinación legal consagrado en el artículo 103 inciso segundo de la Ley Fundamental. La ampliación de la concepción de quiebre de confianza, mediante la aplicación del deber de tutela patrimonial al tipo de abuso, vuelve la disposición en su totalidad inconstitucionalidad”<sup>74</sup>.

No obstante lo ya referido, la figura goza de una gran aplicación práctica, pues como expone Hernández, “su existencia y amplitud explican que en Alemania nunca se haya vislumbrado un posible vacío legal ni que, consecuentemente, se hubiese pretendido extender a este terreno el ámbito de aplicación de la estafa o de la apropiación indebida, figuras que en general, salvo en casos muy particularmente contruidos, no son aplicables, sea por la ausencia de engaño típico, sea por la ausencia de apropiación de una cosa corporal mueble”<sup>75</sup>. Esto ha traído como consecuencia que no haya sido necesario legislar en ámbitos más específicos, como el societario, pues la figura ya existente abarcaría todas las situaciones imaginables.

Como se puede ver, el delito de administración desleal en el derecho alemán es un tipo penal amplio en el que coexistirían dos modalidades típicas o dos interpretaciones posibles del mismo tipo, a saber, la figura de abuso y la de infidelidad. De acuerdo con Bacigalupo, “[e]l tipo de abuso va referido a las relaciones externas, es decir, protege al titular del patrimonio administrado en relaciones jurídicas obligacionales creadas por el administrador respecto del patrimonio administrado en uso de los poderes conferidos; mientras que el tipo de infidelidad protege las relaciones internas, esto es, las relaciones entre el titular del patrimonio y el administrador, respecto de los daños patrimoniales que se deriven de la lesión de los deberes

---

<sup>73</sup> Traducción disponible en BALLESTEROS, F. (2017), op. cit., p. 93.

<sup>74</sup> ROJAS, L. E. (2009). “El tipo de administración desleal en el derecho penal alemán”. *Revista Penal*, (23), pp. 138-171, p. 139.

<sup>75</sup> HERNÁNDEZ, H. (2005), op. cit., p. 242.

del administrador o apoderado relativos a la percepción de intereses patrimoniales del representado”<sup>76</sup>.

Según Rojas, “en la medida que la administración desleal sólo puede ser cometida por el sujeto que tiene una posición de deber de tutela de intereses patrimoniales, es un *delito de infracción de deber*”<sup>77</sup>. Para identificar este concepto o clasificación, Rojas cita a Roxin, quien señala que “[e]ste tipo de delito se distingue del delito de dominio, en cuanto éste último se caracteriza por una acción socialmente dañosa, mientras que en el primero no es tan relevante la naturaleza externa de la conducta del autor, pues el fundamento de la sanción radica en que alguien contraviene las exigencias del rendimiento derivadas de un rol social asumido por el mismo. Sin embargo esta diferenciación adquiere significado recién en el marco de la autoría”<sup>78</sup>.

Siguiendo con este distingo, Rojas señala que Herzberg, en cambio, “[h]abla del delito de garante y lo sitúa junto a los delitos ligados a una conducta, oponiendo ambas categorías (tipos cerrados), a los delitos puros de causación (tipos abiertos). Se está en presencia de un delito de garante, primero cuando toda producción de resultado es típica (de lo contrario se trata de un delito ligado a una conducta como, por ejemplo, la fuga de un conductor), y segundo cuando el tipo es completamente cerrado en el círculo de autores. No obstante, en la administración desleal, no toda producción de resultado es típica, si no solo la que aparece como realización de la acción infractora de deber”<sup>79</sup>.

Contra la interpretación de la que da cuenta Rojas para el sistema alemán, Mañalich ha planteado acertadamente que esta postura, si bien provee de aparente sustento la tesis de que “acción típica y resultado típico” deben mantenerse separados, no es capaz de sustentar una concepción de la administración desleal bajo la cual la deslealtad no especifique más que la “modalidad de ataque al patrimonio”<sup>80</sup>.

---

<sup>76</sup>LÓPEZ, J. (1999). *La administración desleal*. Madrid: Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, pp. 126-127.

<sup>77</sup>ROJAS, L. E. (2009), op. cit., p.143.

<sup>78</sup> *Ibíd.*, p. 143.

<sup>79</sup> *Ibíd.*, p. 144.

<sup>80</sup>MAÑALICH, J. P. (2020), pp.38-39.

### **CAPÍTULO III: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL COMO DELITO CONTRA EL PATRIMONIO**

La determinación del bien jurídico en el delito de administración desleal es de suma importancia, entre otras razones, para la determinación del perjuicio en el mismo.

Se ha sostenido que el delito de administración desleal está configurado como delito contra el patrimonio, y no así del derecho de propiedad, que es preservado por otros tipos como el de apropiación indebida. Ello se deduciría del texto del propio artículo 470 N° 11, como de su ubicación sistemática.

La doctrina está de acuerdo en que la administración desleal es un delito estrictamente patrimonial, aunque históricamente, y en la génesis de este delito, el ordenamiento jurídico alemán, se llegó a sostener que el injusto de la administración desleal consistía, de forma exclusiva o junto a un menoscabo del patrimonio, en un menoscabo de la confianza que el titular del patrimonio había depositado en el administrador, llegando a la conclusión que la relación de confianza no se protege como tal, solo en su referencia patrimonial, representando el quiebre de confianza “solo el modo de ataque al bien jurídico protegido”, en palabras de Rojas<sup>81</sup>. En este sentido, el mismo autor ha sostenido que “[e]l ataque propio de la administración desleal se dirige contra objetos patrimoniales, sobre los cuales se ha conferido al autor competencia de decisión. Estos representan el objeto de la acción de la administración desleal. De esta manera es posible concluir, que *el fin del tipo de administración desleal es la protección del patrimonio contra aquella modalidad de ataque, que se dirige contra sus objetos y que consiste en una conducta que infringe el deber de lealtad*”<sup>82</sup>.

Como sostienen Coca Vila y Nuria Pastor, “el autor del delito de administración desleal es quien, habiendo asumido una posición de garantía jurídico-penal, frente al patrimonio administrado, infringe los deberes propios de dicha posición de garantía de manera idónea para generar un perjuicio en la esfera patrimonial administrada. Así pues, la relevancia típica de la infracción de los deberes asumidos frente al patrimonio de la víctima no radica en que dicha infracción implica un menoscabo de la confianza depositada por la víctima en el autor, sino en que la infracción de dichos deberes genera un riesgo jurídicamente desaprobado de

---

<sup>81</sup>ROJAS, L. E. (2009), op. cit.p. 140.

<sup>82</sup> Ibíd., p. 140.

perjuicio para el patrimonio administrado. Obviamente, la asunción de la posición de administrador presupondrá, en la mayor parte de los casos, un acto de confianza. Sin embargo, el tipo no protege la confianza, sino el patrimonio cuya gestión se ha encomendado a otro y en los términos en que dicho sujeto se haya comprometido a ello”<sup>83</sup>.

Ahora bien, del modo en que se conciba el patrimonio, o en definitiva, qué patrimonio se va a ver afectado con la figura, se derivarán consecuencias para la extensión del ámbito de aplicación del tipo. Esto, principalmente, debido a que existen diferentes concepciones de patrimonio, por lo que es necesario analizar cuál es la que mejor calza con nuestra legislación respecto al tipo penal de administración desleal.

### 3.1 Concepción jurídica de patrimonio

El patrimonio puede ser definido en un sentido jurídico, y en palabras de Luis Rodríguez, como “un conjunto de derechos reales y/o créditos, pertenecientes en todo o en parte a un mismo titular, que gozan de protección jurídica, al menos en el orden civil”<sup>84</sup>. De antemano, se critica que el Derecho civil no ofrezca un concepto único de patrimonio y, además, que esta concepción tampoco puede determinar con exactitud qué objetos y posiciones concretas pueden ser atribuidos al patrimonio<sup>85</sup>.

Del concepto antes señalado se puede extraer que el patrimonio de una persona está configurado por el conjunto de derechos patrimoniales que esta mantiene sin necesidad que estén revestidos de valor económico, o inclusive cuando económicamente aparezcan como una carga, siguiendo a Schlack<sup>86</sup>. De esta manera, esta teoría excluiría solamente de lo que se entiende por patrimonio aquellos negocios que tienen un objeto o una causa ilícita, por tratarse de supuestos donde no puede apreciarse un derecho subjetivo amparado por las prescripciones del derecho civil, como advierte el mismo autor<sup>87</sup>. Por lo tanto, el perjuicio corresponde para

---

<sup>83</sup>PASTOR, N. (2016). “La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal. A la vez, una reflexión sobre la naturaleza y las premisas del concepto jurídico-penal de patrimonio y sobre sus raíces históricas en la dogmática de la estafa”. *Revista para el Análisis del Derecho*, (4), p. 3.

<sup>84</sup>RODRÍGUEZ, L. (1999). *La administración desleal*. Madrid: Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, p. 38.

<sup>85</sup>ROJAS, L. E. (2009), op. cit.p. 140.

<sup>86</sup>SCHLACK, A. (2008). “El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa”. *Revista Chilena de Derecho*, 35(2), pp. 261-292, p. 264

<sup>87</sup> *Ibidem*.

la teoría jurídica a un concepto formal consistente en la pérdida de un derecho patrimonial subjetivo o su modificación de manera contraria a las previsiones permitidas por el ordenamiento jurídico.

Este concepto, a pesar de tener la ventaja de poder incluir bienes en el patrimonio que tienen una afección sentimental y valor únicamente para el sujeto que las detenta, presenta una importante desventaja: adhiriendo a lo sostenido por Schlack, hace imposible “configurar una lesión al patrimonio considerado éste como una unidad de valor, sino que sólo será concebible un ataque a los derechos subjetivos que lo componen”<sup>88</sup>. Con esto, se produce una falta de determinación económica, tan relevante a la hora de determinar el perjuicio en el delito, por lo que agregaría una alta cuota de indeterminación a la hora de fijar el monto del perjuicio y en consecuencia también la indeterminación de la pena. Es así como se entregaría al sujeto pasivo el hecho de si la conducta efectuada por el sujeto activo es merecedora de pena o no, produciéndose en una subjetivación del concepto de patrimonio, como advierte Schlack<sup>89</sup>.

Como decíamos anteriormente, otra crítica al concepto del derecho civil o jurídico del patrimonio, es que no existe un concepto único del mismo. Así las cosas, como advierte Rojas, “se critica que el derecho civil no ofrece un concepto único de patrimonio y, además, que esta concepción tampoco puede determinar con exactitud que objetos y posiciones concretas pueden ser atribuidos al patrimonio”<sup>90</sup>.

Otra dificultad que presenta este concepto es que puede llegar a ser excesivamente restringido. Así, como indica Susana Huerta, “olvida que en el tráfico jurídico intervienen bienes de gran valor económico que pueden no estar jurídicamente concretados y cuya no protección supondría una laguna inadmisibles”<sup>91</sup>.

Sin embargo, y de acuerdo a lo dicho por Rojas, “[n]o obstante se reconoce a esta teoría que la calidad de un derecho es una condición necesaria de los objetos patrimoniales, o por lo menos, que su protección está garantizada por el ordenamiento jurídico. Por su parte, de acuerdo a esta teoría solo pueden ser sujetos de patrimonio, quienes tienen la capacidad de portar derechos subjetivos según el derecho civil o público”<sup>92</sup>.

---

<sup>88</sup> *Ibíd.*, p. 266.

<sup>89</sup> *Ibíd.*, p. 269.

<sup>90</sup> ROJAS, L. E. (2009), *op. cit.* p. 140.

<sup>91</sup> HUERTA TOCILDO, S. (1980). *Protección Penal Del Patrimonio Inmobiliario*. Madrid: Civitas Ediciones, p. 31.

<sup>92</sup> ROJAS, L. E. (2009), *op. cit.* p. 140.

De acuerdo a lo mencionado anteriormente, si bien este concepto jurídico de patrimonio puede presentar algunas ventajas, éste no ha estado exento dificultades, especialmente respecto a la determinación de una sola concepción de patrimonio, y la precisión de la entidad de la pena dada la imprecisión a la hora de determinar el monto del perjuicio. Por tanto, se trata de una postura de importancia meramente doctrinal.

### 3.2 Concepción económica de patrimonio

Esta concepción considera que el patrimonio de una persona se encuentra conformado por el total de los bienes de contenido o valor económico que en su haber tenga ésta. Así, Schlack lo define como “la suma de todos los bienes con valor dinerario una vez descontadas las obligaciones”<sup>93</sup>. En definitiva, ello hace que en el patrimonio se consideren no solo los bienes del sujeto, sino también sus deudas, visto todo como parte integrante del mismo.

Debemos tener en consideración que este concepto de patrimonio no mira tanto a los derechos que el titular detenta sobre un bien determinado, sino que más bien pone énfasis en bienes susceptibles de ser valorados económicamente, tanto en cuanto a los activos que éste mantiene en su patrimonio, como los pasivos, los que en definitiva conforman el total del patrimonio que este tiene.

Respecto de la pregunta a la forma en que se deberían atribuir los bienes al patrimonio de un titular y ser objetos de protección, podemos decir que esta teoría nos ofrece el criterio del intercambio, esto es, “la calidad de una posición de ser objeto de una transacción. De esta manera, pueden atribuirse al patrimonio objetos como las aspiraciones de ganancia meramente fáctica, créditos nulos o la fuerza del trabajo, en la medida que tengan valor económico”<sup>94</sup>. De esta forma, se consideran todas aquellas posiciones fácticas económicamente valiosas, pese a que el ordenamiento jurídico no les otorga un reconocimiento expreso como un derecho subjetivo, desde el punto de vista civil<sup>95</sup>.

Como ventaja de esta concepción, creemos que salva el problema de la concepción jurídica en cuanto a la subjetivación del valor del patrimonio, ya que ofrece el criterio de intercambio

---

<sup>93</sup>SCHLACK, A. (2008), op. cit., p. 269.

<sup>94</sup>ROJAS, L. E. (2009), op. cit.p. 141.

<sup>95</sup> Ibídem.

como criterio de atribución; esto es, la calidad de una posición de ser objeto de una transacción<sup>96</sup>. En consecuencia, no será el titular el que le va a dar valor a sus propios bienes, sino que el mismo mercado, razón por la cual se va a lograr determinar de manera exacta el monto del perjuicio y, en consecuencia, se va a lograr determinar el tipo penal en cuanto a su objeto.

Siguiendo a Schlack, el concepto económico “protege en primer lugar los derechos subjetivos patrimoniales, pero a diferencia de la teoría jurídica, no por el solo hecho de ser tales, sino en cuanto están dotados de un contenido económico o dinerario”<sup>97</sup>. De esta manera, quedan afuera de lo que conforma el patrimonio, todos aquellos bienes que tienen un valor de afección para su titular, lo cuales se hacen muy difíciles de valorar, ya que siempre el valor que van a tener para quién los detenta, va a ser distinto al que tienen en el mercado, agregando indeterminación al concepto<sup>98</sup>.

A pesar de la ventaja antedicha, esta concepción presenta ciertos problemas. Por de pronto, y como concluye Rojas, “el ámbito de los sujetos es naturalmente más amplio que lo permitido por el concepto jurídico. La consecuencia de tal teoría sería que todas las organizaciones que pueden actuar jurídica y económicamente a través de su nombre, podrían ser sujeto de objetos patrimoniales”<sup>99</sup>.

Por otra parte, al ser un concepto de patrimonio muy amplio, abarcaría cualquier tipo de bien susceptible de ser apropiado y valorado económicamente, como por ejemplo las expectativas ilícitas<sup>100</sup>. Lo anterior acarrearía el efecto indeseable de dar protección penal a posesiones de patrimonio que son ilegítimas.

Además, según Zugaldía, la teoría presenta el inconveniente que deja afuera cualquier tipo de valoración que tenga la víctima del delito de la cosa apropiada, “en su marcado carácter objetivo que obliga a valorar la disminución patrimonial privando de significación a las circunstancias del caso individual, dentro de los cuales destacan las necesidades y fines de la víctima de la infracción”<sup>101</sup>.

---

<sup>96</sup> *Ibidem*.

<sup>97</sup> SCHLACK, A. (2008), op. cit., p. 271.

<sup>98</sup> *Ibidem*.

<sup>99</sup> ROJAS, L. E. (2009), op. cit. p. 141.

<sup>100</sup> LÓPEZ, J. (1999), op. cit., p. 131.

<sup>101</sup> *Ibidem*.

Finalmente, y dentro de las críticas más importantes, cabe mencionar que, al ser una teoría extrema, recurre a conceptos que están fuera del derecho para delimitar lo que es el patrimonio. De esta manera, como explica Schlack, “al momento de delimitar los contornos de un patrimonio concreto, determinando la pertenencia a este, de objetos en particular, la teoría económica se ve compelida a acudir a parámetros jurídico-normativos, revelándose así la insuficiencia de criterios exclusivamente económicos para los efectos de satisfacer dicho propósito”<sup>102</sup>.

### 3.3 Concepción jurídico económica de patrimonio

Una tercera concepción de patrimonio, de índole jurídico económica, busca subsanar las deficiencias de las dos concepciones anteriores. Lo anterior, robusteciéndose sus fortalezas, y por consiguiente el tipo penal se va a ver favorecido, ya que está encaminada a poder determinar con exactitud el monto del perjuicio.

Por otra parte, dentro del patrimonio, busca determinar con exactitud el monto del perjuicio, pues éste estará constituido por bienes que se encuentren validados por el ordenamiento jurídico, por lo que quedarían fuera aquellos bienes ilícitos. Así, esta teoría define el patrimonio “como la totalidad de los bienes económicamente transables, en la medida que se encuentren bajo la protección del ordenamiento jurídico”<sup>103</sup>.

Es así como Huerta Tocildo refiere que esta teoría “supone la limitación de los bienes patrimoniales a aquellos que poseen un valor económico, mientras que, frente a la teoría económica, supone una importante restricción al considerar bienes patrimoniales únicamente a aquellos que el sujeto posee en virtud de una relación jurídica”<sup>104</sup>.

A pesar de lo anterior, este concepto no se encuentra exento de críticas. Así Rojas, refiriéndose a Nelles observa que este autor “cuestiona el supuesto del que parte esta teoría, esto es, una tensión entre economía y derecho. Ambos son subsistemas que, más bien, se

---

<sup>102</sup>SCHLACK, A. (2008), op. cit., p. 277.

<sup>103</sup>ROJAS, L. E. (2009), op. cit.p. 141.

<sup>104</sup>LÓPEZ, J. (1999), op. cit.,p. 131.

influyen recíprocamente. no se trata de un sistema económico en abstracto sino de un ordenamiento económico concreto”<sup>105</sup>.

De esta manera, solamente pueden ser objeto de formar parte del patrimonio, aquellos que, de acuerdo al ordenamiento jurídico, pueden ser susceptibles de ser transados en el mercado.

Como advierte González, “[p]ara poder tener la condición de sujeto patrimonial al cual pueden asignarse los objetos patrimoniales, es menester estar en posesión del poder de disposición sobre los bienes. De esta manera, se abre la posibilidad de concebir el medio de ataque, que caracteriza la administración desleal, como agresión en el poder de disposición. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que la facultad de disposición e intereses patrimoniales no revisten la misma calidad, ya que los intereses patrimoniales son más bien el producto del ejercicio de dicha facultad. Así, el interés patrimonial se define finalmente, como el fin de la aplicación del patrimonio, determinado por el sujeto patrimonial”<sup>106</sup>.

Respecto de este concepto de patrimonio, podemos decir que existen dos corrientes, una que se podría denominar estricta, ya analizada, y otra amplia. Se diferencian en que, en el caso de la teoría estricta, solamente pueden ser objeto del patrimonio de un sujeto bienes obtenidos de manera lícita, por lo que se trataría de una posesión del bien detentada de esta manera y por tanto autorizada por el ordenamiento jurídico. En cambio, en la teoría amplia se permite justamente la posibilidad contraria, en cuanto a que la posesión de los bienes que componen el patrimonio, basta con que revistan una apariencia de licitud solamente. “Esta apariencia jurídica existe cuando se trata de una posesión obtenida en forma ilícita, pues al ladrón, estafador, etc., no se le puede privar de la tenencia de la cosa por las vías de hecho sino que han de utilizarse vías lícitas”<sup>107</sup>.

Esta teoría, nos permitiría mantener una interpretación pacífica de lo que se entiende como patrimonio en aras de dar el correcto contenido a este concepto, como bien jurídico protegido del delito de administración desleal, pero que, en definitiva, deja fuera la utilidad o el interés que puedan tener los objetos o bienes que dentro de su patrimonio revisten para su titular.

---

<sup>105</sup>ROJAS, L. E. (2009), op. cit.p. 141.

<sup>106</sup> GONZÁLEZ, J. M.(2015). *La apropiación indebida como administración desleal*. Santiago. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, p. 39.

<sup>107</sup>LÓPEZ, J. (1999), op. cit., p. 132.

### 3.4 Concepción personal de patrimonio

En conformidad a la concepción personal del patrimonio, mucho más reciente que las anteriores, el patrimonio “es una unidad personalmente estructurada que garantiza el desarrollo del individuo en el ámbito objetivo”, como explica Jacobo López<sup>108</sup>.

Por otro lado, Otto señala que “patrimonio es una unidad estructurada personalmente que asegura el desarrollo de la persona en el ámbito de las cosas. Se constituye de las relaciones de dominio reconocidas por el ordenamiento jurídico, de la persona sobre los objetos (bienes patrimoniales), que son reconocidos por la comunidad jurídica como objetos autónomos del tráfico económico, es decir, patrimonio es la potencia económica del sujeto jurídico, que se basa en el poder de dominio de los objetos, que la comunidad jurídica considera como objetos autónomos del tráfico en la economía”<sup>109</sup>.

“Este concepto pone acento en el valor que las cosas tienen para su dueño, de acuerdo a la finalidad económica que para éste revisten. De esta forma, los bienes que el titular de ellos detenta, en cuanto a dicha valoración económica van a estar protegidos por el ordenamiento jurídico, y por tanto van a ingresar de esta manera al patrimonio de su titular y ser objeto de valoración, en miras a poder determinar algún daño que se pudiera ocasionar al titular de este patrimonio posteriormente”<sup>110</sup>, en palabras de González. En consecuencia, todos aquellos bienes que se compran o adquieren por dinero, pasan a tener un valor económico propio para su titular una vez que pasan a ser disponibles para su titular, o vuelven a ser enajenados, pasando a formar parte del patrimonio de una persona.

Otto también señala que “las expectativas y oportunidades de ganancia y adquisición pueden ser parte del patrimonio, en la medida que estén de tal manera concretizadas e individualizadas, que pueden ser vistas como partes autónomas del patrimonio, justamente por que participan en el tráfico económico como oportunidades concretizadas”<sup>111</sup>.

Siguiendo al mismo autor, “los objetos patrimoniales son protegidos en su referencia respecto de los intereses individuales de desarrollo del portador del patrimonio, así el valor monetario que se le atribuye a ese objeto, en el caso concreto, en un determinado instante, es

---

<sup>108</sup>Ibíd, p. 132.

<sup>109</sup> OTTO, H. (1970). *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, p. 34. Citado por ROJAS, L. E. (2009), op. cit.p. 142.

<sup>110</sup> GONZÁLEZ, J. M. (2015), op. cit., 41.

<sup>111</sup>ROJAS, L. E. (2009), op. cit.p. 142.

irrelevante, no debe desatender el valor de uso totalmente en favor del valor de cambio de un objeto patrimonial”<sup>112</sup>.

Siguiendo el devenir de sus predecesoras, esta concepción tampoco se encuentra libre de críticas. Así, para Vives, “esta concepción sobrevalora el daño subjetivo que pueden producir las diversas conductas lesivas; y Zugaldía afirma que esta tesis no soluciona absolutamente ningún problema, que no estuviera ya resuelto con anterioridad correctamente a través de la teoría o concepto mixto (jurídico-económico) del patrimonio, puesto que la valoración de la disminución patrimonial, continúa indicando este autor, ha de hacerse primeramente en el plano objetivo, pero en segundo término “han de tenerse en cuenta las circunstancias del caso individual, dentro de los cuales destacan las necesidades y fines del engañado”<sup>113</sup>.

Se debe decir que, si bien esta concepción aborda un enfoque distinto respecto de los intereses y expectativas del titular del patrimonio, no resuelve mucho más de lo que resuelve la teoría mixta. No obstante, se debe indicar, que efectivamente no se pueden dejar de lado los fines que el objeto tiene para su titular, al momento de ocurrir el perjuicio.

El problema de este concepto es que agrega una cuota alta de indeterminación al momento de precisar cuál es el perjuicio en el tipo penal, ya que, al momento de dotar al patrimonio de un aspecto subjetivo, dado por la valoración que el sujeto pasivo del delito le da al perjuicio, siempre va a variar dependiendo de lo que este sujeto aprecie respecto del objeto afectado<sup>114</sup>.

Es así cómo no deja de ser relevante el tema de la funcionalidad que el titular del bien otorga a su propio patrimonio, pero quizás lo más correcto no debiera ser incorporar este elemento como configurador del tipo penal, sino que valorarlo caso a caso, y de acuerdo a circunstancias a considerar al momento de la aplicación de la pena, como por ejemplo al momento de determinar la mayor o menor extensión del mal causado a la víctima. Lo anterior, en miras de dejar un concepto de patrimonio más simple de determinar, y en definitiva, de aplicar. Por ello, lo importante debiera apreciar el patrimonio del titular con el fin de acreditar el monto del perjuicio, de acuerdo a parámetros objetivos como el valor comercial de las cosas, o expectativas, y dejar el aspecto subjetivo en un segundo lugar, pero susceptible de ser valorado.

---

<sup>112</sup> *Ibidem*.

<sup>113</sup> VIVES A. (1986). *Derecho Penal. Parte Especial*. Barcelona, p. 747. Citado a su vez por LÓPEZ, J. (1999), op. cit., p. 133.

<sup>114</sup> En este sentido, véase ROJAS, L. E. (2009), op. cit. p. 143.

### 3.5 Concepción funcional de patrimonio

Tanto el concepto personal, explicado anteriormente, como el concepto funcional del patrimonio, apuntan al daño patrimonial como lesión del potencial económico para la satisfacción de fines individuales.

De acuerdo a esta concepción, “se busca proteger con la incriminación en el delito de estafa el derecho a la verdad del titular del patrimonio, lo que determina la concepción funcional del mismo como unidad destinada al libre desarrollo de la persona en el aspecto económico y financiero, convirtiendo a la libertad en una parte integrante del mismo”<sup>115</sup>. De esta forma, “el delito de estafa lesionaría el patrimonio, entendido como derecho inalienable de todo ser humano, y la libertad en la formación de la voluntad en el proceso de toma de decisión o formación del consentimiento con respecto a la disposición del propio patrimonio, es decir, nada menos que la libertad de disposición”<sup>116</sup>. Es así como, siguiendo a Kindhäuser, y tomando en consideración esta concepción del patrimonio, se entiende que “un perjuicio patrimonial se produce donde el fin asociado a la disposición patrimonial no es alcanzado”<sup>117</sup>.

El concepto tanto personal como funcional del patrimonio surgen a mediados del siglo XX en Alemania, dentro de la doctrina de la “frustración del fin”, inicialmente dentro del marco de la discusión sobre la posibilidad de incluir en el tipo de estafa las captaciones de prestaciones gratuitas a través del engaño.

En palabras de Asúa, la teoría de la “frustración del fin” “parte de la insuficiencia del criterio económico objetivo para evaluar la presencia del daño patrimonial en las prestaciones unilaterales, dado que la disminución patrimonial en parámetros dinerarios es inherente al carácter gratuito de tales disposiciones. El daño patrimonial no puede consistir sin más en aquella disminución, por lo que se requiere atender a la frustración o imposibilidad de obtener el objetivo social o económico pretendido, extremo sobre el que el disponente resulta engañado por el autor de la defraudación. La adopción de tal criterio implica un quiebre en la concepción económica o jurídica-económica del patrimonio, al insertar en el cálculo del daño

---

<sup>115</sup>CARO, M. A. (2019). “Aproximación al concepto de perjuicio patrimonial”. *Revista de Estudios de la Justicia*, (30), pp. 111-149, p. 129.

<sup>116</sup> *Ibidem*.

<sup>117</sup> KINDHÄUSER, Urs: “Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. Los defectos congénitos de la doctrina económica del perjuicio patrimonial en el derecho penal”. En CARO, D. (dir.) (2011). *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa* (51-58). Lima: Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Citado en *Ididem*.

elementos ajenos al cómputo contable del valor monetario en que se traduce el conjunto de bienes que conforman el patrimonio de una persona”<sup>118</sup>.

Puede entenderse que esta concepción patrimonial, ya contemplada en el ordenamiento jurídico en la institución del lucro cesante, impone la obligación de reparar daños bajo la lógica de la pérdida de una oportunidad, como advierte Caro Vidal<sup>119</sup>. Asimismo, también cabe señalar que esta concepción del patrimonio no se opone a ninguna de las demás teorías expuestas, sino a las valoraciones del patrimonio que no consideran al titular del mismo como un factor relevante, como subrayan Pastor y Coca<sup>120</sup>. Además, ninguna de las posturas señaladas anteriormente considera como parte del patrimonio de una persona los valores de afección, porque los delitos que atentan contra el patrimonio requieren de un perjuicio valorable pecuniariamente, es decir, de un menoscabo avaluable en dinero. Sin embargo, ciertamente podría resultar un perjuicio desde la perspectiva personal del patrimonio al verse frustrado los fines económico patrimoniales del titular del bien por la disminución de su capacidad de acción en el ámbito material de los bienes cuando, por ejemplo, el bien en cuestión tiene un valor socialmente reconocido, como el de una reliquia militar o familiar.

### 3.6 Conclusiones

Para concluir, en este punto se hace necesario distinguir entre el patrimonio en sí y los intereses patrimoniales que sobre él recaen. En este sentido, lo que se afecta con la comisión del delito, por una parte, es el deber de lealtad que el mandante o administrador tiene respecto del encargo efectuado por el titular, y por otra parte, el perjuicio. En relación con el perjuicio, es necesario, para que el tipo se pueda determinar, que éste no debe ser difuso o difícil de precisar.

Así, adhiriendo a lo sostenido por López Barja de Quiroga, “el deber de protección de los intereses patrimoniales ajenos supera, desde luego, el mero deber de custodia, pues no se trata

---

<sup>118</sup> ASUA BATARRITA., A. (1993). “El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones)”. La teoría de la frustración del fin. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 81-166, p. 82.

<sup>119</sup>CARO, M. A. (2019), op. cit., p. 130.

<sup>120</sup> PASTOR, N. y COCA, I. (2013). “El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal” [en línea]. Disponible en: [https://www.researchgate.net/profile/Ivo-Coca-Vila/publication/249970771\\_El\\_nuevo\\_delito\\_de\\_administracion\\_desleal\\_en\\_el\\_Anteproyecto\\_de\\_Reforma\\_del\\_Codigo\\_Penal/links/0046352702e07a1a13000000/El-nuevo-delito-de-administracion-desleal-en-el-Anteproyecto-de-Reforma-del-Codigo-Penal.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Ivo-Coca-Vila/publication/249970771_El_nuevo_delito_de_administracion_desleal_en_el_Anteproyecto_de_Reforma_del_Codigo_Penal/links/0046352702e07a1a13000000/El-nuevo-delito-de-administracion-desleal-en-el-Anteproyecto-de-Reforma-del-Codigo-Penal.pdf). [2021, 24 de diciembre], p. 232.

de una protección estática sino dinámica, haciendo producir al patrimonio e ingresando en el patrimonio, lo adecuado dentro de los límites de una actuación correcta aplicable del caso. De manera que no solo las acciones sino también las omisiones, pueden ser consideradas infracciones del deber confiado. Por ejemplo, la no reclamación de deudas, la no realización de contratos que surjan, la no producción del nivel adecuado, la no evitación de un daño para el patrimonio, entre otros. Por último, la producción de una lesión patrimonial es una característica que separa este delito de los de apropiación. La mecánica comisiva no es la apropiación de una cosa”<sup>121</sup>.

Es por eso que resultaría el concepto jurídico-económico, creemos que sería el más correcto en aras de compatibilizar el concepto de patrimonio. Esto porque esta teoría, nos permitiría obtener certeza respecto de cuáles son los elementos que configurarían el tipo penal, sin la cuota de indeterminación que la teoría personal nos daría, por considerar elementos subjetivos, para la determinación del perjuicio.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante destacar el aspecto subjetivo que para el sujeto pasivo tienen los objetos patrimoniales que éste detenta, pero como ya se dijo, en un segundo orden de cosas y susceptibles de ser valorados caso a caso. Así Rojas refiere que, “[l]os intereses patrimoniales como determinación del fin no son el objeto de la administración desleal, si no objeto del deber de tutela, de modo que el cuestionamiento de esa determinación del fin solo puede significar la infracción del deber. La conducta infractora del deber se dirige contra objetos patrimoniales concretos que constituyen el patrimonio, los cuales entonces configuran el objeto de la acción de administración desleal”<sup>122</sup>.

De esta manera, el perjuicio patrimonial que ocasiona el sujeto activo con su actuar debe considerarse como la infracción al deber de resguardo ya aludido, considerándose este aspecto en la teoría jurídica económica, siendo por tanto ésta la más armónica a fin de englobar lo ya dicho.

---

<sup>121</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *La Administración desleal*. Madrid: Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, p. 139. Citado en GONZÁLEZ, J. M. (2015), op. cit., pp. 44-45.

<sup>122</sup> *Ibíd.*, p.142.

## **CAPÍTULO IV: EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL COMO DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBERES FIDUCIARIOS; NECESIDAD DE PERJUICIO**

En este capítulo analizaremos la institución de los deberes fiduciarios, realizando un sucinto estudio histórico, para finalmente desembocar en su aplicación dentro del delito de administración desleal como delito de infracción de deberes, y la necesidad de que concurra el perjuicio para su producción.

### **4.1 Origen y desarrollo de la noción sobre relaciones fiduciarias. el pacto de fiducia en el derecho romano**

La *mancipatio fiduciae causa* consistía en un modo de adquirir el dominio donde el *accipiente* no debía tener o guardar para sí la cosa que recibía, sino que debía utilizarla para cumplir una función previamente convenida por las partes y luego devolverla al *mancipiente*. Como explica Schulz, “[l]a fiducia buscaba cumplir una función de garantía o una de colaboración, en el primer caso (fiducia cum creditore), el deudor transfería la cosa para que el acreedor la retuviera en garantía; en el segundo (fiducia cum amico), se transfería la cosa a un tercero de confianza para que realizara una función específica”<sup>123</sup>.

El problema consiste en que este tipo de operaciones no encajaban dentro del sistema de modos de adquirir que tenía el derecho romano para las cosas valiosas (*res mancipi*), ya que la naturaleza abstracta de la *mancipatio* privaba de efectos a la obligación que servía de causa a la transferencia. Por eso, el cumplimiento de la función y la restitución posterior de la cosa descansaban en la buena fe del adversario o en el temor a la infamia que recaía sobre quien faltase a su palabra.

Con el tiempo, la justicia del pretor fue remediando esta situación al conceder acciones para ejecutar las obligaciones nacidas del pacto de fiducia. En términos generales, estas acciones eran de dos tipos: por un lado, una acción de buena fe, que permitía perseguir la restitución de la cosa; y por otro, una *condictio* que buscaba obtener una compensación en dinero. Siguiendo a Savigny, “[m]ientras el fundamento de esta acción de buena fe se

---

<sup>123</sup>SCHULZ, F. (1960). *Derecho Romano Clásico*. Barcelona: Bosch, p. 202.

encuentra en la infracción de la palabra empeñada, la *condictio* busca suplir la pérdida de la acción reivindicatoria frente a una transferencia donde existe causa *data non secuta*”<sup>124</sup>.

Los mismos principios de justicia que subyacen al régimen de acciones de la fiducia se aplicaban en todos los casos donde el dueño de una cosa se presentaba frente a terceros resguardando los intereses de otro (*domini loco*). Esto se debe a que la ausencia de un modelo general de representación impedía que quien actuara en interés de otro pudiera afectar directamente el patrimonio de su representado. Por ello, mediante la fiducia y otras figuras similares se transfería un conjunto de bienes como una forma de delegar su administración en una persona de confianza.

Se debe tener presente que el elemento esencial en estas instituciones era la confianza en el adquirente; la fidelidad y honestidad entre las partes reguladas por un vínculo de confianza constituye la piedra angular en el sistema de los deberes fiduciarios.

Como exponen Zimmerman y Kötz, “[e]l abandono de las formas solemnes produjo un creciente desuso de la fiducia, para la época de Gayo su utilización era poco frecuente y su denominación solo se mantuvo para designar una modalidad marginal de enajenación”<sup>125</sup>. Por otro lado, con la llegada del derecho romano vulgar, la figura del mandato vino en consolidar un reconocimiento general del principio de representación, como señalan los mismos autores<sup>126</sup>.

Ambas circunstancias parecen haber sido determinantes para que el desarrollo posterior de figuras similares se produjera de manera paralela y sin tomar especialmente en cuenta los principios de la fiducia. El reencuentro de las costumbres medievales con la tradición romana parece haberse producido bastante tiempo después, con motivo de los esfuerzos dogmáticos encaminados a presentar el derecho vigente como un sistema armónico.

Como señala Luhmann, “[e]n una relación fiduciaria, el criterio concluyente para su calificación viene dado por la presencia de una función que al mismo tiempo habilita y limita la intervención del titular de una potestad sobre la esfera de intereses de un tercero beneficiario”<sup>127</sup>. Es así como en este caso la distribución de riesgos cambia, y como

---

<sup>124</sup>SAVIGNY, F. (2005). *Sistema de derecho romano actual*. Granada: Comares, pp. 1776-1777.

<sup>125</sup>D’ORS, A. (1997). *Derecho privado romano*. Pamplona: Universidad de Navarra, p. 528, nota 5.

<sup>126</sup>ZIMMERMAN, K. y KÖTZ, H. (2002). *Introducción al derecho comparado*. Ciudad de México: Oxford University Press, p. 54.

<sup>127</sup>LUHMANN, N. (2002). *El derecho de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, p. 193.

consecuencia de ello, se impone al titular el deber de desarrollar la función en beneficio del tercero.

Dentro del estudio de los deberes fiduciarios, merecen especial atención la representación de los incapaces y la administración del patrimonio de una persona jurídica. Como se puede extraer de sus particulares situaciones, ambos se encuentran dificultados de generar una voluntad libre, autónoma e independiente.

En relación a los incapaces, y como explica Mauricio Tapia, “la función típicamente desarrolla el principio del interés superior del menor y la relación fiduciaria se explica como un correlato a la posición de indefensión en que se encuentra un sujeto protegido por el orden público”<sup>128</sup>.

En relación a las personas jurídicas, como expone Pardow, “el esquema de gestión obedece a una intención de crear un patrimonio de afectación que coordine y otorgue estabilidad a sus intereses. En estos casos, la función desarrolla el principio de libertad de asociación y la relación fiduciaria se presenta como un correctivo de justicia que permite levantar el velo que separa al titular del beneficiario. Sin embargo, a la hora de examinar los tipos de personas jurídicas, el análisis se complica”<sup>129</sup>.

#### **4.2 Variantes típicas del delito. la infracción de deberes fiduciarios del administrador como “deslealtad” con el mandante. Significado de la deslealtad**

En relación a la estructura típica de la administración desleal, ésta queda conformada por la concurrencia simultánea de dos elementos: por un lado, la deslealtad en la administración del patrimonio ajeno; y, por otro lado, la producción de un menoscabo patrimonial constitutivo de perjuicio.

Como bien se puede extraer de lo expuesto, la deslealtad que configura el comportamiento potencialmente delictivo a título de administración desleal requiere quedar estrictamente definida en referencia al resultado de perjuicio patrimonial, cuya producción resulta prohibida

---

<sup>128</sup>TAPIA, M. (2005). *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p.. 94.

<sup>129</sup> PARDOW, D. (2007). *Responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas*. Santiago. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, p. 19.

o cuyo impedimento resulta querido para quien, como garante de protección, tiene a su cargo el resguardo del patrimonio de otra persona.

En estructura fundamental del tipo de administración desleal, el perjuicio del patrimonio se emprende desde dentro<sup>130</sup>; es decir, es provocado por la persona a la que el titular del patrimonio le ha confiado justamente la vigilancia de éste. Por tanto, el autor debe tener una posición de garante sobre el patrimonio ajeno, que está vinculado fiduciariamente a él. Debe ser ejercida considerando los intereses del titular el patrimonio. El fiduciario o administrador cuidará los negocios a través de la concertación de negocios regulados y amparados por el Derecho Civil. Para ello debe poder actuar como representante abierto u oculto del fiduciante o administrado, y para eso, debe existir un poder de disposición o de obligarse<sup>131</sup>.

Siguiendo lo señalado por la doctrina alemana, el deber jurídico de tutela patrimonial se puede infringir de dos maneras: mediante el ejercicio abusivo de facultades para disponer por cuenta del titular del patrimonio u obligarlo (abuso), o ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado (infidelidad o quiebre de confianza)<sup>132</sup>.

Como ya se señaló, el inciso 1º del número 11 del artículo 470 del Código Penal, al igual que su símil alemán, contiene dos tipos en relación a la infracción del deber jurídico de tutela patrimonial; a saber, el tipo de abuso y el tipo de infidelidad.

En el tipo de abuso, el autor daña el patrimonio aprovechándose de su facultad de representar a la víctima<sup>133</sup>, facultad que le permite disponer u obligar el patrimonio. De este modo, el autor podría vender, constituir una prenda, ceder un crédito, condonar, reconocer o contraer una deuda, entre otros actos, contraviniendo los acuerdos a los que hubiese llegado con el titular del patrimonio, o apartándose de aquel “cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios”<sup>134</sup>, como sostiene Rojas, causando un perjuicio.

A su vez, en el tipo de infidelidad, el autor no utiliza su poder o facultades hacia fuera, como ocurre con el tipo de abuso, donde, a través del ejercicio jurídicamente eficaz de facultades de representación, se realizan negocios con terceros que vinculan el patrimonio de

---

<sup>130</sup> PASTOR, N. y COCA, I. (2013), op. cit., p. 38.

<sup>131</sup> OYANGUREN, C. (2019), op. cit., p. 13.

<sup>132</sup> *Ibíd.*, p. 47.

<sup>133</sup> *Ibíd.*, p. 16.

<sup>134</sup> ROJAS, L. E. (2009), op. cit., p. 164.

la víctima. En el tipo de infidelidad, el autor utiliza su poder hacia adentro, lesionando el patrimonio mediante su capacidad de gestionar, ordenar o tomar decisiones que afectan a la función de activos del patrimonio. Es decir, y siguiendo a Hernández, comete una infracción de un “deber de salvaguarda de patrimonio ajeno”<sup>135</sup>.

Del texto legal chileno, creemos que se puede colegir que éste adhiere a la tesis monista<sup>136</sup>. Dentro de las consecuencias de la tesis monista, y siguiendo al respecto las reflexiones Oyanguren, se destacan las siguientes: primero, el tipo de abuso sería una hipótesis específica del tipo genérico de infidelidad. Segundo, todos los casos de abuso pueden subsumirse en los casos de infidelidad, produciéndose un concurso aparente que tiene que resolverse de acuerdo al principio de especialidad. Por último, todas las características del tipo de infidelidad tienen que concurrir en el tipo de abuso, de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio<sup>137</sup>.

El deber de tutela patrimonial consiste en un deber de administrar el patrimonio ajeno en interés de su titular, el cual debe consistir en la obligación principal del autor frente al titular del patrimonio, consistente en una gestión jurídica negocial del patrimonio, acompañada de una autonomía en la gestión.

En palabras de Rojas, para la construcción del deber de tutela patrimonial aplicable al caso concreto, “será necesario tener presentes los acuerdos a los que hubieren llegado el titular del patrimonio y el autor; a falta de estos acuerdos, será necesario considerar cuáles son los deberes fiduciarios que impone el Derecho privado. Es así como dichos deberes fiduciarios constituyen el límite externo de aquello que puede ser punible, cumpliendo dichos deberes no podrá haber responsabilidad penal (...) Pero la infracción de deberes fiduciarios no necesariamente implicará una responsabilidad penal por administración desleal, pues este deber fiduciario tendrá que cumplir las características del deber de tutela patrimonial antes mencionado”<sup>138</sup>.

---

<sup>135</sup>HERNÁNDEZ, H. (2005), op. cit., p. 243.

<sup>136</sup> En cuanto a la distinción entre las tesis monistas y dualistas, Rojas expone que “en el Derecho alemán se discute la relación que existe entre el abuso y la infidelidad. Para la doctrina mayoritaria, de índole unitaria, en ambos tipos se requiere una infracción al deber de tutela patrimonial. El tipo de abuso sería más acotado y preciso que el de infidelidad, una especie dentro del género infidelidad (...) A su vez para la doctrina minoritaria, conocida como concepción dual, sólo el tipo de infidelidad exige una infracción al deber de tutela patrimonial”. ROJAS, L. E. (2009), op. cit., p. 144.

<sup>137</sup>OYANGUREN, C. (2019), op. cit., p. 54.

<sup>138</sup> ROJAS, L. E. (2009), op. cit., p. 150.

La infracción del deber fiduciario tiene que desatender de manera grave los intereses del titular del patrimonio, al menos, respecto del tipo de infidelidad. Además, la infracción de deberes fiduciarios tendrá que ser idónea para crear un perjuicio patrimonial en los términos de la administración desleal, existiendo como límite el riesgo permitido y el consentimiento del titular.

### **4.3 Necesidad de perjuicio**

El último elemento del tipo objetivo del tipo de administración desleal, al ser un delito de resultado, es la producción de un perjuicio.

La duda interpretativa surge a la hora de determinar qué debemos entender por perjuicio del patrimonio administrado o del patrimonio ajeno.

Desde la perspectiva del bien jurídico protegido por el delito, el concepto de perjuicio debe ser amplio, pero al mismo tiempo debe ser patrimonial. Ya hemos dicho que en la administración desleal se protege el patrimonio en un sentido jurídico-económico, orientado hacia el futuro, a la búsqueda de un beneficio o ganancia.

Como decíamos, el perjuicio típico no es el mero menoscabo del patrimonio, sino el menoscabo imputable a una conducta típica. Por ello el menoscabo derivado de una gestión que se encuentra dentro del riesgo permitido es un menoscabo inexistente para el tipo de administración desleal. Lo esencial es que el autor del tipo tiene deberes de gestión leal, derivados de su posición de garante, cuyo contenido no es la absoluta neutralización de los riesgos de perjuicio, sino una gestión del patrimonio ajeno conforme al interés de su titular, pero con límites, los que ya existen incluso en la definición jurídico-civil de sus deberes de diligencia y que el Derecho penal debe respetar como espacios de riesgo jurídicamente permitido. En concreto y de acuerdo a lo establecido por la profesora Nuria Pastor, para determinar “si un riesgo de perjuicio es permitido, se debe observar el acto de gestión en su contexto concreto, lo cual implica tener en cuenta: el nivel de riesgo adecuado a la clase de gestión asumida por el autor, las expectativas a corto y largo plazo vinculadas a la conducta (incorporarse a una multinacional estable, ampliar clientes, obtener un producto cualitativamente superior, atraer inversores, etc.), incluidas expectativas de difícil

cuantificación (mejora de la imagen social, mejora del ambiente de trabajo, etc.), y el plan global de gestión del autor”<sup>139</sup>.

---

<sup>139</sup>PASTOR, N. (2016), op. cit., p. 17.

## CONCLUSIONES

Con la entrada en vigencia de la Ley N° 21.121 se suplió un profundo vacío que aquejaba a nuestra legislación, con la creación del tipo penal de administración desleal. Más allá de las discrepancias doctrinarias siempre existentes, las reflexiones esbozadas develan la existencia de importantes lagunas de punibilidad que buscaron ser superadas mediante la tipificación del nuevo delito de administración desleal en nuestro país. En su virtud, pasan a ser jurídicamente reprochables un sinnúmero de conductas que atentan contra la lealtad en la administración de un patrimonio, pero que no podían ser cubiertas por los tipos penales hasta entonces existentes, como la estafa y la apropiación indebida.

Si bien por mucho tiempo nuestra jurisprudencia trató de enmendar dicho vacío legal aplicando tipos afines como el de apropiación indebida en su variante de distracción y en menor medida la estafa, sus esfuerzos no solucionaban el problema de fondo, en orden a otorgar a dichas conductas un tipo específico como el de administración desleal, quedando muchas otras conductas sin su debida sanción penal.

Pese a resultar un gran avance la incorporación de este delito en nuestro ordenamiento jurídico, la tarea interpretativa de nuestros tribunales y en general de todos los actores relacionados está lejos de ser culminada por las siguientes razones:

En primer lugar, se consagró en nuestro ordenamiento jurídico un delito genérico de administración desleal dónde convivirían dos modalidades. La ventaja de dicha postura es que otorga la posibilidad de no caer en la tan temida laguna al momento de sancionar conductas constitutivas del tipo de administración desleal, pero por otro lado dicha generalidad podría vulnerar el principio de legalidad, en su vertiente de tipicidad, pilar fundamental de nuestro derecho penal, produciendo una incerteza al momento de aplicar el delito.

Si bien adherimos a la incorporación de un tipo genérico de administración desleal, en la práctica tendrán que contemplarse criterios interpretativos restrictivos para su aplicación a las conductas que pudiesen ser constitutivas de dicho delito. Es así como relacionado con lo anterior se deberá determinar el verdadero alcance del delito de administración desleal adoptando una postura respecto a lo que se entiende por patrimonio, perjuicio y si se adopta una teoría monista o dualista referente al tipo.

También son importantes los desafíos que este delito presentará en la jurisprudencia en materias de prueba, como la acreditación de una infracción de deber de tutela patrimonial.

Es así como estos y otros problemas serán entregados a los actores del sistema que, en la práctica, deberán dilucidar qué posturas asumir en la aplicación y construcción de este tipo penal.

De momento, es innegable que la tipificación del delito de administración desleal representa un primer e importante paso para la persecución punitiva respetuosa de la legalidad y la tipicidad.

## BIBLIOGRAFÍA

BALLESTEROS, F. (2017). *Análisis de la administración desleal y la corrupción en el sector privado a la luz de la legislación colombiana y el derecho comparado*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.

ASUA BATARRITA., A. (1993). “El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones)”. La teoría de la frustración del fin. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 81-166.

BASCUÑAN, A. (2004). “Delitos contra intereses instrumentales”. *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, (1), pp. 291-345.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la ley N° 21.121 [en línea]. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1125600> [2021, 13 de diciembre].

CARO, M. A. (2019). “Aproximación al concepto de perjuicio patrimonial”. *Revista de Estudios de la Justicia*, (30), pp. 111-149.

CURY, E., et. al (2003). *Problemas Actuales de Derecho Penal*. Temuco: Universidad Católica de Temuco.

D'ORS, A. (1997). *Derecho privado romano*. Pamplona: Universidad de Navarra.

GARRIDO, M. (2003). *Derecho Penal. Tomo IV*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

GÓMEZ, J.M. (2001). *El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles*. Madrid: Estudios penales. Colex.

GÓMEZ-JARA DIEZ, C.& GARCÍA CAVERO, P. (2010).*La administración desleal de los órganos societarios*. Lima: ARA Editores.

GONZÁLEZ, J. M.(2015). *La apropiación indebida como administración desleal*. Santiago. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

HERNÁNDEZ, H. (2005). “La administración desleal en el derecho penal chileno”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 26(1), pp. 201-258.

HUERTA TOCILDO, S.(1980). *Protección Penal Del Patrimonio Inmobiliario*. Madrid: Civitas Ediciones.

JIMÉNEZ, J. (1999).*La administración desleal, Apropiación indebida de dinero*. Madrid: Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial.

LABATUT, G. (1983).*Derecho Penal. 7º edición*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

LÓPEZ, J. (1999).*La administración desleal*. Madrid: Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial.

LUHMANN, N. (2002).*El derecho de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana.

MAÑALICH, J. P. (2012). “La Malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales”. *Revista de Política criminal*,7(14), pp. 357-377.

MAÑALICH, J. P. (2018). “Apropiación y distracción indebidas. Una propuesta de reconstrucción unificadoramente dualista del art. 470 N° 1 del Código Penal”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 25(1), pp. 153-180.

MAÑALICH, J. P. (2020). *Estudios sobre la Parte Especial del Código Penal Chileno*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.

MAÑALICH, J. P. (2020). “La estructura típica de la administración desleal. Un enfoque contrastivo”. *Revista de Derecho Penal* (10), pp. 31-53.

OYANGUREN, C.(2019). *El delito de Administración Desleal en Chile*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Postgrado.

PASTOR, N. (2016). “La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal. A la vez, una reflexión sobre la naturaleza y las premisas del concepto jurídico-penal de patrimonio y sobre sus raíces históricas en la dogmática de la estafa”. *Revista para el Análisis del Derecho*, (4).

PASTOR, N. y COCA, I. (2013). “El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal” [en línea]. Disponible en: [https://www.researchgate.net/profile/Ivo-Coca-Vila/publication/249970771\\_El\\_nuevo\\_delito\\_de\\_administracion\\_desleal\\_en\\_el\\_Anteproyecto\\_de\\_Reforma\\_del\\_Codigo\\_Penal/links/0046352702e07a1a13000000/El-nuevo-delito-de-administracion-desleal-en-el-Anteproyecto-de-Reforma-del-Codigo-Penal.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Ivo-Coca-Vila/publication/249970771_El_nuevo_delito_de_administracion_desleal_en_el_Anteproyecto_de_Reforma_del_Codigo_Penal/links/0046352702e07a1a13000000/El-nuevo-delito-de-administracion-desleal-en-el-Anteproyecto-de-Reforma-del-Codigo-Penal.pdf). [2021, 24 de diciembre].

PARDOW, D. (2007). *Responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas*. Santiago. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile

PÉREZ DEL VALLE, C. (1999). *La administración desleal*. Madrid: Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial.

POLITOFF, S.(1992). *El delito de apropiación indebida*. Santiago de Chile: Conosur.

POLITOFF, S., MATUS, J. P., y RAMÍREZ, M. C. (2004). *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

RENCORET, I. (2013). *El delito de administración desleal del patrimonio ajeno: fundamentos, revisión en el derecho comparado y perspectiva de tipificación en Chile*. Santiago: Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

RODRÍGUEZ, L. (1999). *La administración desleal*. Madrid: Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial.

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

SAVIGNY, F. (2005). *Sistema de derecho romano actual*. Granada: Comares.

SCHULZ, F. (1960). *Derecho Romano Clásico*. Barcelona: Bosch.

SCHLACK, A. (2008). “El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa”. *Revista Chilena de Derecho*, 35(2), pp. 261-292.

SOTO, M. (1994). *La apropiación indebida*. Santiago: Editorial Conosur Ltda.

TAPIA, M. (2005). *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

YNCISO, C. (2012). *Problemas de aplicación del delito de apropiación indebida en el Derecho Chileno, en casos de Administración desleal*. Santiago de Chile: Tesis para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho Universidad Alberto Hurtado.

ZIMMERMAN, K. y KÖTZ, H. (2002). *Introducción al derecho comparado*. Ciudad de México: Oxford University Press.