

ARTÍCULOS

LA ESTRUCTURA TÍPICA DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL.

UN ENFOQUE CONTRASTIVO

Juan Pablo MAÑALICH R.*

Fecha de recepción: 7 de diciembre de 2019

Fecha de aceptación: 31 de enero de 2020

Resumen

El trabajo presenta una propuesta de reconstrucción de la estructura de la administración desleal, con ocasión de su reciente tipificación en el Código Penal chileno, que en lo fundamental toma el § 266, StGB como modelo regulativo. Sobre la base de una detección de los dos desafíos capitales —uno formal y otro sustantivo— que enfrenta la legitimación de semejante decisión de criminalización, el artículo ofrece una clarificación de la conexión funcional que necesita constituirse entre la deslealtad y el perjuicio patrimonial como componentes basales del contenido de injusto de la administración desleal. Ello sienta las premisas para la defensa de una concepción “integrada” de su fisonomía delictiva, bajo la cual sus dos variantes típicas —la de “abuso” y la de “infidelidad”— quedan especificadas a través de una homogeneización de sus presupuestos, resultante de su restricción recíproca. El argumento global así desplegado descansa, crucialmente, en una contrastación de la estructura de la administración desleal con la de otras formas, igualmente paradigmáticas, de comportamiento punible.

Palabras clave: Delitos contra el patrimonio – Administración desleal – Perjuicio patrimonial

Title: The conceptual structure of disloyal administration. A contrastive approach

* Doctor en derecho, Universidad de Bonn. Director y profesor titular del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Contacto: jjmanalich@derecho.uchile.cl.

Abstract

The paper outlines a reconstruction of the structure of the so-called “disloyal administration”, in the light of its recent criminalization under the Chilean Penal Code, which in turn finds its regulative model in § 266 of the German StGB. Upon the detection of two main challenges – one formal, the other substantive – faced when seeking to assess the legitimacy of that criminalization decision, the paper offers a clarification of the functional connection that needs to be held between the elements of disloyalty and patrimonial detriment, taken as the grounding components of the distinctive criminal significance of disloyal administration. This lays down the premises for defending an “integrative” account of the offense’s physiognomy, under which its two variants – namely, “abuse” and “unfaithfulness” – become specified through a homogenization of their respective background conditions, achieved by means of their reciprocal restriction. The global argument thus deployed crucially rests upon the contrast between the structure of disloyal administration and the structure of further, and equally paradigmatic, forms of criminal behavior.

Keywords: Offenses against property – Disloyal administration – Patrimonial detriment

Sumario: I. La tipificación de la administración frente a la *reductio ad hitlerum*; II. La administración desleal como delito de perjuicio patrimonial por abuso cualificado de confianza; III. La reconstrucción “integrativa” de las variantes de abuso e infidelidad; IV. Bibliografía.

I. La tipificación de la administración fraudulenta frente a la *reductio ad hitlerum*

En su libro *Derecho penal nacionalsocialista*, recientemente publicado en Alemania, AMBOS dedica alguna atención a las implicaciones ideológicas de la fijación legal del tipo de la administración desleal a través de la modificación del § 266 del Código Penal alemán (“StGB”) que entrara en vigencia el 1.º de junio de 1933, y que en lo fundamental se corresponde con la tipificación vigente hasta el día de hoy.¹ AMBOS da cuenta de lo declarado por el Tribunal Constitucional Federal alemán (“BVerfG”) a través de su pronunciamiento del 23 de junio de 2010, en cuanto a que “las valoraciones subyacentes a la punibilidad a título de administración desleal” no serían tributarias del “ideario nacionalsocialista”.² Pero inmediatamente a continuación, AMBOS observa que ello no

¹ AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2019, p. 105.

² 2 BvR 2559/08 *et al.*, n.º m. 88.

modificaría en un ápice el hecho de que “con su orientación a la idea de lealtad el legislador nacionalsocialista hizo posible un manejo extensivo del tipo en el sentido de representaciones [valorativas] nacionalsocialistas”.³ De ahí que, a su juicio, pueda sostenerse que la todavía vigente tipificación de la administración desleal, introducida apenas transcurridos cuatro meses de la *Machtergreifung* por parte de Hitler, tendría que ser tomada como un “legado” de la técnica legislativa característicamente nacionalsocialista.⁴

Sería irresponsable no tomar mínimamente en serio esta advertencia de cara a la flamante decisión de criminalización de la administración desleal expresada en el nuevo n.º 11 del art. 470 del Código Penal chileno (“CPch”), introducido por la Ley 21.121. Pues es probable que esta decisión legislativa represente la más drástica innovación en la *parte especial codificada* en la historia del derecho penal chileno. Aquí deberíamos resistir la tentación de entretenernos con la especulación acerca de cuánta picardía pueda haber en someter esa innovación legislativa a la siempre poco elegante *reductio ad hitlerum*, a saber: a aquella distintiva versión de la conocidísima falacia *ad hominem*, críticamente bautizada así por el filósofo judío-alemán STRAUSS, según la cual del hecho de que, por ejemplo, Adolf Hitler, *Führer* del Estado nazi, haya sido vegetariano, se seguiría que quien es vegetariano no podría sino ser un filo-nazi.⁵ Es más productivo detenernos, en cambio, en la caracterización que AMBOS hace de una técnica legislativa que sería distintivamente nacionalsocialista, para determinar cuáles de sus aspectos pudieran resultar problemáticos con arreglo a los indudablemente débiles parámetros de legitimación a los que la producción legislativa de normas de sanción penal se encuentra sometida en el marco de un Estado constitucional de derecho.⁶

Esta es una indagación pertinente bajo la pregunta de cuál pudiera ser la mejor estrategia de reconstrucción dogmática de la tipificación de la administración plasmada, desde el 20 de noviembre

³ AMBOS, *supra* nota 1.

⁴ AMBOS, *supra* nota 1.

⁵ Véase STRAUSS, *Natural Right and History*, Chicago y Londres, The University of Chicago Press, 1953, pp. 42 ss.; latamente al respecto, TENINBAUM, “*Reductio ad Hitlerum: Trumping the Judicial Nazi Card*”, en *Michigan State Law Review*, 2009, pp. 550 ss.

⁶ En general sobre ello, MAÑALICH, “El principalismo político-criminal como fetiche”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 29, 2018, pp. 59 ss. y 64 ss.

de 2018, en el nuevo n.º 11 del art. 470, CPch.⁷ Pues la estructuración del hecho punible así tipificado muestra una similitud indesmentible con la formulación del supuesto de hecho del § 266, StGB. El dato regulativo en el que AMBOS centra su atención no consiste en la superación del casuismo exhibido por los numerales 1.º y 3.º del § 266 del antiguo Código Penal del Imperio alemán (“RStGB”) de 1871, que hacían punible la variante de “infidelidad”, mediante una fórmula similar en abstracción a aquella a través de la cual el numeral 2.º definía la variante de “abuso”.⁸ Pues hay buenas razones para pensar que una especificación abstracta y conceptualmente homogénea de la respectiva forma de comportamiento punible se adecua en mayor medida a los estándares de producción legislativa propios de una codificación más bien tardía, como lo fuera la alemana.⁹ El foco queda puesto, más bien, en el peso específico que la disposición legal introducida en 1933 parecería conferir a la caracterización del comportamiento punible a este título como una forma de *deslealtad*.

AMBOS contextualiza el punto mostrando cómo esa caracterización se correspondería con una concreción, para el ámbito de las interacciones económicas, de la concepción general de *todo delito* como la infracción de un deber de lealtad hacia la “comunidad del pueblo”, constitutiva así de una “traición”, que fuera pormenorizadamente delineada por DAHM y SCHAFFSTEIN, protagonistas de aquel epicentro de la doctrina penal nacionalsocialista conocido como la “escuela de Kiel”.¹⁰ Con todo, parece prudente tomar distancia de una denuncia presentada con un vocabulario de tamaño calibre, en razón de que la sensata preocupación que cabe extraer de esta contextualización histórica no admite ser reducida al eslogan de que la tipificación de la administración desleal vigente en Alemania desde junio de 1933 sería una muestra de “derecho penal nazi”. Antes bien, la preocupación necesita ser refinada, como una concerniente a que la tipificación en cuestión pudiera ser suficientemente paradigmática de una “etización” (*Ethisierung*) de las correspondientes decisiones de criminalización.

En un primer paso, el análisis quedará centrado en este último problema, bajo la hipótesis siguiente: desde el punto de vista de su *legitimación sustantiva*, disipar la sospecha que se cierne sobre

⁷ A pesar de las indudables diferencias que el texto legal chileno exhibe frente al n.º 7 del art. 173 del Código Penal de la República Argentina, cabría esperar que el esfuerzo de reconstrucción de la primera de las dos disposiciones, aquí documentada, pueda aportar algunas premisas que sirvan a la interpretación de la segunda.

⁸ Al respecto, y desde una perspectiva histórica, KINDHÄUSER, *Abhandlungen zum Vermögensstrafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2018, pp. 317 ss. y 323 ss.

⁹ KINDHÄUSER, *supra* nota 8, pp. 323 s.

¹⁰ AMBOS, *supra* nota 1, pp. 87 ss. y 102 ss.

la tipificación de la administración desleal *à la* alemana, y —desde el 20 de noviembre de 2018— también *à la* chilena, pasa críticamente por la plausibilidad de una reconstrucción dogmática que subordine la significación de la “deslealtad”, que sería característica de un comportamiento típicamente relevante a este título, a su funcionalidad para el condicionamiento de un menoscabo del patrimonio a cuya protección se encuentra (jurídicamente) obligado el destinatario de la respectiva norma de comportamiento.

Sobre esta base se intentará, en un paso siguiente, fundamentar y delinear una propuesta interpretativa que logre minimizar —aun cuando no eliminar, porque ello no es posible— la indeterminación por vaguedad que aqueja a la formulación del tipo de la administración desleal, en la cual se sustenta la generalizada sospecha de una falta de *legitimación formal* de esa misma decisión de criminalización con arreglo al mandato de determinación que vincula al legislador penal en cuanto sometido al principio de legalidad: *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*. Esa propuesta descansará decisivamente en un esfuerzo por relativizar la suposición de que en el n.º 11 del art. 470, CPCh se encontrarían tipificadas *dos* formas de comportamiento delictivo que serían, en una medida considerable, recíprocamente autónomas. Pues un peligro que la praxis judicial probablemente llegue a enfrentar a este respecto consiste en la eventual asunción acrítica de una lectura de la regulación que valide lo que podríamos llamar la tesis de “los dos tipos” de administración desleal.¹¹ Desde este punto de vista, la pretensión que anima esta contribución es la de ofrecer ojalá una “vacuna”, y no recién un “remedio”, que logre neutralizar la validación de esa lectura.

Para alcanzar este doble objetivo cabe echar mano a lo que, sin mayor aspavento, podemos denominar el “método de la contrastación”. Esto habrá de llevarnos a enfrentar algunos de los problemas que se presentan en cada uno de los dos frentes ya identificados, procurando perfilar la estructura de la administración desleal por la vía de —valga la redundancia— contrastarla con la fisonomía típica de otras formas de comportamiento punible, sin que la pertinencia del contraste respectivo quede condicionada por el preciso grado de parentesco sistemático que quepa reconocer entre aquella y estas.

¹¹ Latamente sobre el problema, en referencia inmediata a la discusión alemana, ROJAS, “El tipo de la administración desleal en el Derecho penal alemán”, en *Revista Penal*, n.º 23, 2009, pp. 143 ss., con múltiples referencias ulteriores.

II. La administración desleal como delito de perjuicio patrimonial por abuso cualificado de confianza

1. La tesis de la disociación

La evitación de una comprensión moralizante del contenido de injusto de la administración desleal depende crucialmente de una clarificación de la *conexión funcional* que debe poder constatarse entre los dos componentes en los que, por vía de abstracción, puede descomponerse su estructura típica, a saber: la deslealtad en la administración del patrimonio ajeno, por un lado, y el condicionamiento de un menoscabo patrimonial constitutivo de perjuicio, por otro.¹² Una muestra especialmente radical de un desconocimiento de la necesidad de centrar la reconstrucción del tipo en el perfilamiento de tal conexión funcional aparece en el siguiente pasaje tomado de un extraordinariamente informativo artículo de ROJAS, que sintetiza algunos planteamientos pormenorizadamente desarrollados en su tesis doctoral:¹³

Es necesario mantener separados la acción típica y el resultado típico en la administración desleal. La única vía posible de mantener esta separación es utilizar perspectivas diferentes para valorar el hecho de administración desleal, esto es, por un lado, la determinación accesoria desde una perspectiva ex ante de la infracción de deber, y, por el otro, una comprobación fundamentalmente económica-autónoma desde una perspectiva ex post de la producción del perjuicio.¹⁴

Esta toma de posición se explica, en parte, por algunas premisas que ROJAS extrae de un determinado modelo general de teoría de las normas, programáticamente desarrollado por su *Doktorvater*, FRISCH. En lo que aquí interesa, la premisa decisiva consiste en la proposición de que “[e]l Derecho penal solo puede prohibir acciones, nunca producciones de resultado”.¹⁵ Desactivar esta premisa exige advertir que a esta subyace una confusión entre la función y el contenido de las

¹² Fundamental al respecto, RANSIEK, “Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 116, 2004, pp. 646 ss.

¹³ Véase ROJAS, *Grundprobleme der Haushaltsuntreue*, Baden-Baden, Nomos, 2011, *passim*. La monografía ha llegado a ser citada por el BGH en un pronunciamiento referido al alcance de la norma de sanción del § 266 del StGB; véase BGH 3 StR 17/15, decisión de 26.11.2015, n.º m. 82.

¹⁴ ROJAS, *supra* nota 11, p. 170.

¹⁵ ROJAS, *supra* nota 11, p. 171. Al respecto, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, C.F. Müller, 1988, pp. 33 ss.

normas de comportamiento susceptibles de ser reforzadas por algún conjunto de normas de sanción penal.¹⁶ Esto queda internamente conectado con la consideración trivial de que, en contra de lo sugerido por ROJAS, es más que frecuente que un tipo de acción sometido a alguna calificación deóntica quede justamente especificado como consistente en la producción o el impedimento de un resultado de cierta clase.¹⁷ Pero aquí hay que detenerse, más bien, en la específica consecuencia que Rojas extrae de esa premisa para la comprensión de la estructura típica de la administración desleal, que él mismo enuncia en los términos siguientes:

La imputación del resultado constituye una exigencia autónoma de la norma de sanción, lo que presupone una infracción de la norma de conducta, por lo que no puede responder a exactamente el mismo fundamento que la norma de conducta.¹⁸

De esta manera ROJAS consigue, aparentemente, proveer de sustento a la tesis de que “acción típica” y “resultado típico” tendrían que mantenerse separados. Pues bajo su modelo, la “acción típica” se correspondería con la contravención de la norma de comportamiento, en tanto que el “resultado típico”, con un presupuesto autónomo formulado en la norma de sanción bajo la cual resulta punible el quebrantamiento de aquella norma de comportamiento. Mas la consecuencia que de esto último ROJAS explícitamente extrae para la determinación del contenido del dolo de administración desleal parece constituirse, más bien, como una reducción al absurdo de su planteamiento. Pues de este se seguiría, según Rojas, que haya que negar que “el perjuicio como resultado pertenezca al objeto del dolo en la administración desleal”.¹⁹

La argumentación de ROJAS tiene la virtud de mostrar con suficiente claridad cuán problemática resulta ser una concepción de la administración desleal que apueste por disociar los dos componentes basales de su contenido de injusto. Como experto conocedor del debate doctrinal alemán, ROJAS tematiza la exigencia de conexión funcional que debe satisfacerse entre uno y otro

¹⁶ En detalle, MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 43 ss.; MAÑALICH, “Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 21, n.º 2, 2014, pp. 236 ss.

¹⁷ MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, Barcelona, Madrid, Buenos Aires y San Pablo, Marcial Pons, 2014, pp. 17 ss. y 32 ss.

¹⁸ ROJAS, *supra* nota 11, p. 169.

¹⁹ ROJAS, *supra* nota 11, p. 171.

componente.²⁰ El problema estriba, sin embargo, en que la tesis de la disociación no está en condiciones de producir una explicación adecuada de esa misma exigencia, precisamente porque, contra la pretensión manifestada por ROJAS al inicio de su trabajo, esa tesis no es capaz de sustentar una concepción de la administración desleal bajo la cual la deslealtad no especifique más que “la modalidad de ataque al patrimonio”.²¹

2. ¿La administración desleal como delito de corrupción?

Si esta última caracterización es asumida consistentemente, la deslealtad que ha de ser reconocible en el comportamiento potencialmente delictivo a título de administración desleal necesita quedar estrictamente definida en referencia al resultado de perjuicio patrimonial cuya producción resulta prohibida o cuyo impedimento resulta requerido para quien, como garante de protección, tiene a su cargo el resguardo del patrimonio de otra persona.²² En lo que sigue se intentará desmenuzar esta descripción, todavía gruesa, del contenido de injusto de la administración desleal. Pero lo ya dicho es suficiente para advertir por qué la administración desleal *no* tiene el carácter de un delito de corrupción.

El punto es fácil de captar si contrastamos la estructura de la administración desleal con la configuración típica de los delitos de corrupción y soborno entre particulares, respectivamente penalizados en los arts. 287 bis y 287 ter, CPch. El contraste es pertinente, en razón de que el debate legislativo resultante en esa última doble tipificación vio enfrentadas una tesis según la cual el respectivo fundamento de criminalización tendría que encontrarse en una afectación de los intereses de la correspondiente empresa o de su titular, por un lado, y otra tesis según la cual aquí se habría tratado, en cambio, de hacer punibles determinadas formas de competencia desleal, por otro.²³ Más allá de cuál sea el grado de sensatez político-criminal de esta innovación legislativa, es claro que *de lege lata* solo la segunda tesis resulta dogmáticamente plausible.²⁴ La dificultad interpretativa que esto suscita, con todo, concierne precisamente a la manera en que la afectación de las condiciones de *fairplay* entre competidores económicos tendría que quedar conectada con el

²⁰ ROJAS, *supra* nota 11, p. 166.

²¹ ROJAS, *supra* nota 11, p. 140.

²² Véase NIETO, “Administración desleal y apropiación indebida”, en DE LA MATA *et al.*, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Madrid, Dykison, 2018, p. 250.

²³ Véase HERNÁNDEZ, “Arts. 287 bis y 287 ter”, en COUSO y HERNÁNDEZ (dirs.), *Código Penal Comentado. Parte Especial. Libro Segundo Título VI (arts. 261 a 341)*, Santiago, Thomson Reuters, 2019, pp. 183 ss.

²⁴ Acertadamente, HERNÁNDEZ, *supra* nota 23, pp. 186 ss.

específico conflicto de interés que define la posición del empleado o mandatario que solicita o acepta recibir un beneficio, para sí o un tercero, para favorecer la posición de un oferente en la contratación en la cual aquel actúa por cuenta del respectivo “principal”.

Es justamente el conflicto de interés que define la posición del potencial autor del delito tipificado en el art. 287 bis, CPch lo que sustenta su caracterización como un delito de corrupción. Pues siguiendo la definición ofrecida por KINDHÄUSER, por “corrupción” *stricto sensu* cabe entender la vinculación del ejercicio de un poder de decisión, conferido en interés ajeno, con una ventaja indebida en razón de su incompatibilidad con la orientación de ese poder de decisión a la promoción de ese mismo interés.²⁵ En los términos del art. 287 bis, CPch, el interés que legitima el poder de decisión detentado por el empleado o mandatario es el interés del principal, por cuya cuenta aquel puede adoptar decisiones de contratación, resultando indebida la vinculación de este poder de decisión con la ventaja representada por el beneficio que el empleado o mandatario solicita o acepta recibir de parte de uno de los competidores interesados en la respectiva contratación.

Nada de ello es definitorio de una situación con relevancia típica a título de administración desleal. En efecto, la deslealtad constitutiva del delito previsto en el art. 470 n.º 11, CPch no necesita, aun cuando puede,²⁶ estar vinculada con la persecución de una ventaja para el propio agente o para alguna tercera persona. Una vez que se advierte que una deslealtad en el sentido aquí relevante nada tiene que ver, conceptualmente, con una eventual corrupción en la que pudiera incurrir el administrador del patrimonio ajeno, obtenemos una premisa importante para favorecer una lectura restrictiva de la regulación legal. Pues justamente uno de los antecedentes que explican la amplitud de la formulación introducida por la reforma al StGB del año 1933 parece estar constituido por el compromiso del legislador nacionalsocialista con hacer de la administración desleal un título de punibilidad lo suficientemente elástico como para cubrir una vasta gama de manifestaciones de corrupción en el desenvolvimiento de la actividad económica.²⁷

3. La conexión funcional entre deslealtad y perjuicio

²⁵ Véase KINDHÄUSER, *supra* nota 8, pp. 491 ss. Al respecto, también MAÑALICH, “El cohecho como propuesta o aceptación de una donación remuneratoria”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. LI, 2018, pp. 96 ss.

²⁶ Sobre ello, PASTOR y COCA, *El delito de administración desleal*, Barcelona, Atelier, 2016, pp. 195 ss. y 213 ss. A propósito de comportamientos constitutivos de “auto-contratación”, véase también NIETO, *supra* nota 22, p. 256.

²⁷ Al respecto, KINDHÄUSER, *supra* nota 8, pp. 339 s., con nota 7.

Lo anterior tendría que volver manifiesto el problema fundamental que enfrenta la dogmática de la administración desleal en lo concerniente a la caracterización de la deslealtad que tendría que ser predicable de un comportamiento potencialmente punible a este título. En atención a que la administración desleal tiene, indudablemente, el carácter de un delito de mero perjuicio patrimonial, la noción aquí relevante de lealtad necesita quedar funcionalmente definida en referencia a la evitación del condicionamiento de perjuicio para el patrimonio protegido. El contraste entre las estructuras típicas de la estafa y la administración desleal puede darnos una pista a este respecto.

Esta última comparación suele ser sintetizada a través del lugar común de que, mientras la estafa consistiría en un ataque al patrimonio ajeno “desde fuera”, la administración desleal representaría un ataque al patrimonio ajeno “desde dentro”.²⁸ Esta metáfora doble resulta ilustrativa del aspecto decisivo para el contraste. Es propio de toda estafa que su autor *no* esté en posición de dar lugar por sí mismo a la disposición patrimonialmente perjudicial, lo cual hace reconocible la función del engaño como núcleo del comportamiento típicamente relevante: el autor de una estafa provee información falsa bajo la cual *otra persona* habría de materializar, bajo el error resultante del engaño, la respectiva disposición perjudicial. La persona que, al tener una representación errada en cuanto a una o más circunstancias fácticas con relevancia decisoria, efectúa la disposición eventualmente perjudicial puede ser o bien la propia víctima o bien una persona distinta de ella. Esto último es lo distintivo de los casos de “estafa en triángulo”, en relación con los cuales se plantea la pregunta acerca de las condiciones de cuya satisfacción dependería que la respectiva disposición pueda ser entendida como efectuada *por cuenta* del titular del patrimonio.²⁹

Como contrapartida, el potencial autor de una administración desleal detenta un poder de disposición (*lato sensu*) referido a uno o más componentes del patrimonio de otra persona. Esto se traduce en que, en cuanto administrador del respectivo patrimonio, aquel se encuentre en posición de ajustar o no ajustar el ejercicio de su poder de disposición a los lineamientos fijados por el titular del patrimonio y que así definen lo que suele denominarse la “relación interna” entre ambos.³⁰ En estos términos, el carácter delictivo de una irrogación de perjuicio patrimonial a título de

²⁸ Véase HERNÁNDEZ, “La administración desleal en el derecho penal chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXVI, 2005, pp. 202 y 239 ss.; en la doctrina española, NIETO, *supra* nota 22, pp. 250 s.

²⁹ Sobre el problema, HERNÁNDEZ, “La estafa triangular en el derecho penal chileno, en especial la estafa procesal”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXIII, 2010, *passim*.

³⁰ KINDHÄUSER, *supra* nota 8, pp. 346 s.

administración desleal depende de que el perjuicio represente el resultado del ejercicio de un poder de disposición que sobrepase los límites impuestos por la relación que lo vincula con el titular del patrimonio.

Esto ofrece una clave para reconstruir la función predicable de la pretensión de lealtad que vincularía al administrador del patrimonio ajeno en cuanto destinatario de la norma cuyo quebrantamiento es punible a título de administración desleal. Esa pretensión de lealtad no es sino la contracara de la confianza en él depositada por el titular del patrimonio a cuya preservación o gestión favorable aquel se encuentra obligado. En tal medida, la lealtad esperable del agente representa una *compensación de la vulnerabilidad* relativa del patrimonio frente a quien aparece, precisamente, como *garante* de su protección en el ejercicio del poder de disposición referido a ese mismo patrimonio.³¹ Como se sostendrá más abajo,³² esta caracterización identifica el núcleo típico de la administración desleal, en cuanto fija presupuestos que son comunes a las variantes del abuso y de la infidelidad, con arreglo a lo que cabe denominar una “concepción integrada”. En lo inmediato, sin embargo, interesa vincular esta caracterización funcional de la deslealtad típicamente relevante con la determinación del perjuicio.

4. Perjuicio como merma no compensada de una posición patrimonial

Como ya se sugiriera, la deslealtad dotada de significación delictiva debe ser identificada con la falta de sujeción del poder de decisión, conferido al potencial autor, al marco de autorización determinado por los términos que definen la relación que lo vincula con el titular del patrimonio. Por ello, en casos en los cuales el poder (fáctico o jurídico) de disposición que el administrador tiene sobre el patrimonio cuyo resguardo le está encomendado es ejercido en congruencia con el marco de autorización definido por su vínculo con el titular del patrimonio, la doctrina tiene por configurado un así llamado “acuerdo” de este último, que no expresa más que una reformulación negativa del presupuesto típico de la deslealtad.³³ Esto impacta la formulación del criterio de reconocimiento de un posible perjuicio *qua* resultado típico.

³¹ Véase KINDHÄUSER, *supra* nota 8, p. 347.

³² *Infra*, 2.

³³ Véase KINDHÄUSER, en KINDHÄUSER, NEUMANN y PAEFFGEN (coords.), *Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar*, t. III, 5.^a ed., Baden-Baden, Nomos, 2017, §266, n.º m. 66 ss. En general acerca de la categoría del acuerdo, desde el punto de vista de su demarcación frente a la del consentimiento, véase MAÑALICH, *supra* nota 16 [*Nötigung*], pp. 100 ss.

A este respecto, el criterio que tiende a encontrar mayor adhesión doctrinal, en cuanto derivable tanto de la concepción económica como de la concepción jurídico-económica del patrimonio, consiste en el así llamado “principio del saldo”.³⁴ La aplicación de este asume la forma de una comparación del estado del patrimonio protegido en la situación inmediatamente anterior a la ejecución o la omisión de la acción con potencial impacto patrimonial, por un lado, con el estado de ese patrimonio inmediatamente resultante de la ejecución o la omisión de esa misma acción, por otro. Si, y solo si, la comparación arroja un balance desfavorable, habrá tenido lugar una merma patrimonial, y así un perjuicio. El problema está en que el principio del saldo lleva a resultados difícilmente plausibles, aun tratándose de casos de simple “criminalidad de manual”.³⁵

Un ejemplo suficientemente representativo lo provee el caso de un tutor que, contrariando lo dispuesto en el § 1806 del Código Civil alemán (“BGB”) —cuyo equivalente imperfecto lo encontramos en el art. 406 del Código Civil chileno— no pone a interés el dinero comprendido en el patrimonio del pupilo. Si el asunto se enjuicia bajo el principio del saldo, la conclusión tendría que consistir en la negación de un perjuicio patrimonial.³⁶ Pues el estado del patrimonio del pupilo no experimenta modificación alguna como consecuencia de la omisión del depósito a interés del dinero por parte del tutor. Por supuesto, el caso variaría si pudiéramos sostener que la eventualidad del depósito a interés del dinero por parte del tutor, a lo cual este se encuentra jurídicamente obligado, quedaría cubierta por los parámetros que determinan la situación patrimonial del pupilo. Pero para eso sería necesario, precisamente, postular una conexión interna entre la pretensión de lealtad y el criterio de reconocimiento de perjuicio.³⁷

Otra constelación en la cual el recurso al principio del saldo tiende a producir soluciones inadecuadas la ejemplifica el caso del administrador que adquiere maquinaria enteramente innecesaria para el giro productivo de la empresa, pero paga por esta un precio ajustado a su valor de mercado, en circunstancias de que los costos de mantenimiento de las máquinas vuelven necesaria

³⁴ Véanse, en general, HERNÁNDEZ, “Frustración de fines y perjuicio patrimonial en el derecho penal chileno”, en *Derecho Penal Contemporáneo*, n.º 29, 2009, pp. 58 ss.; SCHLACK, “El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, n.º 2, 2008, pp. 274 ss. y 285; MAYER, *Delitos económicos de estafa y otras defraudaciones*, Santiago, DER, 2018, pp. 77 ss. En referencia inmediata a la administración desleal, ROJAS, *supra* nota 11, pp. 164 ss.; NIETO, *supra* nota 22, 262 ss.

³⁵ KINDHÄUSER, *supra* nota 8, pp. 254 ss. y 352 ss., en referencia a la determinación del perjuicio patrimonial como elemento del tipo de la estafa y de la administración desleal, respectivamente.

³⁶ KINDHÄUSER, *supra* nota 8, p. 353.

³⁷ KINDHÄUSER, *supra* nota 8, pp. 352 s.

la obtención de un oneroso crédito bancario.³⁸ Si se advierte que la contratación del crédito no admitiría ser entendida como dando lugar a una merma patrimonial *inmediatamente* resultante de la adquisición de la maquinaria,³⁹ habría que concluir que aquí tampoco cabe reconocer un perjuicio típicamente relevante.

Para evitar los resultados manifiestamente contra-intuitivos a los que conduciría la aplicación consistente del principio del saldo, y no obstante su compromiso con la concepción económica del patrimonio, el Tribunal Supremo Federal alemán (“BGH”) hace suyos determinados “correctivos”,⁴⁰ que no son sino modificaciones *ad hoc*, incompatibles con las premisas que lo sustentan.⁴¹ Así, afirmar que en el caso del tutor que no pone a interés el dinero del pupilo se daría un perjuicio, consistente en la frustración de una “expectativa” referida al cumplimiento de la obligación civil que recae sobre el tutor,⁴² supone abandonar la adopción de la “perspectiva fáctica” favorecida por toda concepción del patrimonio distinta de la concepción jurídica para determinar cómo se compone el patrimonio de una persona *qua* objeto de protección.⁴³ A su vez, la maniobra consistente en recurrir a la así llamada “fórmula del impacto individual” para sostener, en referencia al segundo caso, que la adquisición de la maquinaria de gravoso mantenimiento redundaría en un perjuicio para el titular del patrimonio de la empresa,⁴⁴ no representa más que una validación parcial del criterio — incompatible con el principio del saldo— de la “frustración del fin”,⁴⁵ que es el criterio de perjuicio que tendría que seguirse, más bien, de la adopción de una concepción “personal” del patrimonio.⁴⁶

Pero la concepción personal del patrimonio tampoco representa una alternativa dogmáticamente plausible, precisamente porque el criterio de la frustración del fin no logra servir como un indicador *positivo* de un perjuicio que necesita exhibir significación distintivamente patrimonial.⁴⁷ Las dificultades se disipan si, al revés de lo que sugiere la adopción de aquella

³⁸ Véase ROJAS, *supra* nota 11, p. 166.

³⁹ Acerca de esta exigencia, ROJAS, *supra* nota 11, p. 165.

⁴⁰ Al respecto, NIETO, *supra* nota 22, pp. 265 s.

⁴¹ Fundamental KINDHÄUSER, *supra* nota 8, pp. 256 ss.

⁴² Así ROJAS, *supra* nota 11, p. 165. En general sobre el problema, PASTOR y COCA, *supra* nota 26, pp. 93 ss.

⁴³ En esta dirección, KINDHÄUSER, *supra* nota 8, p. 353.

⁴⁴ Véase ROJAS, *supra* nota 11, pp. 165 s.

⁴⁵ KINDHÄUSER, *supra* nota 8, pp. 356 s.

⁴⁶ Para una pormenorizada presentación y defensa de la concepción personal del patrimonio, véase GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, 2.ª ed., Montevideo y Buenos Aires, BfF, 2015, pp. 179 ss. y 238 ss.

⁴⁷ Fundamental, KINDHÄUSER, *supra* nota 8, pp. 261 ss.

concepción, asumimos que la *realización* de un fin capaz de justificar la merma de una posición patrimonial opera como criterio de *negación* de perjuicio.⁴⁸ Con ello, por “perjuicio” cabe entender la merma de una posición de significación patrimonial no compensada por la realización de un fin atribuible al titular del patrimonio.

Este concepto de perjuicio se deja reconciliar sin problemas con la estructura típica de la administración desleal.⁴⁹ Ya vimos que la adecuación del ejercicio del poder de disposición del administrador al marco de autorización fijado por la relación que lo vincula con el titular del patrimonio obsta a la caracterización del comportamiento del primero como desleal. Con ello, que la posible merma patrimonial pueda verse compensada por la realización de un fin que la justifique en congruencia con los intereses del titular, determina que la *inexistencia de perjuicio* quede internamente conectada con la *falta de deslealtad* predicable del comportamiento del administrador. Y debería ser claro, a este respecto, el paralelismo con la estafa: en la medida en que la disposición consistente en una merma de la capacidad patrimonial de la potencial víctima no tenga lugar bajo una creencia falsa en cuanto a las circunstancias fácticas con relevancia para la disposición, habrá que asumir que esa merma queda compensada, *ceteris paribus*, por la realización de la finalidad perseguida a través de la misma disposición.

Sin que aquí sea posible entrar de manera mínimamente detallada en ello, puede ser oportuno cerrar el análisis de este problema observando lo siguiente: en la reconstrucción dogmática de la tipificación plasmada en la disposición legal chilena, deberíamos evitar una asimilación irreflexiva de algunos desarrollos doctrinales y jurisprudenciales en lo tocante a la definición más precisa del concepto de perjuicio patrimonial, que se explican por ciertas particularidades de la regulación alemana. Esto concierne específicamente a la validación del así llamado “perjuicio-de-peligro” (*Gefährdungsschaden*) como una de las formas que podría asumir la “desventaja” (*Nachteil*) patrimonial constitutiva del resultado típicamente relevante, según reza el § 266 del StGB, y que no consistiría sino en un *peligro concreto* de perjuicio.⁵⁰

⁴⁸ Véase KINDHÄUSER, *supra* nota 8, pp. 261 ss.

⁴⁹ KINDHÄUSER, *supra* nota 8, pp. 355 ss.

⁵⁰ Al respecto, latamente, GALLEGO SOLER, *supra* nota 46, pp. 423 ss. y 484 ss., a partir de la defensa de una concepción “personal-funcional” del patrimonio; véase también PASTOR y COCA, *supra* nota 26, pp. 161 ss., aun cuando traduce la expresión alemana como “peligro de perjuicio”, lo cual distorsiona el sentido atribuible a aquella. Sobre el problema, ROJAS,

Más allá de la pregunta por la aceptabilidad, *de lege lata*, de esta tesis interpretativa del § 266 del StGB bajo la prohibición de analogía,⁵¹ el punto aquí interesante consiste en que, en los hechos, esta construcción pretende eludir la dificultad asociada a la falta de punibilidad de la tentativa (*lato sensu*) de administración desleal bajo el StGB, que se explica por el régimen de *numerus clausus* al que este somete la punibilidad de la tentativa tratándose de hechos punibles no constitutivos de crímenes.⁵² Que en referencia al delito tipificado en el n.º 11 del art. 470, CPch resulten punible la tentativa y la frustración con arreglo al régimen general previsto por el CPch, determina que la necesidad práctica de la construcción de un “perjuicio-de-peligro”, cuya aceptabilidad bajo el principio de legalidad es problemática, se ve drásticamente relativizada.

III. La reconstrucción “integrativa” de las variantes de abuso e infidelidad

1. Concepciones dualistas versus concepciones monistas

Con esto quedamos en condiciones de examinar el segundo de los problemas identificados al comienzo, constituido por la pregunta acerca de si las mejores razones disponibles hablan a favor de enfatizar una *diferenciación* de las dos variantes típicas de administración desleal, en el sentido de una concepción dualista,⁵³ o más bien a favor de procurar su *unificación*, sea en la forma de una concepción monista “irrestricida”, bajo la cual la variante de abuso habría de quedar sometida a los mismos constreñimientos a los que queda sometida la variante infidelidad en lo tocante al grado de control que el potencial autor ha de poder ejercer respecto del patrimonio protegido,⁵⁴ sea en la

supra nota 11, p. 166; para un acertado rechazo de la construcción, véase empero MATTHEI y ROJAS, “Caso ‘MOP-GATE’”, en VARGAS (dir.), *Casos destacados. Derecho Penal Parte Especial*, Santiago, DER, 2019, pp. 150 s.

⁵¹ Al respecto, y críticamente, BUNG, “Gefährdungsschaden und Vermögensverlust”, en Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie (coord.), *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Fráncfort del Meno, Peter Lang, 2007, *passim*.

⁵² En detalle, MAREK, *Die Versuchsstrafbarkeit der Untreue de lege ferenda?*, Múnich. Verlag Dr. Hut, 2005, pp. 24 s., 35 ss. y 58 ss.

⁵³ En esta dirección, SCHÜNEMANN, en CIRENER *et al.* (coords.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12.ª ed., Berlín, Walter de Gruyter, 2012, § 266, n.º m. 13 ss., aun cuando se acepte, con base en las consecuencias que según el BVerfG se seguirían del mandato de determinación consagrado constitucionalmente, la prácticamente irreversible adopción de una concepción monista a lo largo de una consistente praxis jurisprudencial que se extiende ya por más de cuatro décadas, lo cual tendría que traducirse en un favorecimiento de una concepción monista restringida.

⁵⁴ Véase, por ejemplo, ZIESCHANG, “§ 266”, en PARK (coord.), *Kapitalmarktrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2008, n.º m. 6 y 11.

forma de una concepción monista “restringida”, bajo la cual solo la exigencia de una orientación al beneficio ajeno (*Fremdnützigkeit*) como marca de la posición del autor *qua* garante sería común a ambas variantes.⁵⁵ Para esclarecer qué pudiera estar en juego aquí, puede ser útil echar un vistazo al pronunciamiento del BGH, de 1972, que marcó el punto de inflexión de cara a la hegemonía que hasta entonces exhibían las concepciones dualistas, y que a la vez explica que hoy parezca ser dominante, por el contrario, una variante de concepción monista que se distingue por entender la variante típica de abuso como una mera sub-variante de infidelidad.⁵⁶

El caso decidido por el BGH, conocido como el “caso de la tarjeta de cheques”,⁵⁷ involucraba a un individuo que, a lo largo de un periodo de un mes y diez días llegó a cobrar 236 cheques, cada uno correspondiente a un monto que superaba los 200 marcos, ante múltiples bancos de toda Alemania, y exhibiendo para ello, en cada ocasión, la tarjeta asociada a la cuenta contra la cual el respectivo cheque había sido girado, a sabiendas de que por esa vía resultaba sobrepasado el monto máximo para giros efectuados contra la misma cuenta de ahorro. Revocando la sentencia pronunciada por el *Landgericht* de Bremen, el BGH absolvió al imputado por el cargo de una administración desleal continuada, para condenarlo, en cambio, como autor de una estafa asimismo continuada. El argumento decisivo para lo primero lo proveyó la consideración de que sobre el titular de la cuenta no recaía un deber de resguardar la integridad patrimonial de la caja de ahorro. Esto, a pesar de que en principio venía en consideración una realización de la variante de *abuso*, al encontrarse el librador habilitado para comprometer de manera jurídicamente eficaz el patrimonio de la entidad librada, de un modo que resultó, en efecto, en un manifiesto rebasamiento del marco de autorización fijado por la relación contractual que lo vinculaba con esta.

La solución alcanzada por el BGH consistió, de esta manera, en asumir que la exigencia de que el potencial autor tenga el estatus de un garante de protección en relación con el patrimonio de la potencial víctima no es privativa de la variante típica de infidelidad, sino que es igualmente definitoria de la variante de abuso. El impacto inmediato del fallo se expresó en la reacción legislativa resultante en la tipificación del así llamado “abuso de tarjetas de débito y crédito”, en un

⁵⁵ Así ROJAS, *supra* nota 11, pp. 151 ss.

⁵⁶ Al respecto, KINDHÄUSER, *supra* nota 8, pp. 329 ss.; también, y pormenorizadamente, SCHÜNEMANN, *supra* nota 53, § 266, n.º m. 10 ss. Para una contextualización del debate, véase también HERNÁNDEZ, *supra* nota 28, 241 ss.; así como PASTOR y COCA, *supra* nota 26, pp. 53 ss.

⁵⁷ BGH, 26.07.1972 - 2 StR 62/72.

nuevo § 266b del StGB. Esto es justificadamente entendido como una demostración inequívoca de la falta de plausibilidad, *de lege lata*, de una concepción dualista como clave de reconstrucción dogmática de la tipificación de la administración desleal.⁵⁸ Pero constatar esto último no equivale a despejar las dificultades que enfrenta, como contrapartida, la defensa de una concepción monista. La principal de estas dificultades consiste en la indeterminación que exhibiría la descripción correspondiente a la variante típica de infidelidad,⁵⁹ que bajo la versión más generalizada de una concepción monista aparece como aquella que identificaría *el* tipo (unitario) de la administración desleal, sobre el trasfondo del cual la variante de abuso se comportaría como una simple especificación, en tal medida lógicamente redundante. Esta última caracterización es la que se sigue, en efecto, de la adopción de una concepción monista “irrestricida”, según ya se sugiriera.

2. Una concepción integrada de la administración desleal

La estrategia más favorable para superar la dificultad recién apuntada la encontramos, a mi juicio, en la versión de una concepción monista que KINDHÄUSER ha caracterizado como una “concepción integrada”.⁶⁰ Se trata aquí de una concepción monista que procura identificar un conjunto de presupuestos típicos comunes a ambas variantes, por la vía de una combinación o —valga la redundancia— *integración* de los presupuestos inmediatamente distintivos de cada una de las dos variantes, que resulta así en una maniobra de restricción recíproca. La manera en que la reconstrucción de la variante de abuso es impactada por su caracterización enriquecida a través de su adecuación a los presupuestos de la variante de infidelidad ya fue explicitada: el autor de administración desleal por abuso necesita en todo caso exhibir el estatus de garante de protección del patrimonio por él administrado, en los mismos términos en que ello es definitorio de una administración desleal por infidelidad, que es precisamente lo que no se satisfacía en el caso de la tarjeta de cheques. Mas esto tiene que ser complementado, ahora, con una referencia a la manera

⁵⁸ Véase KINDHÄUSER, *supra* nota 8, pp. 329 s.

⁵⁹ Al respecto, y con una valoración sensatamente matizada del problema, RANSIEK, *supra* nota 12, pp. 640 ss. En la discusión española, véase PASTOR y COCA, *supra* nota 26, pp. 26 s.

⁶⁰ KINDHÄUSER, *supra* nota 8, pp. 331 ss. y 338 ss.

en que, en la dirección opuesta y correlativamente, la variante de infidelidad también resulta modulada a través de su adecuación a los presupuestos de la variante de abuso.

Precisamente esto último está implicado en la sugerencia, ya anticipada, de que también tratándose de una administración desleal por infidelidad es necesario que al potencial autor haya sido conferido un poder de disposición referido al patrimonio de cuya protección aquel es garante.⁶¹ A este respecto, la especificidad de la variante de abuso consiste en que ese poder de disposición resulta cualificado como una potestad de enajenar (*lato sensu*) uno o más componentes del patrimonio por él administrado, o de vincular obligacionalmente a su titular, de manera *jurídicamente eficaz* frente a terceros. Pero esto no impide reconstruir la variante de infidelidad como co-determinada por la exigencia de que el titular del patrimonio haya conferido al potencial autor un poder de decisión que, aun no estando revestido de eficacia jurídica, necesite ser normativamente compensado a través de la sujeción de su detentador a la pretensión de que ese mismo poder sea ejercido *lealmente*, esto es, en congruencia con el interés del titular del patrimonio, según reza la cláusula final del inc. 1.º del art. 470 n.º 11, CPCh. De este modo queda más precisamente determinado el sentido y alcance del requisito (implícito) de relativa “autonomía” de decisión de cuya satisfacción dependería que se constituya una posición de garantía típicamente relevante,⁶² lo cual contribuye a que pueda dejarse de lado el poco fructífero recurso al pretendido criterio de la “gravedad” que tendría que exhibir la infracción del deber de resguardo del patrimonio protegido.⁶³

3. Una propuesta de interpretación del art. 470 n.º 11, CPCh

Sobre esta base es posible esbozar una propuesta de interpretación de la disposición legal chilena, fundada en la adopción de la concepción integrada. Dado que, según esta concepción, las variantes de abuso e infidelidad se diferencian exclusivamente por la modalidad de comportamiento

⁶¹ Véase KINDHÄUSER, *supra* nota 8, pp. 331 s. y 349 s.; coincidentemente, WACHTER, “Pflichtverletzung und Vermögensbetreuungspflicht bei der Untreue”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 131, 2019, pp. 313 ss.

⁶² Véase en detalle, WACHTER, *supra* nota 61, pp. 301 ss. En la discusión española, PASTOR y COCA, *supra* nota 26, pp. 113 ss.

⁶³ Para una exhaustiva revisión del problema en el contexto de la jurisprudencia y la doctrina alemanas, con una toma de posición favorable a la postulación de la exigencia en cuestión, véase WAGNER, “Zum Erfordernis einer ‚gravierenden‘ Pflichtverletzung bei der Untreue – Überlegungen zu Legitimität, Anwendungsbereich und Inhalt eines umstrittenen Korrektivs”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 131, 2019, pp. 320 ss., 332 ss. y 344 ss.

a través de cuya realización tendría que ser condicionado el resultado de perjuicio patrimonial, cabe comenzar analizando los presupuestos típicos comunes a ambas variantes.

La exigencia de que la respectiva modalidad de comportamiento sea realizada por quien tiene “a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona, o de alguna parte de este, en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto o contrato”, especifica tanto la *base* (alternativa) como el *alcance* de la posición de garante por desempeño de una función de protección que hace de la administración desleal un delito especial (“propio”).⁶⁴ La enunciación de los títulos formales allí previstos hace reconocible que, a diferencia del § 266 del StGB, el art. 470 n.º 11, CPch no confiere relevancia típica, como tal, a una mera relación “fáctica” de confianza especial.⁶⁵ En el contexto de esa misma formulación, la cláusula disyuntiva que determina que el potencial autor haya de tener a su cargo “la salvaguardia o la gestión” del patrimonio en cuestión cumple la función de hacer reconocible que la posición del administrador como garante del respectivo patrimonio puede estar vinculada tanto a un cometido de preservación de su integridad (*qua* “salvaguardia”) como a un cometido de destinación a gasto o inversión (*qua* “gestión”). Nótese que esta es exactamente la diferenciación funcional que subyace a la tipificación diferenciada, bajo los arts. 233, 234 y 235, CPch, del peculado y la desviación de fondos como formas de malversación.⁶⁶

La lectura de la disposición legal según la clave provista por la concepción integrada lleva, por otro lado, a que en la formulación de la variante de abuso la expresión “disponer” tenga que ser entendida como designativa de la enajenación (*stricto sensu*) o el gravamen de uno o más componentes del patrimonio protegido, en tanto que por “obligar” haya que entender la generación de una deuda correlativa a un crédito susceptible de ser satisfecho contra ese mismo patrimonio. En uno y otro caso, el abuso de la respectiva facultad presupone la eficacia jurídica del actuar del administrador en relación con terceros.

Esta interpretación tendencialmente restrictiva de la expresión “disponer” en el contexto de la formulación de la variante de abuso hace posible postular, como contrapartida, una interpretación igualmente restrictiva de la descripción que especifica la variante de infidelidad. De acuerdo con la

⁶⁴ En general sobre los delitos de garante como delitos especiales, a propósito de la estructura típica de los delitos de omisión impropia, MAÑALICH, *supra* nota 16 [“Omisión del garante”], pp. 241 ss.

⁶⁵ Al respecto, y críticamente, WAGNER, *supra* nota 63, pp. 342 ss.

⁶⁶ En detalle, MAÑALICH, “La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales”, en *Política Criminal*, vol. 7, n.º 14, 2012, pp. 363 ss.

concepción integrada, la ejecución u omisión de “cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado” solo puede resultar constitutiva de una administración desleal por infidelidad en la medida en que la acción en cuestión sea ejecutada u omitida por quien, en cuanto garante de protección, detenta un poder de decisión que lo deja en posición de disponer, aunque sea en un plano puramente fáctico, (de a lo menos una parte) del patrimonio protegido. A este respecto, que la cláusula que exige que el comportamiento del potencial autor se presente como “manifiestamente contrario al interés” del titular del patrimonio solo forme parte de la formulación de la variante de infidelidad, deviene explicable si el énfasis se pone en el carácter *manifiesto* que, en los términos de esa misma cláusula, ha de exhibir la contrariedad al interés de la potencial víctima. Pues debería ser contextualmente claro que un *abuso* de la posibilidad de comprometer de manera jurídicamente eficaz el patrimonio protegido siempre resultará, *ceteris paribus*, contrario al interés de su titular, en razón de que por tal se entiende un ejercicio de un poder jurídico de disposición revestido de eficacia jurídica “hacia afuera” que sobrepasa el marco de autorización que vincula al potencial autor para con el titular.

La doble hipótesis interpretativa recién enunciada tiene la ventaja de hacer inmediatamente comprensible, además, que solo en la especificación de la variante de infidelidad la disposición legal haga equivalentes las respectivas formas de comportamiento activo y omisivo. Pues si la variante de abuso es entendida en términos tales que siempre ha de consistir en el condicionamiento de perjuicio a través de un acto jurídico de enajenación o gravamen, o generador de deuda, no parece concebible, en sentido estricto, una administración desleal por abuso *omisivo*. Esto es consistente con que, en la discusión doctrinal alemana, en referencia a las constelaciones de aparente abuso por omisión se observe que en rigor se trataría de comportamientos que tienen el carácter de acciones concluyentes.⁶⁷

Lo anterior vuelve pertinente cerrar el análisis a través de un último contraste. En su reciente análisis de una sentencia de la Corte Suprema de Chile relativa al así llamado “caso MOP-GATE”, MATTHEI y ROJAS han asumido la corrección dogmática de la tesis según la cual el fraude al fisco tendría el carácter de una administración desleal de funcionario público.⁶⁸ Aun cuando esta es la mejor clave interpretativa disponible para reconstruir la especie de hecho punible tipificada en el

⁶⁷ KINDHÄUSER, *supra* nota 33, § 266, n.º m. 91.

⁶⁸ MATTHEI y ROJAS, *supra* nota 50, pp. 142 ss.

art. 239, CPch,⁶⁹ de ello no se sigue que sea correcta la correlación, sugerida por MATTHEI y ROJAS, entre el uso diferenciado de las expresiones “defraudar” y “consentir que se defraude” en el contexto del art. 239, CPch, por un lado, y la formulación de las variantes de abuso e infidelidad bajo el art. 470 n.º 11, CPch, por otro.⁷⁰ Pues esta tesis pasa por alto que la fórmula “consentir que” es sistemáticamente usada en el CPch para describir formas de comportamiento *omisivo*, consistentes en la falta de impedimento de la ejecución de una acción (ajena) de cierta clase.⁷¹ Si a pesar de la heterogeneidad terminológica exhibida por una y otra disposición tiene sentido asumir que, bajo el derecho chileno vigente a contar del 20 de noviembre de 2018, el art. 239, CPch tipifica una forma calificada del delito cuyo tipo básico queda formulado en el art. 470 n.º 11, CPch,⁷² debe asumirse entonces que la fórmula “consentir que se defraude” especifica la modalidad *omisiva* de la variante de infidelidad, en tanto que la expresión “defraudar” debe tomarse como designativa tanto de la variante de abuso como de la modalidad *comisiva* de la variante de infidelidad. La concepción integrada de la administración desleal está en mejor posición que sus competidoras para sustentar esta última hipótesis interpretativa.

IV. Bibliografía

AMBOS, Kai, *Nationalsozialistisches Strafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2019.

BUNG, Jochen, “Gefährdungsschaden und Vermögensverlust”, en Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie (coord.), *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Fráncfort del Meno, Peter Lang, 2007, pp. 363-377.

FRISCH, Wolfgang, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, C.F. Müller, 1988.

GALLEGO SOLER, Ignacio, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, 2.ª ed., Montevideo y Buenos Aires, BdF, 2015.

⁶⁹ Fundamental HERNÁNDEZ, *supra* nota 28, pp. 234 ss. Véase también MAÑALICH, *supra* nota 66, pp. 374 s.

⁷⁰ MATTHEI y ROJAS, *supra* nota 50, p. 144.

⁷¹ Véanse, verbigracia, los arts. 233 y 344, CPch.

⁷² De lo cual se sigue, entre otras cosas, que como autor de fraude al fisco solo podría venir en consideración un funcionario público que en relación con la salvaguardia y la gestión del patrimonio público exhiba el estatus de garante por protección.

HERNÁNDEZ, Héctor, “La administración desleal en el derecho penal chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXVI, 2005, pp. 201-258.

—, “Frustración de fines y perjuicio patrimonial en el derecho penal chileno”, en *Derecho Penal Contemporáneo*, n.º 29, 2009, pp. 57-91.

—, “La estafa triangular en el derecho penal chileno, en especial la estafa procesal”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXIII, 2010, pp. 201-231.

—, “Arts. 287 bis y 287 ter”, en COUSO y HERNÁNDEZ (dirs.) *Código Penal Comentado. Parte Especial. Libro Segundo Título VI (arts. 261 a 341)*, Santiago, Thomson Reuters, 2019, pp. 182-196.

KINDHÄUSER, Urs, en KINDHÄUSER, NEUMANN y PAEFFGEN (coords.), *Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar*, tomo III, 5.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2017.

—, *Abhandlungen zum Vermögensstrafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2018.

MAÑALICH, Juan Pablo, *Nötigung und Verantwortung*, Baden-Baden, Nomos, 2009.

—, “La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales”, en *Política Criminal*, vol. 7, n.º 14, 2012, pp. 357-377.

—, *Norma, causalidad y acción*, Barcelona, Madrid, Buenos Aires y San Pablo, Marcial Pons, 2014.

—, “Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 21, n.º 2, 2014, pp. 225-276.

—, “El cohecho como propuesta o aceptación de una donación remuneratoria”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. LI, 2018, pp. 95-122.

—, “El principalismo político-criminal como fetiche”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 29, 2018, pp. 59-71.

MAREK, Vrzal, *Die Versuchsstrafbarkeit der Untreue de lege ferenda?*, Múnich, Verlag Dr. Hut, 2005.

MATTHEI, Elisabeth y ROJAS, Luis Emilio, “Caso ‘MOP-GATE’”, en VARGAS (dir.), *Casos destacados. Derecho Penal Parte Especial*, Santiago, DER, 2019, pp. 133-155.

MAYER, Laura, *Delitos económicos de estafa y otras defraudaciones*, Santiago, DER, 2018.

NIETO, Adán, “Administración desleal y apropiación indebida”, en DE LA MATA *et al.*, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Madrid, Dykison, 2018, pp. 237-284.

PASTOR, Nuria y COCA, Ivó, *El delito de administración desleal*, Barcelona, Atelier, 2016.

RANSIEK, Andreas, “Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 116, 2004, pp. 634-679.

ROJAS, Luis Emilio, “El tipo de la administración desleal en el Derecho penal alemán”, en *Revista Penal*, n.º 23, 2009, pp. 138-171.

—, *Grundprobleme der Haushaltsuntreue*, Baden-Baden, Nomos, 2011.

SCHLACK, Andrés, “El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, n.º 2, 2008, pp. 261-292.

SCHÜNEMANN, Bernd, en CIRENER *et al.* (coords.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12.ª ed., Berlín, Walter de Gruyter, 2012.

STRAUSS, Leo, *Natural Right and History*, Chicago y Londres, The University of Chicago Press, 1953.

TENINBAUM, Gabriel, “Reductio ad Hitlerum: Trumping the Judicial Nazi Card”, en *Michigan State Law Review*, 2009, pp. 541-578.

WACHTER, Matthias, “Pflichtverletzung und Vermögensbetreuungspflicht bei der Untreue”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 131, 2019, pp. 286-318.

WAGNER, Markus, “Zum Erfordernis einer ‚gravierenden‘ Pflichtverletzung bei der Untreue – Überlegungen zu Legitimität, Anwendungsbereich und Inhalt eines umstrittenen Korrektivs”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 131, 2019, pp. 319-362.

ZIESCHANG, Frank, “§ 266”, en PARK (coord.), *Kapitalmarkt strafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2008.