



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Escuela de Postgrado – Departamento de Ciencias Penales
Programa de Magíster en Derecho Penal Santiago IV

LA APROPIACIÓN INDEBIDA COMO ADMINISTRACIÓN DESLEAL

Autor: José Miguel González Cares.
RUT: 13.232.191-4.
Profesor Guía: Germán Ovalle Madrid.
Santiago de Chile.
2015.

Resumen.

La presente exposición tiene por objeto analizar la figura de la **apropiación indebida** como fenómeno de **distracción de dinero** y por consiguiente efectuar un análisis respecto de la figura de la **administración desleal** de los fondos del afectado, por parte del sujeto activo de la figura.

Para efectuar lo ya mencionado, se revisan cuáles son las actuales hipótesis del delito, cuál sería su naturaleza jurídica y cuál sería su objeto material. Así también considerándose que se trataría de un delito contra el **patrimonio**, cuál es la concepción de patrimonio que el tipo penal debiera recoger al momento de determinarse el bien jurídico protegido de la figura.

Por otra parte, se revisa la figura en la **legislación comparada**, siendo relevante a considerar el desarrollo que ha tenido la figura en España y en Alemania, para desde de esa base considerar, cuál es el alcance que debiera tener la figura que nos convoca en Chile.

Finalmente, se aborda la necesidad de **política criminal** de crear o adoptar el tipo penal de administración desleal, y se efectúa el análisis de algunos casos.

Palabras Claves: Apropiación indebida, distracción de dinero, administración desleal, patrimonio, legislación comparada, política criminal.

Abstract.

The present exposition aims the analysis of the figure of **misappropriation** as a phenomenon of **money distraction** and therefore makes an analysis in regard of **disloyal administration** of the funds of the affected, by the active subject of the figure.

To make the already mentioned are reviewed, which the current hypothesis of the crime are, which would be its legal nature, and which would be its material object. Well considered that it would be a crime against the **patrimony**, which is the patrimony conception that the penal type should collect at the moment of the determination of the legal right protected by the figure.

On the other hand, is revised the figure in the **comparative law**, being relevant to consider the development that the figure has been in Spain and in Germany, for from that base consider, which is the scope that the figure that summons us should have in Chile.

Finally, the need for **criminal policy** of creating or adopting the offense of unfair administration addresses, and is effected the analysis of some cases.

Key Words: Misappropriation, money distraction, disloyal administration, patrimony, comparative law, criminal policy.

Índice.

Capítulo 1: ¿Qué se entiende por delito de apropiación indebida?

- 1.1 ¿Qué se entiende en la actualidad por el delito de apropiación indebida del artículo 470 N°1?, ¿cuáles son la hipótesis a las cuales se ha abarcado en la actualidad? Deslinde con otras figuras. P. 5.
 - 1.1.1 Antecedentes históricos. P. 5.
 - 1.1.2 Diferencias entre apropiación indebida, hurto y estafa. P. 7.
 - 1.1.3 La distracción en la apropiación indebida. P. 11.
- 1.2. Naturaleza Jurídica del delito de apropiación indebida, respecto de la hipótesis de dinero. P. 15.
- 1.3 Alcances del Objeto material del delito, dinero. P. 22.

Capítulo 2. Concepto de patrimonio a considerar en el delito de apropiación en el sentido de distracción y de administración desleal.

- 2.1 Bien Jurídico protegido. P. 30.
- 2.2 Concepción Jurídica de patrimonio. P. 31.
- 2.3 Concepción económica de patrimonio. P. 35.
- 2.4 Concepción Jurídico-económica de patrimonio. P. 38.
- 2.5 Concepción personal de patrimonio. P. 41.
- 2.6 Posición adoptada frente al patrimonio. P. 44.

Capítulo 3. Derecho comparado, la apropiación indebida de dinero como fenómeno de administración desleal.

- 3.1 La figura en Alemania. P. 46.
- 3.2 La figura en Austria. P. 55.
- 3.3 La figura en el Derecho Francés. P. 57.
- 3.4 La figura en Italia. P. 58.
- 3.5 La figura en España. P. 60.

Capítulo 4. Necesidad de adoptar el tipo penal de administración desleal en nuestro país.

- 4.1 Necesidad política criminal de una figura especial. P. 67.
- 4.2 Delincuencia económica, derecho penal de los pobres. P. 68.
- 4.3 Conclusión a la luz de un caso. P. 74.

Capítulo 1: ¿Qué se entiende por delito de apropiación indebida?

1.1 ¿Qué se entiende en la actualidad por el delito de apropiación indebida del artículo 470 N°1?, ¿cuáles son la hipótesis a las cuales se ha abarcado en la actualidad? Deslinde con otras figuras.

1.1.1 Antecedentes Históricos.

Para poder abordar el delito de apropiación indebida en nuestra legislación se hace necesario, primero hacer una breve revisión de sus orígenes para poder entender la naturaleza jurídica al día de hoy del delito.

Cabe precisar en el sentido ya expuesto, que es importante determinar el origen y la naturaleza jurídica de este delito a efectos de contar con los argumentos necesarios, para poder determinar si la hipótesis de administración desleal, tiene cabida en nuestra legislación como delito cometido en virtud del artículo 470 N° 1 y si se trataría de un delito que afectaría bienes jurídicos de carácter patrimonial (visto el patrimonio en todo su conjunto) o solamente bienes jurídicos contra la propiedad (en el sentido de afectación de una cosa a la titularidad del dueño de la misma) y que es algo que se abordará más adelante en este trabajo.

Como bien sabemos, nuestro código tiene raigambre española, ya que muchos de sus artículos fueron tomados del Código Penal Español del año 1848. Lo que en el artículo 470 N° 1 que nos convoca no es la excepción, en ese sentido Robustiano Vera (secretario de la Comisión redactora del Código Penal y posteriormente comentarista del mismo), bien señala que “nuestro código penal es *calcado* del Código Penal Español de 1848, por lo menos en lo que al delito se refiere”.¹

¹ Politoff Lifshitz Sergio, “El delito de apropiación indebida”, Santiago, Editorial Nascimento, 1957. p. 43.

De esta manera, en la sesión N° 100 del 05 de Julio del año 1872², la comisión Redactora de nuestro Código Penal, aprueba finalmente el artículo 459 N° 1, que es el actual artículo 470 N° 1, por lo que podemos concluir en definitiva que es nuestro antecedente inmediato. Es por tanto razonable preguntarse, cuál es el sentido que se le dio a este artículo en dicho Código de 1848, para entender un poco el origen y naturaleza de nuestro 470 N° 1 y cuál es la extensión que éste tiene, desde un punto de vista histórico.

El artículo 441 del Código Español de 1848, que sirve de base a nuestro 470 N° 1, tiene como antecedente el artículo 773 del Código Penal Español de 1822, que sanciona “El abuso de confianza”, figura que a su vez tiene como origen el “L’abus de confiance”, del código Napoleónico. Esta figura francesa, englobaba un sin número de situaciones y títulos que se fueron incorporando a ella en una enumeración taxativa, la cual por engorrosa y poco clara, no fue incorporada en el Código Español y finalmente fue dejada de lado. Pasando luego, el artículo del Código Español en comento a una enumeración ejemplar y la cual muchas veces también resulta poco clara, ya que amplía la figura de la apropiación indebida a simples usos indebidos, que más tienen que ver con el derecho administrativo y no con el derecho penal.

Así en definitiva, nuestro actual artículo 470 N° 1, sigue la tradición Española, por lo que se aleja de lo que se entiende como el abuso de confianza del Código Napoleónico (“La ley de 25 de septiembre de 1791, por vez primera, separa la apropiación indebida del hurto y la erige en delito autónomo, legislado en el capítulo de “l’abus de confiance”³). Esta figura, guarda más relación con lo que se entiende como un engaño hacia quién realiza un encargo, o encomienda una gestión a otro, el cual finalmente lo perjudica, aprovechándose de la confianza depositada en él.

De esta manera, el parentesco entre la estafa y la apropiación indebida es ineludible (al menos en el origen de la figura), y creo que esto se debe a que los autores posteriormente a la dictación del código no realizaron ningún esfuerzo por

² Ibid, p. 51.

³ Ibid, p. 51.

deslindar el terreno de la apropiación indebida, con el de la estafa. Similitudes y diferencias, que se verán en el capítulo siguiente al efectuar el análisis respecto de las diferencias entre hurto y estafa.

1.1.2 Diferencias entre apropiación indebida, hurto y estafa.

De cierta manera, se pueden advertir ciertas diferencias entre figuras que son próximas y que son tratadas a veces de maneras equivalentes por la praxis normal, pero que cuentan con diferencias, esto es el hurto, la apropiación indebida y la Estafa y que se hace necesario revisar.

Por una parte, la apropiación indebida es distinta a un hurto, ya que en el hurto al titular de una cosa, se le priva de su legítimo derecho sobre esta (ya sea como tenedor, legítimo poseedor o dueño) por una sustracción, en la que el dueño de la cosa pierde la posibilidad de ejercer actos de dueño sobre ésta, de manera que la sustracción es una verdadera apropiación por vía de sustracción. Como bien señala Álvaro Bunster “sustraer no es una palabra técnica, ni es tampoco una palabra definida por el legislador...si no que debe entenderse en su sentido natural y obvio..., sustraer, vale decir, apartar, separar, extraer,...”, por otra parte también refiere “la diferencia esencial que existe entre apropiación y sustracción es que, mientras la primera es un concepto complejo, constituido por un elemento material y uno subjetivo, la sustracción es únicamente el acto material en cuya virtud la cosa objeto del delito pasa del poder del detentador legítimo al del autor del delito”⁴.

De acuerdo a lo ya referido, también la diferencia radica en el tiempo en que el titular tiene la cosa en su poder, ya que en la apropiación indebida la conducta delictiva y por consiguiente el ánimo apropiatorio, se produce después de que la cosa ya estaba legítimamente en poder del sujeto activo del delito.

⁴ Bunster Álvaro, “La malversación de caudales públicos. Estudios de doctrina y de Jurisprudencia”, Santiago, Ed. Universitaria, 1948. pp. 55 y 57.

Por otra parte, respecto del Hurto de hallazgo la apropiación indebida también es diferente, esto ya que en el hurto, existe una obligación de devolver o entregar la especie mueble “al parecer perdida”⁵ a su dueño, lo cual está establecido legalmente, y razón por la cual se sanciona al sujeto activo del delito. Por otra parte en cambio, en el caso de la apropiación indebida coincidentemente con el hurto, existe también una obligación de entregar o devolver la especie mueble, pero no por una obligación si no que por un título que genera esa obligación. Tenemos entonces que examinados ambos casos, en uno la obligación de devolver es la ley y en el otro es un título apto. Si nos fijamos bien, la naturaleza de la obligación y lo que se sanciona es diferente, en el caso del hurto se sanciona, ya que se vulnera la posibilidad por parte del propietario de disponer del bien extraviado, precisamente porque el sujeto activo lo encuentra. En cambio en la apropiación indebida, lo que se vulnera al no devolver la cosa entregada, es la confianza del titular del bien (sujeto pasivo), en el sujeto activo (depositario).

De acuerdo a lo expuesto, estoy en este punto de acuerdo con el profesor Soto que establece que la apropiación indebida es un “*delito especial propio*, en el que suprimida *in mente* la calidad de titular del deber *extra-penal* de entregar o devolver, desaparece la tipicidad de la conducta, que resta penalmente irrelevante”.⁶

Ahora bien respecto del hurto de posesión, con respecto de la apropiación indebida, se puede dar una situación más compleja, en la cual el autor de delito o sujeto activo del delito de hurto, es el dueño de la cosa, y el sujeto pasivo pasa a ser el poseedor o la persona quién la detenta legítimamente en su poder, quién pasa a ser en este caso el sujeto pasivo o la víctima del delito.

No obstante a lo ya referido, ambas son figuras diferentes ya que “las calidades de *dueño* y de *legítimo tenedor o poseedor* de la cosa, sobre las que supuesta su disociación se construye lo injusto y se condiciona el acceso a la posición de *sujeto activo* y *sujeto pasivo*, respectivamente en el *hurto de posesión*, cumplen una función análoga en la *apropiación indebida*, pero lo hacen ordenados en sentido inverso;

⁵ Ibid, p. 325.

⁶ Soto Piñeiro Miguel, “La apropiación indebida”, Santiago, Editorial Conosur Ltda., 1994. p. 77.

invirtiendo su repercusión dogmática en materia de autoría, pues la calidad de *legítimo tenedor o poseedor* de la cosa habilita el acceso a la calidad de autor, mientras que el *dueño no poseedor* podrá ser sujeto de la apropiación y habitualmente la víctima del perjuicio”.⁷

Ahora bien, el caso antes expuesto estamos frente a un caso de un concurso aparente de leyes penales, llamado a ser resuelto mirando el desvalor de la conducta, y tomando en cuenta cual tipo penal es más especial (o sea criterios de especialidad) sobre el otro y cuál es la forma más adecuada para la interpretación de los tipos en disputa.

Es de acuerdo a lo ya referido, que en esto tipos de casos, primaría la figura del hurto de posesión, ya que para que exista la obligación de devolver en virtud de un título de aquellos enumerados en el artículo 470 N° 1, se hace necesario que el dueño de la cosa, la solicite a su dueño de manera legítima, el cual si no está en corriente de lo sucedido, no comete el delito ya que no tendría la obligación de entregar. Aún más, en estos casos ocurre la hipótesis de sustracción del hurto, que como ya lo vimos anteriormente el dueño “extrae” de manera sorpresiva la especie mueble, cometiendo el delito del 471 N° 1 y desplazando por tanto la figura de la apropiación indebida.

Por otra parte, respecto de la figura de la estafa, nuestra apropiación indebida, muchas veces es muy similar, razón por lo cual es necesario revisarla. Así, de acuerdo a la ubicación del artículo 470 N°1 en nuestro Código, la estafa se encontraría en el párrafo 8 del título II denominado de la “Estafa y otros engaños”, y el cual arranca con el artículo 467 de la Estafa y terminaría con el cajón de sastre del artículo 473, pasando por las distintas figuras de estafa (con engaño), quedando entre medio mezclada o tratada, la apropiación indebida del 470 N°1 y con la figura también del 471 N° 1 del Hurto de uso. Técnica legislativa bastante poco feliz, y que contribuye a la confusión. Además de lo anterior, no se puede dejar de lado el hecho que al momento de determinar la pena del artículo 470 N°1, el legislador nos reenvía a la escala gradual

⁷ Ibid, p. 78.

de la estafa del 467 a efectos de su determinación, lo cual no es tan grave, pero que de todas maneras, también puede generar cierta confusión en el intérprete.

No obstante a lo ya referido, el tema se soluciona (al menos en parte) con lo que en el Título IX, del Libro Segundo, párrafo 8, del Código Penal, se entiende como otros engaños, que la verdad claro está son delitos sin engaño (como la apropiación indebida), y que como bien lo refieren los profesores Politoff, Mattus y Ramírez, “en estos delitos la voz defraudación, cuando es utilizada por la ley, no importa propiamente la realización de un engaño, sino que un tercero sufra un perjuicio y, por tanto, no hay en ellos estafa ni engaño”.⁸

Como bien señalan los profesores ya referidos, “aunque a esta figura se le aplican las penas de la estafa, entre ésta y aquella existen diferencias que es interesante consignar: el medio de comisión de la estafa es el engaño, mientras que en la apropiación indebida es la apropiación posterior a un acto lícito, en que se le confía una cosa, esto es su distracción cuando al hechor se le han entregado especies como cuerpos ciertos de los que no puede disponer y usa en una forma diferente de la determinada, o la simple omisión de restituir las especies fungibles de las que se le ha hecho tradición, como sucede particularmente con el dinero que no se entrega en arca cerrada”.⁹ Otra diferencia respecto de esta distinción, es respecto del objeto material del delito de apropiación, ya que de acuerdo a la exigencia del tipo penal solamente puede recaer sobre una cosa mueble ajena, a diferencia de la estafa en que la cosa puede ser corporal o incorporal, mueble o inmueble.

Apreciación que a mi juicio es bastante acertada, y que nos da luces de la naturaleza jurídica de la figura ya que muchas veces en el caso práctico o del ejercicio profesional, se asimila la apropiación indebida a una estafa lo cual es erróneo y dificulta a veces las posibilidades para poder obtener pruebas, a efectos de llevar el caso a un juicio.

⁸ Politoff, Matus, Ramírez, Lecciones de derecho Penal Chileno, 2° edición actualizada, Santiago, editorial Jurídica, 2004. p. 455.

⁹ Ibid, p. 455.

Por otra parte, la estafa consiste en una figura que estaría por sus características, entre el hurto y la apropiación, ya que coincidentemente con la apropiación indebida, en la estafa la entrega de la especie se haría de manera voluntaria y sin sustracción. No obstante, la diferencia más importante radicaría en definitiva, en que en la apropiación indebida la entrega se efectúa, mediante un título de los que la ley señala en el artículo 470 N° 1, como de aquellos aptos, para poder solicitar la devolución de las especies. Otra diferencia fundamental entre ambas figuras, corresponde a que en la estafa, la entrega de la especie se produce de manos del sujeto pasivo al activo, mediante un engaño, y no uno cualquiera, sino que uno el cual tenga la aptitud suficiente para poder permitir que se entregue voluntariamente la especie (como por ejemplo en la estafas telefónicas, cuando llama el “sobrino favorito” a la víctima haciéndole caer en el engaño y permitiendo que esta entregue las joyas de la jefa, para que ésta última pague el dinero que le exigen para quedar libre del accidente sufrido).

Finalmente, otra diferencia que se puede apreciar entre la estafa y la apropiación indebida, está en que la estafa puede afectar bienes corporales muebles o inmuebles, siendo que en cambio, la apropiación indebida solamente puede recaer sobre “una cosa corporal mueble ajena”¹⁰ debido a la propia exigencia que el legislador efectúa al momento de tipificar la figura.

1.1.3 La distracción en la apropiación indebida.

Ahora bien, finalmente habiendo distinguido la figura de la apropiación indebida y habiéndola diferenciado de otros delitos, cabe revisar de manera más específica la figura que nos convoca. En especial, que se entendería por el verbo rector distraer del tipo penal, y que pasa con este cuando se aplica a la hipótesis de dinero.

De esta forma el artículo 470 N° 1 refiere “los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieren

¹⁰ Ibid, p. 456.

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

El tema está dado, en que tanto en nuestra legislación, como también en la doctrina, no hay acuerdo por lo que se podría entender por distracción típica. En este sentido, en legislación comparada se ha desarrollado a partir de la figura de la distracción típica de dinero, todo un análisis y desarrollo de este concepto, específicamente respecto de la figura de la administración desleal.

El tema y la discusión, principalmente están dados, por el sentido y el alcance que se le debe dar al verbo rector distraer, que claramente es distinto al verbo rector apropiarse. Esto permitiría ampliar la figura, a otro tipo o número de ilícitos o casos, y que pueden ser distintos al “apropiarse”, del verbo rector.

Estos nuevos casos, a los que se amplía la figura de acuerdo al verbo rector distraer, son casos que según el profesor Miguel Soto, “en general pueden identificarse con el dar a la cosa un uso distinto de aquel a que autoriza el título que justifica la tenencia o posesión. Infracción o incumplimiento en que se hace consentir el *distraer*.

Uso distinto o diverso, no necesariamente ilícito, que se convierte en *mal uso indebido* o *abuso*, penalmente relevante, en cuanto traiga aparejado como consecuencia un perjuicio económico-patrimonial para *otro*”.¹¹

De acuerdo a lo anterior, no todos los casos de “distraer” van a ser relevantes, o penalmente relevantes, sino solamente aquellos casos, en los que el uso diferente o indebido va a acarrear un perjuicio patrimonial a la víctima. Además que, como exige el tipo de la apropiación indebida, se trate de una cosa corporal mueble, y que de acuerdo a los títulos que establece la ley se genere la obligación de devolver. Por otra parte, tampoco cualquier perjuicio patrimonial acarrea necesariamente una sanción penal, sino que solamente los casos en los cuales, el autor del delito actúa con dolo, o sea con la intención de ocasionar un daño económico-patrimonial al autor.

¹¹ Soto Piñeiro Miguel, Op. cit., pp.20 y ss.

Por otra parte, cabe preguntarse ¿Qué pasa específicamente con el tema del dinero?, en la cual mediante un título el sujeto pasivo del delito entrega dinero (bien fungible y por ende reemplazable), al sujeto activo el cual recibe por ejemplo el dinero a objeto de administrarlo. ¿Qué pasa de acuerdo a lo ya referido si éste da un uso distinto para el cual le fue entregado el dinero y con esto provoca un detrimento patrimonial en la víctima, producto de una administración desleal? En este sentido, el sujeto activo no está obligado a devolver el mismo dinero que se le entregó (como especie o cuerpo cierto), razón por la cual en este caso el dinero al momento de ser administrado, pasa a ser parte del patrimonio del administrador (y eventual sujeto activo). Actúa por tanto el tenedor o administrador, como dueño del dinero, pasando a ser responsable del delito, cuando una vez requerido por el sujeto pasivo, deba rendir cuentas de su administración.

Así de acuerdo a lo anterior, el “uso no autorizado (distracción), será constitutivo de apropiación indebida, cuando el autor, al realizar la acción, obre con dolo directo o eventual de infringir (contundentemente, quedar imposibilitado de cumplir) su obligación de entregar o devolver, esto es, cuando su acción importe una apropiación de la cosa”.¹²

¿Qué hace, que el dinero que pudiese ser mal administrado por un gerente o un mandatario, se pueda sancionar penalmente? En el caso de una mala administración, o una administración deficiente, ¿Es posible sancionar a gerentes o administradores?, ¿en qué casos? y ¿dónde está el límite?

Para poder responder a estas interrogantes, se debe entender que, el límite para aplicar una sanción en este tipo de conductas, es el principio de legalidad de la ley. Este principio, nos impide efectuar una interpretación amplia del significado del vocablo “distracer”, debiendo en consecuencia utilizarse una interpretación de carácter restrictiva del mismo. En este sentido, a objeto de poder sancionar válidamente la conducta, se “requiere de una justificación que exceda lo puramente gramatical, donde no existen argumentos para decidirse en uno u otro sentido posible dentro del marco

¹² Ibid, p. 56.

del *principio de legalidad* y dicha justificación, en este caso, sólo puede ser referida por el intérprete al desvalor que da el contenido del injusto, que sería el perjuicio económico patrimonial”.¹³

De acuerdo a lo anterior, se puede inferir entonces, que el límite a la interpretación ya referida va a ser el perjuicio económico patrimonial, y no cualquier tipo de perjuicio, sino a aquel causado de manera dolosa por parte del autor. Esto, porque el distraer requiere actos concretos para efectuar dicha conducta, alejándose por tanto de una conducta omisiva (o distracción por omisión) y teniendo “un contenido claramente distinto de aquel abarcado por la expresión *apropiarse*”.¹⁴

Ahora bien, el profesor Soto mira más bien a la apropiación indebida como un delito contra la propiedad por apropiación, en lugar de entenderla como una defraudación más bien contra el patrimonio. Cosa que de acuerdo a lo ya revisado, correspondería a la aplicación de la figura solamente al verbo rector *apropiarse*, pero que no cubre en definitiva los casos de distracción, quedando limitada la aplicación a un mucho menor número de casos y no cubriendo el caso de la administración desleal como fenómeno de distracción, sobretodo en el caso de dinero. Creo que dicha apreciación es incorrecta, ya que no se condice con los orígenes de la figura y la historia de la misma, que como ya se vio se encuentra emparentada con el abuso de confianza y con algunas figuras de estafa.

De acuerdo a lo anterior, me inclino más bien a lo que el profesor Hernández refiere respecto a lo que ha sido destacado por algunos autores, “es en virtud de este poder de disposición sobre el patrimonio en cuestión que la administración desleal puede caracterizarse como un ataque patrimonial desde dentro”.¹⁵

Esta posición permite en consecuencia, resolver mejor las hipótesis de la administración desleal, con intención de causar daño a sabiendas del patrimonio de la víctima, siendo como bien se expresa, un ataque al patrimonio del autor desde adentro.

¹³ Ibid, pp. 18-19.

¹⁴ Ibid, pp. 19.

¹⁵ Hernández Basualto Héctor, “La administración desleal en el derecho penal chileno”, Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso(XXVI): pp. 201-258, 2005.

Una vez de que el sujeto pasivo mediante un título de administración (por ejemplo al gerente de una empresa), le entrega fondos o dinero para que el sujeto activo lo administre (apropiándosele ya que el dinero es un bien fungible), pero que en definitiva y de manera dolosa lo mal administra causando un perjuicio económico para la víctima, se hace necesaria la sanción. Siendo verdaderamente una administración efectuada a espaldas de la víctima, y contrariando la confianza depositada en el sujeto activo, a efectos de que este administre de buena manera los fondos y aún más no lo haga dolosamente causando un perjuicio. El hecho de solicitar la víctima la rendición de cuentas por parte del autor del delito, dándose cuenta de que ya no queda nada y que salió perjudicado, no viene a ser más que parte del agotamiento del delito, que ya se cometió.

Este tipo de delitos hoy en día están en boga, casos como por ejemplo el caso Yarur¹⁶, los cuales son nuevos fenómenos delictivos que se dan en el mundo comercial y empresarial, pero que muchas veces nuestro código no alcanza a abarcar de manera tan clara, debido a la época en que fue dictado.

1.2 Naturaleza Jurídica del delito de apropiación indebida, respecto de la hipótesis de dinero.

De acuerdo a lo ya referido, me parece correcto analizar a qué tipo de delito nos estamos refiriendo. Como se esbozó anteriormente, cabe preguntarse si es que ¿estamos frente a un delito que atenta contra la propiedad de las cosas o en definitiva, frente a un delito que atenta en contra del patrimonio en su conjunto? y tomándose en cuenta las diferentes acepciones del concepto de patrimonio, ¿cuál de estas sería la correcta?

Así debemos observar, que en cuanto a la ubicación en nuestro código de la figura de apropiación indebida, ésta se encontraría en el título IX de nuestro código de “Los crímenes y simples delitos contra la propiedad” y luego de esto en el párrafo 8º de

¹⁶ Catrón Silo Jimena, Absolución de daniel yarur sentaría precedente en conflictos por apropiación indebida, [en línea] *Diario financiero*. 24 de Abril del 2014. <<http://www.litoralpress.cl/design3/lpi/mostrarijpm.asp?id=29622694,29622709&idT=7007164&carp=fiscalianacionaljusticiapenal&ve=0> .>[consulta: 22 de septiembre de 2015]

las “Estafas y otros engaños”. Por lo tanto, de acuerdo a la ubicación geográfica en nuestro código, la figura debiese ser entendida como un delito contra la propiedad. ¿Resulta tan obvio esto, se puede decir que el delito que nos convoca, es también un delito que afecta el patrimonio de las personas? En este sentido, me gustaría apuntar lo que refiere el magistrado jubilado José Jiménez Villarejo el cual señala respecto de la figura en España, pero lo cual tiene completa vigencia, lo siguiente “con decir que se trata de un delito contra el patrimonio no queda suficientemente configurada la naturaleza del delito que clásicamente se ha denominado apropiación indebida. Es preciso añadir la especificación de que es además un delito contra la propiedad. El bien jurídico que directamente resulta afectado con este delito es la propiedad que una persona tiene sobre una cosa mueble concreta de cuya posesión se ha desprendida temporalmente. Con la pérdida de la cosa, quedará normalmente afectado el patrimonio- por eso no es incorrecto decir que se trata de un delito de quebranto patrimonial- pero el bien jurídico inmediatamente lesionado es la propiedad”.¹⁷

De acuerdo a lo referido por el profesor, se puede inferir, que lo expresado corresponde plenamente a la realidad chilena, en el sentido a como bien él refiere, lo que se afecta primariamente respecto del bien jurídico protegido es la propiedad que tiene una persona respecto del dinero que detenta, y el cual se encuentra incorporado en su patrimonio, por lo que como consecuencia de la pérdida de la propiedad del dinero, finalmente lo que se afecta es el patrimonio del titular en su conjunto.

Además, especialmente en la hipótesis de apropiación indebida de dinero, se puede señalar que como delito contra el patrimonio la distracción indebida de dinero, de acuerdo a su propia denominación, “sólo puede recaer sobre dinero u otros géneros y cuya conducta típica consiste en el no pago jurídico-penalmente reprochable, de cantidades equivalentes a las recibidas”.¹⁸ En este sentido, tenemos opiniones concordantes respecto de esta hipótesis especial de delito en cuanto a lo que afecta no solamente es la propiedad sino que también el patrimonio.

¹⁷ Jiménez Villarejo José, “La administración desleal”, “Apropiación Indebida de dinero”, Madrid, Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 147 y 148.

¹⁸ Hernández Basualto Héctor, Op. cit., pp. 228-229.

Sin embargo, existen hipótesis en contrario como la que aporta el profesor Soto el cual refiere “en este segmento o categoría autónoma de *Los delitos contra la propiedad*, en términos generales, se incluyen aquellos tipos cuya consumación no está condicionada (necesariamente) por la concurrencia de un ataque contra el patrimonio (*delitos contra el patrimonio*), por lo que naturalmente deben incluirse aquí los tipos de *daños* posibilitando una nueva distinción, o subdistinción de la anterior, que ubique de un lado, la *mera lesión* o *privación* del ejercicio del *derecho de propiedad* y del otro, la *sustitución* en el ejercicio del contenido de dicho derecho, o *apropiación*”.¹⁹

De acuerdo a lo ya apuntado, es que finalmente al interior de la categoría de delitos contra la propiedad por apropiación, se ubica a la apropiación indebida, que como un tipo penal sirve como base para todos los demás tipos que implican una apropiación. De esta manera, es que el profesor Soto sigue la distinción clásica respecto del delito de apropiación, a fin de determinar la naturaleza jurídica del mismo.

Sin embargo, como ya anteriormente hemos esbozado, necesariamente esta distinción requiere un matiz que va a estar dado por la forma en que está redactado el tipo penal, y que hace que la posición clásica del profesor sea un poco deficitaria y como refiere el magistrado Villarejo, resulte un poco obvia.

Podemos observar, que al analizar la figura con más detenimiento, en el tipo penal de apropiación indebida cohabitan dos figuras penales. Así, el profesor Hernández señala que, “se daría cabida a dos tipos penales completamente diferentes: por una parte la apropiación indebida, delito contra la propiedad consistente en la apropiación de especies o cuerpos ciertos recibidos en cargo de restituirlos; y por la otra la distracción indebida de dinero (u otros géneros), delito contra el patrimonio, que no sería más que una hipótesis de administración desleal de patrimonio ajeno”.²⁰

¹⁹ Soto Piñeiro Miguel, Op. Cit, pp. 45-46.

²⁰ Héctor Hernández Basualto, Op. cit, p. 226.

Esta hipótesis de raigambre española (lo cual se verá más adelante con mayor detalle) es abordada por varios juristas españoles como Javier Sánchez Vera²¹ y principalmente Enrique Bacigalupo Zapater²², hipótesis la cual también ha sido tomada por sentencias del Tribunal Supremo español.

Por otra parte, se hace necesario abordar antes de continuar ahondando respecto de la diferenciación ya expresada, que nuestro legislador incluiría a la apropiación dentro del párrafo de las estafas u otros engaños, razón por la cual se induciría a pensar que el delito en cuanto a su naturaleza jurídica sería de carácter defraudatorio. Esto por una parte, guarda relación por la imprecisión que tuvo nuestro legislador al regular la materia, al considerar la apropiación como una forma de estafa, y más aún si consideramos de acuerdo a posturas más modernas, que la apropiación indebida afectaría como un delito de naturaleza jurídica patrimonial.

Así siguiendo a José Jiménez Villarejo, “por otro lado, el abuso de confianza, ingrediente esencial de la apropiación indebida, con el que tiene indudable parentesco el engaño que lo es de la estafa, ha contribuido a que todavía hoy uno y otro delito figuren unidos bajo la común denominación de defraudaciones. Pero parece claro que el delito de apropiación indebida, siendo defraudatorio en su medio de comisión puesto que el sujeto activo abusa de una situación o relación de confianza con el pasivo, es apropiatorio -y correlativamente expropiatorio- en su núcleo más esencial y naturalmente en su resultado”.²³

De acuerdo a lo expuesto, y a modo de poder distinguir claramente entre la apropiación indebida y la estafa, se puede decir que siempre en la estafa, habrá de por medio un engaño, que es lo que hace que el sujeto pasivo que detenta la titularidad del bien entregue éste al estafador o sujeto activo, permitiéndose de esta manera la

²¹ Sánchez-Vera Gómez Trelles Javier, “Administración desleal y apropiación indebida: consecuencias de la distinción jurisprudencial, Dogmática y Ley penal: libro homenaje a Enrique bacigalupo”, Madrid, Marcial pons. 2004. pp. 1207 y siguientes.

²² Bacigalupo Zapater Enrique, “La Administración desleal en el Nuevo Código Penal”, “La administración desleal”. Madrid, Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 195 y siguientes.

²³ Jiménez Villarejo José, Op. cit., pp. 148 y 149.

configuración del delito. Lo anterior, es diferente a lo que ocurre con la apropiación indebida, en la cual el sujeto pasivo o “víctima” del delito, entrega voluntariamente de mutuo propio y sin mediar de por medio un engaño, en nuestro caso el dinero, para que el sujeto pasivo lo administre, refrendado además lo anterior mediante un título con el cual se produce la entrega.

Este elemento del engaño, que consistiría en “cualquier conducta que, influyendo en la representación intelectual de otro, le conduzca a una falsa idea de la realidad o lo mantenga en ella”²⁴, es lo que en definitiva hace la diferencia entre la estafa y la apropiación indebida de dinero, y lo que permite afirmar que en cuanto a su naturaleza jurídica son diferentes, aunque ambos delitos protejan el patrimonio del titular.

Así, “el rasgo básico que perfila el delito de apropiación indebida es la mutación de una posesión inicialmente legítima, en una propiedad ilícita, esto es, la apropiación de lo que se posee en virtud de un título que no transmite la propiedad, y la consiguiente expropiación a quién siendo el legítimo propietario de la cosa, ha cedido su posesión al sujeto activo de la infracción por un título que genera la obligación de entregar o devolver la cosa”.²⁵

La precisión anterior, permite arrojar aún mayor claridad a lo expresado, ya que en la estafa, la entrega se hace mediante engaño y por otra parte en el delito de apropiación indebida no, siendo entregado en la apropiación en un principio el dinero de manera lícita y mutando luego la tenencia del mismo dinero en algo ilícito, configurándose el delito.

Por lo tanto y de acuerdo a lo revisado, al diferenciar el verbo rector apropiarse de distraer, tenemos que en nuestro 470 N° 1 coexisten por una parte delitos que atentan contra la propiedad “los que en perjuicio de otro se apropien de dinero”, como por otra parte delitos que afectan el patrimonio, que corresponderían a “los que en perjuicio de otros distraen dinero”.

²⁴ Politoff, Matus, Ramírez, Op. cit., p. 424.

²⁵ Jiménez Villarejo José, Op. cit., p. 149.

Lo anterior hace que la naturaleza jurídica del delito va a ser distinta en uno u otro caso, dependiendo si se habla de distraer o de apropiarse. Distingo el cual, guarda relación con una postura más moderna del delito.

Ahora bien, a fin también de poder arrojar más claridad respecto de la apropiación indebida de dinero, se hace necesario analizar el objeto jurídico de este tipo de apropiación, esto es de acuerdo a lo señalado por el profesor Politoff “el bien o interés propio del sujeto directamente ofendido por el delito (sujeto pasivo del delito)”.²⁶

De acuerdo a lo anterior, el profesor hace un análisis valorativo del texto positivo del artículo 470 N° 1 del Código Penal, ya que según refiere y estamos de acuerdo, es que el texto legal no establece de manera clara cuál es el objeto de protección de la norma. De esta manera el profesor, toma en cuenta la forma en que está tratado el artículo 470 N° 1, que establece que será merecedor de castigo el sujeto pasivo que “ejecute una cierta acción que se narra, respecto de una cosa que tenía la obligación de entregar o devolver”.²⁷ En este sentido, aclara que así como por una parte está establecida en el tipo la obligación de entregar o devolver, existe por otro el derecho correlativo del sujeto pasivo de poder exigir el cumplimiento de la obligación.

Es así que siguiendo esta línea, Politoff siguiendo a Manzani afirma, “que al sancionarse la apropiación indebida se tutela el derecho subjetivo que otro tenga sobre la cosa que el agente consensualmente detenta. Ahora bien, sin ingresar en la ardua polémica sobre la existencia de derechos subjetivos y reconociendo con René Demogue por lo menos la validez técnica de dicha noción, es posible definirlos provisionalmente como *facultades resultantes de la norma*. Pero estas facultades -que la norma objetiva atribuye y reconoce a los individuos- admiten, entre otras clasificaciones, la que distingue entre derechos patrimoniales y extrapatrimoniales. Forzoso resulta concluir que el derecho de *entregar o devolver* es de carácter

²⁶ Politoff Lifshitz Sergio, Op. Cit., p. 61.

²⁷ Ibid, p. 62.

patrimonial, máxime si recordamos el objeto jurídico genérico de que es parte integrante”.²⁸

En este sentido por tanto, y de acuerdo a lo que es objeto de este análisis, la precisión efectuada por Politoff es aplicable claramente, cuando el objeto material del delito es dinero, ya que el titular del dinero tiene derecho a que le restituyan finalmente el mismo género y cantidad, independientemente de su fungibilidad lo cual ya veremos. Lo principal está, en que el derecho del titular, es un derecho patrimonial sobre el bien y no de propiedad como lo han sostenido algunos autores, visto como *el derecho de propiedad de la cosa confiada*, aunque muchas veces sea el propietario la persona que coincide con este derecho.

De acuerdo a lo anterior, Politoff nos entrega un ejemplo que me parece bastante útil para poder aclarar aún más este distingo. Así refiere, “si el titular del derecho real de usufructo entrega la cosa en depósito, la obligación de restituir del depositario existe frente aquél (depositante) y no respecto del nudo propietario. Esta obligación de devolver del sujeto activo del delito, que es sujeto pasivo de la obligación, puede ser violada en relación a un propietario, a un usufructuario, a un simple comodatario, etc., según sean los derechos más o menos variados del paciente del delito, sujeto activo de la obligación, con respecto a la cosa que éste confía con obligación de devolver. Pero en los casos propuestos, no será la propiedad, ni el usufructo, ni el derecho del comodatario, objeto específico del delito, porque –como anota Petroccelli- se trata de elementos inestables, inconstantes”.²⁹

Ahora bien, respecto de la postura del profesor Politoff es necesario efectuar una precisión, la cual guarda relación con el distingo de los verbos rectores con los cuales se construye el tipo penal. Esto es por una parte el verbo apropiarse y por otra parte el verbo distraer, y que hace que la postura del profesor solamente sea aplicable respecto del verbo distraer, por lo que el objeto jurídico de protección del delito sería de

²⁸ Ibid, p. 62.

²⁹ Ibid, p. 63.

índole patrimonial, solamente cuando se trate de un fenómeno de distracción típica de dinero y no cuando se trate de casos de apropiación.

En cuanto a lo ya expresado, en conclusión el profesor refiere que “el bien jurídico quebrantado por el delito de apropiación indebida (objeto jurídico específico) está constituido por el derecho subjetivo personal a la restitución o al uso determinado (derecho a que se entregue)”³⁰, en lo que a mi juicio se refiere solamente al verbo rector distraer, ya que en el caso del verbo rector apropiarse, me hace más fuerza en ser el objeto jurídico protegido la propiedad en su sentido más clásico y no el patrimonio como refiere el profesor, correlativo a su vez con la obligación del agente de restituir o entregar. Empleando una definición de Ernesto Ure, diremos que se trata “del derecho que autoriza a exigir del obligado el cumplimiento de la obligación de restituir a su debido tiempo”.³¹

De esta manera estoy de acuerdo con la conclusión del profesor, pero con la precisión ya expuesta y que más adelante abordaré más en detalle, ya que en este punto sigo la postura más moderna del profesor Hernández.

1.3 Alcances del Objeto material del delito, dinero.

Analizado ya el tema de que trata el objeto jurídico de la apropiación indebida de dinero, queda aún avocarnos a determinar los alcances de su objeto material, en particular el dinero. En este sentido se hace necesario analizar de qué tipo de bien estamos hablando, de esta manera siguiendo el mismo artículo 470 N° 1, podemos ver que éste habla de apropiarse o distraer “dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble”. De acuerdo a lo anterior, podemos decir entonces que “al mismo tiempo, en las definiciones legales de la apropiación indebida a que ya nos hemos referido, el dinero aparece en el primer lugar de una lista de posibles objetos del delito que se cierra con

³⁰ Ibid, p. 64.

³¹ Ibid, p. 64.

la fórmula “o cualquier otra cosa mueble”.³² De esta forma el dinero, se trataría de un bien de carácter mueble, cuestión que a mi juicio no presenta mayores dudas.

Ahora bien teniendo en claro, que el dinero es un bien mueble y siguiendo con la distinción respecto a de qué tipo de bien mueble hablamos, podemos seguir la clásica distinción del Código Civil de consumibles y no consumibles. En lo que respecta a nuestro Código Civil, consumibles son también, las que corresponden a la noción de “cosas fungibles” que este Código nos da y que consisten en “*aquellas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan*, al tenor del artículo 575, inciso 2º, de dicho cuerpo de leyes. Son pues aquellas *quórum usus in abusu consistit*, ya sea por su consumición material, como ocurre, por ejemplo, a todo lo que está destinado la alimentación, o bien, a través de una consumición civil, privándose o despojándose de ellas, como sucede con el dinero, que perece para el que lo emplea en cuanto tal. Preceptúa, expresamente el inciso final del artículo 575 del Código Civil: *Las especies monetarias en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son cosas fungibles (consumibles)*”.³³

Siguiendo este punto y ya distinguiéndose entre una cosa mueble consumible, y precisando que se entiende por Fungible, Vodanovic señala que son aquellas cosas que “por presentar entre sí una igualdad de hecho, desempeñan en el comercio las mismas funciones liberatorias”.³⁴ Por lo que en definitiva y siguiéndose conceptos del derecho civil, se presenta una equivalencia entre una y otra especie, es decir entre la moneda y la especie con la cual se efectúa la tradición, implicando con esto la creación y la extinción de un derecho entre ambas especies, correlativamente.

Sin embargo a pesar de lo ya apuntado, considerar al dinero como una especie absolutamente genérica y fungible y además como un bien mueble no es en definitiva tan obvio. De acuerdo a lo anterior se puede referir que desde un punto de vista de su

³² Jiménez Villarejo José, Op. cit., p. 149.

³³ Politoff Lifshitz Sergio, Op. cit., p. 81.

³⁴ Vodanovic Antonio, “Curso de Derecho Civil”, basado en las explicaciones de los profesores de la Universidad de Chile A. Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, Tomo II, Nascimento, Santiago, 1957. p.71.

contenido Civil y la problemática que en cuanto a su clasificación representa “el legislador tuvo en cuenta los matices especiales que el dinero tiene, para no incluirlo dentro de la citada acepción. Por ello la propiedad sobre el mismo se ejerce sobre los signos que lo representan o las monedas en circulación, a través de la tenencia física y del crédito, cuando el dinero está en poder de otro, que se convierte en su propietario. Por tanto en los supuestos de entregas de dinero, quien lo recibe con la obligación de devolverlo, se hace propietario del mismo y su obligación consiste en entregar no aquel mismo recibido, las idénticas monedas, si no otras tantas o suma correspondiente. Esto es así precisamente, porque el derecho de propiedad versa sobre los signos, monedas o billetes en circulación que lo representan y, en el tráfico comercial, el dinero se entrega y se recibe no como lo que físicamente representa sino en cuanto fracción de una cantidad ideal”.³⁵

Ahora bien, esta discusión que pareciera tan pacífica desde un punto de vista de la clasificación de los bienes efectuada en nuestro país, de todas maneras presenta problemas al momento de determinar cuál es el objeto material de la apropiación indebida de dinero.

Así, el magistrado Jiménez Villarejo observa (respecto de la incorporación del dinero como bien mueble en España) “señalemos, de pasada, que como pone de relieve Bonet Correa, la inclusión del dinero en la categoría genérica de bienes muebles es discutible. Indica este autor que el legislador tuvo en cuenta los matices especiales del dinero para no mencionarlo entre los bienes muebles, Puede sostenerse que en el concepto residual ofrecido por el artículo 335 CC- *se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el artículo anterior*- cabe holgadamente el dinero, pero no deja de ser significativo que el mismo sea silenciado en el art. 336 del CC al enumerar los valores que *también tienen la consideración de cosas muebles*. E incluso conviene tener en cuenta la intrínseca dificultad que ofrece la aplicación estricta del dinero de la definición de muebles fungibles que da el art. 337

³⁵ Silva Castaño Ma. Luisa, “El delito de apropiación indebida y la Administración Desleal de Dinero Ajeno”, Madrid, Editorial S.L.-Libros Dykinson, 1997. p. 61.

CC: *aquellos de que no pueden hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman. ¿Es el dinero una cosa mueble susceptible de consumo?*".³⁶

De esta manera, es que respecto por tanto de la incorporación del dinero como cosa corporal mueble y además fungible, que en un principio parecería como aparentemente pacífica, existen sin embargo dudas. Así Ernesto Ure agrega "las cosas fungibles son aquellas que se determinan por su peso, número o medida, y que se pueden reemplazar unas con otras de la misma calidad y en igual cantidad...., mientras que no fungibles son aquellas que, dotadas de individualidad propia, no pueden substituirse unas con otras".³⁷

Así también apunta Petrocelli, "es cierto que si alguien recibe la cosa consumible de otro para hacer de ella el uso al cual está en definitiva destinada, no habrá allí posibilidad de apropiación indebida, ya que no hay posibilidad ni de restitución, ni de uso que sea diverso a la consumición de la cosa".³⁸ Lo cual a mi juicio es el problema principal que se trata de abordar en este trabajo. Así el magistrado Jiménez Villarejo bien apunta "no es la discutible naturaleza mobiliaria del dinero (lo cual a mi juicio no es tan problemático en Chile por la clara distinción que efectúa nuestro Código Civil), si no su *ultrafungibilidad* lo que proporciona un elemento de indiscutible peso para que la apropiación indebida del mismo sea jurídicamente problemática. A causa de su extrema fungibilidad, la propiedad del dinero se ejerce mediante la tenencia física de los signos que lo representan, por lo que el derecho que puede tenerse a que otros nos lo devuelva o entregue no es, en modo alguno, un derecho de propiedad si no un derecho de crédito".³⁹

De esta forma, podemos inferir que en definitiva en los casos en que existe entrega de dinero, por la naturaleza ya apuntada y por aplicación de los principios generales del derecho civil, al hacerse entrega de sumas de dinero en administración por ejemplo, existiría una transferencia de la propiedad o del dominio del mismo, de la

³⁶ Jiménez Villarejo José, Op. cit., p. 149.

³⁷ Ure Ernesto, "El delito de Apropiación Indebida", Buenos Aires, Ed. Ideas, 1947. p.37.

³⁸ Biaggio Petrocelli, "L'Apropriazione Indebita", Nápoli, Alberto Morano, 1933. p. 179.

³⁹ Jiménez Villarejo José, Op. cit., p. 150.

persona que entrega la suma de dinero a el que la recibe, haciéndose dueña esta última. Por esto es que en definitiva se habla de ultrafungibilidad, porque por una parte el bien perece y se consume para el titular del bien y correlativamente nace o se crea un nuevo derecho sobre estos valores de parte del nuevo propietario y viceversa al momento de devolverlo.

De acuerdo a lo ya apuntado, podemos decir que “en tanto el dinero se entrega como tal fungible y no como objeto específico (por ejemplo como billetes o monedas determinados e individualizados) el que lo recibe adquiere la propiedad del mismo, con la obligación de devolver la cantidad de que se trate con cualesquiera signos monetarios, sean o no los recibidos”.⁴⁰ Así por consiguiente, si consideramos que el dinero es un bien ultrafungible de acuerdo a la clasificación civil, en este caso se admitiría la posibilidad de apropiación indebida del mismo en definitiva.

No obstante lo anterior, existe un matiz no menos importante “lo protegido en tales casos no puede ser ya la propiedad del dinero como cosa, sino el derecho al valor que el mismo representa. El delito pasa así a proteger determinados derechos de créditos y a consistir, por lo tanto, en tales casos, no una auténtica apropiación de cosas, sino en una disposición abusiva de valores patrimoniales”.⁴¹

Así poniendo un ejemplo, Juan le entrega Pedro, quien es el administrador de su empresa de venta de productos del mar, un millón de pesos con el objeto que este haga uso de este dinero para poder hacer pago a varios proveedores y realizar actividades propias de su giro. Posteriormente Pedro, efectuadas las ventas de los productos y una vez saldadas las deudas con los proveedores, con el producto de estas ventas le devuelve en definitiva el millón de pesos entregados a Juan. Si finalmente, Pedro devuelve el mismo monto equivalente en pesos, pero con otros billetes físicamente distintos a los que le entregó Juan, habrá cumplido con su obligación.

⁴⁰ Vives Antón T.S., “Derecho Penal, Parte Especial, 3ª edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999. p. 468.

⁴¹ Ibid, p. 468.

Caso distinto sería, el caso en que Juan en vez de utilizar el dinero para los fines para los cuales le fue entregado, lo utilice para fines distintos, como por ejemplo para invertir en su propio negocio de pescados y moluscos y que además tiene abierto a unas pocas cuadras del negocio de su amigo y mandante Juan. Gracias al dinero entregado, Pedro ofrece los mismos productos de Juan a los inversionistas de éste, inclusive con un precio un poco menor al que vende Juan, razón por lo cual a los inversionistas les resulta mucho más conveniente contratar con Pedro, efectuando felices por la gran oportunidad toda la compra con Pedro, sin necesidad de invertir nada más. Finalmente, gracias a las grandes ganancias obtenidas, Pedro le devuelve el millón de pesos a Juan, cumpliendo con la obligación que tenía para con él, pero causándole un gran perjuicio, ya que por una parte Juan pierde la oportunidad de realizar la venta y por otra parte la situación de su negocio queda mucho más desmejorada que la de Pedro, cuyo negocio en definitiva florece.

De acuerdo a lo que ya se refiere, a mi juicio sí existiría el delito de apropiación indebida de dinero, ya que a pesar de que el dinero sea ultrafungible, si se distrae o emplea para fines distintos, en virtud de un título apto para configurar el delito, igualmente le ocasiona un perjuicio a Juan en este caso, ya que como bien apunta el profesor Politoff “empero, de esto no debe concluirse que la ley autorizaba al mandatario (Pedro en nuestro ejemplo) para emplear el dinero recibido, ya que si así fuera, el título sería traslativo de dominio y la no restitución del equivalente importaría el quebrantamiento de una mera deuda civil, como puede suceder en el mutuo o en el depósito irregular⁴², idea que luego analizaremos.

Así, respecto de la distracción típica del dinero, esta se vincula con la especial función económica del dinero y su régimen jurídico. De esta manera, el dinero es una cosa fungible cuya entrega en principio implicaría la transmisión de la propiedad, quedando el que recibe el dinero obligado a devolver la cantidad equivalente. Por lo tanto, en la medida en la que se adquiere la propiedad del dinero, el incumplimiento de la restitución no puede dar lugar a la apropiación de dinero ajeno. Por otra parte respecto a esta idea, la jurisprudencia civil considera que “el dinero es cosa genérica y

⁴² Politoff Lifshitz Sergio, Op. cit., p. 83.

fungible; esa genericidad significa de que quién lo recibe se hace propietario de él y se obliga a devolver no el mismo dinero recibido, si no otro tanto de la misma especie, calidad y cantidad”.⁴³

Finalmente de acuerdo a lo apuntado, es que podemos decir que debido a esta extrema fungibilidad, en cuanto a lo que vemos como objeto material del delito de apropiación indebida, es lo que hace que finalmente existan dudas respecto de su tipicidad, ya que finalmente el titular del dinero se haría dueño de éste y bastaría que devuelva lo mismo para quedar impune, de conductas como la ya mencionada anteriormente efectuada por Pedro en perjuicio de Juan.

¿Qué es entonces lo que hace que a pesar de la naturaleza jurídica del objeto material, del delito que nos convoca, haga que en definitiva, esta conducta sea reprochable y en definitiva sancionada?

Como bien dice Bacigalupo “los intentos de solución dogmática no han sido satisfactorios. La explicación basada en la supuesta protección penal de *derechos de crédito* tiene el inconveniente de instituir una protección penal de las obligaciones civiles contractuales que, en ningún caso, es considerada justificada. Una penalización de las infracciones del derecho civil supera todas las exigencias de proporcionalidad que debe guardar la pena criminal con sus presupuestos”.⁴⁴

Así de esta manera y producto de las dificultades que hemos apuntado, se hace necesario a mi juicio defender como objeto de protección, el derecho a la devolución del objeto entregado, de esta forma podemos señalar en definitiva que, “el bien jurídico muta de la propiedad al derecho de crédito (derecho de los acreedores a satisfacer su crédito), percibiendo en estos casos cierto paralelismo entre la apropiación indebida y los delitos de insolvencia”.⁴⁵

⁴³ Bacigalupo Zapater Enrique, Op. cit., p. 199.

⁴⁴ Bacigalupo Zapater Enrique, Ibid, p. 200.

⁴⁵ Cueto Etcheberry Germán, “El delito de apropiación indebida en la Jurisprudencia”, Memoria (Licenciado en Ciencias jurídicas y sociales), Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de derecho, 2004, p. 226.

Respecto de este punto, me encuentro de acuerdo con el profesor Bacigalupo, en cuanto a que la dogmática no ha logrado dar solución real al problema y que muchas veces tiende a hacer más engorrosa la comprensión del delito, pero respecto del argumento de la proporcionalidad no lo estoy tanto, ya que es cierto que la figura deslinda con las figuras del derecho civil, pero no me parece del todo justo, o más bien encuentro que existen razones de política criminal poderosas, por las cuales conductas como las del ejemplo de Juan y Pedro ya referidos no debiesen quedar impunes.

De esta manera, concuerdo con la línea de Bacigalupo en cuanto a que “como administrador de una parte del patrimonio ajeno no se está autorizado a lesionar el patrimonio administrado, algo diverso de la *apropiación de cosas ajenas*”⁴⁶ y claro tal cual lo propone el profesor, más que seguir profundizando en la figura o respecto al concepto de los que se puede considerar ajeno, permitiéndose una interpretación extensiva a efectos de poder considerar como ajeno lo que es propio.

Sin embargo, se debe apuntar, que por más justas que parezcan este tipo de interpretaciones, o a las razones de política criminal que se esgriman, estas deben salvar un gran escollo, ya que “buena parte de la jurisprudencia nacional la rechaza, aduciendo que el texto del art. 23 CC impide tal restricción al establecer *que lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación*. No obstante, esta regla no resuelve que hacer en caso de duda acerca del alcance de la disposición y quizás esa es la razón por la cual tanto en nuestra propia jurisprudencia como en el derecho comparado la tendencia es a admitir la duda a favor del reo”.⁴⁷

Así entonces, Bacigalupo refiere “el camino metodológicamente correcto es el de profundizar en la estructura del tipo de la distracción del dinero” de acuerdo a lo que en España ocurre en un propio artículo 252 CP”.⁴⁸ Esto es en definitiva la incorporación de un tipo penal que salvase el escollo ya referido y permitiese abarcar la figura ilícita

⁴⁶ Bacigalupo Zapater Enrique, Op.cit., p. 201.

⁴⁷ Politoff, Matus, Ramírez, Op. cit., p. 113.

⁴⁸ Bacigalupo Zapater Enrique, Op. cit., p. 201.

ya acotada como la del ejemplo de Juan ya visto, como la de otras figuras de distracción más alambicadas.

No obstante a lo referido, quizás por el momento lo único que se puede hacer con la legislación existente (y como ya dije ya por razones de política criminal con la intención de salvar vacíos de impunidad) es intentar permitir una interpretación más amplia, vía la extensión de lo que comprende el concepto de ajenidad de acuerdo a lo ya apuntando.

Capítulo 2. Concepto de patrimonio a considerar en el delito de apropiación en el sentido de distracción y de administración desleal.

2.1 Bien Jurídico protegido.

Como bien se ha venido apuntando, en el caso que nos convoca, el bien jurídico protegido en este delito es el patrimonio, cuestión que ha sido corroborado por distintos tratadistas. Así por ejemplo, el profesor Juan Bustos Ramírez señala “Como ya se ha dicho de la figura, no tiene parentesco directo con la estafa y las defraudaciones, pues no se trata de una maquinación, sino simplemente de un abuso de confianza para quedarse con la cosa. Por ello se podría decir que entre los delitos contra el patrimonio hay una secuencia de graduación que va del hurto (y robo) pasa por la apropiación indebida y termina con la estafa. En el hurto se obtiene la cosa mediante substracción, en la apropiación indebida se recibe la cosa y con abuso de confianza no se restituye, y en la estafa se recibe la cosa, pero obteniéndola mediante engaño. Se trata, pues, de tres modalidades enteramente diferenciadas, de ataque al patrimonio de otro”.⁴⁹

Es a mi juicio el patrimonio, el bien jurídico protegido en la figura que nos convoca. Así por ejemplo, respecto de la figura de administración desleal en relación con su tipificación especial en el código español, se señala que “se configura como un

⁴⁹ Bustos Ramírez Juan, “Manual de derecho penal parte especial”, Barcelona, 2º edición actualizada, Editorial Ariel, S.A., 1991. p. 205.

tipo de resultado en el que éste está constituido expresamente por el perjuicio económicamente evaluable de los socios, depositantes (“depositarios”, dice la norma), cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital administrado. El bien jurídico protegido, el valor necesariamente dañado por la conducta delictiva, es pues el patrimonio de tales personas”.⁵⁰

Obviamente España, que tiene una figura especial para este tipo de delitos, se trata con mayor detenimiento a los sujetos pasivos del delito, a diferencia de nuestro vetusto código penal que refiere “que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla”, dejando por tanto abierto el tipo, respecto de los títulos que pueden ser objeto de la figura y de los sujetos pasivos que pueden ser afectados. De todas maneras, a pesar de lo anterior, esto no afecta que el objeto o bien jurídico del delito sea el patrimonio de estas personas.

Ahora bien, cuando hablamos de que en definitiva estamos frente a un delito contra el patrimonio, me parece sensato dilucidar la pregunta respecto a cuál es el patrimonio que en definitiva se va a ver afectado con la figura, para poder determinar cuál es el real alcance de la misma. Esto principalmente debido a que existen diferentes concepciones de patrimonio, por lo que es necesario analizar cuál es la que mejor calza con nuestra legislación respecto al tipo penal que nos convoca.

2.2 Concepción Jurídica de patrimonio.

Por una parte, se puede decir que existiría un concepto jurídico de patrimonio, el cual podríamos definir como “un conjunto de derechos reales y/o de crédito, pertenecientes en todo o en parte a un mismo titular, que gozan de protección jurídica

⁵⁰ Rodríguez - Morullo Otero Gonzalo, “La administración desleal” “El bien jurídico protegido en los delitos societarios con especial referencia a la administración desleal”, Madrid, Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 29.

al menos den el orden civil”.⁵¹ Se puede decir, que como concepto este tiene la ventaja de poder enmarcar el patrimonio como bien jurídico, ya que va a ser posible de atribuirlo a una persona determinada el cual lo detenta, a diferencia de otros bienes jurídicos más colectivos que son más difíciles de precisar.

De acuerdo a lo ya referido y en términos simples, el patrimonio de una persona está configurado por el conjunto de derechos patrimoniales que ésta mantiene. Así por ejemplo, la foto autografiada que me saqué con mi artista favorito en el último recital que dio cuando aún estaba vivo, tiene un gran valor sentimental para mí persona. Así este bien tanpreciado para mí, claramente forma parte de mi patrimonio, aunque no tenga ningún valor económico.

De esta manera, esta teoría excluiría solamente de lo que se entiende como patrimonio, aquellos negocios que tienen un objeto o una causa ilícita, ya que no existiría un derecho subjetivo amparado por las normas civiles.

De acuerdo a esta teoría, existiría un perjuicio patrimonial cuando el titular del patrimonio, no recibe la prestación a la cual legítimamente se encuentra amparado, en un negocio jurídicamente válido de acuerdo al derecho civil o comercial. Por lo que, “perjudicado es, por tanto, quien no obtiene lo que en derecho corresponde”.⁵² Lo ya referido ocurre entonces, cuando de acuerdo a conceptos Civiles, no se satisfacen los requisitos de un pago válido, en específico el “principio de identidad del pago”⁵³, el cual de acuerdo al artículo 1569 de nuestro Código Civil, implica que “la prestación que se cumple debe empezar por tener contenido idéntico a lo estipulado, como manera de

⁵¹ Rodríguez Ramos Luis, “La administración desleal” “La administración desleal” “La administración desleal del artículo 295 del código penal”, Madrid, Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, 1999. p. 38.

⁵² Binding, Karl ([1902]1969),: Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrech, Besonderer Teil (Aalen, Scientia Verlag, Pág., 357, citado a su vez por Schalck Muñoz Andrés, “El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa”, Revista Chilena de Derecho, vol. 35(2),2008.pp. 261-292,

⁵³ Ibídem, p. 265.

resguardarse el derecho del acreedor. A quién no se puede instar a recibir una prestación diversa, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor económico”.⁵⁴

Por lo tanto, “el perjuicio corresponde para la teoría jurídica a un concepto formal consistente en la pérdida de un derecho patrimonial subjetivo o su modificación de manera contraria a las previsiones permitidas por el ordenamiento jurídico”.⁵⁵

No obstante lo ya referido, es necesario apuntar que este concepto, a pesar de tener la ventaja de poder incluir bienes en el patrimonio que tienen afección sentimental y valor únicamente para el sujeto que las detenta, presenta a su vez una desventaja, esta es, la falta de determinación económica tan relevante a la hora de determinar el perjuicio en el delito, por lo que agregaría una alta cuota de indeterminación a la hora de fijar el monto del perjuicio y en consecuencia también la determinación de la pena. Esto, ya que el artículo 470 del Código Penal reza “las penas del artículo 467 se aplicarán también”, (penas de la estafa) penas las cuales se gradúan de acuerdo al monto del perjuicio.

Por lo que con este concepto, se dejaría en manos del sujeto pasivo el hecho de si la conducta efectuada por el sujeto activo es merecedora de pena o no, “e incurriéndose, de ésta manera, en una indeseable subjetivización del concepto de patrimonio”⁵⁶

Por otra parte, vamos a tener la dificultad que en el derecho civil de la cual proviene esta concepción, no existe un único concepto de patrimonio, así “se critica que el derecho civil no ofrece un concepto único de patrimonio y, además, que esta concepción tampoco puede determinar con exactitud qué objetos y posiciones

⁵⁴ Fueyo y Figueroa, “Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones”, Santiago, editorial jurídica de Chile, citado a su vez por Andrés Schalck Muñoz, Op. Cit., pp. 261-292

⁵⁵ Asúa Batarrita, Adela, “El daño Patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales, (subvenciones donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin”, 1993, ADPCP, Tomo XLVI, Fascículo I, pág., 94, Ibid, pp. 261-292

⁵⁶ Huerta Tocildo Susana, “Protección penal del patrimonio inmobiliario”, Madrid, Civitas Ediciones, 1980. p. 31.

concretas pueden ser atribuidos al patrimonio”.⁵⁷ Lo anterior no es menor, ya que agrega aún más dificultad a la diferenciación, respecto al patrimonio como bien jurídico protegido en el derecho penal y a su configuración dentro del tipo.

Así, el profesor Juan Bustos refiere en este aspecto “En todo caso la apropiación indebida presenta problemas al momento de determinar los límites entre lo civil y lo penalmente protegido, ya que ciertamente no se podría plantear simplemente como punible la obligación de restituir (por tanto proteger penalmente el derecho a restitución). Dicha obligación es un problema de carácter civil, de relación entre derechos y obligaciones. Luego lo importante es la afección a la capacidad de disposición que tiene el propietario de la cosa, la que es afectada por un abuso de confianza. Ya hemos dicho que el patrimonio nunca se protege en sí, si no adjetivamente, de otro modo se produciría una confusión con el objeto de protección del derecho civil”.⁵⁸

Podemos decir, que al existir una dificultad en la determinación del concepto de patrimonio civil, se hace aún más difícil determinar, el concepto desde un punto de vista penal, ya que esta indeterminación juega en contra, al momento de determinar los deslindes entre ambas ramas y la punición de la conducta desde lo sancionatorio penal, o lo sancionatorio administrativo o civil.

Ahora bien, otra dificultad que presenta este concepto es que puede llegar a ser excesivamente restringido. Así como refiere Huerta Tocildo “olvida que en el tráfico jurídico intervienen bienes de gran valor económico que pueden no estar jurídicamente concretados y cuya no protección supondría una laguna inadmisibles”.⁵⁹ En la misma línea Bajo apunta respecto de esta teoría que quedarían fuera del patrimonio de una persona las expectativas de derecho “como por ejemplo la clientela, cuya defraudación

⁵⁷ Rojas A. Luis Emilio “El tipo de administración desleal en el derecho Penal Alemán”, Revista Penal (23), pp. 138-171, Enero del 2009.

⁵⁸ Bustos Ramírez Juan, Op. cit., p. 205.

⁵⁹ Huerta Tocildo Susana, Op. cit., p. 31.

puede tener un gran significado económico en el mundo mercantil”.⁶⁰(Como en el caso de Juan y Pedro y la empresa de productos del mar ya visto más atrás).

Sin embargo lo anterior, y de acuerdo a lo apuntado por Rojas, “No obstante se reconoce a esta teoría que la calidad de un derecho es una condición necesaria de los objetos patrimoniales, o por lo menos, que su protección está garantizada por el ordenamiento jurídico. Por su parte, de acuerdo a esta teoría solo pueden ser sujetos de patrimonio, quienes tienen la capacidad de portar derechos subjetivos según el derecho civil o público”.⁶¹

De acuerdo a mi opinión, y a pesar de las ventajas apuntadas respecto de la aplicación de un concepto civil de patrimonio, este debe dejarse de lado, principalmente a lo precisado ya, respecto a la dificultad (por el tema de la pluralidad de conceptos) de determinar una sola concepción de patrimonio. Lo cual y de acuerdo también a lo observado por el profesor Bustos, hace más difícil de determinar el límite de lo civil con lo penal.

Finalmente, y la razón más importante para dejar de lado esta concepción, está en la dificultad de precisar la entidad de la pena, por la imprecisión a la hora de determinar el monto del perjuicio. Todo lo anterior, hace que simplemente esta concepción, tenga una utilidad doctrinal a modo de referencia.

2.3 Concepción económica de patrimonio.

Otra de las concepciones a las cuales se hace necesario referirnos, es a la concepción económica de patrimonio. Esta concepción, considera que el patrimonio de una persona se encuentra conformado por el total de los bienes que a su haber tiene una persona, y los cuales contienen algún contenido o valor económico. De esta manera, se le puede definir como “la suma de todos los bienes con valor dinerario una

⁶⁰ Bajo Fernández Miguel, “Derecho Penal Económico”, 2ª Edición, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2010. p. 116.

⁶¹ Rojas A. Luis Emilio, Op. cit., pp. 138-171.

vez descontadas las obligaciones".⁶² Lo que en definitiva, hace que en el patrimonio no solamente se consideren bienes que la persona tiene a su haber, sino que también sus deudas, visto todo como parte integrante del mismo.

Así Vives señala, que esta concepción mira "al poder fáctico del sujeto y al valor económico de los bienes o situaciones".⁶³ Por lo que la presente concepción, no mira tanto a los derechos que el titular detenta sobre un bien determinado, si no que más bien pone énfasis en bienes susceptibles de ser valorados económicamente, tanto en cuanto a los activos que este mantiene en su patrimonio como los pasivos, los que en definitiva conforman el total del patrimonio que este tiene.

Ahora, respecto de la pregunta a la forma en que se deberían atribuir los bienes al patrimonio de un titular y ser objetos de protección, podemos decir que esta teoría nos ofrece el criterio del intercambio, esto es, "la calidad de una posición de ser objeto de una transacción. De esta manera, pueden atribuirse al patrimonio objetos como las aspiraciones de ganancia meramente fáctica, créditos nulos o la fuerza del trabajo, en la medida que tengan valor económico".⁶⁴ De esta forma, se consideran entonces todas aquellas posiciones fácticas económicamente valiosas, pese a que el ordenamiento jurídico no les otorga un reconocimiento expreso como un derecho subjetivo, desde el punto de vista civil.

Como ventaja, se puede observar respecto de esta concepción (lo cual a mi juicio es un paso más hacia un concepto con mayor aplicación práctica), es que salva el problema de la concepción jurídica en cuanto a la subjetivización del valor de patrimonio, ya en esta concepción no va a ser el titular el que le va a dar valor a sus propios bienes, si no que el mismo mercado, razón por la cual se va a lograr determinar de manera exacta el monto del perjuicio y en consecuencia se va a lograr determinar el tipo penal en cuanto a su objeto.

⁶² Andrés Schalck Muñoz, Op. Cit., pp. 261-292.

⁶³ López Barja de Quiroga Jacobo, "La administración desleal", Madrid, Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, 1999. p. 130.

⁶⁴ Rojas A. Luis Emilio, Op. cit., pp. 138-171.

De esta manera el concepto económico, “protege en primer lugar los derechos subjetivos patrimoniales, pero a diferencia de la teoría jurídica, no por el solo hecho de ser tales, sino en cuanto están dotados de un contenido económico o dinerario”.⁶⁵ De esta manera, quedan afuera de lo que conforma el patrimonio, todos aquellos bienes que tienen un valor de afección para su titular, los cuales se hacen muy difíciles de valorar, ya que siempre el valor que van a tener para quién los detenta, va a ser distinto al que tienen en el mercado, agregando indeterminación al concepto.

No obstante esta ventaja ya apuntada, la presente concepción presenta sus propios problemas o defectos. En este sentido “el ámbito de los sujetos es naturalmente más amplio que lo permitido por el concepto jurídico. La consecuencia de tal teoría sería que todas las organizaciones que pueden actuar jurídica y económicamente a través de su nombre, podrían ser sujeto de objetos patrimoniales”.⁶⁶

Por otra parte, al ser un concepto de patrimonio muy amplio, abarcaría cualquier tipo de bien susceptible de ser apropiado y valorado económicamente, “Por ejemplo las expectativas ilícitas”.⁶⁷ Esto por consiguiente, acarrearía el efecto indeseable de dar protección penal a posesiones de patrimonio que son ilegítimas, lo cual no resulta del todo justo.

Además según Zugaldía, la teoría presenta el inconveniente que por su carácter objetivo, deja afuera cualquier tipo de valoración que tenga la víctima del delito, de la cosa apropiada. Así, “en su marcado carácter objetivo que obliga a valorar la disminución patrimonial privando de significación a las circunstancias del caso individual, dentro de los cuales destacan las necesidades y fines de la víctima de la infracción”.⁶⁸

Finalmente, y la crítica más importante, es que al ser una teoría extrema, recurre a conceptos que están fuera del derecho para delimitar lo que es el patrimonio. De esta manera, “al momento de delimitar los contornos de un patrimonio concreto,

⁶⁵ Schalck Muñoz Andrés, Op. Cit., pp. 261-292.

⁶⁶ Rojas A. Luis Emilio, Op. cit., pp. 138-171.

⁶⁷ López Barja de Quiroga Jacobo, Op. cit., p. 131.

⁶⁸ Ibid, p. 131.

determinando la pertenencia a este de objetos en particular, la teoría económica se ve compelida a acudir a parámetros jurídico-normativos, revelándose así la insuficiencia de criterios exclusivamente económicos para los efectos de satisfacer dicho propósito”.⁶⁹

De esta forma la presente teoría, salvando los problemas de la teoría jurídica del patrimonio, a pesar de dar precisión a lo que se puede entender como patrimonio, adolece de defectos, que agregan a su vez indeterminación al tipo penal que nos convoca, no lográndose de esta forma una correcta interpretación del concepto, en miras de poder dilucidar, cual es el bien jurídico protegido en este delito.

2.4 Concepción Jurídico-económica de patrimonio.

Otra concepción de patrimonio en este delito, es la que corresponde a la teoría jurídico-económica del patrimonio. Como es un poco obvio, la presente teoría viene a tratar de salvar los problemas respecto de las teorías anteriores. De esta manera, se van a afianzar por un lado las fortalezas de las dos teorías anteriores, por unaparte el patrimonio va a poder ser determinado desde el punto de vista de su valoración económica y por consiguiente, el tipo penal se va a ver favorecido ya que se va a poder determinar con exactitud el monto del perjuicio.

Por otra parte dentro del patrimonio, sólo van a caber bienes que se encuentren validados por el ordenamiento jurídico, por lo que quedarían fuera por oposición aquellos bienes ilícitos, defecto ya apuntado respecto de la teoría anterior. Así esta teoría “define el patrimonio como la totalidad de los bienes económicamente transables, en la medida que se encuentren bajo la protección del ordenamiento jurídico”.⁷⁰

De acuerdo a lo anteriormente apuntado, Huerta Tocildo refiere que esta teoría “supone la limitación de los bienes patrimoniales a aquellos que poseen un valor económico, mientras que, frente a la teoría económica, supone una importante

⁶⁹ Schalck Muñoz Andrés, Op. Cit., p. 261-292.

⁷⁰ Rojas A. Luis Emilio, Op. cit., pp. 138-171.

restricción al considerar bienes patrimoniales únicamente a aquellos que el sujeto posee en virtud de una relación jurídica”.⁷¹

No obstante, respecto a este punto de partida en donde comienza la construcción de la figura, se puede decir que esta teoría no se encuentra exenta de críticas. Así, Rojas refiriéndose a Nelles observa “Nelles cuestiona el supuesto del que parte esta teoría, esto es, una tensión entre economía y derecho. Ambos son subsistemas que, más bien, se influyen recíprocamente. No se trata de un sistema económico en abstracto sino de un ordenamiento económico concreto”.⁷²

De esta manera, solamente pueden ser objetos posibles de formar parte de un patrimonio, aquellos de acuerdo al ordenamiento jurídico, pueden ser susceptibles de ser tranzados en el mercado. En este sentido, al regular el derecho el mercado, las transacciones comerciales que en éste se realizan van a ser siempre negocios jurídicos. Es por esto, que bienes que son personales en cuanto a ser susceptibles de poder ser tranzados comercialmente, pasan a formar parte del patrimonio, tales como el “know how”, la fuerza del trabajo, las capacidades o conocimientos técnicos, siempre y cuando estos puedan ser transferibles.

Para poder tener el status de sujeto patrimonial, al cual pueden asignarse los objetos patrimoniales, es condición estar en posesión del poder de disposición sobre los bienes. Este poder, muestra la forma de relación entre el sujeto del patrimonio y el objeto patrimonial. De esta manera, se abre la posibilidad de concebir el medio de ataque, que caracteriza la administración desleal, como agresión en el poder de disposición. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que la facultad de disposición e intereses patrimoniales no revisten la misma calidad, ya que los intereses patrimoniales son más bien el producto del ejercicio de dicha facultad. Así, el interés patrimonial se define finalmente, como el fin de la aplicación del patrimonio, determinado por el sujeto patrimonial.

⁷¹ López Barja de Quiroga Jacobo, Op. cit., p. 131.

⁷² Rojas A. Luis Emilio, Op. cit., pp. 138-171.

Respecto de la teoría referida, podemos agregar también que existen dos corrientes, una que se podría denominar “estricta” la cual acabamos de tratar y otra a la cual se podría denominar amplia. Se diferencian, en que en el caso de la teoría estricta, solamente pueden ser objeto del patrimonio de un sujeto bienes obtenidos de manera lícita, por lo que se trataría de una posesión del bien detentada de esta manera y por tanto autorizada por el ordenamiento jurídico. En cambio en la teoría amplia, se permite justamente la posibilidad contraria, en cuanto a que la posesión de los bienes que componen el patrimonio, basta con que revistan una apariencia de licitud solamente. “Esta apariencia jurídica existe cuando se trata de una posesión obtenida en forma ilícita, pues al ladrón estafador, etc., no se le puede privar de la tenencia de la cosa por las vías de hecho sino que han de utilizarse vías lícitas”.⁷³

Esta teoría por tanto, nos va a poder diferenciar de la forma ya explicitada, al sujeto pasivo del delito que nos convoca, con el sujeto activo del mismo delito, en cuanto a la posición que ambos tendrían respecto de su posición frente al patrimonio.

Así la víctima, siempre tendría facultad de disposición sobre sus bienes a diferencia del sujeto activo, el cual no tendría dicha facultad sobre los bienes de ésta, siendo éste el elemento que permitiría dar por parte de la víctima, un fin determinado a sus bienes, una aplicación específica, abstrayéndolos de los fines o aplicación que le quisiera dar el sujeto pasivo del delito.

A mi juicio esta teoría sería desde un punto de vista formal correcta y nos permitiría mantener una interpretación pacífica de lo que se entiende como patrimonio en aras de dar el correcto contenido a este concepto, como bien jurídico protegido del delito que nos convoca, pero en definitiva deja fuera la utilidad o el interés que puedan tener los objetos o bienes que dentro de su patrimonio revisten para su titular.

⁷³ López Barja de Quiroga Jacobo, Op. cit., p. 132.

2.5 Concepción personal de patrimonio.

Por último, me parece necesario referirme a la “Teoría Personal” de patrimonio, siendo ésta una de las teorías más recientemente elaboradas a fin de poder comprender lo que es el patrimonio. Para ésta teoría el patrimonio “es una unidad personalmente estructurada que garantiza el desarrollo del individuo en el ámbito objetivo”.⁷⁴

Así Otto señala “patrimonio es una unidad estructurada personalmente que asegura el desarrollo de la persona en el ámbito de las cosas. Se constituye de las relaciones de dominio-reconocidas por el ordenamiento jurídico- de la persona sobre los objetos (bienes patrimoniales), que son reconocidos por la comunidad jurídica como objetos autónomos del tráfico económico, es decir, patrimonio es la potencia económica del sujeto jurídico, que se basa en el poder de dominio de los objetos, que la comunidad jurídica considera como objetos autónomos del tráfico en la economía”.⁷⁵

Esta teoría personal hace hincapié, en el valor que las cosas tienen para su dueño, de acuerdo a la finalidad económica que para éste revisten. Así de esta forma los bienes que el titular de ellos detenta, en cuanto a dicha valoración económica van a estar protegidos por el ordenamiento jurídico, y por tanto van a ingresar de esta manera al patrimonio de su titular y ser por tanto objeto de valoración, en miras de poder determinar algún daño que se pudiera ocasionar al titular de éste patrimonio posteriormente.

Así Zugaldía señala, “es suficiente de cara al perjuicio la realización de una disposición sobre los bienes económicos sin que el que la realiza pueda conseguir el fin económico que pretendía. Por esta razón, la determinación del daño patrimonial no podrá efectuarse objetivamente, ya que tendrá un valor diferente para cada persona

⁷⁴ Ibid, p. 132.

⁷⁵ Otto, Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, 1970, p. 34, citado por Luis Emilio Rojas A. Op. cit., p. 138-171.

según la finalidad que ésta tenga en su ámbito económico de acción. Así pues, para ésta teoría el daño patrimonial aparecerá cuando se produzca la frustración del fin”.⁷⁶

Así de esta manera, todos aquellos bienes que se compran o adquieren por dinero, pasan a tener un valor económico propio para su titular una vez que pasan a ser disponibles para su titular, o vuelven a ser enajenados, pasando a formar parte del tráfico comercial y por lo tanto en definitiva, forman parte del patrimonio de una persona.

Ahora la pregunta que cabe formularse es, ¿Que pasa en este caso con las expectativas de ganancia u oportunidades comerciales?, ¿Pueden formar parte del patrimonio de una persona?, o simplemente ¿Quedan fuera por no ser los suficientemente concretas de acuerdo a lo que veníamos comentando? Otto en estos casos señala, “las expectativas y oportunidades de ganancia y adquisición pueden ser partes del patrimonio, en la medida que estén de tal manera concretizadas e individualizadas, que pueden ser vistas como partes autónomas del patrimonio, justamente por que participan en el tráfico económico como oportunidades concretizadas”.⁷⁷

Así por ejemplo, si Juan que es un coleccionista de autos, está interesado en comprar un auto de colección que está avaluado en 100 millones de pesos, negocia con Pedro por este auto el cual accede a venderle dicho auto, pero finalmente le entrega uno muy similar, pero no de colección (siendo casi imperceptible la diferencia a la vista del lego), que de hecho tiene el mismo valor de \$100 millones del precio pagado por Juan, pero en definitiva no corresponde al auto negociado, existiría un perjuicio para Juan, el cual vería frustrada su intención o su expectativa de ingresar dicho vehículo a su patrimonio de autos coleccionables, siendo en definitiva defraudado.

⁷⁶ López Barja de Quiroga Jacobo, Op. cit., p. 133.

⁷⁷ Rojas A. Luis Emilio, Op. cit., pp. 138-171.

Así Otto nos señala entonces que, “los objetos patrimoniales son protegidos en su referencia respecto de los intereses individuales de desarrollo del portador del patrimonio, así el valor monetario (el auto de colección en nuestro ejemplo) que se le atribuye a ese objeto, en el caso concreto, en un determinado instante, es irrelevante, no debe desatender el valor de uso totalmente en favor del valor de cambio de un objeto patrimonial”.⁷⁸

Sin embargo a pesar de lo ya apuntado, la presente teoría no se encuentra exenta de críticas. Así para Vives, “esta concepción sobrevalora el daño subjetivo que pueden producir las diversas conductas lesivas; y Zugaldía afirma que esta tesis no soluciona absolutamente ningún problema que no estuviera ya resuelto con anterioridad correctamente a través de la teoría mixta (jurídico-económica) del patrimonio, puesto que la valoración de la disminución patrimonial, continúa indicando este autor, ha de hacerse primeramente en el plano objetivo, pero en segundo término han de tenerse en cuenta las circunstancias del caso individual, dentro de los cuales destacan las necesidades y fines del engañado”.⁷⁹

Finalmente, debo concordar que en que efectivamente esta teoría, a pesar de hacer un enfoque distinto respecto de los intereses y expectativas del titular del patrimonio, no resuelve mucho más de lo que resuelve la teoría mixta. No obstante debo precisar, que efectivamente no se pueden dejar de lado los fines que el objeto tiene para su titular, al momento de ocurrir el perjuicio.

El tema está, en que efectivamente esta teoría, agrega una cuota de indeterminación importante, al momento de precisar en el tipo penal cual es el perjuicio, ya que al momento de dotar este elemento de un aspecto subjetivo, que viene dado por la valoración que el sujeto pasivo del delito le da al perjuicio, siempre va a variar dependiendo de lo que este sujeto valore respecto del objeto afectado. Así “en

⁷⁸ Ibid, p. 142.

⁷⁹ Vives Antón/ BoixReig/Orts Berenguer/Carbonell Mateu/González Cussac, Derecho Penal. Parte Especial, Barcelona, 1986, p. 747, citado a su vez por Jacobo López Barja de Quiroga, Op. cit., p. 133.

la medida que se utiliza como criterio el valor de uso y no solo el valor de cambio, la determinación de los objetos patrimoniales se vuelve más incierta”.⁸⁰

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

2.6 Posición adoptada frente al patrimonio.

Finalmente y para concluir respecto de este punto, se hace necesario distinguir, que no es lo mismo el patrimonio en sí que los intereses patrimoniales que sobre él recaen. De esta manera, la distracción de dinero del patrimonio del afectado, efectuado por el administrador o mandante del mismo, corresponde a una verdadera administración desleal (lo que se profundizará más adelante). En este sentido, lo que se afecta por una parte, es el deber de lealtad que el mandante o administrador tiene respecto del encargo efectuado por el titular, y por otra parte de manera diferente el perjuicio (por esto es que para que el tipo se pueda determinar este no debe ser difuso o difícil de precisar).

Así, “el deber de protección de los intereses patrimoniales ajenos supera, desde luego el mero deber de custodia, pues no se trata de una protección estática sino dinámica, haciendo producir al patrimonio e ingresando en el patrimonio lo adecuado dentro de los límites de una actuación correcta aplicable del caso. De manera que no

⁸⁰ Rojas A. Luis Emilio, Op. cit., pp. 138-171.

sólo las acciones sino también las omisiones pueden ser consideradas infracciones del deber confiado. Por ejemplo la no reclamación de deudas, la no realización de contratos que surjan, la no producción del nivel adecuado, la no evitación de un daño para el patrimonio, etc. Por último, la producción de una lesión patrimonial es una clara característica que separa a este delito de los de apropiación. La mecánica comisiva no es la apropiación de una cosa”.⁸¹

Es por tanto la teoría jurídica-económica, la que me parece más correcta en aras de compatibilizar el concepto de patrimonio. Esto porque esta teoría, nos permitiría obtener certeza respecto de cuáles son los elementos que configurarían el tipo penal, sin la cuota de indeterminación que la teoría personal nos daría, por considerar elementos subjetivos para la determinación del perjuicio.

Ahora no obstante lo ya mencionado debo agregar, que es importante valorar el aspecto subjetivo que para el sujeto pasivo tienen los objetos patrimoniales que éste detenta, pero como ya se dijo, en un segundo orden de cosas y susceptible de ser valorado caso a caso. Así Rojas refiere que, “Los intereses patrimoniales como determinación del fin no son el objeto de la acción de administración desleal, si no objeto del deber de tutela, de modo que el cuestionamiento de esa determinación del fin solo puede significar la infracción del deber. La conducta infractora del deber se dirige contra objetos patrimoniales concretos que constituyen el patrimonio, los cuales entonces configuran el objeto de la acción de administración desleal”.⁸² Así de esta manera, el perjuicio patrimonial que ocasiona el sujeto pasivo con su actuar (tanto de distracción de dinero y por consiguiente en la administración desleal del mismo), deben considerarse como la infracción al deber de resguardo ya aludido, considerándose este aspecto en la teoría jurídica-económica, siendo por tanto ésta la más armónica a fin de englobar lo ya apuntado.

⁸¹ López Barja de Quiroga Jacobo, Op. cit., p. 139.

⁸² Rojas A. Luis Emilio, Op. cit., pp. 138-171.

Capítulo 3. Derecho comparado, la apropiación indebida de dinero como fenómeno de administración desleal.

Ahora bien como ya se mencionó, anteriormente, se hace necesario revisar la posición frente a este delito en otros países, principalmente, porque creo importante revisar posturas más modernas a las que tenemos en Chile, y que en el fondo vienen a solucionar el vacío legal que tenemos en nuestro país (o la poca claridad en este punto). De esta forma, ciertos países han ido actualizando su legislación en base a los nuevos tiempos y a nuevos fenómenos de criminalidad, dando respuesta a varias interrogantes, que se han ido presentando.

Principalmente encuentro relevante revisar la situación en el derecho Español, ya que por ser la figura de la apropiación indebida, una “copia” de la figura del antiguo código Español de 1842, es interesante ver el desarrollo que ha tenido la figura, especialmente en lo que toca al tema que nos convoca, de la apropiación indebida de dinero y la administración desleal del patrimonio de una persona.

3.1 La figura en Alemania.

En derecho alemán, hasta el año 1998 el tipo básico de apropiación indebida del artículo 246 StGB, no contemplaba el título por el cual el sujeto pasivo del delito entregaba la especie mueble al sujeto activo, para que este la tuviera en posesión o custodia. Es por éste motivo que la aplicación del delito de apropiación indebida en las hipótesis en que el objeto material fuese dinero, estaba restringido solamente al caso en que el sujeto pasivo tenía en posesión o custodia la especie, y no en el caso en que el sujeto activo tuviera el dominio del dinero, siendo esta última situación resuelta por el derecho civil.

Así en el derecho Alemán, hasta el año 1998 de acuerdo Kart Lackner “la opinión dominante entendía que el concepto decisivo para la apropiación indebida de dinero era el de la Custodia (Gewahrsam), como poder concreto y directo sobre la

cosa, y no el más abstracto de posesión (Besitz), de suerte que se interpretaban como conceptos sinónimos, en el sentido de custodia”.⁸³

Si nos damos cuenta, la situación en esa época en Alemania es distinta a lo que ocurre en nuestro país, ya que en el caso de nuestra apropiación indebida, de acuerdo a la forma en que la figura se encuentra tipificada, el título forma parte integrante del tipo penal, y es el motivo por el cual al sujeto activo del delito se le requiere de devolución de manera obligatoria y en particular respecto las especies que fueron entregadas en virtud de éste título. Si ésta se trata de dinero, ésta obligación de devolver el mismo monto, pasa a ser equivalente a una verdadera rendición de cuentas.

Posteriormente al año 98, con la sexta ley de reforma del Código Penal Alemán, la figura de la apropiación indebida (o la apropiación antijurídica), de una cosa mueble ajena ya sea para el propio autor o para una tercera persona sufre modificaciones.

De acuerdo a lo expuesto por el profesor Hernández, refiere en este punto “ahora el tipo básico se limita a reprimir la apropiación antijurídica (para sí o para un tercero) de una cosa mueble ajena, si el hecho no está conminado con pena más grave en otras disposiciones. Con esta nueva redacción se pretende superar ciertas discusiones en cuanto a los alcances del tipo original, pero de nada se altera el régimen del objeto del delito que, tal como antes, es una cosa mueble ajena, lo que se determina conforme a las reglas del derecho civil. Bien Jurídico protegido por la apropiación indebida es sólo la propiedad. La disposición abusiva de dinero obtenido en propiedad con el fin de atender intereses patrimoniales ajenos sólo puede ser punible a título de estafa (Art. 263 StGB) o de administración desleal (Art. 266 StGB), supuesto naturalmente, que se den los presupuestos de uno u otra figura”.⁸⁴

En definitiva el derecho Alemán, de acuerdo a lo que podemos observar, presenta solución al problema de la administración desleal, tipificando su propio

⁸³ Kart Lackner, “Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, Aufl. München, Beck 1993, p. 246, citado a su vez por Héctor Hernández Basualto, Op. cit., pp.201-258.

⁸⁴ Hernández Basualto Héctor, Op. cit., pp. 201-258.

artículo a fin de cubrir los vacíos (y críticas), que tenía su antiguo tipo penal de apropiación indebida, limitándolo solamente a ataques a la propiedad como bien jurídico protegido y permitiendo que con figuras especiales, se puedan solucionar los problemas a afecciones a bienes jurídicos más amplios, que serían abarcados como ataques al patrimonio de la víctima. Ataques patrimoniales que, como ya habíamos apuntado, pueden ser resueltos por la figura de la estafa, pero también con la figura especial de la administración desleal, teniéndose en Alemania una figura especial para este tipo de delitos y sin la necesidad de tener que subsumirla en una figura más genérica, como la nuestra la Chilena.

La legislación Alemana se ahorra con esto, el problema de la discusión interpretativa y soluciona de esta manera los vacíos legales, permitiendo en definitiva, que el código penal pueda dar respuesta a los nuevos fenómenos delictuales del mundo moderno y no los que existían al momento de la dictación del código, como ocurre en Chile.

Como se dijo, hoy existe la figura en el Código Penal Alemán del artículo 266 (StGB) el cual refiere “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 una persona, cuyos intereses patrimoniales él debe tutelar, será castigado con pena privativa de libertad hasta cinco años o con multa”.⁸⁵ Con esto se soluciona, el ataque efectuado al patrimonio de la víctima producto de una distracción dolosa de dinero, o en definitiva de una mala administración efectuada de manera dolosa a fin de afectar el patrimonio de la víctima, salvándose la discusión y por tanto el vacío legal ocasionado por el tipo penal chileno.

La definición ya referida, es lo que se conoce como el tipo de la administración desleal “Untreue”.⁸⁶ El cual sin embargo, y a pesar de que dicha figura viene en solucionar varias situaciones que se pueden dar respecto a fenómenos modernos de

⁸⁵ Rojas A. Luis Emilio, Op. cit., pp. 138-171.

⁸⁶ López Barja de Quiroga Jacobo, Op. cit., p. 143

delincuencia económica, no se encuentra exento de críticas. Así, “se critica que el tipo de administración desleal es amplio o subdeterminado, tanto en su faz objetiva como en su faz subjetiva. El tipo de quiebre de confianza es especialmente criticado por su indeterminación. Incluso una parte de la doctrina estima que se trata de una norma que no satisface las exigencias del principio de determinación legal consagrado en art. 103 inc. 2 de la Ley Fundamental. La ampliación de la concepción de quiebre de confianza, mediante la aplicación del deber de tutela patrimonial al tipo de abuso, vuelve la disposición en su totalidad inconstitucional”.⁸⁷

No obstante lo ya referido en Alemania, la figura goza de una gran aplicación práctica, ya que su defecto a su vez contiene una gran virtud, así “Es al menos claro que su existencia y amplitud explican que en Alemania nunca se haya vislumbrado un posible vacío legal ni que, consecuentemente, se hubiese pretendido extender a este terreno el ámbito de aplicación de la estafa (Betrug, 266 StGB) o de la apropiación indebida (Unterschlagung, 246 StGB), figuras que en general, salvo en casos muy particularmente contruidos, no son aplicables, sea por la ausencia de engaño típico, sea por la ausencia de apropiación de una cosa corporal mueble”.⁸⁸ Esto redundante en definitiva, que no haya sido necesario legislar en ámbitos más específicos como el societario, haciéndose innecesaria la creación de una figura de administración desleal para casos especiales, abarcándose con la figura ya existente un mayor número de situaciones posibles.

Es entonces que, no obstante a lo amplio de la figura y a las críticas que se le presentan por temas de inconstitucionalidad, igualmente mantiene una gran aplicación debido a que ha logrado salvar lagunas normativas, y a ahorrar tipificación extra en otros cuerpos legales, propendiendo por tanto a dar una mayor armonía legal y eficiencia legislativa. Así Seier estima que “este tipo penal es imprescindible en la

⁸⁷ Rojas A. Luis Emilio, Op. cit., pp. 138-171.

⁸⁸ Hernández Basualto Héctor, Op. cit., pp. 201-258.

práctica para el combate de la criminalidad económica, justamente por su flexibilidad y por ser abierto”.⁸⁹

Es así que respecto de la “Untreue” alemana, se puede decir que es un tipo penal amplio, ya que en él coexisten en el fondo dos tipos penales (o dos interpretaciones posibles del mismo tipo como se quiera), esto es el tipo de abuso y el tipo de infidelidad. De acuerdo a Bacigalupo “El tipo de abuso va referido a las relaciones externas, es decir, protege al titular del patrimonio administrado en relaciones jurídicas obligacionales creadas por el administrador respecto del patrimonio administrado en uso de los poderes conferidos; mientras que el tipo de infidelidad protege las relaciones internas, eso es, las relaciones entre el titular del patrimonio y el administrador, respecto de los daños patrimoniales que se deriven de la lesión de los deberes del administrador o apoderado relativos a la percepción de intereses patrimoniales del representado”.⁹⁰

De esta manera, al parecer el tipo penal de “Untreue” Alemán, pareciera recoger las dos posturas que se consideraban hasta ese momento como tipos penales que recogían la infidelidad en la custodia del patrimonio. Así la doctrina en Alemania se encontraba dividida, por una parte se encontraba Binding, el cual sostenía que la esencia del delito radicaría en el abuso de confianza efectuada por el sujeto activo del delito, el cual afectaría del titular del patrimonio afectado.

Mientras por otra parte, la doctrina se inclinaba por que la conducta sancionada es la infidelidad, en cuanto al quiebre de confianza que efectúa el sujeto activo a las instrucciones efectuadas por el titular del patrimonio. De esta forma, y como ya se mencionó el artículo 246 del StGB, recoge en definitiva estas dos posturas, sacrificando por otra parte la posibilidad de que dicho artículo no quedase exento de críticas, por encontrarse éste reñido con el principio de legalidad y por su excesiva amplitud.

⁸⁹ Seier, Untreue, en Achenbach/Ransiek (eds.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, N.19; similar Schmid, WiStR § 31 N. 6ss.; cfr. Dierlamm, NStZ 1997, P. 534; Kuniciel, NStZ 2005, p. 353, a su vez citado por Luis Emilio Rojas A. Op. Cit., pp.138-171.

⁹⁰ López Barja de Quiroga Jacobo, Ob. cit., pp. 126-127.

Ahora bien, “en la medida que la administración desleal solo puede ser cometida por el sujeto que tiene una posición de deber de tutela de intereses patrimoniales es un delito de infracción de deber. Según Roxin este tipo de delito se distingue del delito de dominio, en cuanto éste último se caracteriza por una acción socialmente dañosa, mientras que en el primero no es tan relevante la naturaleza externa de la conducta del autor, pues el fundamento de la sanción radica en que alguien contraviene las exigencias del rendimiento derivadas de un rol social asumido por el mismo. Sin embargo esta diferenciación adquiere significado recién en el marco de la autoría”.⁹¹

Esto ocurre, debido una relación de confianza existente entre el titular del patrimonio que finalmente se ve afectado y el mandatario encargado de cumplir una misión o un rol. Es por esta razón, que el mandatario es finalmente el autor del delito, esto por contar con un rol específico y particular que tiene para con el titular del patrimonio, existiendo de esta manera un dolo especial (en virtud de esta relación de confianza), y no un dolo genérico, como es en el caso del delito de dominio.

Siguiendo con este distingo, “Herzberg en cambio, habla del delito de garante y lo sitúa junto a los delitos ligados a una conducta, oponiendo ambas categorías –tipos cerrados- a los delitos puros de causación -tipos abiertos-. Se está en presencia de un delito de garante, primero cuando toda producción de resultado es típica (de lo contrario se trata de un delito ligado a conducta como por ej. La fuga de un conductor), y segundo cuando el tipo es completamente cerrado en el círculo de autores. No obstante, en la administración desleal, no toda producción de resultado es típica, si no solo la que aparece como realización de la acción infractora de deber. La administración desleal consiste en la provocación de un perjuicio mediante la infracción de un deber en el sentido de la contravención de la norma de conducta, que sirve de presupuesto al art. 266 StGB”.⁹² En este sentido, el artículo de la “Untreue” Alemana, daría el marco jurídico necesario a efectos de especificar en qué caso se pasaría a

⁹¹ Rojas A. Luis Emilio, Ob. cit., pp. 138-171.

⁹² Ibid., pp. 138-171.

llevar este deber de garante y cuando la conducta efectuada por el sujeto activo sería particularmente dañosa.

De este modo, la administración desleal quedaría mejor configurada dentro de lo que GüntherJakobs conceptualizaría como la categoría de delitos de infracción del deber. “En aquella categoría de delitos existe una relación del autor respecto del bien, independiente del hecho, la que se define no solo negativamente en orden a no-lesionar, sino positivamente mediante un status del autor en relación del bien. Este status se encuentra predeterminado y estrictamente normado por contextos de regulación (padres, curador, funcionario), esto es por instituciones. En estos delitos, la competencia del autor se determina mediante el status, no a través del círculo de organización. La administración desleal es un delito de infracción del deber en este sentido, es decir, consiste en una acción que lesiona un deber especial, cuyo fundamento es el status del autor en relación al patrimonio. Este deber especial se denomina deber de tutela del patrimonio”.⁹³

De lo ya referido y siguiendo la línea de Jakobs, se colige en consecuencia respecto del plano subjetivo que, “el deber de garante no es objeto del dolo del tipo, porque la conciencia del deber es conciencia de que se ha infringido el mandato o la prohibición y, por ello, conciencia de la ilicitud que pertenece a la culpabilidad. Sin embargo, el conocimiento de las circunstancias que son características – fundamentadoras - de la posición de garante pertenece al dolo, como sucede con la esfera de organización o del deber especial que se establece en una vía institucional”⁹⁴, como la que tendría especialmente el mandatario respecto de las funciones encomendadas por el titular del Patrimonio o mandante y por consiguiente de acuerdo al deber de tutela del mismo. Así, “En cualquier caso, el error que excluye el dolo afecta, como se ha indicado, a la fundamentación de la posición de garante y, por ello, a la delimitación de la esfera de competencia o de responsabilidad. En ese sentido, sólo en casos limitados puede afirmarse que el autor actúe sin dolo (error de

⁹³ Jakobs, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Apdo 7, N.70, y Apdo. 21 N.116, citado por Luis Emilio Rojas A. *Op. cit.*, pp. 138-171.

⁹⁴ Pérez del Valle Carlos, “La administración desleal”, Madrid, Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 73.

tipo), pues el aspecto esencial en la fundamentación de la posición de garante es su relación con el patrimonio administrado, y este hecho-el hecho de ser administrador-difícilmente puede ser ignorado”.⁹⁵

Ahora bien, en Alemania respecto del dolo en la administración desleal y respecto de que elementos del tipo comprendería, la doctrina dominante incluiría tanto la infracción del deber como también la producción del perjuicio. Entre los que mantienen ésta apreciación está Hübner el cual refiere, “se actúa con dolo de administración desleal, cuando se conoce el deber de tutela del patrimonio ajeno, se le infringe consciente y voluntariamente, y se prevé como posible, que mediante la conducta se provocará un daño patrimonial confiado”.⁹⁶ Así de esta forma de acuerdo a lo postulado, el dolo del autor incluiría el prever la posibilidad del daño en el patrimonio administrado y de esta forma el autor del delito tendría absoluta claridad de dicha posibilidad y sin embargo actuaría de igual manera, ocasionando el delito.

La opinión anterior, también es mantenida por Shünemann, “pero con la aclaración de que el art. 266 StGB exige por cierto, dolo de perjuicio patrimonial e incluso que regularmente el dolo de la infracción del deber resulta de aquel”.⁹⁷ De lo precisado anteriormente por Shüneman, creo y concuerdo al igual que el profesor Rojas, que tal apreciación no es del todo correcta, ya que no se puede incluir en el dolo, desde el punto de vista de tener conciencia de la ilicitud, una circunstancia que no es del todo previsible por el autor. Esto, porque por una parte eventualmente podría ser que el perjuicio del delito no se cometiese, o que por otra, se cometiese de una manera que tuviese una mucha menor entidad. Por lo que en definitiva, el dolo no puede centrarse en una condición valorada posteriormente a cometido el delito, si no que como toda conciencia de ilicitud, debe ser prevista antes de cometerse el ilícito y así de esta manera, tener el autor claridad de estar vulnerando su verdadero deber de garante frente al patrimonio administrado.

⁹⁵ Ibid, p. 74.

⁹⁶ K.Hübner, Leipziger Kommentar, 10ª edición, § 266 N.103, citado por Luis Emilio Rojas A., Op. cit., pp. 138-171.

⁹⁷ Shünemann, Leipziger Kommentar, 11ª edición, § 266, N 153 s., citado por Rojas, pp. 138-171.

En el sentido ya expuesto, Frisch refiere "que las circunstancias que temporalmente tienen lugar después de la acción, como ocurre con el resultado, no pueden ser determinantes, sino solo las que fueron abarcadas por el conocimiento del destinatario de la norma en el momento de la acción. En la medida que la conexión de imputación, exigida como elemento del perjuicio patrimonial, sólo puede ser verificada desde una perspectiva ex post, tampoco puede formar parte del objeto del dolo. Pues solo lo que el autor conoce en el momento de la acción, puede ser relevante desde el punto de vista de una racionalidad orientada a fines y valores".⁹⁸

Esta posición a mi juicio, viene a dar paz desde un punto dogmático y también certeza jurídica respecto de este punto bastante discutido, logrando entonces tener mayor claridad respecto del deber de garante que verdaderamente (y finalmente), tiene el sujeto encomendado al administrar un patrimonio ajeno. Esto, tiene alcances que son importantes frente a una argumentación tendiente a posteriori a desvirtuar la responsabilidad del sujeto activo del delito, en cuanto a no haber tenido participación en el hecho, ya que este no sabría que estaría cometiendo un perjuicio en el patrimonio administrado. Lo anterior, a pesar de saber que efectivamente estaba administrando contrariamente a lo que se le había encomendado por su mandante.

Así por tanto, con esta postura más restringida del dolo que "el error sobre la extensión del deber de garante es error de prohibición como lo son los demás errores directos (sobre la permisión) o indirectos (sobre la concurrencia de causas de justificación) sobre la autorización del comportamiento. De este modo, el administrador que considera que su conducta no constituye un abuso de las funciones de su cargo, incurre en un error de prohibición, puesto que se equivoca en la extensión del deber de garante y no en las circunstancias que lo fundamentan en su posición".⁹⁹

Finalmente y para concluir este punto, en la doctrina Alemana Frisch refiere "Obra dolosamente el autor, que parte para sí de un riesgo de su conducta, que con

⁹⁸ W. Frisch, Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes: zugleich ein Beitrag zur Behandlungsaussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen, Heyneman, 1983, p. 96 y ss., citado a su vez por citado por Ibid, pp. 138-171.

⁹⁹ Carlos Pérez del Valle, Op. cit., p. 75.

vistas al bien jurídico protegido por la norma no es más tolerado por la misma. En el ámbito de la administración desleal actúa entonces dolosamente no aquél que se representa el riesgo de un perjuicio patrimonial, sino el autor, que parte, para sí, de un riesgo prohibido de su conducta”.¹⁰⁰

3.2 La figura en Austria.

En Austria a mi juicio el tema de la administración desleal de bienes confiados, específicamente de dinero, es bastante claro. En este país la apropiación indebida, cuida la protección del patrimonio en su totalidad, como bien jurídico y no solamente la propiedad de bienes específicos.

Esto se soluciona, mediante el artículo 133 del Código Punitivo Austríaco, en el cual se tipifica la figura de la apropiación indebida, mediante la apropiación de un bien que ha sido confiado por el titular de la especie hecho con el propósito de enriquecerse ilícitamente. Así la norma, “emplearía deliberadamente la palabra “bien” (“Gut”), en vez de cosa (“Sache”) y se cuidaría de no exigir su ajeneidad, precisamente para evitar lagunas de punibilidad derivadas del hecho que, conforme a las reglas del derecho civil, el traspaso de la propiedad de cosas fungibles se verifica con la entrega de las mismas”.¹⁰¹

De esta forma en el derecho Austríaco se soluciona el tema de la apropiación indebida de dinero, ya que en el fondo lo que bien se trata de evitar es que la víctima sufra el ataque a su patrimonio “desde adentro” (y mediante la confianza depositada por el autor), y que el autor del delito dolosamente mediante el dinero confiado, se lo apropie dolosamente o se enriquezca a expensas del autor de manera ilícita.

Ahora bien, como bien apunta el profesor Hernández, esta figura Austríaca no logra salvar la justificación de una figura penal, a lo que sería un simple incumplimiento contractual, el cual podría ser resuelto mediante las normas del derecho administrativo

¹⁰⁰ W. Frisch, citado a su vez por Luis Emilio Rojas A. pp. 138-171.

¹⁰¹ Héctor Hernández Basualto, Op. cit., pp. 201-258.

(vía indemnización de perjuicios, intereses por mora, o alguna cláusula penal que se anticipe al abuso de una mala administración), ya que la figura no logra diferenciar de manera correcta, entre el deber general de cumplir un contrato de lo que es netamente un delito.

A mi juicio la figura resulta deficitaria, ya que no distingue entre un simple incumplimiento de lo que requiere a mi juicio la administración desleal y que permitiría hablar con propiedad del delito, esto es el dolo del autor. Dolo que consistiría, en la intención de perjudicar deliberadamente el patrimonio de la víctima a sabiendas y aprovechándose del dinero encomendado en administración, mediante el cual el autor en definitiva lograría producir la merma o el perjuicio.

Lo que acabo de referir, no logra distinguirse de manera clara en el derecho Austríaco, ni tampoco se salva jurisprudencialmente en ese país, con la figura de un “fondo presente de cobertura”.¹⁰² Fondo que consiste, en un fondo de respaldo (a la obligación de devolver el dinero u otro bien) y que permitiría responder por parte del sujeto activo, a la obligación de devolver el mismo bien (o monto) al momento de ser exigida la devolución por la víctima del delito. Esta figura, actúa jurisprudencialmente en definitiva, como una verdadera eximente de responsabilidad, pero no logra salvar el distingo entre lo que podemos observar como un ilícito penal, de un mero incumplimiento civil.

Este modelo, adoptado del artículo 266 StGB del Código Penal Alemán, como también, la figura relativa a la figura de apropiación indebida de dinero en Austria, han servido como modelos para lo que se entiende como administración desleal en toda Europa y ha sido imitada y adoptada en legislaciones de otros países, no solamente Europeos. Esto es así, respecto de países de influencia Germánica, países como Portugal y Grecia, y de los países escandinavos, influyendo finalmente a los nuevos códigos de Europa del Éste.

¹⁰² Ibid, p. 221

3.3 La figura en el Derecho Francés.

Otro referente Europeo de la Administración desleal, es la figura del “abus de confiance” o abuso de confianza de gran desarrollo en el derecho francés. De acuerdo a lo expresado en dicha legislación, podemos encontrar dos figuras aplicables a la acepción ya referida una es el artículo 314-1 del Código Penal de 1992, que define el abuso de confianza como “distraer, en perjuicio de otro, fondos valores o un bien cualquiera que le hayan sido entregados y que haya aceptado con cargo de devolverlos, presentarlos o hacer con ellos un uso determinado”.¹⁰³ Lo relevante con esta figura, (a diferencia de lo que ocurre con nuestro derecho, respecto del título que obliga a la entrega) es si al sujeto activo se le da o no la facultad para poder utilizar para fines propios o no el dinero (u otros valores apreciables en dinero). Si se le entregaron los fondos no para fines propios, si no que específicos (por ejemplo para que los gestione en beneficio de una sociedad como administrador) no los administra de la manera referida, los distrae (dolosamente) y genera un perjuicio, comete el delito.

Por otra parte, ya no en el código penal si no que en el Código de Comercio Francés, existe una interesante figura de “abus de bien sociaux” (y que claramente es mucho más específica que la del código penal ya vista), contemplada en el artículo 241-3. Dicha figura, “sanciona con pena privativa de libertad de hasta cinco años y hasta con multa a quién abuso del poder de disponer de un patrimonio de un tercero o de obligarlo, otorgado por la ley, orden de la autoridad o por negocio jurídico, o infringe el deber de salvaguardar intereses patrimoniales ajenos, que le ha sido impuesto por la ley, orden de la autoridad o negocio jurídico o por una relación de fidelidad, ocasionando con ello un perjuicio a aquél cuyo patrimonio está obligado a salvaguardar”.¹⁰⁴ En este caso, la figura es más especial, ya que refiere por una parte la razón o el título por el cual el agente puede disponer de los bienes (autoridad, ley o negocio jurídico), pero claramente es una figura emparentada con la norma del código

¹⁰³ Ibid, p. 221

¹⁰⁴ Foffani Luigi, Nieto Martín Adán, Corporate Governance y administración desleal, Casos y problemas de derecho comparado europeo, [en línea] <http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/REVISTA_PENAL_DOCS/Numero%2017/corporate.PDF> [consulta: 23 de septiembre del 2015], Revista Penal Doctrina (2017): 110 – 141.

penal, ya que en ambas se sanciona (con distracción en perjuicio, o con abuso de poder para disponer), la infidelidad en la custodia de bienes patrimoniales ajenos, ocasionándose un perjuicio patrimonial a la víctima. Siendo la forma de diferenciar la aplicación de un tipo penal u otro, el título por el cual el agente recibe la especie para administrarla de una forma determinada, razón por la cual se debiera aplicar la figura del código comercial cuando se recibe en virtud de esos títulos, ya que estos tienen fines más bien comerciales, por lo que el objeto jurídico afectado a su vez, es comercial también.

3.4 La figura en Italia.

Podemos decir que en Italia, en su Código Penal, existe la figura del artículo 646, el cual establece al regular la apropiación indebida, que cualquiera, que para procurar para sí mismo o a otros un lucro injusto, se apropie del dinero o la cosa mueble que de otros tengan a cualquier título, en posesión, será castigado, en demanda de la víctima con reclusión de hasta tres años y con multa de hasta dos millones de liras. Si el delito se comete sobre posesiones a título de depósito necesario, la pena es aumentada. Se procederá de oficio, si concurre la circunstancia indicada en el párrafo anterior o cualquiera de las circunstancias indicadas en el numeral 11, del art. 61.

Aparentemente, pareciera ser que el artículo es completamente conciliable con la figura alemana (y en general con lo que ocurre en Europa), pero esto no es así porque de acuerdo a la interpretación que se le ha dado a dicha figura, ésta se aleja de la figura del abuso de confianza ya vista por una parte, siendo la protección otorgada en el artículo solamente a la propiedad y no al patrimonio en su conjunto, por lo que en definitiva se sanciona la imposibilidad de disponer (y de recuperar su propiedad o cosa) y no los detrimentos causados en dicho patrimonio por una distracción de acuerdo a la forma ya vista. Así “a primera vista la interpretación debería ser similar a la que domina

en Alemania, pues se trata claramente de la apropiación de cosas ajenas (de otro), que se tienen sólo en posesión pero no en dominio”.¹⁰⁵

Esto ocurre, porque en el artículo se hace locución a “dinero” y no se habla de valores u otros objetos muebles, por lo que el artículo escapa un poco de la aplicación de conceptos de carácter civil, “Así al mismo tiempo que se declara que se excluye de la tipicidad la posesión que se tiene en virtud de un título que transmita también el dominio, se admite que tratándose de dinero (y de cosas fungibles en general), no tendría aplicación para fines penales el principio civil según el cual la propiedad de las cosas fungibles no especificadas especialmente se transmite con su entrega”¹⁰⁶. De esta manera, la apropiación indebida en Italia, tiene similitudes con lo que ocurre con nuestro tipo penal de apropiación indebida en Chile, en cuanto es coincidente, en que en ambas figuras el bien jurídico protegido (según algunos autores), es la propiedad y no el patrimonio, y que por otra parte el tipo penal se ve limitado por la exigencia de títulos precisos.

No obstante lo anteriormente mencionado en Italia, se ha descomprimido la discusión por la existencia de un nuevo (y más moderno del año 2002) artículo 2634 del Código Civil Italiano, el cual viene a reformar los delitos societarios en dicho ordenamiento, contemplando la administración desleal como “infidelità patrimoniale”¹⁰⁷, el cual castiga con reclusión de seis meses a tres años, interpuesta querrela del ofendido, a “los administradores, directores generales y liquidadores, que, teniendo un interés en conflicto con el de la sociedad, con el fin de procurarse a sí mismos, o a un tercero un beneficio patrimonial injusto u otra ventaja, realizan o participan en la deliberación de actos de disposición de bienes sociales, ocasionando intencionalmente a la empresa un daño patrimonial. La misma pena se aplica a si el hecho es cometido en relación a bienes poseídos o administrados por la sociedad por cuenta de terceros, ocasionando a estos últimos un daño patrimonial”.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Héctor Hernández Basualto, Op. cit., p. 201-258.

¹⁰⁶ Íbid, p. 222.

¹⁰⁷ Foffani Luigi, Nieto Martín Adán, Op. Cit., p. 110 – 141.

¹⁰⁸ Íbid.

Como se puede apreciar, la referida norma es bastante completa pero a su vez específica, razón por la cual en Italia ha tenido nula aplicación (no se conocen sentencias), siendo hasta el momento solamente derecho penal simbólico, pero que intenta incorporarse al panorama de buenas prácticas empresariales de los modelos Europeos.

3.5 La figura en España.

En lo que nos concierne, parte de la doctrina más importante de análisis a mi juicio, es la evolución y la situación de la figura de administración desleal en el derecho Español, ya que como ya revisamos en nuestro trabajo el artículo 470 N°1, tiene como origen la figura del Código Penal Español del año 1848. En este sentido tanto en España como en Chile ha sido objeto de discusión doctrinaria, pero a diferencia de Chile, España ha ido reformando la figura a lo largo de su evolución legislativa.

Así la figura, que fue copiada por el legislador Chileno del código de 1848, pasó a ubicarse en el artículo 452 inc. 1°, que como particularidad y rasgo común entre ambas figuras se puede decir, que “coinciden en que contemplaron dentro del tipo penal el “negar haber recibido” la especie, figura la cual era tipificada en ambos códigos en otros artículos y que era concebida más bien como una forma de hurto, lo cual fue bastante criticado por los juristas de la época”.¹⁰⁹

Es por lo anterior, que en el año 1870, se tipifica nuevamente la apropiación indebida, poniéndose fin a esta forma de “hurto” como negación de haber recibido, e incorporándola a la figura de la apropiación indebida del artículo 548, del Código Penal de 1870, junto con los verbos rectores apropiar y distraer.

Ahora bien, “la figura de la apropiación indebida del artículo 548 del Código español de 1870 (al igual que en Chile), se encontraba tratada en el capítulo de las defraudaciones dentro de la sección de las estafas y otros engaños”.¹¹⁰Lo anterior,

¹⁰⁹ Germán Cueto Etcheberry, Op. cit., p. 88.

¹¹⁰ Ibid, p. 89.

finalmente permite que se pueda entender, de por qué la apropiación indebida debe ser considerada como un delito contra el patrimonio y no solamente como delito contra la propiedad.

Posteriormente viene el código penal de 1928, “el cual respecto de la figura de la apropiación indebida no efectuó mayores variaciones en su estructura.”¹¹¹ Posteriormente, luego el código de 1932, “en que la apropiación indebida se mantiene como una forma de defraudación ubicada dentro de lo que se entiende como estafa y otros engaños, teniendo como modificación la supresión de la frase que había agregado el código de 1870; “o enajenaren o pignoraren”.¹¹²

Posteriormente viene el código Penal de 1944, “en que a la apropiación indebida se le saca de la sección de las estafas y otros engaños y pasa a ubicarse en su propia sección en el artículo 535, además tiene como novedad este código que la apropiación indebida pasa a nombrarse por primera vez como tal”.¹¹³

Luego vinieron las reformas de los años 1967, 1971 y 1973 que no modificaron en nada la estructura del delito, siguiendo luego el proyecto de ley orgánica de 1980, que mantuvo la estructura típica del delito en su artículo 261, pero cambió la forma de determinación de la pena. Esto, porque por una parte se considera delito el caso de la apropiación en cuantía inferior a 15.000 Pts., solo en el caso de que estuviésemos ante un autor que hubiera sido condenado anteriormente por delitos contra el patrimonio de carácter lucrativo o por dos o más faltas de igual clase. Por otra parte, también se considera una disminución de la pena en su mitad inferior, si el culpable restituye lo apropiado dentro de los diez días siguientes al de la iniciación del procedimiento. Esta novedad, parece responder a “razones de política criminal que subyacen en el paralelo delito de malversación de caudales públicos y también a lo que es la situación real del sujeto activo de la infracción, puesto que al tener, ya con

¹¹¹ Ibid, P. 89.

¹¹² Ibid, p. 90.

¹¹³ Ibid, p. 90.

anterioridad a la comisión del delito, la posesión del dinero o efectos, puede suponerse una incitación para disponer, aunque sea temporalmente, de ellos”.¹¹⁴

La modificación anterior, nos da luces de lo que en España venía sucediendo, ya que para 1980, por primera vez se hace alusión a que la apropiación indebida es considerada como un delito de carácter patrimonial y no solamente en contra de la propiedad. Lo anterior es importante, en atención a la posibilidad de utilización de la agravante para el autor, de haber cometido el delito en contra de bienes jurídicos de la misma especie, como ocurre por ejemplo con la apropiación indebida y la estafa, esto por ser ambos delitos de carácter patrimonial. Por otra parte, la distinción es relevante, respecto de la atenuante contemplada para el caso de que se efectúe la devolución del dinero antes de ser perseguido el autor del delito, la cual es un símil del delito de malversación de caudales públicos, también un delito de carácter patrimonial (se afecta el patrimonio en este caso del estado y ya no de un particular).

Finalmente, de acuerdo a esta evolución efectuada en España, llegamos al actual artículo 252 del actual Código Penal Español, vigente hasta nuestros días, en el cual, se tipifica la apropiación indebida dentro del concepto de “valores y activos patrimoniales”.

Pero previo a comenzar el análisis de la figura, me quiero detener en comentar que la actual figura del código penal español, es fruto de una larga evolución en el derecho penal de lo que se ha entendido como apropiación indebida (incluida la hipótesis de distracción de dinero), y de la cual Chile se hizo partícipe en un comienzo al tipificar el artículo 470 N° 1 actualmente utilizado, pero quedándose atrás en cuanto a la discusión respecto de la aplicación y modificación de dicho artículo. Es por esta razón, que claramente nuestro tipo penal se ha quedado en el pasado, no dando abasto a los nuevos delitos que se cometen hoy en día, que afectan ya no solamente el patrimonio, si no que al orden socioeconómico en general y que tanto en Europa y otros países han sabido recoger.

¹¹⁴ Ibid, p. 91.

Ahora bien, el artículo 252 del Código Penal español dispone “serán castigados (...) los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores, o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos”. Por lo que se observa que “en la nueva redacción del art. 252, el objeto de la acción no sólo es el dinero; también se han incorporado los “valores y los “activos patrimoniales”.¹¹⁵

Lo primero que podemos apreciar, es que como ya hemos apuntado anteriormente, el tipo penal aparte de hablar del dinero, habla de activos patrimoniales, contemplando la protección a todo el patrimonio de la víctima. Por otra parte hace mención al dinero expresamente, lo que es correcto porque en definitiva incluye inmediatamente en el tipo dicho bien (ultra fungible por excelencia), por lo que no se genera la discusión de si el dinero se considera o no dentro del tipo penal. Lo anterior sin embargo, no ha sido del todo pacífico y ha generado bastante discusión, así “las consecuencias de reconocer que, salvo en casos muy excepcionales, el que recibe dinero se hace dueño del mismo, de suerte que o bien, no hay en general lugar para la apropiación indebida de dinero, o bien, se castiga el dueño por su incumplimiento, lo que resulta sospechoso de constituir prisión por deudas”.¹¹⁶

Es precisamente, respecto de este punto de la prisión por deudas, la razón por la cual el legislador español incluye el dinero expresamente como posible de ser apropiado indebidamente, tratando de salvar la dificultad apuntada. Esto, a pesar de que como bien ultra fungible, hay consenso en que el sujeto pasivo del delito se hace dueño del dinero, estando obligado a restituir el mismo género (dinero), al dueño una vez que éste requiera su devolución por parte del titular, en virtud del título que genera la obligación de devolverlo.

Dicha apreciación, resulta incompleta a juicio del profesor Hernández, el cual lo complementa a su vez con la apreciación de De la Mata Barranco, el cual entiende que

¹¹⁵ Enrique Bacigalupo Zapater, Op. cit., p. 211.

¹¹⁶ Héctor Hernández Basualto, Op. cit., pp. 201-258.

la posición precisada, no resulta suficiente ya que “debe exigirse adicionalmente la lesión material del bien jurídico propiedad o derecho de crédito, según sea el caso”.¹¹⁷ En este sentido, es que se agrega la posibilidad de que la distracción de dinero, pueda ser interpretada de una manera diferente a efectos de que no sea sinónimo de apropiación, si no que de lesión al patrimonio de su titular y así “recoger la no devolución de objetos, que por su propia naturaleza, una vez recibidos no son susceptibles de ser posteriormente apropiados por quién los recibió, esto es, para la no devolución de géneros, particularmente de dinero”.¹¹⁸

Finalmente de acuerdo a lo ya expresado, se puede apreciar que el verbo rector del tipo español, también mantiene elementos que su tipo penal más antiguo contemplaba, al igual que el actual tipo penal chileno, esto es la mención a los títulos que producen la obligación de devolver, además de incorporar los verbos rectores apropiarse y distraer.

Pero respecto de este último punto en España, se ha producido discusión en torno a una nueva interpretación respecto del artículo 252, en este sentido destacados profesores, como Javier Sánchez- Vera Gómez Trelles, Enrique Bacigalupo, entre otros, han entendido que el ya referido artículo contiene dos delitos en sí mismo, en atención lo anterior a los verbos rectores apropiar y distraer, posición la cual también ha sido refrendada por la Segunda Sala del Tribunal Supremo Español, principalmente en su sentencia de fecha 11 de Febrero de 1998, relativa al caso Argenta Trust, la cual condensa los fallos del mismo tribunal de fecha 7 de Marzo de 1994, 14 de marzo de 1994, 30 de octubre de 1997 y 9 de diciembre de 1997. Así el magistrado y ponente del fallo ya citado, José Jiménez Villarejo refiere “en línea con las interpretación iniciada en las anteriores sentencias, la de 11-2-98 insiste en que tanto en el art. 535 CP derogado como en el 252 CP vigente se yuxtaponen dos tipos de apropiación indebida: por un lado, el clásico de apropiación de cosa muebles determinadas- y por otro, el tipo que sería más correcto determinar de *gestión desleal*”¹¹⁹

¹¹⁷⁻¹¹⁸ *Ibíd.*, pp. 201-258.

¹¹⁹ Jiménez Villarejo José, *Op. cit.*, p. 158.

De esta manera, al contener el tipo penal dos verbos rectores de apropiarse por una parte y distraer la otra, los cuales no son equivalentes, se puede llegar a la conclusión de que en el fondo el tipo penal contiene dos delitos, esto es por una parte como refiere el artículo, los que en perjuicio de otro se apropiaren, de efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hayan recibido en depósito, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos. Pero además, por otra parte, “dicho Art. 252 contendría también un delito contra el patrimonio, el de administración desleal, que vendría positivado en el tenor literal “distraer dinero” o cualquier otro activo patrimonial (...) que se hubiere recibido en administración”.¹²⁰

En definitiva, tenemos lo que se entiende por una parte como apropiación indebida en el sentido “clásico” (al igual de lo que ocurre aquí en Chile) y por otra parte otro delito dentro de la misma “apropiación indebida” ya tipificada (por mantener el nombre del tipo penal, lo que es más bien administración desleal), de bienes fungibles o de otros activos de carácter patrimonial.

En este sentido y de acuerdo a lo referido por el profesor Sánchez –Vera, respecto de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español “Así pues ya que la entrega del dinero convierte al receptor en propietario, no puede cometer delito alguno de apropiación indebida-razona el Tribunal Supremo- quién hace suyo dicho dinero, pues él ya es dueño. En otras palabras: del irrefutable carácter fungible del dinero se inferiría que el delito de apropiación indebida contenido en el artículo 252 del Código Penal no cubre el supuesto del administrador que gestiona de forma desleal el patrimonio ajeno. La única forma de rellenar la aparente laguna legal creada sería, por tanto, a través de la inclusión del delito de patrimonio ajeno allí donde el verbo típico es “distraer”. Y es que, de otro modo, quedaría impune la administración desleal de patrimonio ajeno producida fuera del ámbito societario (Art. 295)”.¹²¹

Podemos advertir, de acuerdo a lo señalado por el profesor Sánchez Vera ya citado, que en definitiva la administración desleal de dinero estaría solamente

¹²⁰ Javier Sánchez-Vera Gómez Trelles, Op. cit., p.1208.

¹²¹ Ibid, p.1208.

contemplada cuando el delito es cometido por particulares, y esto se da fuera del contexto societario. Razón por la cual, se produce un concurso que a mi juicio es solucionado por el principio de especialidad, en el sentido de que la figura de la distracción de dinero u otros bienes fungibles, se sancionaría por el artículo 252 del C.P. Español y solamente cuando el delito se viera comprendido dentro de las hipótesis de administración desleal dentro del ámbito societario del artículo 295, este artículo desplazaría la figura más general del 252 y primaría su aplicación. Esto es así, porque lo que intenta el legislador y en definitiva la jurisprudencia española es evitar vacíos legales o lagunas punitivas, pero esta aplicación del tipo penal sin embargo, no se encuentra exenta de discusión y debate.

Respecto de lo expuesto entonces, que en el caso de la distracción de dinero en España lo que se trata de evitar es el detrimento en el patrimonio del titular de los bienes o dinero administrados por el comitente, a consecuencia de la utilización indebida (o de manera desleal) del dinero o bienes fungibles del sujeto pasivo. En este sentido el profesor Hernández cita la sentencia del Tribunal Supremo Español, la que señala: “en esta hipótesis típica en la que no se da una verdadera acción de apropiación el *“ánimus rem sibi habendi”* es totalmente innecesario. El autor sólo debe haber tenido conocimiento de producir perjuicio patrimonial del sujeto pasivo”.¹²²

De acuerdo a lo ya referido, a mi juicio es éste el punto clave respecto de lo que hace diferente el delito de distracción de dinero como administración desleal, respecto de un mero incumplimiento comercial. Esto es, el hecho de que el sujeto activo del delito, tiene un dolo especial, cual es el dolo de perjudicar patrimonialmente a la persona que le efectúa el encargo, o le entrega el dinero en administración y al que finalmente, por deslealtad (o en general cualquier otro móvil), éste perjudica. Inclusive esta posición, calza con situaciones más extremas en las cuales podríamos encontrar casos de dolo eventual, en el sentido que el sujeto pasivo sabe que realizando esa mala administración del dinero (o bienes fungibles) encomendado, va a ocasionar un perjuicio patrimonial al sujeto pasivo, pero sin embargo no le importa en los más mínimo la probabilidad de que esto ocurra.

¹²² Ibid, p. 1208.

Capítulo 4. Necesidad de adoptar el tipo penal de administración desleal en nuestro país, interpretación más pacífica del tipo, conclusión a la luz de un caso.

4.1 Necesidad política criminal de una figura especial.

Ya preliminarmente esbozado, respecto de la discusión e interpretación que ha tenido en Chile el delito de apropiación indebida queda aún tratar todavía la necesidad de tener una interpretación acorde o un tipo penal especial nuevo que permita abarcar (al igual que en España, Alemania, Italia y en general otros países), los casos de distracción de dinero y en general la administración desleal de un patrimonio ajeno. “Cabe hablar al respecto ante todo de un modelo germánico de represión de esta clase de comportamientos, caracterizado por la existencia de un delito genérico de administración desleal (“infidelidad patrimonial”), incardinado entre los tipos patrimoniales, sin perjuicio de coexistir, o haber coexistido históricamente, con algunas figuras societarias específicas: es el modelo instaurado en Alemania desde el siglo pasado y que ha sido adoptado en Austria, Suiza y en Portugal.”¹²³ Por otra parte, “Además de este modelo germánico, puede hablarse de también de un modelo francés y de un modelo Italiano”.¹²⁴

De acuerdo a lo ya visto, podemos entender que en nuestro país, por la falta de reforma de un Código Penal y también quizás por la falta de interés por parte de nuestro legislador, nos estamos dando cuenta que nuestro Código Penal se va quedando en el pasado. Lo anterior, ya que no ha logrado dar una respuesta a los nuevos fenómenos de delincuencia moderna, como son la delincuencia empresarial o económica.

Lo ya expresado, hace entonces que nuestro Código finalmente sancione solamente a personas comunes y corrientes, las cuales podemos englobar dentro del

¹²³ Martínez-Buján Pérez Carlos, “Derecho penal económico”, Madrid, edit. Tirant lo Blanche, 1999, p. 454.

¹²⁴ Ibid, p., 454.

concepto que se entiende como “el hombre medio” (que cada cierto tiempo se evoca al ejemplificar) y que en sus artículos no alcance a cubrir nuevos fenómenos criminológicos. En este sentido, me refiero a delitos cometidos por personas que escapan a éste concepto de hombre medio, que cometen delitos escudados detrás de compañías o multinacionales, las cuales les permiten obtener grandes ganancias, gracias a verdaderos vacíos legales.

De esta manera, estos empresarios, obtienen ganancias de manera ilícita (o más bien poco éticas ya que son conductas que no se encuentran tipificadas), pasando a llevar muchas veces a personas comunes y corrientes, las cuales se ven perjudicadas y que no tienen mucho que hacer para buscar una adecuada reparación. Esto porque en la actualidad, no se cuenta con mecanismos apropiados, que permitan perseguir a este tipo de delincuencia moderna y dar la adecuada protección.

Es así que por ejemplo, respecto de la situación en España, que llevó a realizar un cambio en su legislación se puede referir que, “la doctrina española se refiere a la legitimidad de la intervención en abstracto del derecho penal para sancionar esta clase de comportamientos, en la medida en que representan un ataque intolerable para un bien jurídico de naturaleza patrimonial individual perfectamente delimitado. Cuando alude a la necesidad dogmática, la doctrina se refiere, en cambio, a la imposibilidad de castigar muchos casos de administración desleal del patrimonio ajeno a través de las figuras delictivas tradicionales como las falsedades, las maquinaciones para alterar el precio de las cosas, la estafa o la apropiación indebida”.¹²⁵ Situación que actualmente, ocurre en Chile, pero que la mayoría de las veces no tiene sanción, por la ausencia de un tipo penal adecuado.

4.2 Delincuencia económica, derecho penal de los pobres.

En este sentido podemos entender que se trata de fenómenos criminales de “cuello blanco”, concepto acuñado por Edwin Sutherland, el cual después de efectuar una revisión de delitos e infracciones atribuidos a grandes corporaciones señala que

¹²⁵ Ibid, p. 455.

“también existe una delincuencia de clase alta, sólo que con características diferentes a las que ostentan las conductas que tradicionalmente habían sido (y siguen siendo principalmente) objeto de investigación criminológica, características especiales que estarían condicionadas por el distinto entorno social y, específicamente, profesional de los sujetos”.¹²⁶

Por otra parte, el profesor Hernández aprecia con razón que “existe una delincuencia consistente en la infracción de las regulaciones de la vida económica, tanto más relevantes en un contexto de mayor intervencionismo estatal, pero que en virtud de una serie de factores sociales no es apreciada como tal y, en consecuencia, no es reprimida efectivamente. El delito económico no genera la misma alarma pública, los responsables son vistos como ciudadanos respetables, la represión penal parece injustificada y desproporcionada para los propios operadores del sistema penal, sin contar con que se trata de imputados que disponen en abundancia de medios de todo tipo para contar con defensas de primer nivel e, incluso, eludir de modo más o menos informal el hecho mismo de la persecución penal. Frente a este cuadro, no es difícil entender que aquéllos que llegaran a preocuparse del asunto concordarán en erigir como meta de política criminal en la materia un aumento relevante de los niveles de efectividad de la persecución y represión penal de los delitos económicos”.¹²⁷

Claramente y en concordancia con lo referido por el profesor Hernández, a raíz de esta diferenciación en el trato que se le da a este tipo de delitos en general y en lo particular a la administración desleal, es que se presenta una desigualdad de clases, o una verdadera “justicia de clase”, que vulnera el principio de igualdad ante la ley establecido constitucionalmente. Esto no deja de ser menor, ya que en definitiva podemos ver un fenómeno, o sensación de impunidad que se ha comenzado a percibir en estos últimos tiempos y que trasunta a toda la sociedad en que vivimos.

¹²⁶ Sutherland Edwin “El delito de cuello blanco” (trad. Del Olmo), Madrid, La piqueta, 2000, pp.64 y ss., 87 y ss.

¹²⁷ Hernández Basualto Héctor, “Perspectivas del derecho penal Económico en Chile Persona y sociedad”. Persona y Sociedad Universidad Alberto Hurtado. Vol. XIX. (1): 101-134, 2005.

Esta sensación de impunidad viene dada, ya que ciertos delitos cometidos por este tipo de delincuente, como en el caso de la colusión de las farmacias en la cual a los altos ejecutivos se les sancionó con una salida alternativa a una condena (Suspensión Condicional del procedimiento para ser preciso), o en el caso de las repactaciones unilaterales de crédito de la empresa “La Polar” a pagos de indemnizaciones de perjuicios, o como lo que últimamente ha ocurrido con el caso “Penta”, no obstante el gran número de perjudicados y de eventuales víctimas que con su delito afectaron, son en definitiva los imputados, receptores de una sanción mucho más baja que la que cometería un ciudadano común que comete un simple hurto.

Esto en definitiva genera descontento por parte de la población, la cual ve con impotencia como el derecho penal se convierte en un Derecho Penal de los pobres, que solamente sanciona figuras típicas más clásicas y que en definitiva los grandes fraudes, o las administraciones de las empresas que de manera organizada delinquen, tienen penas muy bajas o nulas.

Así respecto del delito de apropiación indebida y de acuerdo a lo revisado tradicionalmente en doctrina, éste se ha caracterizado por dos cosas “en primer lugar, la existencia de un comportamiento ilícito del autor sobre la cosa como si fuese verdaderamente el dueño de la misma, es decir, un comportamiento que objetivamente presupone realizar un acto dominical ilícito y que, por supuesto, concurre también cuando el dinero es recibido en administración. En segundo lugar, la existencia de un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie, trátase de dinero o trátase de cualquier otro bien”.¹²⁸

Por otra parte, en el derecho Español la doctrina apunta algo bastante clarificador con los fenómenos de delincuencia moderna y que me parecen ilustradores para nuestra realidad, “así las cosas, la doctrina especializada más autorizada se ocupó del tema, respaldada por la jurisprudencia mayoritaria, coincidió en asegurar que el delito de apropiación indebida resultaba inaplicable en muchos supuestos (en especial en el ámbito bancario) en los que no tiene lugar o no se puede probar, una

¹²⁸ Martínez-Buján Pérez Carlos, Ob. cit., p. 456.

auténtica apropiación (definitiva) de fondos sociales, dado que se trata de puras conductas de distracción provisional, cuyo título previo suele estar revestido, además, del carácter de préstamo de mutuo; en tales casos el T.S. desestimó tradicionalmente el delito de apropiación indebida, con la excepción de los supuestos en los que se puso probar (cosa ciertamente difícil) que se trataba de “negocios vacíos”, carentes de un principio de toda realidad y seriedad”.¹²⁹

De acuerdo a lo anterior, y sin considerar algunas conductas que son más dudosas en cuanto a su aplicación, existen conductas que siendo similares al tipo penal de la apropiación indebida, no encajan en este, siendo las más ilustrativas las siguientes: las conductas de “autopréstamo”, es decir la obtención de créditos por parte de los controladores de una entidad bancaria, bien ya sea por ellos mismos, como también en el caso de que el préstamo se efectúe a personas vinculadas a ellos es decir, una abusiva utilización del crédito a favor del grupo controlador del banco, en situaciones que pueden causar un perjuicio a la entidad bancaria; otro caso de común ocurrencia es la prestación de garantías con bienes de la sociedad para el afianzamiento de deudas personales de los administradores; otros casos, son los supuestos de “autocarera encubierta” esto es, la adquisición de acciones del banco con los fondos del propio banco, restando así efectividad al capital social, con el fin de mantener artificialmente la cotización en bolsa. Por otra parte, podría aún abarcarse un mayor número de casos, si es que en definitiva el legislador considerara la necesidad de castigar penalmente el comportamiento desleal que causa un mero riesgo (y no un perjuicio lesivo), para el patrimonio administrado.

De acuerdo a lo ya referido, con nuestra legislación actual, el problema radicaría en que no se podría configurar el tipo penal de apropiación indebida, debido a la dificultad (o imposibilidad), de acreditar un acto de disposición del bien que se hace como propio, y que implique un incumplimiento de manera definitiva de la obligación de entregar o devolver, sino que simplemente se podría probar un uso abusivo de los fondos administrados, lo que en definitiva no es punible.

¹²⁹ Ibid, pp. 456-457.

Por otra parte, el hecho de no actualizar nuestro código en ciertas figuras como las que en este trabajo tocamos, hace que el delincuente más preparado, que tiene una mejor educación o en definitiva es “de cuello blanco”, opte por realizar este tipo de delitos, ya que en definitiva le resulta mucho más conveniente, ya que genera muchos más beneficios económicos y lleva asociada una mucha menor sanción.

Asimismo, vivimos cada vez más en un mundo globalizado en el cual Chile realiza todo tipo de negocios con otros países, y resulta ser que Chile es también un mercado atractivo para inversionistas extranjeros. Es por esto, que se hace posible invertir en empresas sometidas a distintos ordenamientos jurídicos, en las cuales las normas éticas y jurídicas, que regulan temas como la responsabilidad empresarial resultan cada vez más homogéneas. Esto trae, una consecuencia necesaria para todo este proceso, cual es, que la integración económica también hace que los países se integren jurídicamente.

De acuerdo a lo dicho, surge entonces un nuevo concepto, el de “corporate governance”¹³⁰, esto es un conjunto de nuevas normas que regulan el modo en que se debe organizar, decidir y responsabilizar dentro de una empresa. Esto se hace palpable en Chile, en la inclusión de nuevos cuerpos normativos a nuestra legislación, como por ejemplo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo cual claramente es una respuesta del estado chileno a lo que estamos refiriendo.

Se puede decir, que respecto del concepto ya referido, este se mueve en tres grandes áreas. La primera es la que afecta la tutela penal de la transparencia empresarial, el cual guarda relación con los aspectos de la empresa que han de hacerse públicos, esto es desde la organización de la empresa hasta las facultades y retribuciones de los altos cargos. Por otra parte, otro aspecto importante de este concepto, está “en la mejora de los sistemas de control de gestión, el cual toca aspectos como la objetividad de los auditores internos y externos que tiene la empresa,

¹³⁰ Foffani Luigi, Nieto Martín Adán, Ob. Cit. http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/REVISTA_PENAL_DOCS/Numero%2017/corporate.PDF.

el fomento de la delación de conductas impropias por parte de los empleados (“Whistleblowers”), o por ejemplo quién es el encargado de concretar dentro de la empresa quién es el encargado de la veracidad de las cuentas”.¹³¹ Lo anterior, toca al tema por ejemplo de la responsabilidad de las personas jurídicas, sistema jurídico penal que establece un marco para las empresas, que tiene por objetivo estas adopten medidas tendientes a cumplir con los fines ya expuestos.

Otro aspecto a considerar, guarda relación el abuso de poder por parte de los administradores de las empresas. Es en este punto, en donde nuestro país es muy diferente a Europa o Estados Unidos en donde el concepto de “corporate governance”¹³² o derecho penal empresarial, se encuentra bastante más desarrollado que en nuestro país. Chile en este aspecto, presenta normas deficitarias, particularmente en lo que nos toca que es la administración desleal. Como se está viendo en los últimos tiempos, han ido apareciendo casos (o se han ido transparentando), en los cuales los administradores de las empresas han caído en el delito, pero en definitiva como la figura no se encuentra bien regulada ocurre que quedan impunes, ya que la conducta no se enmarca dentro de ninguna de las demás de nuestro ordenamiento.

Lo ya expuesto es peligroso, en el sentido de que Chile frente a estos casos y a empresarios inescrupulosos, se convierte en un país atractivo para invertir, ya que se pueden adoptar estas conductas y cometer este tipo de delitos como la administración desleal, o la colusión de farmacias u otros (ya que la lista puede ser interminable) sin que se reciba mayor castigo.

Frente a lo ya expuesto, es que finalmente por razones de política criminal Chile debe avanzar en estos temas y les debe dar la importancia que requieren, ya sea dando una interpretación adecuada a la norma existente de apropiación indebida o creando un tipo especial como en España (pero intentando subsanar sus defectos,

¹³¹Ibid, P. 111.

¹³²Ibid, P. 112.

regulando la correcta aplicación de la norma), o en definitiva adoptando figuras penales, que permitan eliminar las lagunas de punibilidad de nuestra legislación.

4.3 Conclusión a la luz de un caso.

Como hemos venido analizando, podemos ver que la figura de la apropiación indebida de dinero es bastante limitada, principalmente debido a que la estructura típica del artículo 470 N°1 de nuestro Código Penal, ya que esta no nos permite poder abarcar todas las situaciones que en la práctica pueden presentarse, como sí ocurriría si contáramos con un verdadero tipo de administración desleal. En este sentido, se hace necesario que nuestro Código Penal se adapte a los tiempos, y logre cubrir todas las situaciones que finalmente en la praxis legal se suscitan.

Así como bien refiere Hernández, “todo indica, en consecuencia, que la solución óptima pasa por la introducción de un tipo penal de administración desleal. En el caso del derecho chileno esta conclusión se ve reforzada por la ausencia de matices en el texto legislativo (como ocurre con el nuevo texto español), o de una tradición Jurisprudencial (como la francesa) que permita una aplicación amplia de la apropiación indebida”.¹³³

En el sentido ya expuesto, podemos ver como lo ya referido se puede analizar en un fallo reciente de la Octava Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, relativa a la nulidad impetrada tanto por el Ministerio Público, como también por la parte querellante, respecto de la sentencia definitiva dictada por el Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago. Sentencia que en definitiva, absuelve a Daniel Yarur Elsaca del cargo de apropiación indebida, respecto de la administración de bienes de su primo Jorge Yarur Bascuñán.¹³⁴

¹³³ Ibid, P. 255.

¹³⁴ Catrón Silo Jimena, Ob. Cit.

<http://www.litoralpress.cl/design3/lpi/mostrarpjgm.asp?id=29622694,29622709&idT=7007164&carp=fiscalianacionaljusticiapenal&ve=0>

El caso consiste en que en Noviembre del año 1999, en el consulado de Chile en Milán, Jorge Yarur Bascuñán (la víctima) nombró como su mandatario, con administración general de bienes, a su primo e imputado en el caso Daniel Yarur Elsaca, mandato que finalmente, fue ejercido hasta el mes de Diciembre del año 2009.

Previamente a lo ya referido, “en el mes de septiembre del año 1999, Daniel Yarur fue designado como director y asumió la gerencia general de las sociedades Inmobiliaria e Inversiones Tauro S.A. e Inmobiliaria Milano S.A., de las que Jorge Yarur Bascuñán es propietario indirecto y controlador. Luego con fecha 18 de diciembre del 2001, Daniel Yarur también fue designado como Director y Gerente General de la sociedad de “Inversiones T&V S.A.”, por acuerdo de sus accionistas, las sociedades “Tarascona Corporation” (6,5%), “Hofstra Corporation” (62,5%) e “Inversiones Veneto S.A.”(31%) de las cuales Jorge Yarur era propietario y controlador”.¹³⁵

Posteriormente, y manteniendo el control de las empresas de su primo Jorge Yarur, Daniel Yarur creó al menos 5 fondos de inversión privados (“FIP”), a los cuales inyectó fondos desde las inmobiliarias administradas (Tauro S.A., Inmobiliaria Milano S.A. e Inversiones T&V), fondos los cuales pasaron a ser ahora administrados por una nueva entidad de propiedad de Daniel Yarur, “la cual tomó el nombre de Administradora de fondos de Inversión Global Blue Management S.A., que se pasó a llamar GM&E Asset Management S.A.”.¹³⁶

Finalmente, y para pasar a asumir el control de todas las propiedades de su primo Juan Yarur, Daniel Yarur, contó con poder de representación conferido en las Islas Vírgenes Británicas, respecto de las sociedades extranjeras Hofstra Corporation y Tarascona Corporation, ésta última dueña del 1,47% de las acciones del Banco BCI.

De esta manera, de acuerdo a lo consagrado en el artículo 470 N°1 del Código Penal, con las actuaciones realizadas se cumpliría con el primer requisito del tipo penal

¹³⁵Sentencia Octava Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 21 de Julio del 2014, Rol de Corte: 1420-2014,PJUD.CL en relación con el fallo absolutorio dictado por el 3° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, [RUC N° 1.110.012.155-9 RIT N° 262-2013 C ... - Pulso](#)

¹³⁶ Ibid.

del delito, en este caso el “título” que aunque el tipo ya referido “no se sirve de la locución “mandato”, incluye en el enunciado ejemplar de títulos idóneos la “comisión” y la “administración”.¹³⁷ Esto ocurre en el caso que analizamos, al entregársele poder amplio por parte de la víctima a su primo el imputado, dejándolo en poder de todos sus negocios, como bien reza el artículo 2116 del Código Civil al definir el mandato como un contrato “en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera”.

Ahora bien, el caso en comento se puede desglosar en dos hechos, que son en los cuales se enmarca el caso; el primero consiste en que con fecha 14 de Diciembre del 2007, actuando en uso de los poderes previamente conferidos a él mediante carta remitida desde sus oficinas, Daniel Yarur instruyó al estudio jurídico ubicado en Panamá “Icaza”, para que éste nominalizara el total de las acciones de Tarascona Corporation a nombre de una entidad denominada Nueva T Corp (NTC), la cual era del dominio de Ewland Corp, que a su vez era propiedad del imputado Daniel Yarur. Esta operación, permitió que el título al portador en que consistían las acciones, pasaran a ser un título nominativo, identificándose con Daniel Yarur de esta manera, estas acciones que en un principio habían sido emitidas solamente al portador, haciéndose en definitiva, dueño de las mismas.

Mediante el mecanismo ya señalado, Daniel Yarur, dueño en ese momento de Ewland Corp, dueña su vez de NTC, se apropió de la sociedad Tarascona Corp, y consiguientemente, del 1,47% de las acciones del Banco BCI (en Chile), las cuales pertenecían, a través de Tarascona Corp, al patrimonio de Jorge Yarur Bascuñán, lo anterior, sin mediar contraprestación económica alguna. Luego de esto, con posterioridad, mediante asamblea extraordinaria de aportantes del FIP “Anacapri Investment Fund” de propiedad de la víctima Jorge Yarur, se aprobó la compra por un monto de US\$ 42.985.630, de las acciones (ya nominalizadas de acuerdo a lo ya referido) de NTC, pagadas a Ewland, entidad a la cual pertenecían y de la cual era propietario Daniel Yarur.

¹³⁷ Politoff Lifshitz Sergio, Ob. cit., P. 167.

Así, “de esta manera las acciones de Tarascona Corp., dueña del 1,47% de las acciones del Banco BCI, vuelven a ingresar al patrimonio de Jorge Yarur, de cual habían sido sustraídas 10 días antes, pero esta vez debiéndose pagar el precio indicado, sin que existiera una variación en el valor de la acción del Banco BCI, único activo de Tarascona, que pudiera afectar el valor de ésta. Lo anterior configuró un perjuicio patrimonial, del mismo monto al del precio ya referido, para las sociedades aportantes del FIP Anacrapri (uno de los 5 que fueron creados por el imputado), todas a su vez de Jorge Yarur Bascuñán”.¹³⁸De acuerdo a lo referido, tendríamos por una parte la “distracción” de los fondos de las entidades de la víctima en favor del patrimonio del imputado, mediante las maniobras apropiatorias descritas así como también “perjuicio”.

Ahora bien, también existe un segundo hecho por el cual el imputado también fue acusado de apropiación indebida. Ocurrió que, durante el mes de Julio del año 2009, en asamblea extraordinaria del FIP Anacrapri, se acordó disminuir el capital de éste en la cantidad de UF 1.212.412, lo que en dinero a esa fecha correspondían a \$25.405.632.743, declarándose en ese momento devolver sus aportes a las sociedades “Inmobiliaria e Inversiones Tauro S.A.”, Inmobiliaria Milano S.A.”, e “Inversiones T&V S.A.”, al darles en dación en pago las acciones de la sociedad NTC que tenía a su vez (como ya se mencionó), en su activo el total de las acciones de Tarascona Corp, en cuyo activo, a su vez, se encontraban el 1,47% de las acciones del BCI.

Posteriormente, Daniel Yarur excediéndose en sus funciones de gerente general de las referidas entidades ya mencionadas (Tauro, Milano y T&V), que eran de propiedad de Jorge Yarur Bascuñán, vende la totalidad de las cuotas que estas sociedades mantenían en el ya referido FIP Anacrapri. En esta venta, adquiere las cuotas ya referidas, la sociedad “Chauquén Limitada”, la cual es de propiedad principalmente del imputado Daniel Yarur. De esta manera, la compraventa efectuada, en cuanto al pago del precio se efectuó sin contraprestación económica suficiente, ya

¹³⁸ Fallo de fecha 23/04/2014, RIT: 262-2013, del 3º Tribunal Oral en lo Penal de Santiago. [RUC N° 1.110.012.155-9 RIT N° 262-2013 C ... - Pulso](#)

que el total del patrimonio remanente del FIP Anacapri era equivalente en moneda nacional a US\$ 25.265.148 dólares.

La operación ya efectuada en definitiva, arrojó un perjuicio patrimonial para las entidades vendedoras de sus cuotas del FIP Anacapri por el equivalente en moneda nacional de US\$16.175.576, dólares, (tanto Tauro S.A., como Sociedad Milano S.A., como también T&V S.A.). Perjuicio el cual, respecto de las entidades ya mencionadas, en definitiva pasa a ser el incremento patrimonial del que goza finalmente la sociedad Chauquén, que es de propiedad del imputado.

Con esto, podemos decir que existen ciertas características que permiten reforzar la idea de que la figura cometida, se encuadra dentro de lo que en doctrina podríamos definir como administración desleal y que, “son las siguientes:

1. La relación de confianza en virtud de la cual surge el deber de proteger los intereses patrimoniales ajenos.
2. La deslealtad en el cumplimiento de dicho deber.
3. La causación de una lesión patrimonial.
4. Se trata de un delito contra el patrimonio”¹³⁹.

De esta manera, a pesar de lo ya apuntado, según los sentenciadores el caso no contaría con los elementos suficientes para poder configurar la figura. Esto, porque no obstante existir un título, éste “estaría constituido por un mandato otorgado por Jorge Yarur Bascuñán a Daniel Yarur Elsaca, en términos amplios, lo que conllevó a que no se detallaran ni determinaran los actos por o para los cuales se confería”¹⁴⁰, razón por lo cual, todo lo entregado es “genérico e indeterminado”¹⁴¹. Por lo que se termina concluyendo, que el mandante Jorge Yarur habría otorgado al mandatario Daniel Yarur, la facultad de disposición de sus bienes de manera general e indeterminada.

¹³⁹ López Barja de Quiroga Jacobo, Ob. Cit., p. 138-139.

¹⁴⁰ Ministerio Público contra Daniel Yarur Elsaca (2014):3° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, Fallo de fecha 23 abril 2014,[en línea] <[RUC Nº 1.110.012.155-9 RIT Nº 262-2013 C ... - Pulso](#)>[consulta: 29 de septiembre de 2015]

¹⁴¹ Ibid.

Así las cosas, se concluye por el Tribunal, que para que se diera en el caso el tipo penal de apropiación indebida, se deberían haber efectuado actos de disposición, que en definitiva el título no debió haber autorizado, lo cual no ocurrió con un título tan amplio como el que Juan Yarur le otorgó a su primo Daniel.

Por otra parte, a su vez razona el tribunal que, “la distracción consiste en aplicar la cosa con ánimo de señor y dueño, a fines o usos, propios o ajenos, distintos a aquéllos que el título autoriza, siempre y cuando concurra el elemento subjetivo antes referido, ya que la mera utilización de ella, reconociendo dominio ajeno, excluiría la figura”.¹⁴²

Por otra parte, otro problema que tuvo el caso fue el de lograr acreditar fehacientemente y más allá de toda duda razonable, el monto de lo que en definitiva se debía restituir, ya que “no se presentó un inventario al inicio y al término del encargo del cual se deprenda o pudiera determinarse en forma precisa, la cantidad a devolver en términos de dilucidar el objeto apropiado y por ende la cantidad perjudicada”.¹⁴³

La consecuencia de esto, es que en definitiva, no se logra salvar la falta de acreditación de un perjuicio como consecuencia de la ejecución total del mandato, y por consiguiente, no se logra configurar tampoco, el tipo penal del artículo 470 N°1 del Código Penal, razón por la cual el imputado fue absuelto de cargos.

No obstante, en cuanto al fallo del Tribunal Oral en lo Penal éste no fue unánime, existiendo un voto en contra de uno de los magistrados, lo cual refleja un poco el sentido que la figura en doctrina comparada (tal cual como lo hemos visto en Alemania y en España principalmente por la semejanza con nuestro antiguo código) tiene, y que refleja una evolución respecto de nuestra figura clásica, la cual permite abarcar casos como el que estamos revisando. Casos que en definitiva, son bastante más complejos respecto de los que tenía en vista el legislador al momento de la dictación del código, haciéndose necesaria una figura de administración desleal, que permitiese incorporar nuevos elementos en el tipo penal, tales como la relación de confianza que debe existir

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Ibid.

al momento de administrar los bienes encomendados, como también, la deslealtad al momento de ejercer dichos actos.

Así de acuerdo a lo observado, el voto en contra del Tribunal en su parte substancial señala, en cuanto a los bienes entregados en administración al imputado, “estos eran todos los que conformaban efectivamente el patrimonio de Jorge Yarur Bascuñán, compuesto por bienes muebles e inmuebles del querellante, tanto en Chile como en el exterior. Dentro de esa multiplicidad de bienes estaban las acciones de Tarascona, las que sin mediar pago alguno y sin que tampoco existiera donación, fueron nominalizadas por orden impartida por don Daniel Yarur con fecha 14 de diciembre de 2007 a nombre de NTC, pasando así desde el patrimonio del primero al del segundo, para luego volver al poder de Jorge Yarur mediando un pago de casi 43 millones de dólares americanos”.¹⁴⁴

Lo anterior, refleja el ánimo por parte del imputado, en cuanto a que realizando actos contrarios a la intención con la cual le fue otorgado el mandato, nominalizó las acciones pagando 43 millones de dólares, distrayendo de esta forma los dineros obtenidos, ya que “Daniel Yarur realizó actos de señor y dueño respecto de bienes, las 500 acciones de Tarascona Corp, de las que dispuso con anterioridad y luego como dueño de las mismas vendió a un FIP cuyos únicos aportantes eran empresas del querellante”.¹⁴⁵

Lo anterior, sin mediar contraprestación alguna y produciendo de la forma ya aludida un perjuicio, que en definitiva por el mérito probatorio en la causa no logra despejar estándares de duda razonable en los otros dos magistrados, quedando en definitiva indeterminado, lo que creo es la razón por la cual finalmente se ven inclinados también a absolver, independientemente de las dificultades que tipo penal pueda tener.

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ Ibid.

Por otra parte, me parece interesante también observar uno de los últimos fundamentos por los cuales votó en contra la magistrado Herrera, y que a mi juicio entiende como la vulneración al principio de la confianza efectuado por el imputado, al no respetar el sentido general del mandato otorgado, ya que se entiende que éste no fue entregado para causar un perjuicio, y que en definitiva no es tomado en cuenta por los otros magistrados. En ese sentido la magistrado refiere “Resulta importante señalar que no puede considerarse que aquello estuviera dentro de las facultades de administración que le fueran otorgadas, toda vez que el mandato aún en los amplísimos términos en que fuera concebido, con las facultades de autocontratar expresamente contenidas, jamás puede ser ejercido en interés del mandatario, sino siempre en interés del mandato”.¹⁴⁶

Por lo que lo que en definitiva y lo más importante del caso ya visto es que “La administración desleal no se comprende solo como un abuso de la posición de poder en perjuicio del patrimonio ajeno. Decisivo es más bien que la acción signifique una lesión del deber de tutela patrimonial. Ello vale tanto para el tipo de abuso como para el de quiebre de confianza”.¹⁴⁷

Ahora bien, me gustaría comparar el caso Yarur, con otro caso emblemático de la doctrina española, el denominado caso “Argentia Trust”¹⁴⁸. En este caso en España, se condenó al banquero Mario Conde por parte del Tribunal Supremo Español a cancelar una multa de 18.250 millones de euros, una indemnización de 600 millones de euros a Banesto, inhabilitación de seis años para cargos en entidades financieras y al pago de las costas del juicio. Esto, por el delito de apropiación indebida (como administración desleal) y por falsificación de instrumento mercantil, cometidos por Mario Conde mientras era el administrador del banco.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Luis Emilio Rojas A. Ob. cit., P. 139.

¹⁴⁸ Ekaizer Ernesto. Seis años de cárcel por el “caso argentia”. [en línea] <http://elpais.com/diario/1997/03/21/economia/858898801_850215.html> [consulta: 29 de septiembre de 2015]

El caso “Argentia Trust”, tiene a todas luces similitudes con el caso Yarur que acabamos de analizar, en cuanto a que a este banquero se le deposita la confianza de la institución para que administre sus fondos por una parte, mediante mandato. El cual excediéndose en ese mandato, dispone de los fondos del banco lucrándose, obteniendo un beneficio y causándole un perjuicio monetario al banco (razón por la cual se le obliga a una indemnización), todo esto a espaldas de las personas que le habían entregado su confianza.

Así, el Tribunal Supremo Español ha dictado diversos fallos, que a mi juicio logran aunar diversos criterios que permitirían dar solución a casos como el Chileno de Jorge Yarur (u otros de apropiación indebida de dinero o administración desleal). Esto en fallos como los de STS 224/98 (de “Argentia Trust”) y que condensan otros fallos cuales son los SSTS de 7 y de 14-3-94 y la de 30-10-97 (todos fallos del mismo Tribunal Supremo español). En aquella sentencia (bastante emblemática por lo demás), “el Tribunal Supremo ha sostenido que el tipo de infidelidad contenido en la distracción de dinero:

1.- Tiene la finalidad de proteger las relaciones internas que se traban entre el titular del patrimonio administrado y el administrador.

2.- Que la disposición sin razones que lo justifiquen consuma el delito y que no es necesario el enriquecimiento del autor; y

3.- Que no es necesario el “animus rem sibi habiendo”, dado que éste sólo tiene razón de ser en los tipos de apropiación”.¹⁴⁹

Por lo que vemos, se hace imperiosa la necesidad por tanto de poder crear un tipo especial, o de complementar el de nuestra vetusta apropiación indebida, que permita dar respuesta a estos fenómenos delictuales modernos, de la misma forma en que por ejemplo en España u otros países se ha hecho. Esto principalmente, ya que un mundo tan globalizado como en el que hoy vivimos, es necesario estar alineados con otros países en lo que respecta a cuestiones de delincuencia económica, y que conductas que en otros países son duramente sancionadas por lo poco ético que representan en nuestro país también los sean.

¹⁴⁹ Enrique Bacigalupo Zapater, Ob. cit., p. 201.

Lo anterior, con el fin de generar lazos de confianza con los países con los que nos relacionamos comercialmente, ya que “Un mercado financiero global, en el que es posible invertir en empresas sometidas a distintos ordenamientos, sólo es posible si las normas, éticas y jurídicas, que regulan la gestión y la responsabilidad empresarial resultan homogéneas”.¹⁵⁰

Así, si Chile quiere mantener un rol activo en mercados internacionales y que otros países confíen en Chile como destino atractivo para poder invertir, necesariamente tiene que modernizarse ya que “la integración económica conduce irremediabilmente a la jurídica, a través de procesos de armonización”.¹⁵¹

¹⁵⁰ Foffani Luigi, Nieto Martín Adán, Ob. cit.,
<http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/REVISTA_PENAL_DOCS/Numero%2017/corporate.PDF>

¹⁵¹ Ibid.

Bibliografía.

- BACIGALUPO ZAPATER ENRIQUE, “LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL”, “LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL”. MADRID, ESCUELA JUDICIAL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, 1999.
- BAJO FERNÁNDEZ MIGUEL, “DERECHO PENAL ECONÓMICO”, 2ª EDICIÓN, MADRID, EDITORIAL UNIVERSITARIA RAMÓN ARECES, 2010.
- BIAGGIO PETROCELLI, “L’A APROPIAZIONE INDEBITA”, NÁPOLI, ALBERTO MORANO, 1933.
- BUNSTER ÁLVARO, “LA MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS. ESTUDIOS DE DOCTRINA Y DE JURISPRUDENCIA”, SANTIAGO, ED. UNIVERSITARIA, 1948.
- BUSTOS RAMÍREZ JUAN, “MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL”, BARCELONA, 2º EDICIÓN ACTUALIZADA, EDITORIAL ARIEL, S.A., 1991.
- CUETO ETCHEBERRY GERMÁN, “EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA EN LA JURISPRUDENCIA”, Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales), SANTIAGO DE CHILE, UNIVERSIDAD DE CHILE, FACULTAD DE DERECHO, 2004.
- GÓMEZ BENÍTEZ JOSÉ MANUEL, “EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL: CRITERIOS DIFERENCIADORES CON LA APROPIACIÓN INDEBIDA Y LOS ILÍCITOS MERCANTILES”, MADRID COLEX, 2001.
- HERNÁNDEZ BASUALTO HÉCTOR, “LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN EL DERECHO PENAL CHILENO”, REVISTA DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO(XXVI): PÁG. 201-258, 2005.
- HERNÁNDEZ BASUALTO HÉCTOR, “PERSPECTIVAS DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO EN CHILE PERSONA Y SOCIEDAD”. PERSONA Y SOCIEDAD UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO. VOL. XIX. (1): 101-134, 2005.
- HUERTA TOCILDO SUSANA, “PROTECCIÓN PENAL DEL PATRIMONIO INMOBILIARIO”, MADRID, CIVITAS EDICIONES, 1980.
- JIMÉNEZ VILLAREJO JOSÉ, “LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL”, “APROPIACIÓN INDEBIDA DE DINERO”, MADRID, ESCUELA JUDICIAL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, 1999.

- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA JACOBO, “LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL”, MADRID, ESCUELA JUDICIAL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, 1999.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ CARLOS, “DERECHO PENAL ECONÓMICO”, MADRID, EDIT. TIRANT LO BLANCHE, 1999.
- PÉREZ DEL VALLE CARLOS, “LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL”, MADRID, ESCUELA JUDICIAL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, 1999.
- POLITOFF LIFSHITZ SERGIO, “EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA”, SANTIAGO, CHILE, EDITORIAL NASCIMENTO. 1957.
- POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, LECCIONES DE DERECHO PENAL CHILENO, 2º EDICIÓN ACTUALIZADA, SANTIAGO, EDITORIAL JURÍDICA, 2004.
- RODRÍGUEZ-MORULLO OTERO GONZALO, “LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL”, “EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS SOCIETARIOS CON ESPECIAL REFERENCIA A LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL”, MADRID, ESCUELA JUDICIAL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, 1999.
- RODRÍGUEZ RAMOS LUIS, “LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL” “LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL DEL ARTÍCULO 295 DEL CÓDIGO PENAL”, MADRID, ESCUELA JUDICIAL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, 1999.
- ROJAS A. LUIS EMILIO “EL TIPO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN EL DERECHO PENAL ALEMÁN”, REVISTA PENAL (23), PÁG. 138-171, ENERO DEL 2009.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES JAVIER, “ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y APROPIACIÓN INDEBIDA: CONSECUENCIAS DE LA DISTINCIÓN JURISPRUDENCIAL, DOGMÁTICA Y LEY PENAL: LIBRO HOMENAJE A ENRIQUE BACIGALUPO”, MADRID, MARCIAL PONS. 2004.
- SCHALCK MUÑOZ ANDRÉS, “EL CONCEPTO DE PATRIMONIO Y SU CONTENIDO EN EL DELITO DE ESTAFA”, REVISTA CHILENA DE DERECHO, VOL. 35 (2), PÁG 261-292, 2008
- SILVA CASTAÑO MA. LUISA, “EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA Y LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL DE DINERO AJENO”, MADRID, EDITORIAL S.L.-LIBROS DYKINSON, 1997.
- SOTO PIÑEIRO MIGUEL, “LA APROPIACIÓN INDEBIDA”, SANTIAGO, EDITORIAL CONOSUR LTDA., 1994.

- SUTHERLAND EDWIN “EL DELITO DE CUELLO BLANCO” (TRAD. DEL OLMO), MADRID, LA PIQUETA, 2000.
- URE ERNESTO, “EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA”, BUENOS AIRES, ED. IDEAS, 1947. PAG.37.
- VIVES ANTÓN T.S., “DERECHO PENAL, PARTE ESPECIAL, 3^AEDICIÓN, VALENCIA, TIRANT LO BLANCH, 1999.
- Vodanovic Antonio, “Curso de Derecho Civil”, basado en las explicaciones de los profesores de la Universidad de Chile A. Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, Tomo II, Nacimiento, Santiago, 1957.

BIBLIOGRAFÍA ELECTRÓNICA.

- FOFFANI LUIGI, NIETO MARTÍN ADÁN, CORPORATE GOVERNANCE Y ADMINISTRACIÓN DESLEAL, CASOS Y PROBLEMAS DE DERECHO COMPARADO EUROPEO, [EN LÍNEA] <[HTTP://WWW.CIENCIASPENALES.NET/PORTAL/PAGE/PORTAL/IDP/REVISTA_PENAL_DOCS/NUMERO%2017/CORPORATE.PDF](http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/REVISTA_PENAL_DOCS/NUMERO%2017/CORPORATE.PDF)> [consulta: 23 de septiembre del 2015], Revista Penal Doctrina (2017): 110 – 141.
- CATRÓN SILO JIMENA, ABSOLUCIÓN DE DANIEL YARUR SENTARÍA PRECEDENTE EN CONFLICTOS POR APROPIACIÓN INDEBIDA, [EN LÍNEA] <[HTTP://WWW.LITORALPRESS.CL/DESIGN3/LPI/MOSTRARJPGM.ASP?ID=29622694,29622709&idT=7007164&CARP=FISCALIANACIONALJUSTICIAPENAL&VE=0](http://www.litoralpress.cl/design3/lpi/mostrarjpgm.asp?id=29622694,29622709&idT=7007164&CARP=FISCALIANACIONALJUSTICIAPENAL&VE=0)> [CONSULTA: 22 DE SEPTIEMBRE DE 2015]
- MINISTERIO PÚBLICO CONTRA DANIEL YARUR ELSACA (2014): 3^o TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO, FALLO DE FECHA 23 ABRIL 2014, [EN LÍNEA] <[RUC N° 1.110.012.155-9 RIT N° 262-2013 C ... - Pulso](#)> [CONSULTA: 29 DE SEPTIEMBRE DE 2015]
- EKAIZER ERNESTO. SEIS AÑOS DE CÁRCEL POR EL “CASO ARGENTIA”. [EN LÍNEA] <http://elpais.com/diario/1997/03/21/economia/858898801_850215.html> [CONSULTA: 29 DE SEPTIEMBRE DE 2015]