



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE POSTGRADO
MAGÍSTER EN DERECHO, MENCIÓN DERECHO PENAL

EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN CHILE

CONSTANZA OYANGUREN ALVIÑA
RUT N°15.375.775-5
PROFESOR GUÍA: JAIME WINTER ETCHEBERRY
Santiago, junio de 2019

Índice

Introducción	3
1. La Ley N°21.121.....	5
2. ¿Qué es la Administración Desleal?	11
3. La administración desleal en el derecho comparado.	15
3.1. Alemania y un delito genérico de administración desleal	15
3.2. España y su transición:.....	17
3.3. Francia y los bienes sociales	18
3.4. Argentina y la administración fraudulenta	20
3.5. Colombia un modelo específico sobre patrimonio social.....	20
4. El delito de administración desleal en Chile	24
4.1. Realidad preexistente	24
4.2. Su tipificación	25
4.3. El tipo chileno	27
4.3.1. La administración desleal como delito especial	28
4.3.2. La administración desleal como delito de resultado	30
4.3.3. Bien jurídico protegido	31
4.4. Patrimonio y perjuicio patrimonial.	33
4.4.1. Concepción jurídica de patrimonio.....	34
4.4.2. Concepción económica del patrimonio	36
4.4.3. Concepción mixta del patrimonio.....	38
4.4.4. Concepción personal del patrimonio.....	40
4.4.5. Concepto de patrimonio en Chile.....	43
4.5. Abuso e infidelidad como modalidades de realización del tipo.....	47
4.5.1. La norma modélica	47
4.5.2. Modalidades alternativas en el tipo chileno.....	50
4.6. Imputación subjetiva en el delito de administración desleal	57
4.7. Breve referencia al delito de estafa.....	59
Conclusiones	61
Bibliografía.....	64

Introducción

El avanzado proceso de globalización que experimentamos a nivel mundial y el desarrollo de una versátil actividad económica que en la actualidad presupone una necesaria división entre la titularidad y gestión de los patrimonios, dio espacio al surgimiento de una serie de conductas defraudatorias, que hicieron palmaria la necesidad de introducir una figura típica en el ámbito económico, que proveyera de reproche penal a muchas conductas que hasta el momento habían quedado impunes.

La respuesta fue introducir un delito que por varios años ya había sido reclamado, el delito de administración desleal, que se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico en noviembre del año 2018, a través de la Ley N°21.121 que *“Modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción”*.

En esa dirección, el objetivo de este trabajo será mostrar, a grandes rasgos, en qué consiste el recién debutado delito, para lo cual revisaremos las novedades que incorpora la Ley N°21.121; una definición transversal de lo que se entiende por administración desleal; modelos de derecho comparado; para finalmente circunscribir el análisis a los elementos del delito consagrado en el artículo 470 n°11, de nuestro Código Penal.

Tratándose de una novedad legislativa en nuestro ordenamiento, no existe en el ámbito académico nacional mucho material disponible que actualmente nos permita hacer un análisis concretizado de la figura incorporada, por lo anterior, el trabajo se ha construido observando la discusión previa que en nuestro país se produjo a propósito de la ausencia de este tipo y, principalmente, mirando el derecho comparado que, con una tradición ya aventajada, viene a ser el modelo seguido por la norma adoptada.

Finalmente, cabe destacar, que la administración desleal fue el tema elegido, porque tengo la convicción de que será un delito que gozará de la máxima relevancia e impacto en el ámbito de la criminalidad económica nacional y he ahí un gran desafío, puesto que el alcance de éste tendrá que ser determinado por los distintos actores del sistema. Sin embargo, importante es advertir desde ya, que este trabajo no pretende hacer una prognosis de todo aquello, la pretensión es mucho más sencilla, y reside en mostrar un

panorama general de lo que, para algunos, hasta ahora, es un desconocido delito de administración desleal.

1. La Ley N°21.121.

El 20 de noviembre de 2018, se publicó la Ley N°21.121¹ que “*Modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción*” cuyas novedades legislativas y modificaciones que incorporó a distintos cuerpos legales vienen a constituir un gran avance en materia penal. Por una parte, por robustecer un conjunto de normas que forman parte de un sistema de protección al correcto ejercicio de la función pública; por otra parte, porque viene a saldar un vacío arrastrado históricamente en el ámbito de los delitos de protección al patrimonio; y, finalmente, porque viene a regular nuevos espacios cuyos ámbitos ciertos de incidencia son aún insospechados, factores que, podemos afirmar, constituirán un gran impacto en el tráfico de la actividad económica nacional.

Como su mismo nombre anticipa, el cuerpo de esta ley está motivado en prevenir, detectar y perseguir el flagelo de la corrupción, no solo en el ámbito de la administración del Estado, lugar donde se ha encontrado históricamente arraigado, sino que también debuta en un nuevo espacio, aunque de forma más acotada, este es, la corrupción entre particulares.

El surgimiento de esta nueva Ley, fue impulsada por una serie de causas, una de ellas y que de alguna forma es evidente, es que la corrupción es una materia que goza --y siempre debería hacerlo-- de renombre e importancia en la agenda estatal y en la opinión pública. Por otra parte, la urgencia que algunos casos le imprimieron a la necesidad de tratar más detenidamente temas de corrupción, motivaron, en el segundo mandato de la Presidenta Michelle Bachelet, una agenda anticorrupción, que se materializó en un Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción, conocida como “Comisión Engel”, que hizo una serie de propuestas para tomar medidas en concreto;² sumado a que nuestra realidad económica

¹ Ley N° 21.121. Modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 20 de noviembre de 2018.

tornaba imperiosa la necesidad de tipificar un delito de administración desleal,³ tal como había quedado plasmado en los últimos anteproyectos de nuestro Código Penal; además de que aún nos encontrábamos en deuda con algunos ajustes a estándares internacionales dados tanto por las convenciones suscritas en la materia,⁴ como las recomendaciones de la OCDE⁵, fueron algunos de los motivos que constituyeron el puntapié inicial de esta nueva normativa.

Los fundamentos directos de la ley se formalizaron en la moción impulsada⁶ por los senadores De Urresti, Larraín, Harboe, Espina y Araya, en junio del año 2016, que podrían resumirse en: a) La gravedad de los delitos de corrupción, sus consecuencias y el descontento que habían provocado en la ciudadanía, no tenían un correlato en la penalidad asignada y tampoco con la intensidad con que los cuerpos internacionales suscritos por nuestro país en la materia pretendían sancionarlas, si bien ya se había dado cumplimiento a una serie de las obligaciones asumidas en ese marco, varias de ellas aún no se concretaban; b) Las modificaciones que ya había sufrido el Código Penal en esta materia, exigían adecuar de forma sistemática y coherente las distintas figuras de cohecho contempladas a los estándares internacionales; c) La inexistencia de un tipo

² CONSEJO ASESOR PRESIDENCIAL CONTRA LOS CONFLICTOS DE INTERÉS, TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y LA CORRUPCIÓN. Informe Final. Santiago, Chile, 24 de abril 2015. [en línea] <https://observatorioanticorrupcion.cl/2015.06.05-consejo_anticorrupcion.pdf> [consulta: 18 junio 2019].

³ HERNÁNDEZ, Héctor. La administración desleal en el derecho penal chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XXVI): 201-202, 2005.

⁴ Las convenciones suscritas son tres:

CONVENCIÓN PARA COMBATIR EL COHECHO A FUNCIONARIOS PÚBLICOS EXTRANJEROS EN TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES. Santiago, Chile, octubre, 2001. [en línea] <https://www.serviciocivil.cl/wp-content/uploads/2017/06/CONVENCION-PARA-COMBATIR-EL-COHECHO_OCDE.pdf> [consulta: 25 de junio 2019].

CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN. Santiago, Chile, febrero 1999. [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=131065>> [consulta: 25 de junio de 2019]

CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN. Santiago, Chile, noviembre 2007. [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=257958>> [consulta: 25 de junio de 2019]

⁵ PHASE 3 REPORT ON IMPLEMENTING THE OECD ANTI-BRIBERY CONVENTION IN CHILE. Marzo 2014. [en línea] <<https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ChilePhase3ReportEN.pdf>> [consulta: 25 de junio de 2019].

⁶ Historia de la Ley N° 21.121. Primer trámite Constitucional. Senado. Moción Parlamentaria: Sesión Ordinaria N°22. Moción 10739-07. [en línea] <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7597/>> [consulta: 03 junio 2019]

de administración desleal y del delito de soborno entre particulares (que finalmente quedó formulado como el delito de corrupción entre particulares) teniendo como antecedente los artículos 21 y 22 de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, daban cuenta de la necesidad de incorporar estas nuevas figuras típicas, donde no solo existía la necesidad de tipificar conductas de corrupción en el sector público sino también en el privado; d) Además destacaron la necesidad de adecuar la normativa que recaía sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación a las modificaciones realizadas al delito de cohecho, atendido que uno de los delitos por los cuales se puede imputar responsabilidad a las personas jurídicas, en virtud de la Ley N°20.393, es el de cohecho doméstico y transnacional, lo que hacía necesario adecuar ciertas normas contenidas en la ley, en atención al aumento de la penalidad del mismo.

Luego de un largo debate legislativo, que tuvo como telón de fondo una serie de casos que conmovieron la opinión pública⁷⁸⁹ y la necesidad de tipificar un delito genérico de administración desleal del patrimonio ajeno, nació a la vida del derecho la Ley N°21.121, que realizó modificaciones sustantivas y procesales a tres cuerpos normativos e incorporó nuevos tipos penales, estructurándose básicamente en tres artículos que en orden inverso y en términos generales pueden extractarse de la siguiente forma:

En su artículo tercero, la Ley N°21.121 modificó la Ley N° 19.913 que “Crea la unidad de análisis financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos”, en lo relativo a diversas conductas penales relacionadas con la corrupción y conflictos de interés, agregando como delitos base del lavado de activos, los delitos de apropiación indebida, y la administración desleal.

⁷ NAVARRETE, Bernardo. *La Polar algo más que “Llegar y Llevar”*. En: GARRIDO, Alexis, GONZÁLEZ, Francisco, TORRES, Isabel. Regulación económica caso La Polar, compilación de ensayos multidisciplinarios. 1° edición. Santiago, Editorial Universidad Santiago de Chile, 2015. 109 pp.

⁸ WINTER, Jaime. Derecho Penal e impunidad empresarial en Chile. *Revista de Estudios de la Justicia* (19): p.112, 2014.

⁹ *Ministerio Público c/ Daniel Yarur Elsaca*. (2014): Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 23 abril 2014, [en línea] <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/ADIR_871/penal/documentos/docCausaPenal.php?dtaDoc=3EAC54568923975FEA8AB67EED833075ACB2EC7C09CC9E47>[consulta: 25 de junio de 2019].

En su artículo segundo, la Ley N°21.121 modificó la Ley N°20.393, que “Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, ampliando su ámbito de aplicación, agregó la negociación incompatible, la corrupción entre particulares, la administración desleal y la apropiación indebida como nuevos delitos base, además de los que ya existían, a saber, cohecho a empleado público nacional y a funcionario público extranjero, financiamiento del terrorismo, lavado de activos y receptación. Aumentó significativamente el tope de multas aplicables hasta 300.000 UTM y agregó como penas accesorias, el comiso por equivalencia cuando no sea posible decomisar el producto mismo del delito o especies y el comiso de las ganancias obtenidas.

Luego, en su artículo primero la Ley N°21.121 no solo modificó, sino que también incorporó nuevos delitos en el Código Penal. La modificación recayó sobre delitos funcionarios y distintos aspectos de éstos, por ejemplo; se amplió el ámbito de aplicación del delito de cohecho a funcionario público extranjero, desde cualesquiera transacción internacional, *a cualquier actividad económica desarrollada en el extranjero*; se modificó trascendentalmente el delito de negociación incompatible que fue reemplazado por un nuevo artículo ampliando con ello el catálogo de conductas sancionadas y de sujetos activos; y, en general, se aumentaron las penas, estableciendo una serie de normas comunes para los delitos de esta índole.¹⁰ Pero donde con más fuerza aparece la regulación es a propósito de los delitos de cohecho y soborno, no solo por el aumento de las multas, penas accesorias y penas privativas de libertad asociadas, que pasan a ser de crimen y con ello se amplía su prescripción, sino también por la incorporación de una variante de cohecho y soborno por la función,¹¹ en la que además, el beneficio ya no solo debe ser de carácter económico sino que puede ser de cualquier *otra naturaleza*,

¹⁰ CAREY. Ley N°21.121 modifica normas sobre corrupción y otros delitos. [en línea]< <https://www.carey.cl/ley-n-21-121-modifica-normas-sobre-corrupcion-y-otros-delitos-crea-nuevos-tipos-penales-y-amplia-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas///> > [consulta: 3 de junio de 2019].

¹¹ MAÑALICH, Juan Pablo. El cohecho como propuesta o aceptación de una donación remuneratoria. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*: 1-28, 2018, p.19. [en línea] < <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/2018nahead/0718-6851-rdpucv-00202.pdf>> [consulta 24 de junio de 2019]. Mañalich explica lo que se entiende por cohecho y correlativamente soborno, “por la función” o “por el ejercicio del cargo”, adelantando de alguna manera lo que el legislador concretaría a través la Ley N°21.121, que no alcanzó a considerarse en el análisis de ese trabajo.

bajo la nueva regulación tampoco es necesario acreditar alguna contraprestación, bastará para que el delito de cohecho se configure, que el funcionario público solicite o acepte un beneficio y, en su caso, para el delito de soborno, que dé, ofrezca o consienta en dar a un empleado público, un beneficio de cualquier naturaleza.

Además de lo anterior, esta ley incorporó dos tipos penales, en primer lugar, el delito de corrupción entre particulares consagrado en los artículos 287 bis y 287 ter del Código Penal, que sanciona al empleado o mandatario que solicite o acepte, o a quien ofrece o consiente en dar, un beneficio de cualquier naturaleza, para favorecer o por haber favorecido a un oferente sobre otro, en un contexto de contratación particular y competencia. Este tipo es una novedad legislativa, ya que la corrupción ahora no solo será merecedora de reproche penal en el ámbito público, como ha sido históricamente, sino que también en el sector privado, lo que constituye un gran avance y quizá la puerta de entrada a un análisis más crítico, sobre las necesidades que plantea nuestro Derecho Penal Económico en la actualidad. Si bien esta formulación representa el inicio y, por lo tanto, dista del alcance que brinda el estatuto de normas que sancionan la corrupción en el ámbito público, es un punto de partida cuyo rendimiento se circunscribirá a los procesos de contratación entre particulares, sancionando a operadores y funcionarios de empresas que en procesos de contratación, otorguen u acepten beneficios, con el fin de obtener u otorgar a determinados oferentes una posición privilegiada ante sus potenciales clientes, por sobre otros oferentes que actúan de buena fe, buscando de esa forma que procesos de estas características se den en un marco de competencia leal, probidad y ética¹².

El segundo delito que incorporó la Ley N°21.121, es el delito de administración desleal, que, en mi opinión, constituye uno de los aspectos más revolucionarios en

¹² Ley Orgánica 5/2010, que modifica Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal Español. 22 de junio de 2010. [en línea] < <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-9953> > [consulta: 24 junio 2019]. En el mismo sentido esta ley, que crea el delito de corrupción privada en España, expone los motivos para la incorporación del nuevo tipo en el apartado XIX de su preámbulo: *"la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho. Porque con estos comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado"*.

cuanto al impacto que en el ámbito de la criminalidad económica surtirá esta Ley. Éste se consagró en el artículo 470 N°11 de nuestro Código Penal y su incorporación vino a dar respuesta a una necesidad evidente que no había logrado su concreción y que se reflejaba desde a lo menos el año 2005 en los anteproyectos del Código Penal.

De esta forma, se llenó un vacío de punibilidad que había sido fuertemente demandado por distintos actores, ya que las figuras disponibles con anterioridad a su entrada en vigencia, si bien compartían algunas características, eran insuficientes en lo sustantivo y procesal para cubrir conductas constitutivas de administración desleal. Es por ello que a lo largo de este trabajo se pondrá especial atención en este delito y se analizará de un modo general la figura típica que a través de esta Ley se incorpora.

Lo expuesto da cuenta de cómo la Ley N°21.121 reforzó nuestro sistema de delitos contra la corrupción tanto en el ámbito de la administración del Estado como también en el ámbito privado, para ello modificó tres cuerpos legales y tipificó nuevos delitos con gran incidencia en el campo de las relaciones económicas.

Grande será el impacto y el desafío que nos deja esta Ley: la función pública queda sometida a estándares más exigentes; los particulares alcanzados por un nuevo paradigma en la forma de llevar adelante la competencia; la actividad empresarial requerirá intensos despliegues para diseñar modelos de prevención más estrictos, adecuados a su giro, riesgos y que contemplen las figuras típicas que pasan a formar parte del catálogo de delitos base, en fin, una tremenda oportunidad de asir estos contenidos que como actores del sistema nos tocará administrar desde distintas veredas.

2. ¿Qué es la Administración Desleal?

Según el diccionario de la Real Academia española RAE, el significado de la palabra administrar es “ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes”,¹³ por su parte, la palabra leal es definida como “fidedigno, verídico y fiel, en el trato o en el desempeño de un oficio o cargo”.¹⁴ De manera que, en una primera aproximación, prescindiendo de cualquier apreciación valórica o jurídica, sino solo conceptual, se puede afirmar que administra lealmente, quien se desempeña ordenando, disponiendo u organizando los bienes de manera fidedigna, verídica y fiel; a contrario sensu, administra deslealmente, quien ejerce una administración sin observar estas características, es decir de manera falsa, ambigua, fraudulenta, infiel.

Si circunscribimos este concepto a la administración de un patrimonio, resulta relativamente evidente que cuando quien administra ese patrimonio es su titular, no resulta cuestionable (más allá de la torpeza o negligencia) la observancia de este actuar de manera leal, el titular probablemente en la mayoría de los casos actuará de esa forma, puesto que aquello siempre irá de la mano con sus intereses, y evitará a toda costa consecuencias perniciosas en su patrimonio.

Luego, la realidad imperante en nuestra sociedad actual, dada por la globalización de los mercados, la estructura económica de las sociedades desarrolladas, el volumen y diversificación que adoptan los patrimonios, han llevado principalmente por necesidad y también por voluntad a sus titulares a abandonar la gestión directa de sus patrimonios, para optar como diría Schunemann,¹⁵ por una divergencia entre la titularidad y la gestión del mismo. La realidad torna innegable que en muchos, sino en la mayoría de los casos, el titular no es quien gestiona su patrimonio y encarga la

¹³ DICCIONARIO DE LA LENGUA DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Madrid, 2019. [en línea] < <https://dle.rae.es/?id=0mFIScm> > [consulta: 25 de junio de 2019].

¹⁴ DICCIONARIO DE LA LENGUA DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Madrid, 2019. [en línea] < <https://dle.rae.es/?id=N28ZAKF> > [consulta: 25 de junio de 2019].

¹⁵ SCHUNEMANN, Bernd. *La administración desleal de los órganos societarios: El caso Mannesmann*. En: GÓMEZ-JARA, Carlos (dir). *La administración desleal de los órganos societarios*. 1º edición. Madrid. Atelier. 2009. 19 pp.

administración a un tercero con márgenes más o menos amplios dependiendo del negocio o actividad de que trate.

Es indiscutible que esta figura, en la que un tercero administra parte o la totalidad de un patrimonio ajeno, ya constituye una realidad en la operativa del tráfico económico, y más que una realidad es más bien una necesidad, sea que estemos en presencia de patrimonios pequeños, medianos o muy abultados, no hay forma de dejar fuera la innegable necesidad de echar mano a terceros para la gestión de éstos.

Y ahí radica el problema, puesto que no siempre los intereses de ese tercero van a coincidir con los del titular y, por lo tanto, existe un riesgo cierto de que esa administración no sea desempeñada lealmente. Ante esto, el derecho impone a quienes administran patrimonios ajenos un deber jurídico especial,¹⁶ el deber de tutela patrimonial, que consiste en el deber de velar por los intereses patrimoniales del titular; la gestión del patrimonio no se entrega incondicionalmente, sino que se entrega con la condición de que lo administre con el mismo cuidado que le daría el titular.

No es difícil encontrarse con operaciones económicas, donde administra un tercero, y este no ejerce de manera leal su gestión, y es ahí donde surge como respuesta la administración desleal. Sin ir más lejos, solo en estos últimos años la ciudadanía chilena fue testigo de una serie de casos que se enmarcaban en estas hipótesis y que quedaron impunes por no estar tipificado un delito de estas características¹⁷. Tal como señala Hernández *“Más aun, en un contexto de desarrollo económico caracterizado por la formación de grandes capitales y la creciente separación entre administración y titularidad del patrimonio, particularmente -pero no sólo- a través del desarrollo societario, puede afirmarse que la importancia de los medios de la administración desleal*

¹⁶ PASTOR, Nuria y COCA, Ivo. El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal. *Iuris* (2): 36-43, junio 2013. [en línea] < 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 > [consulta 24 de junio de 2019]. Véase particularmente páginas 39 y 40 donde los autores hacen una aproximación a las consecuencias del anteproyecto que se materializaría el año 2015 con la incorporación del artículo 252 del Código Penal español.

¹⁷ Véase, NAVARRETE, B. loc.cit y sentencia de *Ministerio Público c/ Daniel Yarur Elsaca*.

*como medios defraudatorios ha aumentado exponencialmente, al punto que su adecuada represión aparezca indispensable para la configuración de una economía moderna.”*¹⁸

La administración desleal en términos generales y en un contexto jurídico, es un delito que castiga la infracción a un deber de tutela patrimonial, que como consecuencia generó un perjuicio en el patrimonio del titular.¹⁹ Su bien jurídico protegido es el patrimonio.

Luego la administración desleal, fraudulenta o infiel como se le ha denominado en otros ordenamientos, refiriéndonos a ella en términos genéricos (porque hay algunos modelos vinculados específicamente bienes sociales) y ahora en la acepción circunscrita al ámbito jurídico, puede decirse que en su amplia expresión: *“Tienen en común que el agente cuenta con un poder legítimo de disposición sobre patrimonio ajeno, poder que, sin embargo, ejerce de modo irregular y contra los intereses del mismo.”* Y, por lo tanto, es merecedor de un reproche penal.

De manera que quien realiza los actos de disposición perjudiciales es el administrador y entonces todos aquellos actos ilícitos que despliegue el administrador generando un perjuicio en el patrimonio del titular pueden, en principio generalmente (dependerá de la fórmula legislativa), subsumirse en el delito de administración desleal *“Es en virtud de este poder de disposición sobre el patrimonio en cuestión que la administración desleal puede caracterizarse como un ataque patrimonial desde adentro”*²⁰.

Es conocida esta fórmula típica en el derecho comparado por ser constitutiva de un ataque “desde adentro” porque el ataque lo realiza justamente a quien se le ha confiado la administración del patrimonio, a diferencia por ejemplo del delito de estafa, donde si bien quien realiza la disposición patrimonial generalmente será el afectado (salvo el caso de una estafa triangular), el engaño lo realiza un agente externo²¹.

¹⁸ HERNÁNDEZ, H. La administración desleal en el derecho penal chileno. op.cit. p..240.

¹⁹ PASTOR, N. y COCA, I. El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal. Ob.cit. p.41. [consulta 24 de junio de 2019] pág. 41.

²⁰ HERNÁNDEZ, H.. La administración desleal en el derecho penal chileno. op. cit.p. 202.

²¹ HERNÁNDEZ, H. La administración desleal en el derecho penal chileno. op.cit.p.240.

La administración desleal no es más ni menos que un ataque desde adentro al patrimonio ajeno y en ese sentido pareciera que ser merecedora de un mayor reproche penal que otros delitos patrimoniales cometidos por agentes externos.

Comete este delito todo aquel que investido bajo cualquier título de un poder para administrar todo o parte de un patrimonio ajeno, infrinja su deber jurídico de tutelar dicho patrimonio, de manera contraria a los intereses del titular, ocasionando con ello un perjuicio al titular del patrimonio.

En esos términos, una amplia gama de conductas pueden ser consideradas constitutivas del delito de administración desleal, así por ejemplo, cuando el administrador de un patrimonio (de cualquier tipo) *venda los bienes a precios irrisorios,*²² *otorga créditos sin garantías a deudores insolventes o asume enormes deudas o incurre en ingentes gastos para fines superfluos* o abulte una deuda para quedarse con el diferencial; otorgue indemnizaciones o retribuciones excesivas a favor de otros administradores; auspicie otras sociedades de la que es accionista; realice donaciones a sociedades controladas por los propios administradores y en definitiva todas aquellas conductas ilícitas o fraudulentas que impliquen una infracción al deber de tutela patrimonial, debieran ser susceptibles de ser sancionadas por medio de este delito.

Ante la existencia de dichos presupuestos en nuestra actividad económica, es que nuestro ordenamiento reclamó con urgencia la tipificación de un delito que ya era una realidad en el derecho comparado y ahora se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico penal a través de la Ley N°21.121, que introdujo un delito genérico de administración desleal. La tipificación de este delito vino a cubrir un ámbito del patrimonio que hasta hace poco carecía de protección frente a una serie de acciones evidentemente inadecuadas e indebidas, ejecutadas por parte de quienes administran patrimonios ajenos.

²² HERNÁNDEZ, H. La administración desleal en el derecho penal chileno. op.cit.p.202.

3. La administración desleal en el derecho comparado.

Hasta antes de la entrada en vigor de la Ley N°21.121, Chile era uno de los pocos países que no contaba con un delito de administración desleal, incluso en Latinoamérica países como Perú, Argentina, Bolivia y Colombia ya contaban con su formulación típica, mientras que en Europa, Alemania desde antaño, Italia, Francia y España entre otros países, también ya contaban con su versión del tipo.

Dado aquello, creo importante hacer una somera revisión, de las figuras típicas existentes en algunos de los países mencionados, los términos en que se configuran y su principal caracterización, de manera de poder tener un panorama general de los modelos comparados antes de pasar al análisis de nuestra propia normativa.

3.1. Alemania y un delito genérico de administración desleal

En el caso de Europa, uno de los primeros ordenamientos que incluyó la administración desleal fue Alemania, el que a fines del siglo XIX incorporó una figura que ha experimentado algunas modificaciones, que al día de hoy se concretan en su artículo 266 del Código Penal, que actualmente reza:

“El que abusa de la facultad de disponer sobre patrimonio ajeno o de obligar a otro, que se le ha conferido mediante ley, encargo de autoridad o acto jurídico, o que infringe el deber de cuidar intereses patrimoniales ajenos, que se le ha impuesto en virtud de ley, encargo de autoridad, acto jurídico o una relación de confianza, y con ello inflinge un perjuicio a la persona, cuyos intereses patrimoniales él debe tutelar, será castigado con pena privativa de libertad hasta cinco años o con multa”.²³

De su tenor literal, se puede apreciar que se trata de un delito que está redactado en términos amplios y por lo tanto, es susceptible de abarcar una gran gama de conductas, lo que resulta de máxima utilidad para efectos de la persecución penal ya que la actividad económica no es estática, sufre constantes cambios y es muy versátil en su estructura,

²³ Traducción extraída de: ROJAS, Luis Emilio. El tipo de administración desleal en el derecho penal alemán. *Revista Penal* (23): p.139, enero 2009.

entonces no solo hoy hay un sinfín de conductas que pueden ser constitutivas de un delito de administración desleal, sino que probablemente, dado este dinamismo, surjan a lo largo del tiempo más conductas que podrán ser alcanzadas por este tipo. Lo anterior, también hace innecesario acudir a normas especiales o en su defecto configurarlas, puesto que dicha necesidad se encuentra satisfecha a través de la regulación disponible.

Ahora, en cuanto al contenido del tipo, tal como señala Hernández, *“A la hora de interpretar el tipo penal nadie discute que el § 266 StGB contiene dos alternativas típicas, por una parte el llamado tipo de abuso (Mißbrauchstatbestand), consistente en abusar de una facultad de disponer sobre patrimonio ajeno o de obligar a otro, y por otra el tipo de infidelidad (Treubruchstatbestand), consistente en la infracción de un deber de salvaguarda de patrimonio ajeno.”*²⁴

En este escenario, vale mencionar aquí una cuestión que se verá más adelante a propósito de la configuración del tipo chileno, y es que en el contexto alemán lo que más se ha discutido respecto de ambas modalidades, es si el deber de tutela patrimonial se debe entender incorporado solo en la modalidad de infidelidad o en ambas modalidades. *“Lo que sí ha sido objeto de ardua discusión es si ambas hipótesis exigen por igual un determinado vínculo entre el agente y la víctima, o si ésta es una exigencia que sólo rige para el –más amplio– tipo de infidelidad.”*²⁵ La tesis actualmente dominante, es la tesis monista²⁶ que como se dijo se revisará con mayor detención en el siguiente capítulo.

Volviendo a lo anterior, si bien la amplitud de los términos en que se configura el tipo de administración desleal en Alemania, pareciera ser una de sus mayores virtudes, también esa amplitud ha sido objeto de críticas, por parte de quienes sostienen una

²⁴ HERNÁNDEZ, H. La administración desleal en el derecho penal chileno. op.cit.p.243.

²⁵ Ibid.

²⁶ ROJAS, L. ob.cit. p. 144.

insuficiencia desde el punto de vista de su determinación^{27 28}, especialmente en lo que respecta a la modalidad de infidelidad y al alcance de la contemplada relación de confianza como fuente.

3.2. España y su transición:

Ahora, un poco más tarde, pero a tono con los fenómenos económicos sociales, España, desde mediados de los años noventa que cuenta con un delito de administración desleal, el que inicialmente fue concebido en términos distintos a los que contempla la normativa actual. La norma primigenia consagrada en el artículo 295 del código penal español, disponía:

*“Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente avaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triple del beneficio obtenido”.*²⁹

Como se puede apreciar de su tenor literal, el delito se enmarcaba dentro del ámbito societario, de administradores de una sociedad y la afectación o perjuicio, por ende, se producía en el patrimonio social, es decir, se trataba más bien de un tipo de administración desleal societaria, difiriendo hasta ese momento de su símil alemán.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfG) sobre administración desleal. 23 de julio de 2010. [en línea]

<https://www.academia.edu/39072254/Decisi%C3%B3n_del_Tribunal_Constitucional_Federal_alem%C3%A1n_BVerfGE_126_170_de_2010_sobre_administraci%C3%B3n_fraudulenta_Untreue> [consulta: 26 de junio de 2019].

²⁸ HERNÁNDEZ, H. La administración desleal en el derecho penal chileno. op.cit.p.243.

²⁹ MORENO, Ismael. *Administración desleal o fraudulenta*. En su: Delitos societarios: Las diferentes figuras delictivas y su aplicación en los tribunales. España. Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005 [en línea] <<https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/administracion-desleal-fraudulenta-art-295-296628>> [consulta: 25 de junio de 2019].

Sin embargo, esta norma fue suprimida por la ley orgánica 1/2015 que entró en vigor el 1 de julio de 2015, estrenando un nuevo delito de administración desleal que finalmente se consagró en el artículo 252 del Código Penal español, sancionando las conductas con las penas de la estafa. El artículo reza:

“... 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...”*³⁰

De manera que la figura inicial concebida para la administración desleal, mutó desde un tipo especial circunscrito al ámbito societario a un tipo genérico de administración desleal de patrimonio ajeno. Y en este sentido la legislación dio un salto porque se amplió la cobertura del tipo, que ya no solo considera un patrimonio social, sino que cualquier tipo de patrimonio ajeno, dejando así atrás las insuficiencias que presenta un modelo circunscrito a un ámbito particular.

Si bien este modelo coincide con el modelo alemán vigente en cuanto su amplitud, pareciera que incorpora una modalidad de abuso, pero de su tenor tampoco resulta descartable una modalidad de infidelidad, y en ese sentido resulta difícil hacer la distinción. Aun así, la nueva figura es todavía más ventajosa que la inicial, fundamental será entonces la interpretación que los tribunales y doctrina den a la materia a fin de determinar el efectivo alcance de esta norma que lleva pocos años de vigencia.

3.3. Francia y los bienes sociales

El caso francés es distinto. Este país no ha establecido un delito genérico de administración desleal de patrimonio ajeno, sino que ha creado una serie de figuras

³⁰ Código Penal Español. [en línea] <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>> [consulta: 3 de junio 2019].

específicas que se enmarcan más bien en un ámbito societario y que están consagradas en el código de comercio francés.

Son varias las figuras típicas disponibles que pueden cumplir la misma función, pero a juicio de Hernández, a efectos del análisis comparado vale la pena exponer dos de ellas: el abuso de bienes o crédito de la sociedad contemplado en el artículo 242- 6,3° del Código de comercio francés que dispone *“el presidente, los administradores o los directores generales de una sociedad anónima que de mala fe usen los bienes o el crédito de la sociedad de modo conscientemente contrario al interés de la sociedad, con fines personales o para favorecer a otra sociedad o empresa en la que están interesado directa o indirectamente”*.³¹

Y por otra parte el tipo de abuso de poder o de voto, consagrado en el artículo 242- 6,4° que reza: *“al presidente, los administradores o los directores generales de una sociedad anónima que de mala fe usen los poderes o votos de que disponen en virtud de esta cualidad de modo conscientemente contrario al interés social, con fines personales o para favorecer a otra sociedad o empresa en la que están interesados directa o indirectamente”*.³²

De manera que el derecho francés no recoge una norma específica de administración desleal como sí lo hacen sus símiles en Alemania y España, las normas destacadas más bien sancionan a administradores determinados, en ámbitos concretos, esto es en el ámbito social.

Las normas francesas parecen estar exitosamente formuladas y ubicadas en términos de orgánica, y si bien la actividad societaria probablemente comprenda un importante porcentaje de las conductas constitutivas del injusto de administración desleal, este no es el único ámbito donde pueden presentarse infracciones, de manera que corroborando lo ya dicho al momento de destacar el tipo alemán, en estos términos, el modelo francés así planteado es insuficiente para dar respuesta a la totalidad de las pretensiones de un delito de esta naturaleza.

³¹ HERNÁNDEZ, H. La administración desleal en el derecho penal chileno. op.cit.p.245.

³² HERNÁNDEZ, H. La administración desleal en el derecho penal chileno. op.cit.p.246.

3.4. Argentina y la administración fraudulenta

En Latinoamérica, haciendo aún más evidente nuestra necesidad de contar con un tipo de estas características, varios países vecinos ya contaban con figuras penales que sancionaban la administración desleal.

Así por ejemplo en el caso de Argentina, la denominada administración fraudulenta está contemplada en el artículo 173 N°7 de su Código Penal, en el apartado sobre estafa y otras defraudaciones, la norma dispone:

“Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece: N° 7. El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos.”³³

La norma también establece un delito en términos amplios, referido a cualquier tipo de patrimonio, y aunque dista en su formulación gramatical de sus símiles, parece advertirse al igual que en el derecho alemán una modalidad de infidelidad al señalar “*el administrador que violando sus deberes perjudicare los intereses confiados*” y también una hipótesis de abuso, al hacer la referencia “*u obligare abusivamente*”.

3.5. Colombia un modelo específico sobre patrimonio social

Por su parte el Código Penal colombiano, en julio del año 2011 ya incorporó un delito de administración desleal en el acápite sobre abuso de confianza, en su artículo 250 letra b, que establece:

“El administrador de hecho o de derecho, o socio de cualquier sociedad constituida o en formación, directivo, empleado o asesor, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de

³³ Código Penal de la Nación Argentina. [en línea] <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>> [consulta: 3 junio 2019].

las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraiga obligaciones a cargo de esta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”³⁴

En Colombia se optó por un tipo de administración desleal restringido al ámbito societario, de manera similar al que contempló España en sus inicios y que también coincide desde el punto de vista sustantivo con el modelo francés.

Lo que interesa destacar después de revisar los tipos consagrados tanto en países de Europa como en Latinoamérica, es que, si bien hay varios modelos disponibles en el derecho comparado, estos en términos generales se pueden agrupar en dos grandes grupos, un modelo amplio o abierto y un modelo específico o especial.

Cuando hablo de un modelo abierto, me refiero a aquellos tipos cuya configuración está redactada en términos amplios por lo que no implican un ámbito patrimonial específico, de manera que acogen un tipo genérico de administración desleal, que se concentra en una norma, que por lo general se encontrará en la parte especial de un Código Penal y no a propósito de normas especiales. La figura típica entonces abarca a todos aquellos casos en que un patrimonio o parte de él, es administrado por un tercero, el que, teniendo facultades para ello, se exceda en ese ejercicio o bien infrinja derechamente su deber de cuidado del patrimonio, provocando con su conducta un perjuicio al titular de éste.

De los países examinados, un modelo amplio es del que disponen legislaciones como la alemana con su artículo 266 del STGB, la española desde el año 2015, aunque con algunas particularidades, ya que transitó desde un modelo de administración desleal especialmente restringida al ámbito societario hacia un modelo genérico, lo mismo hace la regulación argentina y, como se verá, el modelo chileno consagrado en el artículo 470 n°11 del Código Penal.

³⁴ Código Penal Colombiano. [en línea] <https://oig.cepal.org/sites/default/files/2000_codigopenal_colombia.pdf> [consulta: 3 junio 2019].

Como se adelantó, la virtud de este modelo es que el objeto de ataque no está circunscrito a un ámbito en particular, el objeto puede ser cualquier tipo de patrimonio, lo que en definitiva se traduce en un amplio alcance del tipo, ya que en sus términos podrá abarcar una amplia gama de conductas, figuras básicas como el mandato de administración sobre un patrimonio que otorga una persona natural a un tercero, hasta la administración de patrimonios imbuidos en mallas societarias complejas.

Luego la crítica a estos modelos muchas veces estará en su excesivo alcance, cuestión que se debiera solucionar por la vía de establecer criterios dogmáticos y jurisprudenciales que restrinjan su ámbito de aplicación y eventualmente se sostendrán también en su contra problemas de determinación legal, como ocurrió en el caso alemán³⁵.

Por su parte, un modelo específico o especial, como el suprimido artículo 295 del Código Penal español; el modelo francés, aunque se exprese en diversas disposiciones contenidas en su Código de Comercio; así como el contemplado en el artículo 250 letra b del Código Penal colombiano, son modelos que circunscriben su ámbito de aplicación a uno específico, en los tres casos mencionados a un patrimonio social, por lo mismo el sujeto activo del delito, debe ser un administrador social. Bajo esa lógica, lo que se sanciona es hacer uso de las facultades asignadas de manera contraria al interés social, provocando un perjuicio patrimonial a la sociedad.

La ventaja de un modelo de estas características es que siendo estrictamente determinado en sus términos provee una mayor certeza jurídica, además es consistente con la evolución de nuestra realidad económica y de los gobiernos corporativos. No obstante lo anterior, en mi opinión, este tipo de modelo resulta insuficiente para dar cabida a situaciones que exceden dichos ámbitos concretos, en donde incluso, muchas veces el reproche de una conducta contraria a deber debiera –en un sentido material- adquirir más fuerza, que las sancionadas en el ámbito corporativo, piénsese solo en el caso de personas naturales, que han entregado los pocos recursos que tienen en administración a un tercero y han sido defraudadas.

³⁵ Véase a propósito el fallo del Tribunal Constitucional Federal Alemán citado en el apartado 3.1 de este trabajo.

Tanto desde un punto de vista formal como material un modelo amplio, que consagre un delito genérico de administración desleal presenta ventajas significativas frente a uno que no lo haga, si bien el ámbito social será el lugar donde exista mayor actividad expuesta a conductas constitutivas de este delito, la posibilidad de consagrar un modelo restringido a esa actividad, nos lleva a correr el riesgo de que los más desprotegidos y por lo tanto, quienes mayores riesgos sufren de ser objeto de conductas fraudulentas, queden fuera del rango de protección, de un reproche, cuya raíz radica en un mismo fundamento, la infracción de un deber de tutela patrimonial. Los eventuales problemas de determinación legal que pueden ventilarse a raíz de un modelo de estas características, pueden subsanarse a través de la demarcación sobre los alcances que tanto la doctrina como la jurisprudencia corresponde llevar adelante, sobre todo considerando la incipiente etapa de aplicación en que se encuentra este delito en nuestro ordenamiento.

4. El delito de administración desleal en Chile

4.1. Realidad preexistente

En ausencia de un tipo de administración desleal, fueron varios los intentos de los operadores del sistema y la doctrina por subsumir conductas de esa naturaleza en las figuras disponibles a esa fecha en el ordenamiento jurídico penal chileno, al menos doctrinariamente, se examinó la posibilidad de subsumir esas conductas, entre otras, en figuras especiales, como el delito de apropiación indebida, insolvencia punible, malversación y fraude al fisco.³⁶

De dicho análisis surgieron algunas posturas que ofrecían posibilidades de sancionar conductas constitutivas de administración desleal a través de otros tipos, pero solo para determinados ámbitos de casos y bajo ciertas condiciones, se encontraban respuestas satisfactorias.

Así, por ejemplo, aunque en una postura minoritaria, Mañalich³⁷ sostiene que el delito de fraude al fisco puede ser entendido como una modalidad específica de administración desleal, siempre circunscrito al ámbito de la función pública, postura compartida por Hernández. Por su parte, este último, en el mismo artículo donde consagró el clarificador ejercicio que desplegó para mostrar las posibilidades de subsunción de las conductas de administración desleal en otros delitos, concluyó una *aplicabilidad parcial* del delito de apropiación indebida³⁸ para casos de administración desleal, que solo podría hacerse operativa en su modalidad de distracción.

Otros como Matus³⁹, sostienen que el delito de administración desleal ya se encontraba recogido en distintas figuras especiales, como por ejemplo las hipótesis

³⁶ Véase el ejercicio realizado por el autor en: HERNÁNDEZ, H. La administración desleal en el derecho penal chileno. ob.cit. p.245.

³⁷ MAÑALICH, Juan Pablo. La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales. *Política Criminal*, 7 (14): 374, diciembre 2012.

³⁸ HERNÁNDEZ, H. La administración desleal en el derecho penal chileno. ob.cit. Véase un análisis pormenorizado en las páginas 210 a 234.

consagradas en los artículos 233 a 236 sobre malversación de caudales públicos, los casos planteados para los liquidadores de un procedimiento concursal de los artículos 464, 464 bis, las hipótesis consagradas en el artículo 469 número 3 y 4 (a diferencia de lo sostenido por Hernández⁴⁰ respecto de esas figuras) y la del artículo 470 número 2, todos del Código Penal.

Ahora, más allá de concordar o no con estas posturas, lo cierto es que ninguna de las propuestas esgrimidas, ya sea por su especialidad o la necesidad de echar mano a una excesiva extensión del tipo, daba una respuesta exhaustiva a la fenomenología asociada en su completitud a los casos y el reproche que pretende atribuir un delito de administración desleal que ahora sí encontramos en el artículo 470 n°11 del Código Penal.

4.2. Su tipificación

El 20 de noviembre de 2018, se publicó la Ley N°21.121 que entre otras cosas incorporó un delito genérico de administración desleal en el ordenamiento jurídico penal chileno, de esa manera el legislador vino a saldar una demanda que por muchos años se encontró insatisfecha, sobre todo atendida la realidad imperante en el tráfico económico de nuestra sociedad, una serie de casos merecedores de reproche conocidos por la opinión pública y que quedaron impunes, lo que daba cuenta de la urgencia de dar una protección penal más vigorosa al patrimonio, que hasta ese momento solo encontraba protección a través de algunas figuras anacrónicas y principalmente a través del delito de estafa.

Por su parte, la realidad a nivel comparado daba cuenta de nuestro retraso en la materia, en Latinoamérica países que incluso tenían un menor desarrollo a nivel global ya contaban con esta fórmula típica, también Europa que desde antaño ha sido fuente de nuestro ordenamiento.

³⁹ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno: parte especial*. 2° edición. Santiago. Editorial Jurídica, 2005. 689 pp.

⁴⁰ HERNÁNDEZ, H. La administración desleal en el derecho penal chileno. ob.cit.p.203.

Para nuestro caso, el modelo alemán es la fuente directa del tipo. En ese entendido, será relevante revisar su dogmática y jurisprudencia que ya cuenta con un desarrollo de larga data, al menos, hasta que en nuestro país podamos arribar a algunos consensos sobre la demarcación de límites y alcances del tipo.

El recién estrenado delito de administración desleal se encuentra en el artículo 470 n°11, parágrafo VIII a propósito de la estafa y otros engaños, título noveno, libro segundo del código penal y reza así:

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

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

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

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

En los casos previstos en este artículo se impondrá, además, pena de multa de la mitad al tanto de la defraudación.”⁴¹

Basta una primera lectura para advertir su similitud con el tipo penal alemán y lo primero que uno podría decir, más allá del análisis propiamente tal del tipo, es que su redacción es compleja. Se encuentra tipificado en el artículo 470 del Código Penal, que

⁴¹ Código Penal Chileno. [en línea] < <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984&idParte=0>> [consulta: 3 de junio de 2019].

contempla una serie de hipótesis fraudulentas que atentan según sea el caso, en algunos contra la propiedad y mayoritariamente contra el patrimonio, de conformidad a su ubicación.

El tipo se estructura sobre la base de 5 párrafos entre los cuales se distribuye su encabezado que hace remisión a las penas contempladas para el delito de estafa, continúa con una figura base, dos figuras agravadas y un último párrafo que complementa las penas previstas para este delito.

Es muy importante destacar que se trata de un tipo redactado en términos amplios, y que se enmarca dentro de un modelo de las mismas características, de acuerdo a lo expresado en el acápite anterior, ya que no se circunscribe a un ámbito patrimonial determinado. Es más, el tipo hace la distinción, su figura base está concebida para alcanzar el ataque a todo tipo de patrimonios y las figuras agravadas hablan de patrimonios de titulares específicos como el de aquellos que no están en condiciones de salvaguardar su patrimonio por sí mismos y patrimonios sociales, dando así un amplio espectro de cobertura y permitiendo llenar satisfactoriamente el vacío de punibilidad existente hasta antes de su incorporación.

Si bien la incidencia del tipo necesariamente pasa por su completitud, la atención se pondrá en la figura basal contemplada en su párrafo segundo, puesto que es ella la que establece sus modalidades típicas y concentra con ello las particularidades de este tipo.

4.3. El tipo chileno

Son varias las características del tipo que merecen detención. Se trata de un delito genérico de administración desleal, que se consagra como un delito especial, de resultado, cuyo bien jurídico protegido es el patrimonio, que concentra dos modalidades de realización y solo puede ser cometido a título de dolo, todas características que a continuación pasamos a revisar:

4.3.1. La administración desleal como delito especial

Existen varias categorías dogmáticas o clasificaciones de los delitos, una de ellas es la que distingue a los delitos comunes y los delitos especiales, entendiendo por delitos comunes a aquellos cuyo sujeto activo puede ser cualquier persona y generalmente en su formulación típica, se han referido a quien comete el delito en términos de “el que” o “quien”.⁴² Por su parte, son delitos especiales aquellos que pueden ser cometidos solo por quienes detenten determinadas calidades como, por ejemplo, la calidad de funcionario público para la comisión de un delito de cohecho del artículo 248 del Código Penal.

En ese orden de ideas, el delito de administración desleal corresponde a un delito especial, y esto es así, puesto que no puede ser cometido por cualquier persona, sino que solo puede ser sujeto activo de este según el artículo 470 n°11, quien tiene “*a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona*”. En este caso el sujeto activo o agente cualificado tiene la característica de que está sometido a un deber en particular; un deber de tutela patrimonial.

Dentro de esta misma categoría de delitos especiales, existe una subclasificación, que distingue entre delitos especiales propios o impropios, definiéndose como delitos especiales propios a aquellos en que la calidad del sujeto activo es inherente al reproche que la ley quiere evitar⁴³ y por lo tanto constituye fundamento de la existencia del mismo, de manera que no encuentra su correlato en un delito común, en el otro lado estarían los delitos especiales impropios, que son aquellos que pueden ser cometidos por cualquier persona, pero en el caso de concurrir determinada calidad, ello constituye una causa de agravación de la pena⁴⁴ de manera que siempre el delito especial encontrará correspondencia en un delito común, piénsese en un delito de parricidio (especial) y un delito de homicidio (común).

⁴² POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ María Cecilia. *Lecciones de derecho penal chileno. Parte General*. 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica, 2003. 187 pp.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ibid.

Nuestro tipo cabe clasificarlo como un delito especial propio -aunque hay quienes sostienen que esta clasificación es inadecuada⁴⁵- debido a que no tiene correspondencia con un delito común, es decir no hay un símil a un delito de administración desleal en Chile que pueda ser cometido por cualquier persona, ya que en este caso, es la cualidad del sujeto activo sobre el que recae este deber de tutela patrimonial y el reproche que surge cuando éste lo infringe, lo que fundamenta la existencia del tipo, de manera que este delito solo puede ser cometido por quien tenga estas características.

Luego esto tiene repercusiones a nivel de intervención delictiva, es decir de autoría y participación, puesto que si el delito es cometido por una persona que no tiene esa cualidad especial de tener “*a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona*”, o lo que se conoce en dogmática como un *extraneus*,⁴⁶ siendo un delito especial propio, la pregunta que sigue es, en qué medida ese sujeto es alcanzado por el tipo, o más bien, cómo puedo realizar una imputación a ese sujeto que cometió el delito, si sobre el no recae el deber de tutela patrimonial.

Según Mañalich, este último solo podría ser imputado en calidad de partícipe: “*Así, un delito es especial si y sólo si el mismo está constituido por el quebrantamiento de una norma cuyo destinatario está determinado por una cualificación especial. De ahí que sólo una persona cualificada —esto es, un intraneus— puede ser autor del delito en cuestión; una persona no cualificada —esto es, un extraneus— sólo puede venir en consideración como partícipe, en la medida en que el injusto del hecho (ajeno) le sea accesoriamente imputable*⁴⁷.”

Esto reviste la mayor importancia práctica y un problema evidente, dada la inexorable necesidad de distribuir el trabajo en el ámbito de la administración de patrimonios, es probable que nos encontremos con un número importante de casos en que haya intervención delictiva de un sujeto no cualificado o extraneus, y ante la ausencia de normas que regulen su régimen de imputación, dado que el tipo restringe el círculo de

⁴⁵ Véase lo sostenido por Mañalich en: MAÑALICH, J. La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales. Ob.cit. p.358.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid.

autores, la discusión entonces se centrará, en si es posible que se sancione a sujetos que precisamente se encuentren fuera de aquel conjunto expresamente mencionado. En ese orden de cosas, se deberá al menos revisar y echar mano a la clásica discusión doctrinaria sobre la comunicabilidad o la incomunicabilidad⁴⁸ de las calidades especiales al extraneus, puesto que de ello dependerá su imputación.

No es el fin de este trabajo anticiparme a una respuesta que tendrá que ser determinada en su momento por la doctrina y jurisprudencia aplicada al delito, lo que sí es importante tener en cuenta es que tratándose de un delito especial y dado que principalmente se aplicará en el ámbito de la actividad económica, nos encontraremos con situaciones complejas de resolver en materia de intervención delictiva, piénsese en casos de ineludibles delegación de funciones, decisiones de órganos colegiados como directorios y eventuales administradores de hecho que solo por una formalidad no detentan un mandato en propiedad, entre otros.

4.3.2. La administración desleal como delito de resultado

Otra clasificación dogmática comúnmente utilizada distingue entre delitos de mera actividad y delitos de resultado; los delitos de mera actividad son aquellos que se perfeccionan con la sola conducta del agente sin que se requiera para ello la producción de un resultado material,⁴⁹ de manera que exige solamente desplegar una conducta para ser sancionado a título consumado. Por su parte, los delitos de resultado no solo exigen desplegar una conducta, sino también que se verifique un resultado.

El delito de administración desleal es un delito de resultado, porque además de requerir para su consumación una conducta infractora del deber de tutela patrimonial, es necesario que se produzca un resultado como consecuencia de dicha conducta, que como señala el tipo consiste en “irrogar un perjuicio”. El perjuicio debe ser de carácter

⁴⁸ CONEJEROS, René. *Comunicabilidad en los delitos especiales intervención del extraneus en el delito de malversación de caudales públicos del artículo 233 del Código Penal*. Tesis (Licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile, Universidad de Chile, Departamento de Ciencias Penales, 2017. pp. 72 y ss.

⁴⁹ RAMÍREZ, María Cecilia. La frustración en delitos de mera actividad a la luz de determinadas sentencias. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XXVI): 133-141, 2005. Véase en específico en página 134.

patrimonial y afectar a su titular, solo de esa manera podrá sancionarse el delito consumado.

Bajo ese razonamiento, si el agente despliega una conducta infractora de un deber de tutela patrimonial, pero no tiene como consecuencia la producción de un resultado, de manera que no se irrogó un perjuicio patrimonial, entonces el delito no se puede sancionar como consumado. Pero esto no significa que el delito deba quedar impune, sino que solo podrá ser sancionado en carácter tentado, frustrado o incluso eventualmente y para un ámbito particular de casos, bajo el título de otro delito, como el de negociación incompatible que, tratándose de un delito de peligro abstracto,⁵⁰ puede sortear el resultado de perjuicio patrimonial exigido para la administración desleal, ya que desde las modificaciones incorporadas a éste por medio de la Ley N°21.121 se aplicaría también a directores y gerentes de sociedades anónimas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 240 n°7 de nuestro Código Penal.

4.3.3. Bien jurídico protegido

No existe una definición única acerca de lo que es un bien jurídico, sus alcances han sido discutidos en la doctrina y jurisprudencia. Una definición que nos entrega la doctrina chilena es que estos son intereses individuales o colectivos juzgados indispensables para la convivencia social.⁵¹

En lo relativo al delito de administración desleal, de la lectura del tipo parece ser evidente que lo que está en cuestión es el patrimonio, cuando la norma habla: *“el que tiene a cargo la salvaguardia o gestión del patrimonio, o de una parte de éste... irrogare perjuicio...de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado”* nos lleva a concluir sin mayor análisis que el objeto de protección de la norma, su bien jurídico protegido, es el patrimonio.

⁵⁰ MAÑALICH, Juan Pablo. La negociación incompatible como delito de corrupción: estructura típica y criterios de imputación. *Revista de Estudios de la Justicia*. (23): 93-105, diciembre 2015. Véase específicamente páginas 97 a 100.

⁵¹ POLITOFF, S., MATUS, J. y RAMÍREZ M. ob.cit., 2003, 613 pp. p.65.

Además de lo anterior su ubicación en el Código Penal en el título noveno, párrafo VIII a propósito de la estafa y otros engaños -delito cuyo objeto de protección es el patrimonio- y el hecho de que el artículo 470 haga remisión penológica a este último, nos da más razones para concluir que indiscutidamente el bien jurídico protegido es el patrimonio. No solo se ha llegado a esa conclusión en nuestro país, sino que también en el derecho comparado el delito de administración desleal se ha concebido desde antaño como un delito contra el patrimonio.⁵²

El patrimonio es un bien jurídico de carácter individual ya que protege el bien jurídico de un individuo (a diferencia de un bien jurídico colectivo que protege bienes jurídicos de la comunidad), y ello tiene implicancias por ejemplo en materia de consentimiento, porque solo tratándose de un bien jurídico individual y por lo tanto disponible por su titular, podría operar el consentimiento como una de causa de justificación o excluyendo la tipicidad, por lo mismo, pueden obrar en favor del autor del delito salidas alternativas de acuerdo reparatorio y suspensión condicional del procedimiento.

Se trata de un delito de administración desleal genérico porque no solo protege un patrimonio en particular, la figura base alude a cualquier tipo patrimonio, de manera que da un amplio alcance de protección alcanzando a los diversos tipos de patrimonio existentes. Además de esto, la norma se ve reforzada por sus figuras agravadas que protegen patrimonios especiales, como la del inciso tercero que contempla patrimonios administrados por tutores, guardadores o de incapaces y el inciso cuarto que en particular refiere el patrimonio de una sociedad anónima abierta o especial.

El patrimonio objeto de administración desleal, puede ser la totalidad de un patrimonio o una parte de este, lo determinante es que se trate como señala el tipo, del patrimonio de otra persona, es decir, de un patrimonio ajeno. Aquello, no obsta a que el administrador sea alguien que comparte la titularidad del patrimonio con otra persona, que sea de otra persona significa que no sea exclusivamente de quien lo administra, basta con que no haya un solo titular del patrimonio para entender que ese patrimonio es ajeno, piénsese en el caso de una comunidad hereditaria, el patrimonio puede ser

⁵² ROJAS, L. ob.cit. p. 139.

administrado por un comunero, pero seguirá siendo ajeno en la medida que no tenga el solo la titularidad de este.

Es un delito de simple perjuicio patrimonial, ya que el tipo no exige enriquecimiento por parte del autor, como si ocurre en la estafa que contempla como elemento subjetivo del tipo el ánimo de lucro. En este caso, el tipo no exige la obtención de un beneficio pecuniario correlativo para el agente, sin embargo, que aquello no sea un exigencia del tipo no implica que en la práctica esto no vaya a ocurrir, de hecho en muchas de las conductas paradigmáticas que en derecho comparado se han enarbolado como constitutivas de administración desleal, se produjo un enriquecimiento en favor del autor y probablemente en muchos casos también constituyó y constituirá el móvil para infringir el deber de tutela patrimonial. En definitiva, se trata de elementos que, si bien no constituyen una exigencia del tipo, sí son relevantes y tendrán un importante rendimiento en el ámbito probatorio.

Luego el “irrogar perjuicio”, el desvalor de resultado, corresponde a un perjuicio que debe ser de carácter patrimonial y debe materializarse en el patrimonio del titular. Y he aquí algo determinante en lo que refiere a los desconocidos márgenes de cobertura que adquirirá el tipo en la práctica, porque dependerá del concepto de patrimonio que adoptemos,⁵³ cuál será el alcance o rendimiento que el tipo entregará.

Por ello se hará una somera revisión a los conceptos tradicionalmente ofrecidos para una definición del patrimonio, dado que en la operatividad del sistema será de la máxima relevancia optar uno de ellos a fin de determinar el alcance que tendrá en tipo.

4.4 Patrimonio y perjuicio patrimonial.

El debate acerca del concepto de patrimonio jurídico penal y consecutivamente de qué constituye el perjuicio patrimonial, ante la ausencia de un delito de administración

⁵³ PASTOR, Nuria y COCA, Ivo. El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal. Ob.cit. p.38.

desleal, se dio en nuestro país principalmente a propósito del delito de estafa.⁵⁴ La dogmática de la estafa es totalmente aplicable en este caso, ya que el objeto de protección o fin de ambos tipos es proteger el mismo bien jurídico; el patrimonio.

En ese contexto, son diversas las concepciones que intentan explicar lo que es el patrimonio y lo importante de ellas es que dependerá de cuál sea el concepto que tomemos, cuál será el alcance que tenga el tipo. Por lo anterior, indispensable es realizar una revisión, la que no será exhaustiva, ni pretende mostrar las variantes que componen cada concepción, sino solo hacer una presentación de las principales características de cada una de ellas.

4.4.1. Concepción jurídica de patrimonio

Uno de los primeros conceptos esgrimidos, fue el concepto jurídico del patrimonio, defendido principalmente por Binding⁵⁵ y sostiene que el patrimonio estaría constituido por la suma de todos los derechos y obligaciones patrimoniales de una persona, reconocidos por el derecho. En esa lógica, el perjuicio patrimonial se verificaría cada vez que un derecho salga del patrimonio o se cargue éste con una nueva obligación.

Como se puede apreciar, se trata más bien de una definición cercana o enmarcada en el ámbito del derecho privado, por lo que la determinación de su constitución necesariamente se tendrá que hacer observando normas de esta índole, en ese mismo contexto señala Luis Emilio Rojas, *la atribución de objetos al patrimonio se rige por las reglas del Derecho civil o público*.⁵⁶

Solo así mirado el concepto presenta ya una dificultad, el hecho de transportar consideraciones y normativas extrapenales, inevitablemente acarrea dificultades en sede penal, como por ejemplo que según esta concepción el patrimonio estaría reservado solo para algunos sujetos *“solo pueden ser sujetos de patrimonio, quienes*

⁵⁴ HERNÁNDEZ, Héctor. *Aproximación a la problemática de la estafa*. En: UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TEMUCO. *Problemas actuales de Derecho Penal*. Temuco, Universidad Católica de Temuco, 2003. pp. 148-190.

⁵⁵ SCHLACK, Andrés. El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa. *Revista chilena de Derecho* 35 (2): 261-292, 2008. Véase en particular página 263.

⁵⁶ ROJAS, L. ob.cit. p. 140.

tienen la capacidad de portar derechos subjetivos según el Derecho civil o público".⁵⁷

Bajo esta concepción, tampoco serían merecedores de protección actos con objeto o causa ilícita, puesto que se trataría de hipótesis que no están amparadas o reconocidas por el derecho,⁵⁸ como prescribe su definición.

Otro problema que surge en este contexto, es que hay una serie de cuestiones susceptibles de ser valoradas económicamente que no son clasificables en la noción de derecho y obligación y que, según esta concepción, quedarían excluidas. De esta manera, todos aquellos objetos o relaciones que no tienen un correlato en un derecho subjetivo quedarían desprotegidos bajo esta concepción. Muchas son las hipótesis que quedan al margen y el ejercicio necesariamente prescinde de todo sentido de realidad, piénsese en el caso de un poseedor o mero tenedor, o incluso más allá, en posiciones fácticas como una clientela, una fuerza de trabajo, un derecho de llave, o las expectativas de un negocio lucrativo, todas posiciones que con mayor o menor dificultad pueden ser valoradas y susceptibles de constituir un patrimonio.⁵⁹

Ahora, en lo relativo a los derechos y obligaciones reconocidas por el derecho y que forman parte del patrimonio, esta concepción entiende que cada derecho y obligación es único, de manera que un perjuicio solo se puede ver saldado con su contraprestación correlativa, en otras palabras, bastará el incumplimiento de una obligación para irrogar perjuicio, porque según este razonamiento, no se puede realizar una compensación con una obligación correlativa distinta a la adquirida.⁶⁰

De esa forma, bajo esta tesis, no es procedente una compensación de carácter económico para efectos de subsanar el perjuicio, este solo podría hacerse mediante el cumplimiento de la obligación particularmente incumplida, lo que en la práctica resulta un poco difícil de entender y puede reconducirse a dos ideas, la primera es que solo bastará incumplir con una obligación para irrogar perjuicio patrimonial, y la segunda es que solo se podrá recomponer ese perjuicio cumpliendo (ahora en un segundo ejercicio)

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ SCHLACK, A. ob.cit., p. 263 y ss.

⁵⁹ SCHLACK, A. ob.cit., p. 264.

⁶⁰ HERNÁNDEZ, Héctor. *Aproximación a la problemática de la estafa*. Ob.cit.p. 172.

con la obligación que ya se incumplió, demás está decir que resulta contradictorio plantear que una obligación se puede cumplir solo con la misma que ya fue incumplida, supone al menos prescindir de la realidad.

Luego, lo criticable de esta teoría -como se mostró- es que resulta muy limitada, el entender que solo cuestiones reconducibles a un derecho subjetivo pueden conformar un patrimonio, el pretender que solo encuentran protección derechos y su correlativa obligación, y el prescindir de una consideración de algo tan inherente al patrimonio como es su dimensión económica, arroja como resultado, que esta concepción está lejos de ser útil y resulta ser insuficiente para los fines perseguidos por el bien jurídico protegido en cuestión.

4.4.2. Concepción económica del patrimonio

Con el fin de dar solución a los problemas surgidos de la tesis anterior, surge la concepción económica del patrimonio, que viene a definir patrimonio como la suma de objetos valorables económicamente con prescindencia de su materialización jurídica.⁶¹

Con ello el concepto transita a un opuesto de la tesis jurídica del patrimonio, en el sentido de que lo únicamente relevante para este caso, es la valoración de los bienes. El status jurídico de aquellos pasa a ser irrelevante para estos efectos y además corresponde determinarlo en otra sede.⁶²

Quedan comprendidos por este concepto entonces, todos los objetos que sean susceptibles de ser valorados económicamente, el patrimonio por lo tanto, se puede constituir de la suma de derechos subjetivos, posiciones fácticas, expectativas (siempre que estas sean determinadas y probables de realizar), objetos provenientes de actividades o negocios ilícitos y en fin, todo objeto que sea económicamente valorable, por ende, quedan fuera de protección aquellos bienes de valor exclusivamente sentimental o de afección.

⁶¹ SCHLACK, A. ob.cit. p.269.

⁶² HERNÁNDEZ, H. *Aproximación a la problemática de la estafa*. ob.cit. p.174.

En consecuencia, si el patrimonio está constituido por la suma de los valores económicos de los bienes que lo componen, bajo esta concepción habrá perjuicio en sede de administración desleal, cuando después de ejecutar un acto abusivo que disponga u obligue el patrimonio del titular, o bien cuando ejecutando un acto contrario a los intereses del titular, el saldo del patrimonio sea inferior. Si el saldo aumenta no hay perjuicio, si disminuye hay perjuicio, así *al momento de constatar el perjuicio patrimonial, la teoría económica tiene en consideración el patrimonio como una unidad de valor. Por consiguiente, el perjuicio se afirma por la constatación de la disminución del saldo contable relativa al patrimonio considerado en su conjunto.*⁶³

Y esto tiene una consecuencia de la mayor relevancia, porque si lo crucial a la hora de determinar el perjuicio, es el saldo, entonces la compensación opera como una forma de determinar si existe o no perjuicio. La compensación también servirá para determinar si el perjuicio se encuentra enmendado, bastando para ello que ingrese al patrimonio afectado un bien de igual o mayor valor que el perjuicio irrogado.

Uno debe asumir según esta concepción, que, si se produce un detrimento económico en el patrimonio de una persona, este puede ser compensado con bienes equivalentes a su valor monetario, cuestión que no ocurre en la tesis jurídica del patrimonio y que a su vez fundamenta su limitación, porque prácticamente no deja espacio a una reparación en caso de haberse producido un perjuicio.

Esta teoría económica del patrimonio, también considera como perjuicio cuestiones de carácter fáctico, lo que es más conocido como la puesta en peligro equivalente al perjuicio⁶⁴. *El perjuicio efectivo, técnicamente es el perjuicio final, real y determinable en forma exacta por medio de un cálculo, que se produce, por ejemplo, en el caso de*

⁶³ SCHLACK, A. ob.cit. p. 274.

⁶⁴ PASTOR, Nuria. *La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico*. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (dir), MIRÓ LLINARES, Fernando (dir). *La teoría del delito en la práctica penal económica*. 1º edición. Madrid, La ley, 2013. pp. 85-109. Véase en particular página 93.

⁶⁵ SCHLACK, A. ob.cit. p.267.

*enajenación de un bien. Un perjuicio en forma de peligro se caracteriza, en cambio, por la falta de esos elementos.*⁶⁶

De manera que el perjuicio en forma de peligro no se puede determinar en la actualidad a cabalidad, pero sí implica un deterioro en el patrimonio, piénsese por ejemplo en el caso de un vale vista falso, cuya obligación de la que soy acreedor aún no se encuentra vencida, pero del que actualmente tengo la certeza que se encuentra desprovisto de fondos. No obstante lo anterior, la acogida que hace esta concepción a la noción de puesta en peligro equivalente al perjuicio ha sido sometida a discusión, y de ello se ha concluido que su aplicación no es ilimitada, *para que pueda admitirse esta afirmación, los partidarios del concepto económico no consideran suficiente la mera posibilidad de un peligro, sino que exigen la concurrencia de un peligro concreto.*⁶⁷

Ahora, más allá de todo el avance que implicó esta concepción respecto de la tesis jurídica del patrimonio, y las ventajas que ésta presenta, también ha sido objeto de críticas del todo fundadas. Las más relevantes, tienen que ver con que con este concepto se resguardan posiciones fácticas muchas veces en desmedro de posiciones jurídicas, hasta el nivel de que pudiendo existir hipótesis contrarias a derecho con causa y objeto ilícito -valorables económicamente- estas igual se encontrarían protegidas por esta concepción, lo que atentaría frontalmente contra la unidad, coherencia y armonía de un ordenamiento jurídico, que por una parte las toleraría y por otra las sancionaría. Además de lo anterior, enarbolar un concepto de patrimonio prescindiendo por completo de las personas, sus necesidades y valores de afección, parece desde cierto punto de vista insuficiente para establecer un concepto omnicompreensivo de lo que implica un patrimonio y sus eventuales perjuicios.

4.4.3. Concepción mixta del patrimonio

La estrechez del concepto jurídico y las incoherencias en términos de unidad del ordenamiento jurídico a la que nos lleva un concepto estrictamente económico, hacen

⁶⁶ BALMACEDA, Gustavo y FERDINAND, Michael. Análisis dogmático del concepto de “perjuicio” en el delito de estafa. *Revista de estudios de la justicia* (7): 185-217, 2006. Véase en particular página 193.

⁶⁷ SCHLACK, A. ob.cit. p. 277.

que surja esta nueva concepción del patrimonio que viene a mezclar las anteriores y en la que podría definirse patrimonio como el conjunto de valores económicos que gozan de reconocimiento y protección del derecho, o sea se trata de un concepto económico restringido por lo jurídico.

De manera que, según esta tesis mixta, el patrimonio abarcaría en principio todos aquellos objetos que contempla la concepción económica, siempre y cuando gocen de protección jurídica, así derechos subjetivos como créditos, garantías, posesión, expectativas de adquisición; también lo integrarían cuestiones que son valoradas económicamente que no se expresan en un determinado derecho subjetivo, pero que si podrían tener algún tipo de tutela en el ordenamiento, como por ejemplo, el prestigio de una compañía, su clientela, entre otros. *Integran de igual modo el patrimonio tanto para la fórmula de la protección como para el criterio de la falta de desaprobación aquellas posiciones que en la vida económica se encuentran dotadas de un valor dinerario, no obstante no encontrarse expresadas en un derecho subjetivo*, así por ejemplo, cuestiones intangibles como la reputación de una compañía, o el conocimiento de un especialista quedarían protegidos bajo esta concepción.⁶⁸

Dado que goza de una estructura similar a la de la tesis económica, para esta concepción también es aplicable el principio del saldo, la compensación también constituirá una forma de determinar el perjuicio y eventualmente subsanarlo, siempre que -como se dijo- se trate de bienes valorados protegidos por el ordenamiento jurídico.

Aunque no está exenta de dificultades, esta concepción nos permite resolver de forma satisfactoria varios de los problemas que no alcanzaban a solucionarse con las teorías anteriores. La principal crítica, es que sigue siendo una tesis eminentemente económica y hay aspectos que siguen quedando desprotegidos por el derecho que podrían ser considerados objetos patrimoniales.

⁶⁸ SCHLACK, A. ob.cit. p. 280.

Las tres concepciones revisadas, son a las que generalmente ha recurrido la doctrina y jurisprudencia a la hora de definir patrimonio⁶⁹ y por ende en qué consiste un perjuicio patrimonial, sin embargo, todas de una u otra forma han sido criticadas por resultar desde alguna dimensión insuficientes, ninguno de los conceptos alcanza a dar luz a todos los problemas involucrados.

No es un tema pacífico y la realidad da cuenta, que no hemos podido dar con un concepto que solucione todos los casos problemáticos. Es probable que no se encuentre. No obstante, lo anterior, la dogmática en esta materia ha seguido su curso y, al día de hoy, hay una serie de definiciones disponibles acerca de qué es el patrimonio, que intentan dar soluciones a otros problemas.

Como se pudo apreciar, aun optando por una tesis económica o mixta del patrimonio los problemas subsistían, así tal como plantea Pastor: *Desde los inicios de la incorporación de la concepción económica por parte de la jurisprudencia, algunos casos generaron dudas en cuanto al criterio que se debía emplear para determinar el valor del patrimonio. ¿Debía ser éste el criterio “objetivo” del valor de mercado? ¿O había que tener en cuenta otros criterios como el valor de utilidad o los fines asignados por el titular a su patrimonio, esto es, la dimensión personal del patrimonio?.*⁷⁰ La crítica está ahí, qué pasaba entonces en aquellos casos en que no obstante compensar económicamente el patrimonio, el objeto que ingresó no resultaba útil a los fines del titular, donde se había dejado la dimensión personal que compone un patrimonio, y es ahí donde surge esta teoría personal del patrimonio que pasaremos a revisar, que intenta dar solución a los problemas aún no resueltos por las anteriores.

4.4.4. Concepción personal del patrimonio

⁶⁹ En todos los artículos revisados y citados para efectos de esta investigación, son analizadas estas tres concepciones. En el ámbito jurisprudencial chileno, en fallos recientes y a propósito del análisis del perjuicio económico en delitos de estafa, como se verá más adelante, se hace expresa referencia a una teoría mixta de patrimonio citando a Hernández.

⁷⁰ PASTOR, Nuria. *La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico*. Ob.cit. p. 90.

Para esta concepción patrimonio *no puede entenderse como una suma total de objetos, sino que consiste más bien en la relación de dominio de una persona respecto de determinados bienes. La protección del patrimonio adquiere sentido solo en la medida que sirve al desarrollo de la personalidad en el ámbito económico.*⁷¹

Bajo esa premisa, el patrimonio no tendría un valor en sí mismo, si no que éste sería un medio, y cada sujeto tiene la posibilidad de organizarlo de acuerdo a determinados fines, a través de los cuales se desarrolla, de modo que tiene una doble mirada, ya que no es simplemente la relación del titular con las cosas que componen este patrimonio, sino que este también es un atributo de su titular⁷².

Es decir, este concepto personal de patrimonio contiene una dimensión económica, ya que a través de los objetos de valor podemos desarrollamos en diversos ámbitos y asume que la relación del titular con su patrimonio, sus fines y utilidades, no pueden quedar al margen al momento de determinar qué constituye perjuicio, ya que esos fines sí deben ser considerados⁷³.

En ese mismo sentido Rojas sostiene, *En la medida de que se trata de protección del desarrollo de la persona en el ámbito de las cosas, el patrimonio es valorado como algo individual y de ninguna manera es determinado según un parámetro único y vinculante para todos los sujetos jurídicos. Los objetos patrimoniales son protegidos en su referencia respecto de los intereses individuales de desarrollo del portador del patrimonio. Parte del patrimonio no es entonces el bien como tal, sino siempre el valor patrimonial representado a través de la posición económica, fijada subjetivamente por el sujeto del patrimonio en uso de su determinación funcional del fin. Se trata de un valor para la persona del patrimonio, el cual no depende ni de un valor monetario concreto ni de una utilidad económica concreta.*⁷⁴

Este concepto de patrimonio, que viene a ser más amplio que los anteriores, abarcaría no solo los bienes que resguarda una teoría mixta, sino que también comprende algunas

⁷¹ ROJAS, L. ob.cit. p. 142.

⁷² PASTOR, Nuria. *La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico.* ob.cit. p.92 y 93.

⁷³ ROJAS, L. ob.cit. p. 142.

⁷⁴ Ibid.

cuestiones que la anterior no alcanzaba a cubrir, como por ejemplo los objetos de valor afectivo, las prestaciones unilaterales y los fines que representan los objetos dentro de un patrimonio determinado, de modo que bajo este concepto cobrará relevancia lo que se conoce como la teoría de frustración del fin,⁷⁵ que en términos simples reconoce la existencia de un perjuicio en aquellos casos que los bienes que ingresan al patrimonio no cumplen con los fines para los que estaban previstos.

En esta misma dirección, para determinar un perjuicio habrá que atender a las dos dimensiones que contempla, la primera es pacífica, si hay detrimento económico sin discusión habrá perjuicio, la hipótesis compleja se produce cuando un patrimonio es compensado económicamente pero no pudieron concretarse determinados fines perseguidos por su titular, y en ese caso bajo este concepto debemos afirmar que hay perjuicio cuando el objeto que ingresa al patrimonio es inutilizable o no le es realizable a su titular.⁷⁶ De modo que, hay perjuicio cada vez que el titular pierde potencial de desarrollo, también se considera que existe perjuicio, en aquellos casos que el acto llevo al titular a tomar medidas perjudiciales para su patrimonio que ponen en peligro el cumplimiento de otras obligaciones.

Si bien la concepción personal de patrimonio viene a dar solución a una serie de casos que quedaban desprovistos de ésta al alero de las teorías ya revisadas, no es difícil advertir el problema y su consecutiva crítica, y es que este concepto nos pone en una situación más compleja al momento de determinar el perjuicio, ya que incorpora un elemento subjetivo.

Si en base a esta, dejamos supeditada una valoración propiamente económica y luego la principal ponderación estaría sobre el valor de uso de esos bienes, su finalidad, utilidad e intenciones que recaían sobre ese patrimonio, su determinación será más compleja porque recaerá principalmente sobre aspectos subjetivos, sería necesario para hacerla operativa, determinar caso a caso cuál era la finalidad que el titular quería darle a ese patrimonio, y ello por su naturaleza haría más fácil burlar el sistema, además de presentar serias dificultades probatorias.

⁷⁵ HERNÁNDEZ, H. *Aproximación a la problemática de la estafa*. ob. cit. p.181.

⁷⁶ HERNÁNDEZ, H. *Aproximación a la problemática de la estafa*. ob. cit. p.182.

Por lo que, si bien la teoría personal del patrimonio incorpora cuestiones relevantes y que hasta el momento habían sido desatendidas por las concepciones previas, esta no sostiene una propuesta que permita solucionar de forma satisfactoria todas las hipótesis problemáticas que alcanza la materia.

4.4.5. Concepto de patrimonio en Chile

Si bien la concepción mixta de patrimonio es la posición más apoyada por la dogmática en España y Alemania, el concepto personal del patrimonio también tiene algunos adherentes, aunque minoritarios. Ahora entendiendo que la discusión sobre el concepto patrimonial se ha dado principalmente al alero de la estafa, habrá que determinar --ahora en otra sede-- qué concepto de patrimonio se ajusta más a las necesidades que necesita cubrir el delito de administración desleal, y de manera tangencial, me atrevería a decir que dentro de las opciones disponibles, sería el concepto mixto el que mejor alcance otorga, sobre todo si buscamos dar una determinación objetiva y armoniosa con el ordenamiento jurídico de lo que significa patrimonio, además de sortear los posibles problemas probatorios que acarrea optar por un concepto como el personal.

En Chile no hay una posición única respecto del concepto de patrimonio, a nivel dogmático con mayores o menores variaciones transitan principalmente entre un concepto económico y mixto, así para Etcheberry *“Es verdad que en principio debe exigirse un perjuicio real y efectivo, pero muchas veces un perjuicio potencial es ya suficiente, por el daño que produce”*,⁷⁷ es decir, estaría de acuerdo afirmar perjuicio ahí donde este se ha puesto en peligro, lo que es propio de una concepción económica, continúa *“ El perjuicio puede recaer sobre cosas materiales y también sobre cosas inmateriales, derechos, clientela, prestigio, situación comercial, siempre que sean apreciables en dinero”*⁷⁸; sin declararlo expresamente acoge un concepto en principio económico y eventualmente mixto de patrimonio, ya que considera la compensación, y

⁷⁷ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo III. 3° edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, 490 pp. Véase en particular páginas 400 y 401.

⁷⁸ Ibid.

afirma perjuicio sobre meras expectativas siempre que tengan su fundamento en una situación jurídica existente.

Por su parte, Politoff, Matus y Ramírez acogen una concepción mixta al declarar que el patrimonio esté compuesto por *“todos aquellos bienes que se encuentran bajo el poder de disposición (económico) de una persona, siempre que tal poder no se encuentre jurídicamente reprobado, de forma expresa”* y el perjuicio estaría dado por un *“detrimento efectivo del patrimonio”*⁷⁹. Ahora, si entienden el perjuicio solo como un detrimento efectivo, esta postura no conversa con una puesta en peligro equivalente al perjuicio que en principio debiere integrar una concepción mixta, por lo que podría afirmarse que esta posición atiende a una variante conservadora de la concepción mixta.

Hernández -como se apreciará a propósito de algunos fallos infra- también adscribe a una posición mixta de patrimonio, *“conforme a cualquier concepto orientado a la realidad económica la afirmación de un perjuicio dependerá de que la decisión obtenida mediante engaño disminuya el valor económico del patrimonio sobre el cual tiene efectos relevantes dicha decisión. Y esto parece indiscutible no sólo en los casos obvios en que se pierde definitivamente un bien o derecho o se grava definitivamente el patrimonio, sino ya en cualquier caso en que la decisión judicial implique una traba al pleno ejercicio de los derechos que se tienen sobre determinadas cosas o el deterioro de un crédito”*.⁸⁰

En el mismo sentido la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, si bien no ha acogido una postura única, actualmente acogen una concepción jurídico-económica como se puede apreciar en algunos fallos relativamente contemporáneos. A objeto de ilustrar esta afirmación se pronuncian sobre ello:

En la sentencia Rol N° 707-2009, de fecha dos de diciembre de 2009, descartando la existencia de un delito de estafa reiterada debido a la inexistencia de un perjuicio patrimonial. Nuestro máximo tribunal en su considerando vigésimo, citando a Hernández, razonó de la siguiente forma:

⁷⁹ POLITOFF, S., MATUS, J. y RAMÍREZ M. ob.cit.434-435.

⁸⁰ HERNÁNDEZ, Héctor. La estafa triangular en el derecho penal chileno, en especial la estafa procesal. *Revista de Derecho* XXIII (1): 201-231, 2010. Véase en particular p. 227.

“...Por lo demás, el perjuicio patrimonial importa una pérdida de carácter pecuniario, y no de valores inmateriales, ideales morales o de afectación, lo que denota su acepción económica como una universalidad conformada por el conjunto de bienes, derechos, posiciones u otros valores económicos respecto de los cuales una persona tiene un poder fáctico de disposición, de manera que en la determinación de un posible perjuicio debe considerarse si la merma de importe asociada a la disposición patrimonial no ha sido fácticamente compensada de alguna forma, lo que en doctrina se denomina principio de compensación. Esta idea de deterioro patrimonial está íntimamente vinculada, desde un punto de vista económico-jurídico, con una noción de patrimonio como un bien jurídico individual, el que debe ser objeto de protección, para efectos de determinar si hay o no estafa con principios penalmente relevantes, tales como los de legalidad, lesividad, fragmentariedad y ultima ratio, destinado a evitar que la lesión al patrimonio quede indeterminada y dependa del supuestamente afectado. Siguiendo esta acepción de patrimonio no habrá detrimento, por ende, cuando a pesar de no recibirse aquello a lo que se tenía derecho, lo percibido equivale compensa-económicamente lo dado o pagado. Tampoco lo habría en los casos de mera frustración de los móviles o finalidades subjetivas del reclamante que no tienen un efecto patrimonial concreto y preciso, por cuanto, como lo indica parte de la doctrina una vez que se abre la puerta a correctivos fundados en los fines de la víctima, el límite con el subjetivismo extremo o bien se difumina o bien se demuestra arbitrario...”⁸¹ ⁸².

La Segunda Sala de la Corte Suprema declara expresamente adscribir en este fallo a un concepto mixto de patrimonio, dándole un rol relevante a la compensación (eminentemente económico) para determinar y luego descartar la existencia de un perjuicio. De este mismo modo, rechaza abiertamente una concepción personal del patrimonio, ya que descarta la frustración de los fines, entendiendo que si el bien compensó económicamente el patrimonio entonces no habría perjuicio, esgrime además el problema de la subjetividad que una teoría de frustración de fines conlleva, tal como se advirtió en su oportunidad.

De la misma forma la Corte Suprema en la sentencia Rol N° 2926-2013, de fecha diez de octubre de 2013, citando el fallo anterior, descarta la existencia de perjuicio

⁸¹ Ibid.p.227.

⁸² HERNÁNDEZ, Héctor. Frustración de Fines y Perjuicio Patrimonial en el Derecho Penal Chileno. *Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo*: 57-92, 2009.

patrimonial y consecutivamente el delito de estafa, por los motivos contenidos en su considerando noveno, donde señala:

“...Y falta algo más por decir, se excluye el perjuicio en el injusto en comento, si la merma asociada a la disposición patrimonial ha sido fácticamente compensada de alguna forma, de manera que a pesar de no recibirse aquello a lo que se tenía derecho, lo percibido equivale -compensa- económicamente a lo dado o pagado (SCS, Rol N° 707-09 de 02.12.2009). En ese entendido, y a la siga de las concepciones mixtas o económico-jurídicas hoy dominantes en el estudio del concepto de patrimonio (v. Hernández H. “La estafa triangular en el derecho penal chileno, en especial la estafa procesal”. En: Revista de Derecho, vol. XXIII, N° 1, julio 2010, p. 227, y Balmaceda, ob.cit., p. 63) el desembolso de dinero para adquirir la mercadería en que incurre el querellante, en sí no supuso un perjuicio para él, porque le significó a cambio un crédito contra Thermal Transfer Ribbon Ltda. por un monto equivalente a lo gastado, resultado comercial y jurídico que era precisamente buscado por el querellante, y además conseguido, pues nació su derecho personal contra la sociedad, con indiferencia de su omisión en el registro contable, omisión que en todo caso, no extingue ni conlleva un detrimento cierto y verificable para el derecho adquirido, el cual sigue existiendo, con la misma validez y exigibilidad. Es más, de lo referido en la propia sentencia, se constata que el acusado, como administrador y representante de la sociedad, no desconoce la deuda en favor del querellante y, por el contrario, intenta, sin éxito, demostrar en el juicio que la misma fue solucionada. Y finalmente, en cuanto a la mercadería, procede consignar que no fue determinado por la sentencia que ella no haya sido materialmente incorporada a la sociedad y para los fines que se buscó con su adquisición, lo que descarta apreciar detrimento económico por este aspecto.”

De la misma forma que la sentencia anterior, esta sentencia corrobora su razonamiento previo y acoge un concepto mixto de patrimonio, que rechaza la teoría de frustración de fines en la medida que el bien haya sido compensado económicamente.

Como se puede apreciar, la postura jurisprudencial habla de una tendencia mixta eminentemente económica. Importante será conocer si, ahora, al alero del delito de administración desleal, el concepto adoptado por tribunales sobre patrimonio será el mismo, puesto que --como se dijo-- de esto dependerá el margen de cobertura tendrá el delito y el campo de acción en que se moverán los operadores del sistema.

Probablemente los persecutores abogarán por aquellas teorías más amplias, que incluso incorporen dimensiones personales del patrimonio, mientras que la defensa

probablemente optará por conceptos más estrechos, dependiendo de cuál sea el caso en cuestión.

4.5 Abuso e infidelidad como modalidades de realización del tipo

Nuestro Código Penal en su artículo 470 n°11, contempla un tipo que --ya se ha reiterado-- es similar en su redacción al contemplado en el artículo 266 del Código Penal alemán, norma que vino a ser el modelo seguido por nuestros legisladores al momento de configurar nuestro delito de administración desleal.

La norma alemana contempla dos modalidades alternativas de realización del tipo,⁸³ a saber, la modalidad de abuso y la modalidad de infidelidad o quiebre de confianza. Siendo este el modelo seguido, la fórmula chilena es equivalente y también contempla en términos semejantes ambas formas de realización del tipo, que se expresan en las mismas dos modalidades. Dado que son una novedad en nuestro ordenamiento, aún no se han verificado a su respecto discusiones sobre su alcance, que si ya se han dado en la doctrina y jurisprudencia alemana, las que resultan de máxima utilidad para aplicar y diseñar la configuración de éstas en nuestra versión nacional.

Por lo mismo, parece necesario revisar la formulación de ambas modalidades en el ordenamiento jurídico alemán y hacer una breve referencia a la principal discusión que se ha producido en torno a ellas, para después así, pasar a examinar la formulación de las modalidades establecidas en Chile y esbozar cómo éstas debieran ser interpretadas.

4.5.1 La norma modélica

En el artículo 266⁸⁴ del Código Penal Alemán, la modalidad de abuso se extrae de los siguientes términos *“El que abusa de la facultad de disponer sobre patrimonio ajeno o de obligar a otro, que se le ha conferido mediante ley, encargo de autoridad o acto*

⁸³ HERNÁNDEZ, H. La administración desleal en el derecho penal chileno. ob.cit. p.243.

⁸⁴ Ver en subtítulo 3.1 de este trabajo

*jurídico..., y con ello inflinge un perjuicio a la persona... será castigado con pena privativa de libertad hasta cinco años o con multa”.*⁸⁵

Por su parte, la modalidad de quiebre de confianza o de infidelidad se configura de la siguiente forma “*o que infringe el deber de cuidar intereses patrimoniales ajenos, que se le ha impuesto en virtud de ley, encargo de autoridad, acto jurídico o una relación de confianza, y con ello inflinge un perjuicio a la persona... será castigado con pena privativa de libertad hasta cinco años o con multa”.*⁸⁶

A priori, la diferencia entre una y otra radica en que, la modalidad de abuso consistirá en que al que habiéndosele otorgado la facultad de disponer u obligar un patrimonio ajeno, ejerza dicha facultad de forma abusiva o excesiva y con ello comprometa válida y perjudicialmente el patrimonio del titular, de forma que la modalidad está concebida en razón del ejercicio de una facultad y en términos de una conducta concreta. En cambio, la modalidad de infidelidad obedece a una situación menormente concretizada ya que se verifica por la sola infracción del deber (mediante acción u omisión) de cuidar los intereses causando un perjuicio en el patrimonio de su titular, operando como una modalidad genérica y eventualmente residual de la primera⁸⁷.

Luego la principal discusión⁸⁸ que se dio en la dogmática alemana es si, respecto de ambas modalidades, es decir, si tanto para la modalidad de abuso como para la modalidad de infidelidad subyace un deber de tutela patrimonial, o si por el contrario, ese deber solo se entiende incluido en la hipótesis de infidelidad.

La tesis monista sostiene que ambas modalidades (abuso e infidelidad) llevan impreso un deber de tutela patrimonial. El principal argumento para sostener esta tesis se basa en un elemento de interpretación de carácter gramatical, ya que al finalizar la oración la norma reza sin hacer distinción alguna la frase “*cuyos intereses patrimoniales él debe tutelar*”, de manera que no habría razón para esgrimir este deber solo respecto de una hipótesis (como se sostuvo en un principio solo para la hipótesis de quiebre de

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ ROJAS, L. ob.cit. p. 163.

⁸⁸ HERNÁNDEZ, H. La administración desleal en el derecho penal chileno. ob.cit.p.243.

confianza o infidelidad) y no de ambas. *En la medida que consta sintácticamente que la parte final de la disposición se conecta con ambas modalidades del tipo, esta teoría deduce que la oración subordinada contenida en dicha parte tiene el mismo significado para ambas alternativas*⁸⁹. De manera que, de acuerdo a esta interpretación, respecto de ambas modalidades existe un deber de tutelar intereses patrimoniales y su denominación “teoría monista” obedece a que bajo esta concepción habría un solo injusto⁹⁰ que admitiría dos modalidades de comisión.

La posición opuesta está dada por la teoría dualista, que en términos simples sostiene que este deber de tutela patrimonial solo tiene cabida respecto de la modalidad de infidelidad, no está incluido para la modalidad de abuso y por lo tanto, tal como indica su denominación habría dos injustos distintos en el mismo artículo 266 del Código Penal Alemán. *Según la teoría dualista la oración subordinada contenida en la parte final del § 266 StGB «y con ello inflinge un perjuicio a la persona, cuyos intereses patrimoniales él debe tutelar» implica solo la exigencia del perjuicio patrimonial y la identidad entre tutelado y perjudicado, pero no un elemento del tipo adicional para el tipo de abuso*⁹¹. Es decir, para esta teoría la oración *cuyos intereses patrimoniales él debe tutelar*, solo tiene por objeto consagrar en el tipo el perjuicio patrimonial y hacer referencia a la inexorable relación que debe existir entre el autor y el titular del patrimonio, mas, el tenor literal aludido no implicaría predicar un deber de tutela patrimonial respecto del que actúa en el ejercicio de una facultad como ocurre en la modalidad de abuso.

Esta postura dualista, en la que se sostenía que este deber era solo predicable respecto de la modalidad de infidelidad tuvo asidero hasta mediados del siglo XX, esta segunda interpretación prevaleció en doctrina y jurisprudencia hasta 1972, año en el cual, sin embargo, el Tribunal Supremo Federal, mediante su sentencia BGHSt. 24, 386 (caso de la “tarjeta de cheque”), declaró que la frase relativa “a aquél cuyos intereses patrimoniales debe cuidar”, que hasta entonces sólo había sido tematizada respecto de

⁸⁹ ROJAS, L. ob.cit. p. 145.

⁹⁰ PASTOR, Nuria y COCA, Ivo. El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal. ob.cit.p.39.

⁹¹ ROJAS, L. ob.cit. p. 149.

la hipótesis de infidelidad, regía para ambas hipótesis, de suerte que ambas exigían un especial deber de cuidado respecto del patrimonio de la víctima⁹²...

La postura dominante actualmente en Alemania es una tesis monista, la consecuencia de esto es que, al alero de una tesis dominante como esta, ambas modalidades gozan de una estructura similar, y su única variación se produce en la conducta por medio de la cual se realiza el tipo. La figura de abuso, se manifiesta como una figura específica que se concreta mediante actos de disposición u obligando el patrimonio ajeno, mientras que la modalidad de infidelidad al no exigir la materialización de una conducta concreta se enarbola como la figura genérica y residual. *Desde la perspectiva monista dominante, la diferencia entre ambas hipótesis típicas, que se encuentran en una relación de género a especie, estaría dada por las características peculiares de la conducta en el tipo de abuso, consistente en la celebración contraria a deber y perjudicial de actos jurídicos con efecto vinculante para el patrimonio de la víctima; en los restantes casos sólo puede tener aplicación el tipo genérico de infidelidad⁹³.*

Verificándose respecto de ambas hipótesis un deber de tutela patrimonial, su infracción podrá realizarse a través de una acción o una omisión⁹⁴ (impropia en este caso) en caso de que el sujeto activo no realice una acción impeditiva del resultado que se materializara en perjuicio patrimonial.

4.5.2 Modalidades alternativas en el tipo chileno

En Chile, el artículo 470 n°11⁹⁵ del Código Penal, en su inciso segundo contempla la figura base del delito de administración desleal en términos muy similares al Código Penal alemán, considerando dos modalidades de realización, a saber, una modalidad de abuso que se concreta a través de un ejercicio abusivo de facultades de disposición u obligación comprometiendo válidamente el patrimonio ajeno, y una modalidad de

⁹² HERNÁNDEZ, H. La administración desleal en el derecho penal chileno. ob.cit.p.243 y 244.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Véase norma en el subtítulo 4.2 de este trabajo.

infidelidad para quien ejecuta u omite una acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio. Ambas son sancionadas con las penas contempladas en el artículo 467 relativas al delito de estafa, además de la pena de multa incorporada en el inciso final del artículo 470 n°11.

Además de concordar en la configuración con su símil alemán, ambas modalidades coinciden en que las fuentes del deber de cuidado patrimonial pueden ser; la ley, la orden de autoridad, o un acto o contrato, solo difieren del modelo comparado, en que éste para la modalidad de infidelidad consagra una fuente adicional para la modalidad de infidelidad que es la relación de confianza.

Siendo las cosas así, importante será revisar, aunque de modo tangencial, la eventual cabida que tiene la aplicabilidad de una tesis monista o dualista para el delito de administración desleal chileno, ya que de ello dependerá el rendimiento que otorgue cada modalidad.

Lo primero que se puede afirmar, es que del solo tenor literal del tipo chileno uno puede sostener, al igual que en Alemania basado en un elemento gramatical de interpretación, una tesis monista para el caso chileno, la voz “...*Al que teniendo a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona*⁹⁶...” que dispone el artículo 470 n°11 del Código Penal, nos lleva a afirmar que para ambos casos existe un deber de tutela, porque salvaguardar implica proteger y gestionar implica administrar, y quien administra también tiene un deber de cuidado respecto del patrimonio.

Una postura distinta plantea Luis Emilio Rojas, quien parte de la base que en los términos del artículo 266 del Código Penal alemán si es acogible una postura monista, pero no así en nuestro artículo, el que daría más bien cuenta de una postura dualista, en la que el deber de tutela patrimonial quedaría solo consagrado a propósito de la modalidad de infidelidad. *Sin embargo, en nuestro contexto, la exigencia del deber de salvaguardia aparece consagrada de modo alternativo a la exigencia de estar a cargo de la gestión del patrimonio ajeno, de la disposición se lee una doble disyunción en un plano de los presupuestos especiales del sujeto activo; una segunda disyunción en el*

⁹⁶ Ibid.

plano del comportamiento típico y una conjunción en la exigencia de un perjuicio. La forma en que aparecen consagradas las dos modalidades típicas en el 470 n°11, al menos nos permiten -aunque está sujeta a discusión dogmática y jurisprudencial- una interpretación dualista.⁹⁷

Según este razonamiento, el argumento concluyente para sostener que en la formulación chilena reside una concepción dualista radica principalmente en un análisis gramatical, el que estaría dado por la disyunción *“al que teniendo a cargo la salvaguardia o la gestión”* de manera que solo se podría tener o la salvaguarda o la gestión, mas no ambas; luego la segunda disyunción *“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...”*. Es decir, estas dos disyunciones darían lugar a una lectura en términos tales que, quien gestiona, solo puede ejercer abusivamente facultades de disposición y obligación, y quien detenta la salvaguarda, solo ejecuta u omite acciones de modo manifiestamente contrarias al interés del titular del patrimonio.

Si bien es cierto que en términos estrictamente gramaticales las disyunciones que hace el legislador no dejan totalmente claro que exista un deber de tutela también respecto de quien gestiona un patrimonio, y que en esta etapa no se puede afirmar con certeza acerca de si la salvaguarda y la gestión corresponden a una misma categoría, estos argumentos no son lo suficientemente poderosos para derribar la razonabilidad que conlleva sostener que este deber está impreso en ambas modalidades.

Sumado a ese razonamiento, cabría decir que al alero de una concepción dualista solo bastaría la modalidad de infidelidad para cubrir todas las conductas constitutivas de una verdadera administración desleal, que lo que busca sancionar es la infracción a un deber de tutela patrimonial. En esos términos, la modalidad de abuso estaría defectuosamente construida y demás en términos estructurales, porque se sancionaría

⁹⁷ Si bien esta afirmación no ha sido expresada en un artículo académico por Luis Emilio Rojas, ha sido sostenida por el en otra instancia académica, en particular, en la cuarta sesión del Curso *“Administración Desleal, Soborno entre privados y modificaciones en materia de corrupción pública”* impartido por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, realizada el 8 de abril de 2019, cuyos contenidos tratados fueron “el tipo de abuso” y el “tipo de infidelidad”.

solo la ejecución de acciones que estaban proscritas de acuerdo a la normativa de representación aplicable en la relación entre titular y gestor, o solo se haría operativa en aquellos casos en donde el sujeto que gestiona el patrimonio no tiene un grado de autonomía que le permita llevar su facultad de representación más allá de los actos expresamente encargados, lo que pareciera ser más propio de un incumplimiento de carácter civil. También quedarían desprotegidas aquellas acciones que no quedaron suficientemente determinadas en la relación titular y gestor, puesto que esas acciones no deberían observar este deber, dejando de ser la modalidad de infidelidad una figura residual, para ser la única que en realidad sanciona la administración desleal.

Como se dijo, los argumentos gramaticales sostenidos precedentemente son muy exiguos y al momento de determinar cuál postura adoptar, creo que un ejercicio importante radica en revisar, como se insinuó antes, cuál es el injusto que subyace al delito de administración desleal. En ese sentido Pastor plantea, *el injusto de la administración desleal consiste en la lesión del patrimonio ajeno cometida “desde dentro” de la esfera de la víctima. Y ello solo sucederá cuando exista una relación interna entre autor y víctima cuyo eje es el deber de velar por los intereses ajenos*⁹⁸...y continúa, *“ambas modalidades de administración desleal presuponen un deber del autor de velar por los intereses ajenos, la asunción de tal deber por parte del autor, de manera que su lesión constituya una lesión de la esfera patrimonial de la víctima cometida “desde dentro”*.⁹⁹

Siguiendo a esta autora, debe entenderse que solo subyace un injusto al delito administración desleal, que es el deber de tutela patrimonial, y que la variación solo se encuentra en la forma de realización del mismo, se trata entonces de dos modalidades de realización distintas, para un mismo injusto, ahí reside el reproche penal, de manera que no resultaría consistente consagrar en la misma figura, una modalidad de realización del tipo carente de dicho deber.

También resulta extraño representarse la gestión de un patrimonio que no conlleve un deber de cuidado patrimonial, en términos generales quién recibe la gestión de un

⁹⁸ PASTOR, Nuria y COCA, Ivo. El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal. ob.cit. p. 39 y 40.

⁹⁹ Ibid.

patrimonio al menos debe conservarlo, cuestión a la que subyace una tutela, no se entregaría la gestión patrimonial o esta sería significativamente menor a la existente, si culturalmente entendiéramos que ese deber no está implícito, sería excesivo el riesgo que asumiríamos al hacer una entrega de la gestión en esos términos.

En ese orden de ideas, cabe concluir que en cualquier formulación del delito de administración desleal que contemple más de una modalidad de realización del tipo, abogan argumentos contundentes para optar por una tesis monista, puesto que el injusto que subyace al delito es uno, la infracción a un deber de tutela patrimonial derivado de alguna de las fuentes contempladas en la norma.

Las consecuencias de optar por una tesis monista, tal como se dijo para el caso alemán, en concreto implicará que ambas modalidades gocen de una estructura similar, la variación se encontrará en la conducta a desplegar.

En la modalidad de abuso esa conducta va a estar definida en razón del ejercicio de una facultad de representación que el autor ejerció de manera excedida, comprometiendo válidamente el patrimonio del titular. La facultad de representación consistirá en disponer u obligar, de manera que, dicha conducta necesariamente se concretará a través de una actuación jurídica que recaerá en el patrimonio ajeno perjudicándolo¹⁰⁰¹⁰¹.

En cambio, la figura de infidelidad puede tratarse de cualquier otro acto u omisión, que no está predeterminado por un marco de acción preconfigurado, ya que no se concreta en el un ejercicio de facultades de representación, sino en una conducta meramente fáctica donde la infracción al deber de tutela patrimonial se verifica cuando el sujeto activo actúa u omite de modo manifiestamente contrario al interés del titular y de ello resulta lesionado su patrimonio¹⁰².

Así, por ejemplo, el padre que teniendo la patria potestad venda un inmueble de su hijo a un precio considerablemente inferior al de mercado para pagar sus deudas

¹⁰⁰ PASTOR, Nuria y COCA, Ivo. El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal. ob.cit. p.40.

¹⁰¹ ROJAS, L. ob.cit. p. 163, 164.

¹⁰² Ibid.

personales, incurre en delito de administración desleal bajo modalidad de abuso. En este caso el padre despliega una conducta en ejercicio de una facultad de representación, como representante legal (que se le ha conferido por ley) de él, celebra una compraventa válida porque está habilitado para celebrar contratos, pero se excede al vender a un precio mucho más barato y con ello provoca un perjuicio en el patrimonio de su hijo, que recibe una cantidad de dinero menor a la que habría recibido si hubiere vendido a valor mercado. En la tipificación chilena, este ejemplo se sancionaría con una pena agravada de acuerdo a lo dispuesto en el inciso tercero de la norma.

Piénsese también el caso del agente de un banco que concede un crédito hipotecario a un tercero sin la respectiva caución, el agente tiene facultades para suscribir en representación del banco el respectivo mutuo hipotecario, pero lo hace sin observar la normativa interna en la materia y así obliga válidamente su patrimonio. Al otorgarlo sin la respectiva hipoteca, provoca un perjuicio en el patrimonio de éste al no tener como ejecutar al deudor en caso de incumplimiento. Si bien a priori, no habría perjuicio efectivo, al menos podríamos sostener bajo una concepción mixta de patrimonio una puesta en peligro equivalente al perjuicio si estamos ante un deudor insolvente, y un delito de administración desleal en su modalidad de abuso.

En la misma hipótesis se encontrará el corredor de bolsa que sistemáticamente compra o vende acciones excediendo los topes de precios ordenados por su titular, o el directorio de una compañía que otorgue una donación excesiva para satisfacer fines distintos a los definidos en las políticas de filantropía de la empresa, o un sinfín de posibles casos que se den bajo las premisas ya descritas.

En cambio, imagínese el caso del gerente de una viña que se apropia de un stock importante del vino icono de la empresa para celebrar el matrimonio de su hija; el ejercicio es distinto, en este caso, si bien este tiene el deber de administrar el patrimonio de la compañía y por ende cuidarlo, no despliega la conducta de apropiación en ejercicio de una facultad de representación, sino que ejecuta un acto meramente fáctico de modo manifiestamente contrario a los intereses de la compañía y perjudiciales para su patrimonio, de manera que incurre en un delito de administración desleal en modalidad de infidelidad.

Lo mismo ocurrirá con el encargado de una tienda de supermercado que observa todos los días como sus dependientes se llevan cuantiosas sumas de dinero en productos, omitiendo su obligación de dejar constancia de los productos faltantes en el registro contable. El encargado no tiene un poder de administración del patrimonio, pero si tiene un deber de custodia de los bienes, y el no constatar las pérdidas en el registro implica que no realizó acciones impeditivas de ese resultado, se produce así un perjuicio patrimonial para la empresa, mediante la infracción de un deber por medio de una omisión.

El administrador de una empresa que por años realiza constantemente viajes de trabajo al extranjero e incluye en los gastos de viático sus excesivos gastos personales, el tutor que se apropia de las joyas que su pupilo o que no cobre una deuda a su favor, también se encontrarán en una hipótesis de infidelidad, entre otras muchas posibilidades. La comparación a través de los ejemplos demuestra que si bien en ambas modalidades tienen una estructura similar ya que los autores despliegan una conducta, que infringe el deber de tutela y con generan un perjuicio de carácter patrimonial, difieren en que la primera se realiza en ejercicio de una facultad de representación.

Cabe señalar además que entre ambas modalidades media una relación de género a especie, donde la figura de abuso sería la especie y la modalidad de infidelidad el género, ya que abarca todas las conductas que se ejecutan en infracción a un deber de tutela patrimonial que no se comprenden dentro de la primera.

El panorama sería distinto si se optara por una postura dualista, en ese caso la estructura de cada modalidad variara radicalmente, el abuso así configurado, obedecerá a una estructura formal, en la que el sujeto responderá solo cuando actúe más allá de lo que tenía autorizado, por lo mismo, relevante será conocer cuán determinadas estaban esas facultades de representación, de manera que si no estaban suficientemente concretizadas, no habría abuso y tampoco debieran ser alcanzadas por el tipo de infidelidad, puesto que respecto de ellas no sería predicable el deber de tutela patrimonial. Por su parte la modalidad de infidelidad, bajo esta postura solo se hará operativa cuando haya una infracción al deber de tutela a través de una acción u omisión manifiestamente contraria a los intereses del titular, cuestión que habrá que definir, y que cause un perjuicio en el patrimonio del éste.

Al alero de una tesis dualista, las modalidades funcionan como dos tipos autónomos, en donde un ejercicio de facultades mal diseñadas o concretizadas podría resultar impune, dado que la figura de infidelidad bajo esta concepción deja de ser un tipo de recogida.

Finalmente, por todas las razones precedentemente expuestas, creo adecuado adscribir a una tesis monista, porque además de entender que al delito de administración desleal subyace un solo injusto, a saber, la infracción de un deber de tutela patrimonial, esta razón de una forma que le da una coherencia y consistencia al delito en su ejecución práctica, evitando absurdos como al que nos conduce una tesis dualista.

4.6. Imputación subjetiva en el delito de administración desleal

En términos de imputación subjetiva, el tipo sanciona la infracción dolosa del deber de tutela patrimonial, esto tanto, para su figura base, como también para sus figuras agravadas. La fórmula no exige la verificación de ningún elemento subjetivo del tipo.

La afirmación anterior se basa, en que nuestro ordenamiento --de acuerdo a lo establecido en los artículos número 2 y 10 n°13 del Código Penal-- contempla un sistema de números clausus¹⁰³ para la imputación a título de imprudencia, de manera que lo primero que hay que decir, es que en su redacción el delito no contempla su realización imprudente, la norma no está dentro de las remisiones que hace el Título X, del Libro Segundo del Código Penal de “Los Cuasidelitos”, ni tampoco dentro de los delitos especiales en los que se contempla esta forma de imputación extraordinaria.

En ese orden de ideas, cabe concluir, que en contexto de administración desleal no es posible realizar una imputación a título de imprudencia y si hubiere comisión imprudente, esta sería atípica, el tipo solo se puede verificar a título de dolo, que como ya es sabido, es el criterio de imputación subjetiva que opera por defecto en nuestro ordenamiento, *“En tal medida, lo que distingue al dolo de la imprudencia es la*

¹⁰³ REYES, Ítalo. Una aproximación a la imputación a título de imprudencia en el Código Penal chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (47). junio 2016. [en línea] <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-68512016000200008&script=sci_arttext> [consulta 3 de junio de 2019].

*circunstancia de que el dolo cuenta, bajo el derecho chileno, como un presupuesto de la punibilidad que rige “por defecto”: si la ley nada dice, la punibilidad de un hecho con significación delictiva depende de que la realización del respectivo tipo-de-delito sea imputable a título de dolo”.*¹⁰⁴

Ahora, en lo referido al concepto de dolo a considerar parece plausible dejar de lado las posturas clásicas -que en mayor o menor medida determinaban su existencia considerando la actitud del autor- para dar paso a una tesis cognitivista, como la sostenida por Mañalich, que en ese sentido señala *“Con arreglo a una concepción estrictamente “cognitivista” del dolo, para una imputación a este título no cabe exigir más que una representación de la concreta posibilidad de realización del tipo, con un grado de probabilidad decisoriamente relevante. En estos términos, una imputación a título de dolo se legitima en la siguiente consideración: una persona que advierte la posibilidad concreta de que su comportamiento exhiba, con un grado de probabilidad “relevante para la decisión”, las propiedades que objetivamente lo harían subsumible bajo el respectivo tipo-de-delito es una persona que actualmente —esto es: al momento del hecho—está en posición de evitar intencionalmente la realización del tipo, en la medida en que sea físicamente capaz de ello. Lo cual significa: el dolo es un criterio de evitabilidad individual actual de la realización del tipo*¹⁰⁵.”

En ese orden de ideas, erguido como un criterio de evitabilidad, actuará a título de dolo en contexto de administración desleal, el sujeto cualificado que se represente conscientemente circunstancias que puedan afectar el patrimonio del titular (en cualquiera de sus modalidades) y que estando en condiciones de evitarlas a través de su propio comportamiento, no evite la realización del tipo.

Para estar en presencia de dolo, solo basta su figura básica, dolo eventual, y hay dolo eventual *si el destinatario de la norma reconoce, con un grado de probabilidad con relevancia para la decisión, la posibilidad concreta de que su hecho satisfaga la descripción que le confiere relevancia típica, esto es, que satisfaga las propiedades*

¹⁰⁴ MAÑALICH, Juan Pablo. La imprudencia como estructura de imputación. *Revista de Ciencias Penales* XLII (3): 13-36, 2015. Véase p.13.

¹⁰⁵ *Ibid*, p.13.

*primarias de las cuales depende su antinormatividad*¹⁰⁶. Es decir, basta que el agente se represente de manera concreta las circunstancias de realización del tipo y las lleve adelante, para que estemos en presencia un delito de administración desleal.

Como se trata de un delito de resultado, este puede encontrarse en distintos grados de desarrollo, cuestión relevante porque también alcanzara la discusión sobre el desistimiento de la tentativa¹⁰⁷ y la procedencia o no de su punibilidad. Habrá un delito consumado entonces, cuando la infracción dolosa al deber de tutela patrimonial se haya materializado en un perjuicio patrimonial y si no hubiere perjuicio bastará un dolo eventual para que estemos ante un delito tentado o frustrado.

4.7. Breve referencia al delito de estafa

En el análisis del tipo, se pudo apreciar que el delito de administración desleal comparte varias características con el delito de estafa, no ingenuamente se ubican en el mismo párrafo del Código Penal, ambos delitos protegen el patrimonio, no admiten comisión imprudente, son delitos de resultado ya que exigen la verificación de un perjuicio, incluso en esa materia -mientras no haya un desarrollo específico en torno al tipo- tendremos que aplicar la dogmática de la estafa a fin de definir qué se entiende por patrimonio y consecutivamente por perjuicio patrimonial.

No obstante ello, ambos tipos se realizan de forma distinta, y poseen diferencias relevantes, entre ellas, y creo la más destacable, es que difieren del esquema que plantea el delito de estafa porque en la administración desleal no existe engaño, consecutivamente un error y una disposición patrimonial perjudicial por parte del afectado –entiéndase también para la estafa triangular aunque el patrimonio afectado sea el de un tercero¹⁰⁸-- porque quien realiza el acto de disposición es justamente quien

¹⁰⁶ MAÑALICH, Juan Pablo. El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la conciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno. *Revista de Derecho*, (XXIV) (1): 87-115, julio 2011. [en línea] <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-09502011000100005&script=sci_arttext&lng=e> [consulta 24 de junio de 2019].

¹⁰⁷ Véase. MAÑALICH, Juan Pablo. La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales. *Revista de estudios de la justicia* (4): 137-175, 2004.

¹⁰⁸ HERNÁNDEZ, H. *Aproximación a la problemática de la estafa*. ob.cit. p.150.

administra el patrimonio, e infringe un deber de tutela patrimonial en conocimiento de las circunstancias, por esto es que se dice que se trata de un delito desde adentro.

Otra diferencia destacable, es que la estafa, aunque no haya referencia explícita en la norma y por lo mismo sea controvertido a nivel doctrinal, incorpora¹⁰⁹ como elemento subjetivo del tipo, el ánimo de lucro. Por lo tanto, se trata de un delito patrimonial de enriquecimiento correlativo, en el cual el autor obtiene un provecho patrimonial; en cambio la administración desleal no contempla este requisito, es un delito de mero perjuicio patrimonial, por lo que en principio, el autor podría no obtener ninguna ventaja y basta con que se configure el perjuicio patrimonial para que estemos en presencia del tipo.

He aquí una cuestión importante de destacar para efectos de este breve parangón, que el ánimo de lucro no sea un elemento del tipo, no significa que este se no sea un móvil para la comisión de un delito de administración desleal, en la práctica muchas sino la mayoría de las conductas constitutivas de administración desleal serán ejecutadas en búsqueda de algún beneficio por parte de su autor. Lo relevante será atender a estos aspectos no en la búsqueda del calce jurídico del tipo, sino para efectos procesales principalmente probatorios.

¹⁰⁹ HERNÁNDEZ, H. *Aproximación a la problemática de la estafa*. ob.cit. p.188 y ss.

Conclusiones

A través de la Ley N°21.121, que introdujo importantes avances en nuestro ordenamiento jurídico en materia de corrupción tanto en el ámbito público como en el particular, se incorporó un delito genérico de administración desleal en nuestro Código Penal. Antes de su entrada en vigencia, en la convivencia de conductas fraudulentas y la ausencia de un delito que las sancionara, se intentó echar mano a las normas disponibles, siendo el recurso mayormente utilizado, aunque no con mucho éxito, el delito de apropiación indebida en su modalidad de distracción.

La norma, pasó a formar parte de nuestro derecho penal económico, en lo sustantivo viene a sancionar conductas que constituyan una infracción dolosa a un deber de tutela patrimonial, y en lo formal, viene a significar una actualización de nuestro estatuto penal en la materia, nivelando nuestro catálogo de delitos disponibles a la hora de sancionar la criminalidad económica.

Varias de las sugerencias¹¹⁰ que Hernández había realizado en ausencia de tan esperada regulación, fueron acogidas al momento de consagrar el delito que en nuestro ordenamiento se expresa a través de un modelo amplio, con un delito genérico de administración desleal en el que conviven dos modalidades. La ventaja del modelo elegido se encuentra en el alcance que otorga el tipo, que no se circunscribe a un patrimonio ni conducta en particular, habilitando un reproche transversal en la materia, de manera que no solo pretende ser una vía de promoción de un estándar ético más elevado en la práctica empresarial, sino que también reprochar conductas que infrinjan deberes en el ámbito patrimonial de personas naturales.

La crítica está, en que un modelo así configurado no especifica las conductas nucleares que en concreto pueden significar una infracción al deber de tutela patrimonial, cuestión que, dicho sea de paso, es habitual en la normativa penal económica, y esa imprecisión podría llevar a sus detractores a sostener que solo es idóneo un modelo

¹¹⁰ HERNÁNDEZ, H. La administración desleal en el derecho penal chileno. ob.cit. p. 256.

restringido y taxativo de conductas. Sin embargo, como sostiene Hernández¹¹¹ *la precisión y consecuente seguridad jurídica que, indudablemente, ofrece esta última técnica no compensan el defecto fundamental de toda tipificación casuística, generadora ella misma de vacíos y posibilidades de elusión.*

Lo anterior, sumado al rendimiento observado de los distintos modelos en el derecho comparado, me llevan a sostener que un modelo amplio como el concebido, es el idóneo para satisfacer las verdaderas necesidades que pretende saldar el injusto que subyace a un delito de administración desleal.

Lo anterior no quiere decir que el modelo no implique dificultades en su aplicación práctica, se trata de una norma compleja y tendrán que construirse a su respecto criterios restrictivos de aplicación del tipo, para así evitar un excesivo e ineficaz alcance a conductas que en realidad no están contempladas en su injusto. Por ello, habrá que resolver cuestiones fundamentales al momento de determinar su alcance, relevante será en ese sentido definir, el qué entendemos por patrimonio y consecutivamente por perjuicio, qué postura frente a una tesis monista o dualista adoptara la doctrina y jurisprudencia.

Muchas preguntas aparecen, en su posición de delito base, cabe preguntarse cómo se verificará para hacer operativo un delito de lavado de activos, en el ámbito de la responsabilidad de la persona jurídica, cuáles serán las acciones que tendrán que tomar las empresas, que desde ya me atrevo a afirmar, a lo menos, deberán ajustar sus sistemas de cumplimiento considerando nuevos protocolos en ámbitos de transparencia y conflictos de interés.

En materia de imputación, las preguntas más importantes vendrán dadas en el cómo construiremos la imputación y atribuiremos responsabilidad por ejemplo en organizaciones complejas, ahí donde habitualmente las decisiones transitan por distintos agentes, intervienen órganos colegiados o se delegan funciones.

¹¹¹ HERNÁNDEZ, H. La administración desleal en el derecho penal chileno. ob.cit. p. 256.

Por su parte, en aspectos procesales y cuanto al tema probatorio, el juez deberá desplegar una gran labor interpretativa sobre todo cuando se enfrente a casos donde no existan márgenes estatutarios, normativos o deberes fiduciarios definidos, a los que pueda recurrir a la hora de determinar la existencia de una infracción al deber de tutela patrimonial. También será interesante observar el ejercicio que realice la magistratura al momento de determinar la existencia de una acción penalmente relevante en contexto de administración desleal, cuando la torpeza, negligencia o riesgos tolerados, puedan ser una alternativa a considerar frente a una acción dolosa. Una fundamentación vigorosa será la única manera de hacer frente al ámbito de discrecionalidad que otorga la sana crítica y el estándar de la duda razonable.

El impacto, como se puede apreciar, es de amplio alcance, estos y muchos otros aspectos a tratar son los que surgirán a propósito su incorporación, el desafío queda entregado a la doctrina, jurisprudencia y en general a los actores del sistema que serán los encargados de construir el ámbito de aplicación práctica de este tan anhelado delito.

Bibliografía

BACIGALUPO, Enrique. *Falsedad Documental, Estafa y Administración Desleal*. 1ª edición. Madrid, Marcial Pons, 2007. 238 pp.

BALMACEDA, Gustavo y FERDINAND, Michael. Análisis dogmático del concepto de "perjuicio" en el delito de estafa. *Revista de estudios de la justicia* (7): 185-217, 2006.

CONEJEROS, René. *Comunicabilidad en los delitos especiales intervención del extraneus en el delito de malversación de caudales públicos del artículo 233 del Código Penal*. Tesis (Licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile, Universidad de Chile, Departamento de Ciencias Penales, 2017. 101 pp.

ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo III. 3ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999. 490 pp.

GOMEZ-JARA, Carlos. *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?* En: La administración desleal de los órganos societarios. 1ª edición. Madrid. Atelier. 2009. pp. 149-201.

HERNÁNDEZ, Héctor. *Aproximación a la problemática de la estafa*. En: Problemas actuales de Derecho Penal. Temuco, 2003. pp. 148-190.

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

HERNÁNDEZ, Héctor. Frustración de Fines y Perjuicio Patrimonial en el Derecho Penal Chileno. *Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo*: 57-91, 2009.

HERNÁNDEZ, Héctor. La estafa triangular en el derecho penal chileno, en especial la estafa procesal. *Revista de Derecho* XXIII (1): 201-231, 2010.

MAÑALICH, Juan Pablo. La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales. *Revista de estudios de la justicia* (4): 137-175, 2004.

MAÑALICH, Juan Pablo. El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno. *Revista de Derecho*, (XXIV) (1): 87-115, julio 2011. [en línea] <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S071809502011000100005&script=sci_arttext&tlng=e>

MAÑALICH, Juan Pablo. La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales. *Política Criminal* (7) (14): 357-377, diciembre 2012.

MAÑALICH, Juan Pablo. La imprudencia como estructura de imputación. *Revista de Ciencias Penales* XLII (3): 13-36, 2015a.

MAÑALICH, Juan Pablo. La negociación incompatible como delito de corrupción: estructura típica y criterios de imputación. *Revista de Estudios de la Justicia*. (23): 93-105, diciembre 2015b.

MAÑALICH, Juan Pablo. El cohecho como propuesta o aceptación de una donación remuneratoria. *Revista de Derecho*: 1-28, 2018. [en línea] <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/2018nahead/0718-6851-rdpucv-00202.pdf>>

MORENO, Ismael. Administración desleal o fraudulenta. España. [en línea] <<https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/administracion-desleal-fraudulenta-art-295-296628>>

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Administración desleal e insolvencia punible: Problemas de imputación personal*. En: ARROYO, Luis, BERDUGO, Ignacio. Homenaje al Dr. Marino Barbero. 1º edición, volumen 2, España. Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2001. pp. 352-374.

NAVARRETE, Bernardo. *La Polar algo más que "Llegar y Llevar"*. En: GARRIDO, Alexis, GONZÁLEZ, Francisco, TORRES, Isabel. Regulación económica caso La Polar, compilación de ensayos multidisciplinarios. 1º edición. Santiago, Editorial Universidad Santiago de Chile, 2015. pp. 1-231.

PASTOR, Nuria y COCA, Ivo. El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal. *Iuris*, 2º, España. 36-43, junio 2013a. [en línea] <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 >

PASTOR, Nuria. *La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico*. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (dir), MIRÓ LLINARES, Fernando (dir). La teoría del delito en la práctica penal económica. 1º edición. Madrid, La ley, 2013b. pp. 85-109.

POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ María Cecilia. *Lecciones de derecho penal chileno. Parte General*. 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica, 2003, 613 pp.

POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno: parte especial*. 2º edición. Santiago. Editorial Jurídica, 2005. 689 pp.

RAMÍREZ, María Cecilia. La frustración en delitos de mera actividad a la luz de determinadas sentencias. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XXVI): 133-141, 2005.

REYES, Ítalo. Una aproximación a la imputación a título de imprudencia en el Código Penal chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (47). 2016.[en línea]<https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-68512016000200008&script=sci_arttext>

ROJAS, Luis Emilio. El tipo de administración desleal en el derecho penal alemán. *Revista Penal* (23): 138-171, enero 2009.

ROJAS, Luis Emilio. *Fallo I. "Constantini, Adriana y otros/Recurso de Casación", Administración desleal y consentimiento*. En: ZIFFER, Patricia (dir). *Jurisprudencia de Casación Penal*. 1° edición. Buenos Aires. Hammurabi, 2011. pp. 13-35.

SCHLACK, Andrés. El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa. *Revista chilena de Derecho* 35 (2): 261-292, 2008.

SCHUNEMANN, Bernd. *La administración desleal de los órganos societarios: El caso Mannesmann*. En: GÓMEZ-JARA, Carlos (dir). *La administración desleal de los órganos societarios*. 1° edición. Madrid. Atelier. 2009. pp. 19-76.

WINTER, Jaime. Derecho Penal e impunidad empresarial en Chile. *Revista de Estudios de la Justicia* (19):91-125, 2014.

LEYES

Código Penal Chileno. [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>>.

Código Penal de la Nación Argentina. [en línea] <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>>.

Código Penal Colombiano. [en línea] <https://oig.cepal.org/sites/default/files/2000_codigopenal_colombia.pdf>.

Código Penal Español. [en línea] <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>>.

Historia de la Ley N° 21.121. [en línea] < <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7597/>>.

Ley N° 21.121. Modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción. Santiago, Chile, 20 de noviembre de 2018. [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1125600&buscar=21121>>.

Ley N° 20.393. Establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los delitos que indica. Santiago, Chile, 2 de diciembre de 2009. [en línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008668&buscar=20393> >.

Ley N° 19.913. Crea la Unidad de Análisis Financiero y Modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos. Santiago, Chile, 18 de diciembre de 2003. [en línea] < <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=219119&buscar=19913> >.

Ley Orgánica 5/2010. Que modifica Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal Español. 2010.[en línea] < <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-9953>>.

JURISPRUDENCIA

Banco Central de Chile con Bujalil Campusano. (2009): Corte Suprema. 2 de diciembre de 2009. [en línea] <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=580383&CRR_IdDocumento=341455>.

John Eirlinber Flannery c/ Jaime Luis Muñoz Morales. (2013): Corte Suprema. 10 octubre 2013. [en línea] <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=1&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=1224253&CRR_IdDocumento=807819>

Ministerio Público c/ Daniel Yarur Elsaca. (2014): Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 23 abril 2014, [en línea] <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/ADIR_871/penal/documentos/docCausaPenal.php?dtaDoc=3EAC54568923975FEA8AB67EED833075ACB2EC7C09CC9E47>

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfG) sobre administración desleal. 23 de junio de 2010. [en línea] <https://www.academia.edu/39072254/Decisi%C3%B3n_del_Tribunal_Constitucional_Federal_alem%C3%A1n_BVerfGE_126_170_de_2010_sobre_administraci%C3%B3n_fraudulenta_Untreue>

OTROS

CONSEJO ASESOR PRESIDENCIAL CONTRA LOS CONFLICTOS DE INTERÉS, TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y LA CORRUPCIÓN. Informe Final. Santiago, Chile, 24 de abril 2015. [en línea] <https://observatorioanticorrupcion.cl/2015.06.05-consejo_anticorrupcion.pdf>

CONVENCIÓN PARA COMBATIR EL COHECHO A FUNCIONARIOS PÚBLICOS EXTRANJEROS EN TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES. Santiago, Chile, octubre, 2001. [en línea] <https://www.serviciocivil.cl/wp-content/uploads/2017/06/CONVENCION-PARA-COMBATIRELCOHECHO_OCDE.pdf>

CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN. Santiago, Chile, febrero 1999. [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=131065> >

CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN. Santiago, Chile, noviembre 2007. [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=257958>>

PHASE 3 REPORT ON IMPLEMENTING THE OECD ANTI-BRIBERY CONVENTION IN CHILE. marzo 2014. [en línea] <<https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ChilePhase3ReportEN.pdf>>

LEY N° 21.121 MODIFICA NORMAS SOBRE CORRUPCIÓN Y OTROS DELITOS. Santiago, Chile, diciembre 2018. [en línea] <<https://www.carey.cl/ley-n-21-121-modifica-normas-sobre-corrupcion-y-otros-delitos-crea-nuevos-tipos-penales-y-amplia-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas///>>

DICCIONARIO DE LA LENGUA DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Madrid, 2019. [en línea] <<https://dle.rae.es/?id=DglqVCc>>