



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

**EL RESULTADO TÍPICO EN LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL**  
**Una conceptualización del perjuicio y su consumación en forma de peligro**

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

GUILLERMO NAMOR KONG

JULIO NÁRAY REBOLLEDO

Profesor guía: Lautaro Contreras Chaimovich

Santiago

2022



## *Agradecimientos*

*A mis padres, abuelos, mi hermano y a mi novia por su amor, cariño y apoyo.*

*Guillermo Namor K.*

*A mi novia, familia y amigos, que sin su ayuda y apoyo incondicional esto no hubiera sido posible.*

*Julio Náray R.*

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	5
1. Objeto de la investigación .....	6
2. Métodos de la investigación .....	7
3. Estructura general de la investigación .....	7
CAPÍTULO I: TIPICIDAD Y CARACTERÍSTICAS DEL DELITO .....	8
1. Consideraciones preliminares.....	8
2. Deber de tutela patrimonial .....	11
2.1. Fuentes del deber de tutela patrimonial.....	11
2.2. Asunción del deber de tutela patrimonial.....	12
3. Sujetos .....	14
3.1. Sujeto activo.....	14
3.2. Sujeto pasivo .....	17
4. Conducta típica e imputación objetiva .....	17
4.1. Conducta típica.....	17
4.2. La infracción mediante tipo de abuso .....	17
4.3. La infracción mediante el tipo de infidelidad.....	20
4.4. Imputación objetiva del hecho .....	21
5. Resultado típico y formas imperfectas de ejecución .....	23
6. Bien jurídico protegido.....	28
6.1. El patrimonio como bien jurídico protegido .....	28
6.2. Bienes jurídicos distintos al patrimonio .....	29
6.3. Características del patrimonio protegido por el tipo .....	31
7. Elementos subjetivos del tipo .....	33
7.1. El dolo .....	33
7.2. Otros elementos subjetivos del tipo .....	33
CAPÍTULO II: CONCEPTO DE PERJUICIO PATRIMONIAL .....	35
1. Teoría jurídica del patrimonio .....	35
1.1. Concepto de patrimonio .....	35
1.2. Determinación del perjuicio .....	36

1.3. Críticas .....	37
2. Teoría económica del patrimonio .....	38
2.1. Concepto de patrimonio .....	38
2.2. Determinación del perjuicio .....	42
2.3. Críticas .....	43
3. Teorías mixtas del patrimonio .....	44
3.1. Concepto de patrimonio .....	44
3.2. Determinación del perjuicio .....	46
3.3. Críticas .....	49
4. Teoría personal-funcional del patrimonio .....	49
4.1. Concepto de patrimonio .....	49
4.2. Determinación del perjuicio .....	50
4.3. Críticas .....	53
5. Toma de postura .....	55
5.1. Concepto de patrimonio en la administración desleal .....	55
5.2. Determinación del perjuicio en la administración desleal .....	58
<b>CAPÍTULO III: EL PELIGRO CONSTITUTIVO DE PERJUICIO PATRIMONIAL .....</b>	<b>60</b>
1. Antecedentes de la discusión .....	60
2. Una caracterización de la teoría del peligro constitutivo de perjuicio .....	62
2.1. Origen del concepto y la teoría .....	62
2.2. Críticas a la teoría .....	63
2.3. Respuestas a las críticas .....	65
2.4. Criterios de delimitación del peligro de perjuicio en la administración desleal .....	66
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>69</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>73</b>

## INTRODUCCIÓN

El numeral 11 del artículo 470, introducido al Código Penal por la ley 21.121 promulgada el 12 de noviembre del 2018<sup>1</sup>, generó un cambio sustancial en la persecución de la criminalidad de cuello blanco<sup>2</sup> y la legislación penal económica. Ésta tipifica el delito de administración desleal, que sanciona a quien teniendo a cualquier título a su cargo la gestión del patrimonio ajeno de una persona natural o jurídica, ejerza abusivamente sus facultades para disponer u obligar, o bien al ejecutar u omitir una conducta en contravención al interés del titular, irrogándole algún perjuicio económico<sup>3</sup>.

Con ella se da respuesta a una necesidad de protección destacada por nuestra doctrina nacional<sup>4</sup>, que viene a tutelar los casos en que un administrador de mala fe, se encuentra en la cómoda posición de disponer conforme a derecho de la esfera patrimonial ajena<sup>5</sup>, al transferir bienes sin justificación económica, otorgar comisiones injustificadas o los casos en que se omite realizar aquellas conductas propias del deber de administración como no cobrar deudas vencidas, dejar prescribir créditos o pasar oportunidades de negocios<sup>6</sup>.

De esta forma, surgen nuevos desafíos para los gobiernos corporativos y los programas de cumplimiento<sup>7</sup>, se subsana un vacío en la legislación nacional y se da sentido a lo prescrito

---

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

<sup>2</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Luis. “Culpables, millonarios e impunes: el difícil tratamiento del derecho penal del delito de cuello blanco”. Revista IUS, 9(35), 2015, p. 41.

<sup>3</sup> MEDINA SCHULZ, Gonzalo. Nuevos desafíos penales para los gobiernos corporativos. [en línea] El Mercurio Inversiones. 28 de noviembre del 2018 <<http://www.elmercurio.com/Inversiones/Noticias/Columnas/2018/11/28/Chile-nuevos-desafios-penales-para-los-gobiernos-corporativos.aspx>>, 2018, [consulta: 28 de noviembre de 2018].

<sup>4</sup> WINTER ETCHEBERRY, Jaime. Derecho penal e impunidad empresarial en Chile. Revista de Estudios de la Justicia (19): 91-125, 2013, p. 108; y, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Perspectivas del Derecho Penal Económico en Chile. En: Persona y Sociedad, Universidad Alberto Hurtado, 19 (1), 2005, p. 101 a 134.

<sup>5</sup> CONTRERAS ENOS, Marcos. Constelaciones de casos de administración desleal. [en línea] El Mercurio Legal. 25 de enero del 2019 <en <http://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2019/01/25/constelaciones-de-casos-de-administracion-desleal.aspx>> [consulta: 25 de enero del 2019].

<sup>6</sup> BOFILL GENZSCH, Jorge, JELVEZ GALLEGOS, Valeria y CONTRERAS SALIM-HANNA, Sebastián. Consideraciones sobre el nuevo delito de administración desleal en el derecho chileno. En: Revista Derecho & Sociedad (52), 2019, p. 60. MATUS ACUÑA, Jean, y RAMÍREZ GUZMÁN, María. Manual de Derecho Penal Chileno Parte Especial. 4ªed. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, 2019, p. 370.

<sup>7</sup> Sobre los desafíos del Compliance en la legislación nacional se afirma, que la principal razón para tener una política de prevención de delitos al interior de una empresa surge de la necesidad de impedir la comisión de delitos con el fin de evitar la responsabilidad penal, siendo el objeto de estos Programas de Compliance evitar la exposición a escenarios o riesgos de sanciones penales corporativas, véase en BALMACEDA HOYOS, Gustavo; GUERRA ESPINOSA Rodrigo; y JUPPET EWING, María Fernanda. COMPLIANCE. Visión general desde una perspectiva penal y comercial. Santiago: Legal Publishing, 2019, p. 144.

en el artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas, al establecer que la infracción a dicha ley, estatutos sociales o las normas dictadas por el órgano regulador respectivo, traerá consigo sanciones civiles, administrativas y, ahora incluso, las penales que correspondan<sup>8</sup>.

Esta figura ha sido caracterizada como un delito “desde adentro”<sup>9</sup>, en que el autor infringe el deber de resguardo asumido y dicha infracción ocasiona un perjuicio al administrado<sup>10</sup>. Se trata de un delito patrimonial<sup>11</sup> que, al igual que la estafa, se consuma por la lesión o perjuicio al patrimonio de la víctima, pero que a diferencia de esta no exige enriquecimiento del autor<sup>12</sup>.

En el presente trabajo, nos focalizaremos en el perjuicio patrimonial y su conceptualización en el delito de administración desleal. Para ello, nos adentraremos en la estructura básica de esta figura, las distintas teorías sobre el patrimonio y el perjuicio, y la configuración de este último en forma de peligro.

En este orden de ideas, el objetivo específico de nuestra investigación es responder a las siguientes preguntas: (i) ¿Cuándo existe un perjuicio para el patrimonio en la administración desleal?, y (ii) ¿Es el peligro para el patrimonio una lesión capaz de consumir este delito?

## **1. Objeto de la investigación**

Nuestro objeto de estudio es el delito base de administración desleal, previsto en el inciso 1 numeral 11 del artículo 470 del Código Penal, centrándonos específicamente en un elemento objetivo del tipo, a saber, el perjuicio patrimonial como resultado típico del delito.

---

<sup>8</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. La administración desleal en el derecho penal chileno. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (26), 2005, p. 205.

<sup>9</sup> ABANTO VÁQUEZ, Manuel. Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública. Lima, Perú: GRIJLEY, 2014, p. 898.

<sup>10</sup> LUZÓN PEÑA, Diego. y ROSO CAÑADILLAS, Raquel. 2013. La administración desleal societaria en el derecho penal español. En: Revista de Derecho (16), 2013, p. 23.

<sup>11</sup> MATUS, Jean Pierre, y RAMÍREZ, María Cecilia. Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2019, p. 349.

<sup>12</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan. La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales. En: Política criminal 7(14), 2012, p. 374.

## **2. Métodos de la investigación**

La finalidad del presente trabajo se pretende alcanzar mediante el análisis dogmático de la doctrina nacional y la elaborada en el derecho comparado español (influenciada por la doctrina alemana).

## **3. Estructura general de la investigación**

En la primera parte, comenzaremos con la conceptualización en términos generales de esta figura penal, su tipicidad y ciertas características particulares que la distinguen del común de los delitos patrimoniales.

En la segunda parte, procederemos a caracterizar las diversas teorías sobre el “patrimonio” como bien jurídico protegido. Para ello, analizaremos las concepciones jurídica, económica, mixta y personal-funcional, con el objeto de describir qué sostienen sobre el perjuicio, su definición y determinación, así como las principales críticas que se les han formulado a cada una de ellas. Finalmente, tomaremos postura sobre el concepto de patrimonio tutelado en este delito y la definición del perjuicio.

Por último, trataremos la configuración del peligro constitutivo de perjuicio, para lo que revisaremos el origen del concepto y su naturaleza jurídica.

# CAPÍTULO I: TIPICIDAD Y CARACTERÍSTICAS DEL DELITO

## 1. Consideraciones preliminares

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

Este corresponde a lo que la doctrina denomina un delito “desde adentro”<sup>13</sup>, a saber, uno que se comete desde el interior de la organización por un enemigo interno<sup>14</sup> que cuenta con potestades para disponer del patrimonio ajeno<sup>15</sup>.

El injusto típico se estructura en torno a la especial relación del autor con el patrimonio afectado, esto supone en términos generales, que el patrimonio objeto de la conducta típica se encuentra indefenso a merced del autor<sup>16</sup>. Este último, tiene un deber de salvaguarda patrimonial que lo convierte en garante de la protección del bien jurídico que lesiona<sup>17</sup>, y para su consumación, actúa valiéndose de las facultades otorgadas para la gestión del patrimonio.

Es un delito especial, pues requiere que el autor reúna una cualidad determinada que consiste en una posición de deber extrapenal<sup>18</sup>. En específico, se trata de un delito especial propio, donde el componente específico que determina la autoría establece la pena, como ocurre

---

<sup>13</sup> PASTOR MÚÑOZ, Nuria., y COCA VILA, Ivo. El delito de administración desleal. Claves para la interpretación del nuevo Art. 252 del Código Penal. Barcelona, Atelier libros jurídicos, 2016, p. 107.

<sup>14</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Administración desleal y apropiación indebida. En: Derecho Penal y económico de la empresa. Madrid, Dykinson, 2018, p. 250.

<sup>15</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Ob. Cit., p. 914.

<sup>16</sup> NIETO MARTÍN, Ob. Cit. p. 251.

<sup>17</sup> Ídem.

<sup>18</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General Tomo I. Madrid, Civitas, 1997, p. 338.

en el delito de prevaricación, a diferencia de los especiales impropios, en que el elemento distintivo del que es portador el autor funciona como agravante de la pena<sup>19</sup>.

Este es un delito de infracción de deber, donde el presupuesto de la autoría es la vulneración de un deber especial de cuidar el patrimonio<sup>20</sup>, por lo que sólo puede ser cometido por determinadas personas investidas de dicho deber<sup>21</sup>. Estos se diferencian de los delitos de dominio, en que será autor quien tenga el dominio del hecho, esto es, la decisión de si el hecho se comete o no y la forma particular en que se llevará a cabo<sup>22</sup>.

Esto es relevante, porque mientras los delitos de dominio se aprecian por una acción socialmente dañosa, en los de infracción no es primordial la naturaleza externa de la conducta del autor, pues el fundamento de la sanción viene dado por la contravención a las exigencias de rendimiento derivadas de un rol social asumido por el mismo<sup>23</sup>.

En este orden de ideas, el elemento esencial en la estructura del delito es el deber de custodia patrimonial, el cual fijará el espectro de autores idóneos y la conducta típica<sup>24</sup>.

El deber se configura en la medida que exista una obligación principal en la relación autor-víctima, que establezca la posibilidad de tomar decisiones desde dentro del patrimonio en el ámbito negocial y no la realización de meras órdenes de hecho, como, por ejemplo, la simple instrucción en que se le pide al trabajador de una empresa pagar las cuentas de los servicios básicos de la misma<sup>25</sup>.

---

<sup>19</sup> ROXIN, Ob. Cit., p. 338. En una posición diversa Aixa Gálvez afirma que esta explicación es insostenible, ya que fundamentar el injusto simplemente en la infracción de un deber extrapenal (como sería la Ley de Sociedades Anónimas) vulneraría los principios de intervención mínima, fragmentariedad, subsidiariedad y legalidad, por lo que sostiene que es un delito mixto de infracción de deber y de dominio, dado que no es suficiente que el autor infrinja el deber extrapenal, sino que es necesario que realice el acto concreto de infringir o excederse de sus facultades de administración y además genere un perjuicio al patrimonio social, véase en GÁLVEZ JIMENEZ, Aixa. El nuevo delito de Administración desleal (artículo 252 CP) en el ámbito de las Sociedades de Capital. Tesis doctoral. Granada, Universidad de Granada, 2017, p. 444.

<sup>20</sup> ROXIN, Ob. Cit., p. 338.

<sup>21</sup> KINDHÄUSER, Urs. Infracción de deber y autoría-una crítica a la teoría del dominio del hecho. En: Revista de Estudios de la Justicia” (14), 2011.p. 43.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> ROJAS AGUIRRE, Luis. El tipo de administración desleal en el derecho penal alemán. En: Revista penal (23), 2009. p. 143.

<sup>24</sup> PASTOR MÚÑOZ y COCA VILA. El delito... Ob.Cit., p. 56.

<sup>25</sup> PASTOR MÚÑOZ y COCA VILA. El delito... Ob.Cit., p. 58-59.

Este debe provenir de una relación jurídica de administración, en virtud de la cual quien administra, cuenta con autonomía en la gestión de patrimonio y lo realiza no en el interés propio, sino siempre en el interés del titular<sup>26</sup>, sin que sea necesario un vínculo extendido en el tiempo<sup>27</sup>.

El deber de custodia patrimonial envuelve una posición de garantía organizativa del patrimonio<sup>28</sup>, de modo que el ámbito de implicancia del delito, a diferencia de lo que sucede en el delito de estafa, no se limita al análisis del acto de disposición particular ni a elementos patrimoniales aislados. Este abarca las repercusiones en la totalidad del patrimonio administrado conforme al criterio de “plan global”, en virtud del cual una conducta que aisladamente carece de sentido y genera pérdidas económicas, puede adquirirlo si se contempla a la luz de dicho plan<sup>29</sup>.

Este deber se estructura sobre la idea de libertad-responsabilidad, bajo la premisa que el titular otorga facultad de gestión al administrador, transfiriéndole parte o toda su esfera patrimonial y permitiéndole libertad en la configuración de esta. En virtud de lo anterior, recae sobre el autor un deber negativo de no menoscabar o mantener el estatus quo de la esfera patrimonial<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> PASTOR MÚÑOZ y COCA VILA. El delito... Ob.Cit., p. 83; ROJAS AGUIRRE, Ob. Cit, p.154.

<sup>27</sup> PASTOR MÚÑOZ y COCA VILA. El delito... Ob.Cit., p. 57-58.

<sup>28</sup> MATUS ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN. Ob.Cit., p. 370.

<sup>29</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal [en línea] InDret 4. Revista para el Análisis del Derecho <<https://indret.com/la-construccion-del-perjuicio-en-el-delito-de-administracion-desleal/>> [consulta: 5 de octubre de 2022], 2016, p. 17; NIETO MARTÍN, Adán. Administración desleal y apropiación indebida. En: Derecho Penal y económico de la empresa. Madrid, Dykinson, 2018, p. 265.

<sup>30</sup> A excepción de los deberes que recaen sobre administradores institucionales como el tutor y el administrador de fondos públicos que se estructuran como deberes positivos que suponen la obligación de incremento patrimonial, véase en PASTOR MÚÑOZ y COCA VILA. El delito... Ob.Cit., p. 80. ROJAS precisa este deber señalando que: “[...] la administración desleal se comprende mejor bajo la categoría de los delitos de infracción de deber en el sentido de Jakobs, que se diferencia de los delitos en que la responsabilidad se sigue de la competencia por la ampliación del propio círculo de organización. 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 al 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 de 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”, véase en ROJAS AGUIRRE, Ob.Cit., p.144.

El poder de administración o libertad de gestión es central para reconstruir la pretensión de lealtad que integra el deber de custodia, el que a su vez vincula al administrador con el patrimonio ajeno y hace punible su conducta<sup>31</sup>.

De este modo, el deber de custodia lo obliga a regirse por el interés patrimonial ajeno, dada la pretensión de lealtad, que surge de la confianza que el titular otorga al administrador para la preservación o gestión de su patrimonio y opera como una compensación de la vulnerabilidad relativa del patrimonio, frente a quien asume como garante de su protección<sup>32</sup>.

## **2. Deber de tutela patrimonial**

### **2.1. Fuentes del deber de tutela patrimonial**

El artículo 470 numeral 11 del Código Penal establece: “[...] al que teniendo a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona, o de alguna parte de éste, en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto o contrato”.

De este modo, serán fuentes del deber, las leyes<sup>33</sup>; los actos administrativos, como dictámenes, instrucciones, oficios, resoluciones, entre otros; y los actos jurídicos del derecho común, como la constitución de sociedades o el mandato.

---

<sup>31</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan, La estructura típica de la administración desleal un enfoque contrastativo. En: En Letra: Derecho Penal, (10), 2020.p. 42.

<sup>32</sup> MAÑALICH RAFFO. La estructura... Ob.Cit., p.42.

<sup>33</sup> Un punto a destacar es la relevancia de los reglamentos en la precisión de los contornos del deber legal, así por ejemplo, el decreto supremo del Ministerio de Hacienda N° 702 de 27 de mayo de 2011, que aprueba el Nuevo Reglamento de Sociedades Anónimas, publicado en el Diario Oficial de 6 de julio de 2012, el cual profundiza los deberes de los directores establecidos en los art. 41 y 42 de la Ley 18046 sobre S.A, y prescribe en su artículo 78: “El deber de cuidado y diligencia de los directores incluye, pero no está limitado a, efectuar con el esfuerzo y atención que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios, las gestiones necesarias y oportunas para seguir de forma regular y pronunciarse respecto de las cuestiones que plantea la administración de la sociedad, recabando la información suficiente para ello, con la colaboración o asistencia que consideren conveniente. Salvo que no fuere posible atendido que el directorio hubiere sesionado de urgencia (...) El deber de cuidado y diligencia de los directores los obliga a participar activamente en el directorio y comités, en su caso, asistiendo a las sesiones, instando que el directorio se reúna cuando lo estime pertinente, exigiendo que se incluya en la orden del día aquellas materias que considere convenientes, de acuerdo con la ley y los estatutos sociales, y a oponerse a los acuerdos ilegales o que no beneficien el interés de la sociedad de la cual es director”. Y agrega en el art. 79 inc. 1: “El director debe también, entre otras conductas, abstenerse de proponer, acordar o realizar actos o contratos, o tomar decisiones que no tengan por fin el interés social. Asimismo, debe evitar que eventuales conflictos de intereses perjudiquen a la sociedad (...)”.

Nuestro ordenamiento jurídico no reconoce la relación de confianza como fuente, dado que, sin que consten las razones en la historia de la ley, el legislador limitó las fuentes de deber a la ley, a la orden de autoridad y al acto o contrato, y dejó fuera aquellas circunstancias donde la fuente de la función de protección tiene su origen en la sola asunción fáctica, a diferencia de lo que ocurre en el tipo alemán<sup>34</sup>.

El delito no exige que el deber surja exclusivamente de una sola de las fuentes<sup>35</sup>, sino que también puede derivar de la concurrencia de la ley y un acto jurídico, tal como sucede con los gerentes generales de una sociedad anónima y en la agencia oficiosa, o bien de la ley y un acto de autoridad, como el liquidador en la partición de una sociedad comercial.

## **2.2. Asunción del deber de tutela patrimonial**

La posición de garante del administrador exige la existencia de una fuente normativa y del libre y previo acto de asunción material del encargo de salvaguardar el patrimonio<sup>36</sup>.

La asunción efectiva del encargo<sup>37</sup>, es aquella circunstancia en que alguien se coloca en la posición de controlar la probabilidad de generación de un riesgo, de modo tal que, de no asumirse ese riesgo, la víctima no se vería expuesta a que la omisión la dejara sin resguardo frente a un curso causal dirigido a un resultado lesivo<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> BOFILL, JELVEZ, y CONTRERAS, Ob. Cit. p.73.

<sup>35</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico (III). En: Lecciones de derecho penal parte especial. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 226. La agencia oficios se regula en el artículo 2286 del Código Civil que prescribe, la agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos, llamada comúnmente gestión de negocios es un cuasicontrato por el cual el que administra sin mandato los negocios de alguna persona, se obliga para con ésta, y la obliga en ciertos casos.

<sup>36</sup>PASTOR MUÑOZ y COCA VILA. El delito... Ob.Cit., p. 123. En Contra ROJAS AGUIRRE, Ob.Cit., p.158 – 159.

<sup>37</sup> Sobre la asunción efectiva del encargo, POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ señalan que no solo porque la niñera incumpla el contrato, y no asume sus funciones yendo al lugar, se le puede hacer responsable penalmente por el accidente que sufra el niño, que no estaba efectivamente a su cargo, en la misma línea, el ejemplo del guía de excursión que comunica a los turistas que no se realizara el paseo, no le es imputable el accidente que sufra quien voluntariamente emprende la excursión sin resguardo profesional, pues dicho deber no fue asumido en realidad, de modo que es necesario la existencia fáctica de encontrarse en cumplimiento del deber. Véase en POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre, y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 199 - 204.

<sup>38</sup>POLITOFF, MATUS, y RAMÍREZ, Ob. Cit., p. 206.

Este es un factor co-fundante del peligro, ya que por ella la víctima espera que el riesgo sea controlado o evitado por parte del autor y se expone sin prevenciones al curso de los hechos. Por su parte, el autor sustrae y se reserva una función específica en relación a cualquier tercero o respecto de la víctima, tal como sucede cuando un médico acepta el encargo de suministrar una medicación a un paciente<sup>39</sup>.

La asunción fundamenta la posición de garante del administrador, fija el contenido del deber de custodia del patrimonio ajeno y, a su vez, limita la responsabilidad de este<sup>40</sup>.

La posición de garantía como elemento del delito comprende las siguientes características: (i) la función de proteger al bien jurídico, (ii) confianza en que el portador tendrá el control del riesgo, y (iii) la asunción voluntaria de la labor. La existencia de la posición de garante no depende de la validez del acto, sino que de la exclusión de otros intervinientes en dicho control<sup>41</sup>.

El contenido y alcance específico de la posición de garantía no comprende todos los deberes civiles o administrativos contenidos en el ordenamiento jurídico<sup>42</sup>. El límite de lo comprometido se establece en torno a la exigibilidad concreta y la prohibición de conductas contrarias al interés del titular del patrimonio afectado<sup>43</sup>, de modo que, en caso alguno recaerá sobre el autor un deber absoluto de evitación del resultado que implique costos personales para él<sup>44</sup>.

---

<sup>39</sup> POLITOFF, MATUS, y RAMÍREZ, Ob. Cit., p. 206.

<sup>40</sup> PASTOR MÚÑOZ y COCA VILA. El delito... Ob.Cit., p. 80 y 81.

<sup>41</sup> MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal parte general. 8ªed. Barcelona: Reppertor, 2006, p.338.

<sup>42</sup> PASTOR MÚÑOZ y COCA VILA. El delito... Ob.Cit., p.109.

<sup>43</sup> ALCALDE, Enrique. Administración desleal y decisiones de negocio de los directores. El Mercurio. 9 de mayo del 2019 [en <http://derecho.uc.cl/es/noticias/derecho-uc-en-los-medios/22943-profesor-enrique-alcalde-administracion-desleal-y-decisiones-de-negocio-de-los-directores>]. En la columna señala que la “regla sobre el juicio de negocios” estadounidense, puede ser conceptualizada en nuestro ordenamiento como una obligación de medios consistente en que las decisiones adoptadas por los directores o administradores sean buena fe, en una forma razonablemente informada, y no afectas a un conflicto de interés, con independencia de las consecuencias patrimoniales que ella acarree.

<sup>44</sup> PASTOR MÚÑOZ y COCA VILA. El delito... Ob.Cit., p. 124. Los autores precisan que la posición de garantía se limita, valga la redundancia, a la posición asumida matizada con el estándar de diligencia propio del cargo y solo con aquellos medios que debe poner a disposición de este, tales como su conocimiento en gestión y no sus contactos personales ni su patrimonio privado.

De todas formas, el contenido puede configurarse libremente por la relación víctima-autor en aplicación del principio de autonomía de voluntad<sup>45</sup>, y en lo no regulado expresamente por las partes prevalecerá el deber de diligencia previsto por nuestra legislación, según el tipo de negocio que se trate<sup>46</sup>.

Este delito no es un tipo penal en blanco, pero ello no significa que se pueda prescindir de la existencia de los deberes jurídicos extrapenales, al ser estos una condición necesaria pero no suficiente para la existencia de la posición de garantía<sup>47</sup>.

### **3. Sujetos**

#### **3.1. Sujeto activo**

El autor será aquella persona que cuente con facultades de administración y que, en razón de un acto de asunción del deber de tutela patrimonial, esté en una posición de garantía del patrimonio ajeno, fundada en la indefensión de la víctima por la posibilidad del autor de afectar en forma autónoma su esfera patrimonial<sup>48</sup>.

La autonomía es un presupuesto fundamental de la tipicidad, debido a que la idea de administración supone una esfera de decisión discrecional sobre el patrimonio ajeno<sup>49</sup>. Por ello, el camarero que se aprovecha de la situación y omite cobrar la cuenta a sus amigos no comete administración desleal, al no contar con un poder jurídico de gestión autónoma<sup>50</sup>.

---

<sup>45</sup> En profundidad en ABELIUK MANASEVICH, René. Las Obligaciones. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 1-581.

<sup>46</sup> PASTOR MÚÑOZ y COCA VILA. El delito... Ob.Cit., p. 109. En relación con los negocios de riesgo y las reglas de apreciación de diligencia véase en NIETO. Ob. Cit, p. 277 -284.

<sup>47</sup> PASTOR MÚÑOZ y COCA VILA. El delito... Ob.Cit., p. 109-110.

<sup>48</sup> NIETO. Ob. Cit, p. 259.

<sup>49</sup> PASTOR y COCA. El delito... Ob.Cit., p. 84.

<sup>50</sup> PASTOR y COCA. El delito... Ob.Cit., p. 85.

Existirá gestión de negocios en los casos en que el encargado tenga un determinado poder de iniciativa, pues hacerse cargo de un negocio significa tener facultades para administrar, vale decir, una cierta autonomía en sus decisiones<sup>51</sup>.

Esta es contraria a la naturaleza de una relación laboral de subordinación y dependencia. Por otro lado, supone algo más que un cierto grado de experticia, de forma tal que se excluyen los encargos precisos que no tienen por finalidad hacerse cargo de un negocio ajeno, tales como la realización de una asesoría tributaria o de un informe en derecho<sup>52</sup>.

La autonomía es una cuestión normativa, que exige la facultad de radicar jurídicamente los efectos de la gestión en el patrimonio ajeno con la capacidad de decidir sobre el qué y el cómo se realizará la administración<sup>53</sup>. Se caracteriza por la posibilidad de valorar auto-responsablemente las decisiones sobre el patrimonio y el poder de dirección o supervisión sobre este<sup>54</sup>.

Dos situaciones particulares deben tenerse presente al momento de analizar al autor de este delito: la del administrador formal y la del administrador de hecho.

El administrador formal o testaferro, es el caso de quien, investido de facultades de gestión no las ejerce materialmente, por lo que, pese a concurrir aparentemente las condiciones necesarias para ser autor idóneo falta el acto de asunción de la posición de garante<sup>55</sup>.

El administrador de hecho corresponde al caso de quien sin estar investido de facultades de gestión las ejerce materialmente, por lo que, pese a concurrir virtualmente los presupuestos, no posee una fuente normativa que lo haga autor idóneo.

---

<sup>51</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Mandato Civil. Apuntes de clases. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1992, p. 6.

<sup>52</sup> BARROS BOURIE, Ob. Cit., p. 7 - 8.

<sup>53</sup> PASTOR MUÑOZ y COCA VILA. El delito... Ob.Cit., p. 59 y 108.

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> NIETO. Ob. Cit, p. 259.

La doctrina sostiene que el sujeto activo puede ser un cargo intermedio o un administrador de hecho, siempre y cuando concurren elementos que lo asimilen con uno de derecho, tales como un ámbito de decisión autónomo en sectores relevantes de la actividad, la tolerancia expresa o tácita de la sociedad para que actúe así y la necesidad de que el administrador disponga de poderes o facultades que permitan la ofensa al bien jurídico protegido<sup>56</sup>.

Algunos sostienen que para entender que el administrador de hecho es un autor idóneo, es necesario que actúe en representación de una persona jurídica, o en nombre o representación voluntaria de otro, por lo que debe existir necesariamente un administrador de derecho que le delegue expresa o tácitamente la facultad de administración<sup>57</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico, la tolerancia tácita o relaciones de confianza no constituyen fuentes normativas, lo que implica excluir la posibilidad de consumación únicamente por el administrador de hecho.

En conclusión, para ser autor idóneo se exige la facultad de disponer o gestionar en forma autónoma de los bienes pertenecientes al patrimonio ajeno sobre el que recae su deber de resguardo<sup>58</sup>, ejercer la administración y estar vinculado a una fuente de deber reconocida por el ordenamiento jurídico.

La responsabilidad por este delito puede recaer tanto en una persona natural como en una jurídica, cuestión aceptada en la doctrina comparada<sup>59</sup> y reconocida en nuestro país por la Ley 21.121, que modifica la Ley 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> BOFILL, JELVEZ, y CONTRERAS, Ob. Cit., p. 73.

<sup>57</sup> DOLZ LAGO, Manuel. El delito de administración desleal y el delito de apropiación indebida, tras la L.O.1/2015. Curso: Delitos societarios. El delito de la administración desleal. [en línea] Centro de estudios jurídicos < <https://www.fiscal.es/documents/20142/100458/Ponencia+Manuel+Jesus+Dolz+Lago.pdf/e10fee36-d725-60c9-83ef-d6a81a0d0004> > [consulta: 5 de noviembre de 2022], 2017, p. 47.

<sup>58</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. Pasado, Presente y Futuro de los delitos de Administración desleal y de Apropiación indebida. En: Estudios Penales y Criminológicos (35), 2015, p. 548.

<sup>59</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu et.al. Manual de Derecho Penal Parte Especial. Doctrina y Jurisprudencia con casos solucionados. Tomo 1. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2015, p. 509.

<sup>60</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. En: Política criminal (9):207-236 , 2010, p. 217. En la misma línea NAVAS MONDACA, Iván y JAAR LABARCA, Antonia. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena. En: Política criminal (26), 2018, p. 1033.

### **3.2. Sujeto pasivo**

El sujeto pasivo es el titular del patrimonio encomendado a un tercero para su salvaguarda o gestión y su calidad dependerá necesariamente de normas extrapenales<sup>61</sup>.

De todas formas, nuestro Código Penal estableció especial protección a sociedades anónimas abiertas o especiales, y reprocha en mayor grado aquellos casos en que los titulares del patrimonio tienen opciones limitadas de intervenir en su gestión o no cuentan con la posibilidad de administrarlos libremente, y en hipótesis en que el autor perjudica patrimonios determinados<sup>62</sup>.

## **4. Conducta típica e imputación objetiva**

### **4.1. Conducta típica**

Este es un tipo que admite dos modalidades distintas de comisión: abuso o infidelidad, que se funden dentro de un mismo delito y comparten los mismos presupuestos, a saber, la infracción del deber de custodia patrimonial y un ámbito de autonomía de su autor<sup>63</sup>.

### **4.2. La infracción mediante tipo de abuso**

La modalidad comisiva de abuso o excesos en la capacidad de disposición se establece en nuestra legislación de la siguiente forma: “Al que (...) ejerciendo abusivamente facultades para disponer por cuenta de ella u obligarla”.

El tipo de abuso se materializa cuando se vulnera el deber de custodia por medio de un acto jurídicamente válido. El autor debe contar con capacidad legal de gestión sobre el

---

<sup>61</sup> BOFILL, JELVEZ, y CONTRERAS, Ob. Cit., p. 73-74.

<sup>62</sup> Ibid.

<sup>63</sup> Esta posición es la sostenida por la “tesis unitaria restrictiva” o “tesis integrada”, sobre las distintas concepciones véase en ROJAS AGUIRRE, Ob.Cit., p. 148 y ss.

patrimonio ajeno que le permita disponer u obligarlo con eficacia jurídica frente a terceros, es decir, una posición de dominio normativo sobre este<sup>64</sup>.

Esta modalidad comprende casos como la concesión de préstamos sin garantías o con intereses muy por debajo del precio de mercado, la adquisición de bienes a precios excesivos o sin justificación económica alguna, el pago de precios excesivos por la prestación de servicios o la contratación de empleados sin justificación, la venta de bienes o prestación de servicios a un precio excesivamente inferior al del mercado, la concesión de préstamos que se saben incobrables, la constitución de hipotecas sobre bienes sin que exista razón alguna para garantizar una deuda, entre otras<sup>65</sup>.

La capacidad de administración<sup>66</sup> es el poder de producir efectos jurídicos para o contra el representado mediante actos jurídicos o de autoridad, se expresa en la facultad de disponer, esto es, modificar, transferir, ordenar, y obligar o gravar ese patrimonio<sup>67</sup>.

Quedan excluidas de esta modalidad la utilización o deterioro del patrimonio por intromisiones puramente fácticas o simples vías de hecho<sup>68</sup>, como quien actúa en base a un poder falsificado por la imposibilidad de administrar de manera jurídicamente vinculante, o quien, pese a contar con poder no ejecuta un acto de administración, como el gerente que sustrae un cuadro de la empresa.

También se excluyen las conductas de quien actúa excediéndose en sus potestades, pues al hacerlo no usa ni abusa de su poder de gestión, al no afectar jurídicamente el patrimonio<sup>69</sup>. En nuestra legislación el mandatario que contrata extralimitándose en sus poderes, luego de expirado el mandato, o sin haber sido investido nunca con esa calidad, actúa sin poder suficiente y pese a que sus actos son válidos no obligará al mandante, salvo que éste los ratifique<sup>70</sup>.

---

<sup>64</sup> NIETO MARTÍN, Ob. Cit, p. 258.

<sup>65</sup> NIETO MARTÍN, Ob. Cit, p. 258-259.

<sup>66</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN, Pasado...Ob. Cit. p. 546.

<sup>67</sup> ROJAS AGUIRRE, Ob.Cit., p. 159.

<sup>68</sup> ROJAS AGUIRRE, Ob.Cit., p. 159.

<sup>69</sup> PASTOR MÚÑOZ y COCA VILA. El delito... Ob. Cit., p. 61.

<sup>70</sup> STITCHKIN BRANOVER, David. El mandato civil. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 367.

En esta modalidad no resulta relevante si se actúa a nombre propio o en nombre del titular, lo fundamental es que el acto obligue al patrimonio de este último en forma válida y eficaz.

El injusto del acto reside en el abuso de las facultades otorgadas en contravención a los fines e instrucciones dados por la víctima, y en la radicación del resultado económico en su patrimonio, lo que grafica su especial situación de indefensión<sup>71</sup>.

La radicación del resultado económico del acto, en principio, no permite al mandante anular un negocio jurídico cuando fue celebrado a su nombre por una persona que lo representa válidamente<sup>72</sup>, de forma similar a lo que ocurre en el mercado de valores, debido al “*principio de firmeza*”<sup>73</sup>, en virtud del cual las órdenes no pueden ser revocadas.

En esta modalidad, las hipótesis omisivas solo proceden cuando expresen una voluntad jurídica negocial, por medio de un silencio concluyente que obligue o disponga del patrimonio y provoque un perjuicio.

Se excluyen las hipótesis de empeoramiento patrimonial evitables con un accionar positivo, como los casos en que no se comunica la caducidad de un crédito o no se ejecuta la orden de embargo<sup>74</sup>, las que configuran la modalidad de infidelidad.

---

<sup>71</sup> NIETO MARTÍN, Ob. Cit., p. 252.

<sup>72</sup> STITCHKIN precisa este punto indicando que “(...) el mandatario que contrata a nombre de su mandante lo representa en cuanto “los efectos” del contrato se producirán respecto del representado como si éste los hubiera celebrado personalmente, pero el contrato se genera en virtud de la concurrencia de las voluntades del mandatario y del tercero. Este concurso de voluntades forma el consentimiento necesario para la validez del contrato. Por consiguiente, el mandante podrá alegar que esos actos o contratos no le afectan porque el mandatario no estaba autorizado para ejecutarlos o celebrarlos obligando su patrimonio, pero no podrá pretender que la convención o la declaración de voluntad es nula por falta de consentimiento, pues ese consentimiento ha existido manifestado por el representante en concordancia con el tercero”. Véase en STITCHKIN BRANOVER, Ob. Cit. p. 365.

<sup>73</sup> Este principio tiene dos aspectos. Por un lado, se encuentra la firmeza frente a las propias partes de la transacción, quienes no podrán dejar sin efecto unilateralmente ni de mutuo acuerdo las transacciones que entran al sistema. Por otra parte, la firmeza también se aplica respecto de todos los terceros, sean administradores de los sistemas, jueces, síndicos, etc., quienes no pueden dejar sin efecto por ningún motivo y en ninguna de las etapas del proceso de compensación y liquidación, las órdenes de compensación aceptadas. Es decir, las órdenes aceptadas no podrán ser revocadas y los resultados de la compensación y liquidación no podrá ser reversados. Véase en BUSTOS LAGARRIGUE, Sebastián y CELADOR IZQUIERDO, Leticia. Ley sobre sistemas de compensación y liquidación de instrumentos financieros. En: Cuaderno de extensión jurídica (19), 2010, p. 153.

<sup>74</sup> PASTOR MÚÑOZ y COCA VILA. El delito... Ob.Cit., p.63.

### 4.3. La infracción mediante el tipo de infidelidad

La modalidad comisiva de infidelidad, quiebre de confianza o exceso en la capacidad de gestión, se establece en nuestra legislación de la siguiente forma: “Al que (...) ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado”.

Esta forma comisiva contempla todas las acciones u omisiones que supongan un perjuicio patrimonial sin necesidad de contar con la capacidad para afectarlo jurídicamente<sup>75</sup>. Se incluyen hipótesis como el pago de gastos personales con fondos de la empresa, la apropiación de hecho de bienes, el pago de sobornos u otras cantidades con fines ilícitos, las dádivas o regalos excesivos sin justificación alguna, la utilización de bienes o personal de manera distinta a la pactada, aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad o derivar a empresas de su propiedad negocios que podía haber realizado su mandante, no reclamar deudas vencidas o dejar que prescriban, entre otros<sup>76</sup>.

En estos casos se actúa contra los fines del titular sin que sea necesario que dicha actuación se exprese en un acto de representación jurídicamente eficaz ante un tercero, vale decir, se puede materializar sin contar con facultades de disposición u obligación<sup>77</sup>. Así, se infringe el deber de custodia tanto por actos jurídicos inválidos como por medio de conductas de gestión meramente fácticas, como la transgresión de deberes de control y vigilancia.

Esta modalidad comprende los supuestos en que se omite realizar acciones que tienen por objeto evitar el menoscabo patrimonial. Por ejemplo, no cobrar en el momento oportuno una deuda, omitir las medidas de vigilancia y control al no supervigilar a sus ejecutivos de cargos intermedios, y no poner fin a situaciones perjudiciales como no despedir a un empleado tremendamente negligente<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> PASTOR MÚÑOZ y COCA VILA. El delito... Ob.Cit., p. 63.

<sup>76</sup> NIETO MARTÍN. Ob. Cit, p. 258.

<sup>77</sup> BOFILL, JELVEZ, y CONTRERAS, Ob. Cit., p.71.

<sup>78</sup> PASTOR, Nuria., y COCA, Ivo. El delito..., p.123 y 124. En contra, GONZALEZ CUSSAC, José Luis. Delitos contra el patrimonio y el orden socio económico. En: Manual de Derecho Penal Parte Especial. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 426.

La amplitud e indeterminación de esta modalidad ha llevado a buscar parámetros para no sancionar toda infracción de deberes, en los que destacan la exigencia de poderes amplios de administración autónoma, y la necesidad de valoración de la gravedad en la transgresión del deber<sup>79</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico la ejecución o la omisión de la acción debe ser manifiestamente contraria al interés del titular. Por ello, la valoración de la intensidad debe considerar que de la redacción del delito se desprende que el legislador entendió atípicas aquellas desviaciones del fin que no posean ese carácter. De este modo, para determinar la gravedad de la conducta, el juicio de ponderación y la interpretación de este tipo penal exigen tener presente el principio de ultima ratio<sup>80</sup>.

#### **4.4. Imputación objetiva del hecho**

El riesgo en los negocios es algo inminente en el panorama económico actual. Nuestro ordenamiento jurídico consagra que el mandatario debe ceñirse de manera rigurosa y fiel a la voluntad del mandante, y debe procurar gestionar el negocio que se le ha confiado dentro de las condiciones económicas, jurídicas y de tiempo fijadas<sup>81</sup>. Por ello, el establecimiento de deberes de administración para la determinación de la conducta infractora, son primordiales para reprochar el perjuicio.

En dicho panorama se inserta este delito, cuya conducta típica se describe como aquella realizada por quien ha asumido una posición de garantía con el patrimonio administrado, al recaer sobre esta un deber de tutela patrimonial y contar con autonomía en la administración. Este se consume al infringirse el deber contraído, mediante el abuso de las potestades de disposición o por el quiebre de la confianza al realizar una conducta manifiestamente contraria

---

<sup>79</sup> PASTOR MÚÑOZ y COCA VILA. El delito... Ob.Cit., p. 64.

<sup>80</sup> BOFILL, JELVEZ, y CONTRERAS, Ob. Cit. p. 72-73.

<sup>81</sup> STITCHKIN BRANOVER, Ob. Cit., p. 268. Dichos artículos establecen que el comisionista “deberá sujetarse estrictamente” en el desempeño de la comisión a las “órdenes o instrucciones” que hubiere recibido de su comitente; y el art. agrega que “en cuanto al precio, lugar, época, modo y demás circunstancias de la venta encomendada, el comisionista se conformará rigurosamente a sus instrucciones”.

al interés del titular, y en la medida que generen un perjuicio patrimonial imputable a dicha transgresión.

La forma de atribución del daño patrimonial a la conducta infractora del deber se realiza mediante la imputación objetiva. Esta representa un método para determinar las hipótesis en que un resultado puede imputarse normativamente a un determinado comportamiento humano, que surge como correctivo a la aplicación desmesurada de criterios puramente naturalísticos de causalidad<sup>82</sup>.

La teoría comprende tres presupuestos para que un resultado pueda atribuirse a la conducta de un sujeto: (i) que la conducta sea una condición necesaria para que suceda el resultado, (ii) la creación de un peligro desaprobado jurídicamente por el tipo penal y (iii) la verificación del riesgo creado en el resultado típico establecido en la norma<sup>83</sup>.

El riesgo típicamente relevante se configura al desarrollar una acción prohibida o al no efectuar una acción mandatada por el ordenamiento jurídico. Estas conductas envuelven una probabilidad razonable de producción del resultado típico y suponen quebrantar un deber de conducta destinado a la protección de uno o varios bienes jurídicos<sup>84</sup>.

El deber de conducta puede estar previsto en normas extrapenales, como leyes o reglamentos, o en normas extrajurídicas, como las expresiones de autorregulación técnica, las creadas por el Instituto Nacional de Normalización o las articuladas por colegios profesionales en torno a la *lex artis*<sup>85</sup>.

Por su parte, el presupuesto de realización del peligro típicamente relevante en el resultado, debe valorarse conforme a al riesgo permitido y a la adecuación social.

---

<sup>82</sup> CURY URZÚA, Enrique. Derecho Penal, Parte General. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 300.

<sup>83</sup> CONTRERAS CHAIMOVICH, Lautaro. Tratamiento penal de los casos de concurrencia de riesgos en el tráfico rodado a través de la teoría de la imputación objetiva del resultado. Revista de Estudios de la Justicia (30), 2019, p. 98.

<sup>84</sup> Ibid.

<sup>85</sup> CONTRERAS CHAIMOVICH, Ob. Cit., p. 99.

El riesgo permitido establece que no serán atribuibles los casos en que el resultado habría acaecido aun de emplearse el debido cuidado exigido por la norma, como podrían ser los comportamientos con racionalidad económica<sup>86</sup>, ya que aquel no sería consecuencia específica del comportamiento al no existir una relación de contrariedad o contraposición material al deber, y, por tanto, tampoco una vinculación normativa entre la infracción y el resultado<sup>87</sup>.

La “adecuación social”, excluye de la imputación conductas que ex ante contribuyen a un riesgo relevante por su utilidad social. En esta hipótesis se excluyen los casos en que existe una causal de justificación, pues está referida a la materialización de los riesgos propios de un tipo de actividad que en sí misma es socialmente adecuada, como el deporte, el tráfico vehicular, la industria o la investigación<sup>88</sup>.

Por último, el fin de protección de la norma, excluye de la imputación las consecuencias causadas por el autor que la norma penal no tuvo por finalidad evitar<sup>89</sup>.

Lo anterior da un marco general sobre la importancia de los fines e instrucciones que el titular del patrimonio establece al administrador, pues estos definen el contenido de la posición de garante, condicionan el deber de tutela, la conducta debida, y el resultado típico.

## **5. Resultado típico y formas imperfectas de ejecución**

El resultado típico es el cambio en el mundo exterior causado por un comportamiento activo u omisivo, que se concreta en una lesión o peligro para el bien jurídico resguardado. Es un elemento independiente de la conducta típica pero vinculada a esta por el nexo causal, de modo que, puede existir tentativa o una conducta sin resultado, y caso fortuito o un resultado sin conducta<sup>90</sup>.

---

<sup>86</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, Delitos... Ob. Cit., p. 226.

<sup>87</sup> CONTRERAS CHAIMOVICH, Ob. Cit., p. 99; MIR PUIG, Ob. Cit., p. 263; CURY URZÚA, Ob. Cit., p. 302.

<sup>88</sup> MIR PUIG, Ob. Cit., p. 262.

<sup>89</sup> CONTRERAS CHAIMOVICH, Ob. Cit., p. 99; MIR PUIG, Ob. cit., p. 263; CURY, Ob. Cit., p. 302.

<sup>90</sup> CURY ÚRZUA, Ob. Cit. p. 300.

La clasificación de lesión o peligro deriva de si el objeto de la acción deba ser dañado o su integridad solo puesta en peligro<sup>91</sup>. De este modo, existirá un delito de peligro cada vez que el tipo se contenta con la sola amenaza más o menos intensa al bien jurídico protegido, y habrá un delito de lesión en los casos en que el objeto de la acción resulte efectivamente dañado<sup>92</sup>.

Luego, los delitos de lesión y de peligro se pueden sub-categorizar de acuerdo con su antijuricidad material o formal<sup>93</sup>. La antijuricidad material atañe a la dañosidad social de la conducta para el bien jurídico protegido por lo que comprende a los delitos de lesión o peligro concreto. Por su parte, la antijuricidad formal es la contradicción de la conducta a los mandatos jurídicos, es decir, la falta de autorización legal expresa o ausencia de una causal de justificación para llevar a cabo tal acción u omisión, y se expresa en los delitos de peligro abstracto<sup>94</sup>.

Los delitos de peligro concreto requieren una efectiva conmoción al bien jurídico que, valorada sobre la base de la experiencia común, permiten concluir ex post que hubo un curso probable que conducía a un resultado temido, el cual no se verificó por un factor con el que no era seguro contar. En estos casos, la antijuricidad material del hecho se prueba por la existencia del peligro que se busca evitar por la norma, por ejemplo, en el caso del art. 318 del Código Penal que sanciona a quien pusiere en peligro la salud pública por infracción de reglas de salubridad<sup>95</sup>.

Los delitos de peligro abstracto<sup>96</sup>, son aquellos que consisten en la pura prohibición de una conducta que el legislador considera portadora de un peligro intrínseco. En estos, la ley se

---

<sup>91</sup> ROXIN, Ob. Cit. p. 335.

<sup>92</sup> MIR PUIG, Ob. Cit., p. 238. ROXIN, Ob. Cit., p. 336.

<sup>93</sup> POLITOFF, MATUS, y RAMÍREZ, Ob. Cit. p. 208-209.; ROXIN, Ob. Cit. p. 336.

<sup>94</sup> POLITOFF, MATUS, y RAMÍREZ, Ob. Cit. p. 209.

<sup>95</sup> MIR PUIG, Ob. Cit., p. 238.

<sup>96</sup> MAÑALICH sostiene que la punición de la creación de un peligro abstracto tiene su fundamento en la seguridad de la relación entre el bien jurídico y su titular, pues sin ella se reduce su valor, eventualmente hasta el límite de su inutilidad. Y agrega, en ese orden de ideas, es necesaria la reformulación del juicio de lesividad como uno que no se centra fundamentalmente en el acaecimiento de un estado de cosas perjudicial en sí, sino en la lesión de la pretensión de que tal estado de cosas no llegue a generarse. Véase en MAÑALICH RAFFO, Juan. La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales. En: Revista de Estudios de la Justicia (4), p. 153.

desprende de la necesidad de una acreditación procesal de la efectividad del peligro ocasionado, así, por ejemplo, en los casos de manejo en estado de ebriedad<sup>97</sup>.

Nuestra legislación exige para la consumación del delito contenido en el numeral 11 del artículo 470 del Código Penal, que la conducta transgresora del deber, independiente de su modalidad, “le irrogare perjuicio”, lo que equivale a exigir por resultado un menoscabo patrimonial al titular. Por lo anterior, la administración desleal corresponde a un delito de lesión, que requiere para su consumación un perjuicio en el patrimonio de la víctima<sup>98</sup>.

La consumación es la situación en que el autor realizó con su conducta todas las exigencias del tipo legal y afectó suficientemente el bien jurídico por medio de una lesión o puesta en peligro, independiente de la obtención de los propósitos que perseguía con su actuar<sup>99</sup>.

Por otro lado, según las características de consumación que se requieran para satisfacer el tipo penal, los delitos se clasifican en figuras de resultado o de mera actividad<sup>100</sup>.

Los delitos de resultado se definen como aquellos en que la consecuencia de lesión o de puesta en peligro es separada espacial y temporalmente de la acción del autor<sup>101</sup>, y su resultado es verificable por los sentidos o un procedimiento intelectual<sup>102</sup>.

---

<sup>97</sup> POLITOFF, MATUS, y RAMÍREZ, Ob. Cit. p. 211. Los autores hacen presentes el riesgo de concebir estas figuras como meras lesiones a un deber mediante la presunción absoluta de la existencia del peligro, lo cual es problemático desde el principio de nulla poena sine injuria. Para introducirse a los delitos de peligro en Chile véase MALDONADO, Francisco. Reflexión sobre las técnicas de tipificación de los llamados "delitos de peligro" en el moderno derecho penal. En: Revista de Estudios de la Justicia (7), 2006, p. 23-63.

<sup>98</sup> Así MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. El delito de administración desleal de patrimonio ajeno. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2016, p. 1-118; PASTOR MÚÑOZ y COCA VILA. El delito... Ob.Cit., p.1-284; ROJAS AGUIRRE, Ob.Cit., p. 131-171.

<sup>99</sup> CURY ÚRZUA, Ob. Cit, p. 549; POLITOFF, MATUS, y RAMÍREZ, Ob. Cit. p. 368.

<sup>100</sup> Así como su modalidad de acción, en MIR PUIG, Ob. Cit., p. 230. ROXIN hace presente que la distinción debe utilizarse solo en ese sentido debido a que “todo delito tiene un resultado; en los casos de mera actividad el resultado radica en la propia acción del autor, que se presenta como realización del tipo (...) también en los delitos de resultado habrá que considerar el resultado en el sentido de la teoría de la imputación como abarcado por la acción típica de modo que su separación sólo tiene una importancia relativa. Además, hay que tener claro que no todos los tipos se pueden encuadrar claramente en los delitos de resultado o de actividad, sino que a veces hay que distinguir caso por caso: así las lesiones son un delito de mera actividad si consisten en una bofetada, pero son un delito de resultado si se producen lanzando una piedra”, véase En ROXIN, Ob. Cit., p. 364.

<sup>101</sup> ROXIN, Ob. Cit. p. 328, MIR PUIG, Ob. Cit., p. 230.

<sup>102</sup> BULLEMORE GALLARDO, V. y MACKINNON ROEHRS, J. Curso de Derecho Penal Tomo II. Santiago, Chile: Legal Publishing, 2005, p.19.

Los de mera actividad no requieren la existencia de la causación de un resultado<sup>103</sup>, por lo que la realización del tipo coincide con el último acto de acción y no se produce un resultado separable de ella<sup>104</sup>, es decir, se consuman por la sola realización de la conducta prohibida por ley independiente si producen o no un resultado<sup>105</sup>.

La importancia de esta diferenciación radica en que los delitos de resultado exigen causalidad entre la acción y el resultado<sup>106</sup> y permiten la sanción en grado de frustración como forma imperfecta de ejecución<sup>107</sup>.

Las formas imperfectas de ejecución, es decir, hipótesis en que el sujeto intentó realizar el delito pero no logró consumarlo, a saber, la tentativa, la frustración, la proposición y la conspiración, son castigadas por nuestro Código con una penalidad inferior, dado el menor alcance de su injusto<sup>108</sup>. Estas forman parte del *iter criminis*, definido como el conjunto de sucesos que contempla desde la primera acción ejecutiva hasta la consumación o el posterior agotamiento del delito y se regula en nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 7, 8 y 9 del Código Penal.

Solo a modo ilustrativo, nos referiremos a las dos principales: la tentativa y el delito frustrado. La tentativa es la situación en que el sujeto activo da principio a la ejecución de la conducta por hechos directos, pero no logra completarla pese a habérselo propuesto<sup>109</sup>. La punibilidad de la tentativa se reserva a los crímenes o simples delitos, y se excluyen las faltas. El delito frustrado, es aquel en que el autor ha dado ejecución a toda la conducta típica, pero pese a ello no ha logrado la producción del resultado, ya sea porque no se produjo el resultado

---

<sup>103</sup> MIR PUIG, Ob. Cit., p. 230.

<sup>104</sup> ROXIN, Ob. Cit. p. 230.

<sup>105</sup> BULLEMORE GALLARDO y MACKINNON ROHERS. Curso de Derecho Penal Tomo II...Ob. Cit., p.18.

<sup>106</sup> MIR PUIG, Ob. Cit., p. 230. Ello permite distinguir el tiempo y lugar del resultado del tiempo y lugar de la acción.

<sup>107</sup> CURY ÚRZUA, Ob. Cit. 565. El autor precisa que el delito frustrado exige la ejecución de toda la acción típica, debido a lo cual solo puede concebirse en delitos de resultado. Agrega que dicha realización del tipo debe apreciarse conforme a un criterio subjetivo, esto es, cuando el sujeto ha ejecutado toda la acción desde el punto de vista de su representación, con el conocimiento del que dispone. Y responde al argumento del criterio objetivo sustentado en el art. 7 inc. 2 del Código Penal que exige que el sujeto haya hecho "(...) todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consuma y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad", haciendo presente que dicho artículo no expresa la forma en que ha de valorar, por lo que presuponer que el legislador ha sostenido un criterio de todo lo objetivamente necesario es estimar acreditado lo que se trata de ponderar.

<sup>108</sup> POLITOFF, MATUS, y RAMÍREZ, Ob. Cit. p. 367.

<sup>109</sup> POLITOFF, MATUS, y RAMÍREZ, Ob. Cit. p. 369.

punible o porque la ley no reconoce un resultado material, como sucede en los delitos de mera actividad o de peligro<sup>110</sup>. Para algunos podría hablarse de una tentativa acabada punible por ausencia de un desistimiento voluntario imputable al autor<sup>111</sup>.

Existen tres diferencias principales entre estas formas imperfectas de ejecución. La penalidad en uno y otro caso difiere, conforme a lo establecido en el art. 51 y 52 del Código Penal. En segundo lugar, en la tentativa se permite un desistimiento pasivo o la simple abstención de continuar la ejecución, en cambio, en los delitos frustrados este necesariamente debe ser activo, es decir, solo opera frente a una conducta positiva dirigida a la evitación de la consumación. En tercer lugar, los delitos de mera actividad no admiten frustración sino solo la tentativa inacabada<sup>112</sup>.

Por último, el *iter criminis* es relevante en la determinación del momento en que ha comenzado la ejecución del hecho. Sin ánimo de exhaustividad, existen dos teorías principales, las teorías subjetivas y las objetivas. Las primeras son aquellas que, con diversa intensidad, conectan su respuesta a la configuración concreta del plan del autor, afirman que la tentativa empieza con la primera actividad en relación inmediata con la realización del tipo según el plan delictivo<sup>113</sup>. Las teorías objetivas, en cambio, sostienen que esta comienza con la realización de la acción descrita en el tipo, cuestión que no sería necesariamente igual a la realización de él.

A su vez, las teorías objetivas se subclasifican en las objetivo-formales y objetivo-materiales. La primera categoría hoy superada, asigna el inicio a la acción descrita en el tipo en sentido estricto, lo que es tautológico y hace imposible su procedencia en los delitos de acción instantánea. La segunda, parte de la misma premisa objetiva y busca dar respuesta a la anterior, por ello recurre a ciertos criterios materiales, como la inmediata puesta en peligro y el criterio de la inmediatez temporal<sup>114</sup>.

---

<sup>110</sup> POLITOFF, MATUS, y RAMÍREZ, Ob. Cit. p. 369.

<sup>111</sup> MAÑALICH RAFFO. La tentativa... Ob. Cit., p. 150.

<sup>112</sup> POLITOFF, MATUS, y RAMÍREZ, Ob. Cit., p. 369.

<sup>113</sup> MAÑALICH RAFFO. La tentativa Ob. Cit. p., 158 - 159.

<sup>114</sup> MAÑALICH RAFFO. La tentativa Ob. Cit. p., 159.

En síntesis, la administración desleal es un delito de lesión y resultado que se consuma con un perjuicio al patrimonio del titular, y como tal admite formas imperfectas de ejecución como la tentativa y la frustración.

## **6. Bien jurídico protegido**

### **6.1. El patrimonio como bien jurídico protegido**

En Chile, el delito de administración desleal se encuentra regulado en el Título Noveno del Libro Segundo del Código Penal, denominado “Crímenes y simples delitos contra la propiedad”.

Sobre el concepto de propiedad, la doctrina chilena ha sostenido dos posturas, la tesis “unitaria o privatista” y la tesis “dualista o autonomista”.

La primera define el concepto de propiedad en los términos del artículo 582 del Código Civil<sup>115</sup>, a saber: “*El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno*”.

La segunda reconoce la posibilidad del Derecho Penal para crear sus propios conceptos<sup>116</sup>. Esta posición define “propiedad” en un concepto amplio, como todas aquellas relaciones que existen entre una persona y una cosa de la cual derivan facultades apreciables económicamente, en la medida que sean reconocidas por el ordenamiento jurídico<sup>117</sup>.

---

<sup>115</sup> BULLEMORE GALLARDO, Vivian y MACKINNON ROEHRS, John. Curso de Derecho Penal Parte Especial Tomo IV. 2ª ed. Santiago, Chile: Legal Publishing, 2007, p. 8.

<sup>116</sup> BULLEMORE GALLARDO y MACKINNON ROEHRS. Curso de Derecho Penal Parte Especial Tomo IV... Ob. Cit., p. 9.

<sup>117</sup> GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal parte especial tomó IV, Santiago: Editorial Jurídica Chilena, 2008. p. 151; ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. Derecho Penal Tomo III. Santiago, Editorial Jurídica, 1998, p. 217.

Esta concepción ha llevado a sostener, que en realidad lo protegido en este título no sería la propiedad sino más bien el “patrimonio”<sup>118</sup>, entendido como una universalidad que incluye no solo derechos reales o personales, sino también otras situaciones jurídicas como lo son la posesión y la mera tenencia<sup>119</sup>, y la propia estabilidad patrimonial<sup>120</sup>.

En ese orden de ideas, en el caso de la administración desleal el bien jurídico protegido es el patrimonio. Así da cuenta expresamente el artículo 470 número 11 del Código Penal, al prescribir que se protege “el patrimonio de otra persona o alguna parte de este”. Esta ha sido la posición mayoritaria en la doctrina, que lo define como un delito estrictamente patrimonial<sup>121</sup>.

## **6.2. Bienes jurídicos distintos al patrimonio**

En la doctrina se ha sostenido que también estarían resguardados otros bienes jurídicos, como la confianza del titular<sup>122</sup> o el orden socioeconómico<sup>123</sup>.

En el caso de la confianza del titular, se sostiene que el núcleo del injusto no residiría en el perjuicio patrimonial, sino que en el acto de deslealtad del administrador que quebranta la confianza del administrado<sup>124</sup>, necesaria para el tráfico jurídico económico<sup>125</sup>.

Sin embargo, la confianza no es un bien jurídico protegido por esta figura. La relevancia típica no radica en la transgresión de la confianza depositada por la víctima en el autor, sino en

---

<sup>118</sup> BULLEMORE GALLARDO y MACKINNON ROHERS, Curso de Derecho Penal Parte Especial Tomo IV... Ob..Cit, p. 9. En el derecho comparado es recurrente la diferenciación entre los delitos contra la propiedad y los delitos contra el patrimonio, en este sentido, por todos ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Los Delitos contra la Propiedad y el Patrimonio. Madrid, AKAL, 1988, p. 1-262.

<sup>119</sup> BULLEMORE GALLARDO y MACKINNON ROHERS, Curso de Derecho Penal Parte Especial Tomo IV... Ob..Cit, p. 8.

<sup>120</sup> CARO VIDAL, Miguel. Aproximación al concepto de perjuicio patrimonial. En: Revista de Estudios de la Justicia (30), 2010, p. 123.

<sup>121</sup> Refiriéndose al tipo penal español, VERA RIVERA, María del Carmen. El delito de administración desleal: criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva. Tesis doctoral, Madrid, 2017, p. 281; PASTOR MÚÑOZ y COCA VILA. El delito... Ob. Cit., p. 75; MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos, El delito ... Ob. Cit., p. 68; y, ROJAS, Ob.Cit., p. 139.

<sup>122</sup> PASTOR MÚÑOZ y COCA VILA. El delito... Ob.Cit., p. 76

<sup>123</sup> GÁLVEZ JIMENEZ, Aixa. Reflexiones sobre el delito de administración fraudulenta concepto y bien jurídico protegido. [en línea] Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología <<http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-02.pdf>> [consulta: 5 de noviembre de 2022], 2015, p.11.

<sup>124</sup> PASTOR MÚÑOZ y COCA VILA. El delito... Ob.Cit., p. 76.

<sup>125</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Ob. Cit., p. 912.

que la infracción de deberes genera un riesgo jurídicamente desaprobado de perjuicio para la esfera patrimonial ajena<sup>126</sup>.

Como se sostuvo, se trata de un delito estrictamente patrimonial<sup>127</sup>, donde la confianza se normativiza y se concreta en un deber de custodia patrimonial del autor que no sobrevive como interés adicional protegido por el tipo<sup>128</sup>.

El deber de tutela patrimonial es un deber jurídico especial de protección que obliga a evitar el resultado lesivo, cuyo origen deriva del poder que otorga el mismo administrado para configurar su esfera patrimonial que, en conjunto con la asunción efectiva del encargo, configuran la denominada posición de garante del administrador<sup>129</sup>.

Si bien la asunción por parte del administrador supone en la generalidad de los casos un acto de confianza del titular del patrimonio administrado, el deber que surge de esta no tiene por finalidad proteger el vínculo personal entre el autor y la víctima, sino que un vínculo normativo entre el primero y el patrimonio que se le ha encargado gestionar<sup>130</sup>.

Por otro lado, se afirma que el orden socioeconómico<sup>131</sup> sería un bien jurídico protegido por este delito, pues constituye una forma de protección a intereses colectivos o supraindividuales<sup>132</sup>, dada la magnitud del daño que puede generar una gestión desleal en el

---

<sup>126</sup> PASTOR MÚÑOZ, Nuria. Construcción del perjuicio en el delito de administración desleal. [en línea] InDret Revista para el análisis del derecho <<https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1252.pdf>>, 2016, [consulta: 5 de noviembre de 2022], p. 3.

<sup>127</sup> NIETO MARTÍN. Ob. Cit., p. 262; ABANTO, Manuel, Ob. Cit., p. 912.

<sup>128</sup> PASTOR MÚÑOZ. Construcción... Ob. Cit., p. 3.

<sup>129</sup> MIR PUIG la define como aquella que tiene lugar cuando "(...) corresponde al sujeto una específica función de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro, en ciertas condiciones. Ambas situaciones convierten entonces al autor en «garante» de la indemnidad del bien jurídico correspondiente". Véase en MIR PUIG, Ob. Cit., p. 327.

<sup>130</sup> PASTOR MÚÑOZ y COCA VILA. El delito... Ob. Cit., p. 78; en el mismo sentido, ROJAS sostiene: "[...] el deber de tutela patrimonial no supone necesariamente una relación fáctica de confianza. Deber tutelar no es lo mismo que gozar de confianza; el deber de lealtad pertenece a un plano distinto que la existencia fáctica de confianza. La relación de confianza no se protege como tal sino solo en su referencia patrimonial; el quiebre de confianza representa solo el modo de ataque al bien jurídico protegido", véase en ROJAS AGUIRRE, Ob. Cit., p. 139 y 140.

<sup>131</sup> En esta posición LUZÓN y ROSO al sostener que se protege tanto el patrimonio social, de los socios y de terceros equiparados, pero también el correcto funcionamiento de las sociedades, del sistema societario, la fiabilidad de las sociedades, del sistema societario para la comunidad, como bien jurídico colectivo o supraindividual, en LUZÓN PEÑA y ROSO CAÑADILLAS. Ob. Cit. p 193-230.

<sup>132</sup> GÁLVEZ JIMENEZ, Aixa. Reflexiones... Ob. Cit. p. 15.

correcto funcionamiento del mercado. Así las cosas, existiría una protección de carácter mixta que resguardaría tanto intereses patrimoniales individuales como colectivos, ante la eventualidad de ser lesionados<sup>133</sup>.

Pese a que aún existe discusión en doctrina, la ley impone una penalidad mayor cuando el autor es administrador de una sociedad anónima abierta o especial. Lo anterior da cuenta que el legislador tuvo en especial consideración, como criterio de aumento del injusto, la afectación de bienes jurídicos supraindividuales relativos al orden público económico, dado el grave daño social que pudiese tener esta conducta<sup>134</sup>.

### **6.3. Características del patrimonio protegido por el tipo**

#### *6.3.1. Protección al patrimonio privado*

El delito contemplado en el artículo 470 número 11 establece como bien jurídico el patrimonio privado<sup>135</sup>, mientras que el patrimonio público es protegido por delito de malversación de caudales públicos del artículo 239 del Código Penal<sup>136</sup>.

#### *6.3.2. Necesidad de ajenidad del patrimonio*

---

<sup>133</sup> GÁLVEZ JIMENEZ, Aixa, Reflexiones... Ob. Cit. p. 12. En este sentido a propósito de la estafa BALMACEDA y FERDINAND, sostienen: “[...] en la estafa habrá que reconocer que conjuntamente al patrimonio individual microsocioal se lesiona materialmente otro interés colectivo difuso, aunque la regulación legal subordine tal interés al amparo del patrimonio individual microsocioal (así las cosas, el límite entre la estafa y un delito económico es difícil de apreciar en muchos casos, pero, la clave se encuentra en el bien jurídico que unos y otros tutelan, motivo por el cual la solución en muchas hipótesis deberá tomarse entre un ilícito preferentemente patrimonial, o preferentemente socioeconómico)”. Véase en BALMACEDA HOYOS, Gustavo y FERDINAND PELLER, Michael. Análisis dogmático del concepto de "perjuicio" en el delito de estafa (especial referencia al concepto de "perjuicio en forma de peligro"). En: Revista de Estudios de la Justicia (7), 2006, p. 188. Con más detalle en GUTIÉRREZ FRANCÉS, María. Fraude informático y estafa. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, p. 252- 253.

<sup>134</sup> A diferencia de lo ocurrido en la estafa en nuestro país, donde las normas penales pese a consagrar diversas hipótesis de esta, no establecen desde el punto de vista de la sanción penal una diferencia en la pena, si junto con afectar el bien jurídico subyacente a las mismas se incide negativamente en el orden (económico) público. Véase en MAYER LUX, Luz., y FERNANDES GODINHO, Inés. “La estafa como delito económico”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (41), 2013, p. 202.

<sup>135</sup> Al igual que el tipo español, en MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos. El delito...Ob. Cit. p. 70.

<sup>136</sup> MAÑALICH sostiene que el delito de fraude al fisco es un delito de administración desleal del patrimonio público, véase en MAÑALICH RAFFO. La malversación ...Ob. Cit., p. 374.

El legislador ha establecido que el patrimonio objeto de la conducta sea de “otra persona”. En la misma línea, la doctrina comparada ha sostenido como requisito la ajenidad<sup>137</sup> del patrimonio que se administra.

El problema surge cuando el administrador es total o parcialmente titular de los bienes que administra, como el administrador de una sociedad en la cual es accionista o socio, o aquellas situaciones en que se gestiona un patrimonio que no tiene dueño o que integrado en un patrimonio personal se ha independizado por estar destinado a un fin específico<sup>138</sup>.

En estos casos, basta que un patrimonio no pertenezca exclusivamente a la persona que lo administra para que se entienda que es ajeno<sup>139</sup>.

### *6.3.3. Protección del patrimonio en el ámbito societario*

En la doctrina comparada se ha discutido acerca de qué patrimonio es el protegido en el ámbito societario, si la protección es directa al patrimonio de cada socio individual o una dirigida al patrimonio social, al tener este un interés distinto al de las personas individualmente consideradas<sup>140</sup>.

En este caso el objeto de protección es el patrimonio social, al ser la sociedad una persona jurídica con un interés propio<sup>141</sup> diferente al de cada uno de los socios<sup>142</sup>. En nuestro país, los aportes sociales que conforman el patrimonio de la sociedad son diversos de los patrimonios particulares de los asociados<sup>143</sup>.

---

<sup>137</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Los delitos contra la Propiedad y el Patrimonio. Madrid, AKAL, 1988, p. 100.

<sup>138</sup> PASTOR MÚÑOZ y COCA VILA. El delito... Ob.Cit., p. 100.

<sup>139</sup> PASTOR MÚÑOZ y COCA VILA. El delito... Ob.Cit., p. 101.

<sup>140</sup> VERA RIVERA, Ob. Cit., p. 318-319.

<sup>141</sup> El interés social es definido como aquel objetivo, independiente y ajeno a las motivaciones personales o psicológicas de los socios, el cual implica la búsqueda de la utilidad para la misma sociedad, considerando para ello, entre otros aspectos, el plazo de vigencia y los riesgos inherente al giro de la actividad que realizan, en ALCALDE, Enrique. La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas: Responsabilidad civil y penal administrativa. Ediciones UC, 2013, p. 58 y 59.

<sup>142</sup> VERA RIVERA, Ob. Cit., p. 319.

<sup>143</sup> TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. Jurisprudencias esenciales del derecho Civil, Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 586.

## **7. Elementos subjetivos del tipo**

### **7.1. El dolo**

La administración desleal sanciona la infracción del deber de tutela patrimonial solo a título de dolo<sup>144</sup> y excluye la culpa, regla que constituye el criterio de imputación por defecto en nuestro ordenamiento jurídico, dado que nuestro Código Penal en sus artículos 2 y 10 n°13 contempla un *numerus clausus* para la imputación a título culposo. Lo anterior, sumado a que el tipo no contempla hipótesis de comisión imprudente, no está dentro de las remisiones que hace el Título X, del Libro segundo de “Los Cuasidelitos”, ni se trata de uno de los delitos especiales en que se contempla esta forma de imputación extraordinaria<sup>145</sup>.

En esta figura no es requisito el dolo directo y se satisface con dolo eventual, lo que tiene lugar cuando el autor se representa la posibilidad y circunstancias concretas de realización del tipo y lo lleva a cabo.

### **7.2. Otros elementos subjetivos del tipo**

Por último, los delitos patrimoniales pueden clasificarse en delitos con enriquecimiento o sin enriquecimiento, en atención a si el autor busca o no con la realización de su conducta, una ventaja o beneficio de naturaleza pecuniaria para él o un tercero<sup>146</sup>. Los primeros son impulsados por el lucro, y los segundos se caracterizan porque el agente no persigue una ventaja de naturaleza económica<sup>147</sup>. En estos últimos, lo relevante no es el desplazamiento patrimonial jurídico ni fáctico de la cosa, sino que esta sea destruida o dañada de forma tal que perjudique a su titular<sup>148</sup>.

---

<sup>144</sup> BOFILL, JELVEZ, y CONTRERAS, Ob. Cit., p. 75.

<sup>145</sup> OYANGUREN ALVIÑA, Constanza. El delito de administración desleal en Chile. Tesis de Magister, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2019, p. 57.

<sup>146</sup> GARRIDO MONTT, Ob. Cit., p. 153

<sup>147</sup> GARRIDO MONTT, Ob. Cit., p. 154.

<sup>148</sup> BULLEMORE GALLARDO y MACKINNON ROHERS, Curso de Derecho Penal Parte Especial Tomo IV... Ob..Cit, p. 13.

La figura no exige ánimo de lucro ni otros elementos subjetivos adicionales al dolo, y se satisface incluso si se actúa con la sola finalidad de arruinar o despilfarrar el patrimonio administrado, pues basta con la infracción al deber<sup>149</sup>. De este modo, el delito se consuma con el perjuicio patrimonial al administrado, sin necesidad que el autor se apodere de los bienes u obtenga una ventaja económica.

---

<sup>149</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, Delitos... Ob.Cit., p. 227.

## CAPÍTULO II: CONCEPTO DE PERJUICIO PATRIMONIAL

### 1. Teoría jurídica del patrimonio

#### 1.1. Concepto de patrimonio

La teoría jurídica del patrimonio surge durante el siglo XIX<sup>150</sup> de la mano de los autores Antolesi<sup>151</sup>, Binding y Merkel<sup>152</sup> y es la primera teoría que conceptualiza el bien jurídico protegido en los delitos patrimoniales. Define al patrimonio como la integridad de los derechos patrimoniales del cual es titular una persona determinada<sup>153</sup>, es decir, la suma de todos los derechos y obligaciones de un sujeto<sup>154</sup>.

Esta concepción sostiene la accesoriadad del Derecho Penal a otros sectores del ordenamiento jurídico<sup>155</sup>, y adoptó elementos extrapenales para definir el patrimonio penalmente relevante<sup>156</sup>.

En consecuencia, el ámbito de protección penal queda circunscrito únicamente a los derechos subjetivos<sup>157</sup> en la medida que sean reconocidos a un sujeto determinado por el ordenamiento jurídico<sup>158</sup>. Lo anterior se grafica en la frase “dónde no hay derecho alguno, no puede haber estafa”<sup>159</sup>.

El derecho subjetivo es la facultad que el derecho objetivo concede al acreedor para exigir del deudor el cumplimiento de una prestación<sup>160</sup>, lo cual supone que el ordenamiento

---

<sup>150</sup> SCHLACK MUÑOZ, Andrés. El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa. Revista chilena de derecho, (35), 2008, p. 263.

<sup>151</sup> GALLEGOSOLER, José Ignacio. Responsabilidad Penal y Perjuicio Patrimonial. Buenos Aires: Editorial B de F, 2015, p. 100. En el mismo sentido, SCHLACK MUÑOZ. El Concepto... Ob. Cit., p. 263.

<sup>152</sup> GALLEGOSOLER, Ob. Cit. p. 101

<sup>153</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Aproximación..., p.172.

<sup>154</sup> BINDING, Karl. Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrech, Besonderer Teil. Aalen, Scientia Verlag, Neudruck der 2. Aufgabe. [1902] 1969, p. 362, véase en SCHLACK MUÑOZ. El Concepto... Ob. Cit., p. 263. GALLEGOSOLER, Ob. Cit. p. 104 - 105.

<sup>155</sup> SCHLACK MUÑOZ. El Concepto... Ob. Cit., p. 264.

<sup>156</sup> GALLEGOSOLER, Ob. Cit. p. 104 – 105.

<sup>157</sup> PASTOR MUÑOZ. Construcción...Ob. Cit., p. 7.

<sup>158</sup> SCHLACK MUÑOZ. El Concepto... Ob. Cit., p. 265.

<sup>159</sup> SCHLACK MUÑOZ. El Concepto... Ob. Cit., p. 266.

<sup>160</sup> FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. Curso de Derecho Civil. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011, p. 205.

jurídico concede al titular una facultad o prerrogativa, y como contraparte impone a la sociedad del deber u obligación de respetar los beneficios o prerrogativas que concedió a ciertos individuos. Para lo anterior, se garantiza al beneficiado poder reclamar protección legal cuando sea desconocida o alterada, siempre que a su vez exista voluntad de reclamar legalmente esa prerrogativa<sup>161</sup>.

Esta teoría extendió la protección penal a objetos del patrimonio que no tienen expresión pecuniaria, pues el foco está en los derechos subjetivos sin importar si estos tienen o no valor económico<sup>162</sup>. Por otro lado, excluyó situaciones fáctico-económicas relevantes, como las expectativas razonables de derechos futuros, o la detentación de bienes sin derecho alguno, como la mera tenencia y la posesión<sup>163</sup>.

## **1.2. Determinación del perjuicio**

El perjuicio patrimonial es la lesión o afectación al derecho subjetivo patrimonial reconocido por el ordenamiento jurídico a la víctima, y se determina con el incumplimiento civil de la obligación<sup>164</sup>. Este ocurre cuando la víctima o titular de un derecho subjetivo no ha obtenido aquello que era jurídicamente exigible de acuerdo con la obligación pactada<sup>165</sup>.

Su determinación considera los requisitos del pago o prestación de lo que se debe, regulados en los artículos 1568 y siguientes de nuestro Código Civil, que establecen el principio de identidad de pago<sup>166</sup>, en virtud del cual, existirá perjuicio ante el mero incumplimiento de la obligación por la pérdida o modificación del derecho a lo que se debe<sup>167</sup>.

---

<sup>161</sup> FIGUEROA YÁÑEZ, Ob. Cit. p. 206 - 207.

<sup>162</sup> SCHLACK MÚÑOZ. El Concepto... Ob. Cit., p. 264. GALLEGU SOLER, Ob. Cit. p. 108.

<sup>163</sup> GALLEGU SOLER, Ob. Cit. p. 108 – 109. SCHLACK MÚÑOZ. El Concepto... Ob. Cit., p. 264 - 265.

<sup>164</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Aproximación... Ob. Cit, p.172.

<sup>165</sup> GALLEGU SOLER, Ob. Cit. p. 110. SCHLACK MÚÑOZ. El Concepto... Ob. Cit., p. 266.

<sup>166</sup> ABELIUK MANASEVICH, Ob. Cit., p. 643. En donde el autor precisa: “El principio de identidad del pago es aquel en que “el acreedor no está obligado a aceptar una prestación diferente, ni el deudor puede tampoco ser forzado a darla”, en ese sentido solo se puede cumplir la obligación en los términos pactados de acuerdo a Ley”.

<sup>167</sup> GALLEGU SOLER, Ob. Cit. p. 352; SCHLACK MÚÑOZ. El Concepto... Ob. Cit., p. 266.

El incumplimiento es en sí mismo el perjuicio patrimonial típico<sup>168</sup>, aun cuando de esa merma en el derecho no se siga un daño económico propiamente tal<sup>169</sup>.

### 1.3. Críticas

Se reprocha a esta teoría, la amplitud del concepto jurídico del patrimonio, pues otorga protección a derechos carentes de valor económico y con mero valor de afección<sup>170</sup>. Por otro lado, se restringe el ámbito de protección al excluir situaciones relevantes económicamente que no constituyen estrictamente derechos subjetivos, como las expectativas de ganancias, o los valores económicos como el *know-how*, la clientela, entre otros<sup>171</sup>.

Asimismo, imposibilita la compensación<sup>172</sup> por la entrada de una contraprestación que, aunque distinta de la pactada, sea equivalente económicamente a lo lesionado.

Por último, se critica la subjetivización, al depender el perjuicio patrimonial de la voluntad o fines subjetivos de la víctima, quien puede excluir su existencia al aceptar una prestación distinta a la originalmente pactada<sup>173</sup>. En ese sentido, el bien jurídico sería la libertad de disposición de la víctima y no el patrimonio<sup>174</sup>.

---

<sup>168</sup> SCHLACK MÚÑOZ. El Concepto... Ob. Cit., p 266.

<sup>169</sup> Ibid.

<sup>170</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 110.

<sup>171</sup> Ibid.

<sup>172</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 112. SCHLACK MÚÑOZ. El Concepto... Ob. Cit., p. 268.

<sup>173</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p.113-115. SCHLACK MÚÑOZ. El Concepto... Ob. Cit., p. 269; HERNÁNDEZ BASUALTO, Aproximación... Ob. Cit., p. 172. Esto se torna relevante a propósito de delitos en los que determina su gravedad de acuerdo con el monto. Al respecto GALLEGO SOLER ha expresado que sería imposible graduar la gravedad del delito en función del valor económico de la cosa lesionada, esto pues, el valor de lo defraudado dependerá de la voluntad y fines subjetivos de la víctima.

<sup>174</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Aproximación... Ob. Cit., p.173. PASTOR MÚÑOZ. Construcción...Ob. Cit., p. 7.

## **2. Teoría económica del patrimonio**

### **2.1. Concepto de patrimonio**

Esta concepción surge como respuesta a las críticas elaboradas a la teoría jurídica. En ella se traslada el foco desde la excesiva formalidad jurídica al dinamismo que supone el tráfico comercial y la valoración económica del patrimonio. En virtud de ello, se abandona el entramado conceptual extrapenal de los derechos subjetivos civiles, y se reemplaza por consideraciones de orden material, centradas en las relaciones del titular del patrimonio con los bienes económicos<sup>175</sup>.

Su origen se remonta a un caso de estafa en la Alemania del siglo XIX, en el cual se acreditó el engaño y se negó la concurrencia del delito debido a la ausencia de perjuicio, ya que el contrato efectivamente celebrado resultaba financieramente más conveniente al cliente<sup>176</sup>.

---

<sup>175</sup> SCHLACK MÚÑOZ. El Concepto... Ob. Cit., p. 270.

<sup>176</sup> KINDHAÜSER, Urs. Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. Los defectos congénitos de la doctrina económica del perjuicio patrimonial en el derecho penal. [en línea] Revista ADPE I <<http://www.adpeonline.com/wp-content/uploads/2020/09/concepto-de-patrimonio-y-perjuicio-patrimonial-los-defectos-congenitos-de-la-doctrina-economica-del-perjuicio-patrimonial-en-el-derecho-penal.pdf>> [consulta: 22 de noviembre de 2022], 2011, p. 55. El autor explica el caso resuelto por el plenario en lo penal (vereinigte Strafsenate) del RG, a saber, RGSt 16,1 (sentencia de 20 de abril de 1887) de la siguiente forma: "(...) alguien que expresamente quería celebrar un contrato de seguro a prima fija fue inducido, mediante engaño, a contratar un seguro a reciprocidad. Lo que había que probar era si este suceso ha de verse como estafa. En la dogmática del derecho civil existe una diferencia nada insignificante entre un seguro a prima fija y un seguro a reciprocidad. En un seguro a prima fija, el tomador del seguro paga periódicamente una determinada suma de dinero, obteniendo a cambio un derecho a la indemnización del daño eventualmente sufrido por el objeto asegurado [...] En cambio, en un seguro a reciprocidad la prestación a que se obliga el tomador del seguro es dependiente del daño que haya de ser efectivamente indemnizado por la compañía aseguradora. Normalmente, el tomador del seguro paga una suma de dinero relativamente baja, pero tiene que efectuar pagos posteriores en caso de que aumente la frecuencia o magnitud de los daños. Por ejemplo: produciéndose una gran sequía, una aseguradora de inmuebles tendrá que asumir, en mayor medida que lo normal, costos de daños por incendio. Es evidente que un seguro a reciprocidad normalmente convendrá más al tomador del seguro, ya que su prestación pecuniaria es menor. Él queda, sin embargo, expuesto al riesgo de tener que efectuar pagos posteriores de producirse un incremento de los casos de daño. Pero este riesgo puede ser a su vez limitado contractualmente, en tanto el deber de efectuar pagos posteriores sea restringido a una suma máxima. Justamente así se dieron las cosas en el caso a ser decidido por el Tribunal Imperial. El cliente contrató, condicionado mediante engaño, un seguro a reciprocidad, en el cual, sin embargo, la obligación de efectuar eventuales pagos posteriores estaba limitada. En esta medida, el contrato efectivamente celebrado por el cliente le resultaba mucho más conveniente financieramente que el seguro a prima fija por deseado. El contrato efectivamente celebrado, por ello, satisfacía completamente el fin que el cliente perseguía a través del seguro correspondiente. En su decisión, el Tribunal Imperial negó que hubiese habido una estafa, con el argumento que aquí habría faltado un perjuicio patrimonial".

De esta forma, los tribunales alemanes consagraron el principio de compensación, en virtud del cual existirá perjuicio patrimonial únicamente cuando el valor de la disposición patrimonial efectuada por la víctima supere el de la contraprestación recibida<sup>177</sup>.

En la misma línea, se resolvió condenar por estafa a un vendedor que proporcionó a diversas mujeres unos polvos enteramente inocuos haciéndoles creer que se trataba de una sustancia abortiva. La importancia de este caso está en concebir al patrimonio desde una perspectiva económica como la suma de los bienes con valor dinerario de una persona<sup>178</sup>, y configurar al perjuicio como la pérdida del valor neto del patrimonio de la víctima, lo que permite extenderlo incluso a hipótesis de actos con causa u objeto ilícito<sup>179</sup>.

Así, de acuerdo con esta teoría se define al patrimonio como una unidad de valor económico, esto es, la universalidad conformada por el conjunto de bienes, derechos, posiciones u otros valores económicos respecto de los cuales una persona tiene poder fáctico de disposición<sup>180</sup>. Este responde a un criterio de intercambio en que el atributo de pertenencia está en la posibilidad de ser objeto de una transacción, y comprende el total de bienes valorables en dinero de una persona, independiente de su naturaleza jurídica<sup>181</sup>.

Solo las relaciones de carácter económico se integran al patrimonio, aun cuando no se concreten en derechos subjetivos ni estén reconocidas por el ordenamiento jurídico. De este modo, la protección jurídico-penal está en la trascendencia económica de ciertas situaciones patrimoniales más que en su reconocimiento jurídico<sup>182</sup>. Así, se incorporarán al patrimonio todos los bienes que sean avaluables económicamente en el tráfico comercial, inclusive

---

<sup>177</sup> Sentencia de RGSt 44, 230 del 14 de diciembre de 1910, véase en SCHLACK MÚÑOZ. El Concepto... Ob. Cit., p. 270. Destacamos que, con ello la determinación del perjuicio queda condicionada al valor de la contraprestación, por tanto, la discusión discurre en torno al criterio para determinarlo. Puede ocurrir eventualmente que la contraprestación recibida no correspondiere con lo que la víctima tuvo derecho a exigir, pese a lo cual no existirá perjuicio típico; ello con la finalidad (quizás errónea) de negar toda concesión a la voluntad subjetiva del sujeto pasivo.

<sup>178</sup> SCHLACK. El Concepto... Ob. Cit., p. 270. Así también en GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 120.

<sup>179</sup> SCHLACK MÚÑOZ. El Concepto... Ob. Cit., p. 272.

<sup>180</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO. Aproximación... Ob. Cit., p.173.

<sup>181</sup> ROJAS AGRUIRRE, Ob. Cit., p.140 – 141.

<sup>182</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 123

posiciones económicas antijurídicas, derechos nulos que provienen de negocios ilícito o de acciones delictivas<sup>183</sup>.

En este orden de ideas, el patrimonio es la totalidad de:

a) Los derechos patrimoniales, tales como, la propiedad, los derechos de crédito, entre otros<sup>184</sup>, siempre que cuenten con existencia cierta y actual, por lo que se excluyen aquellos que eventualmente nacerán en el futuro<sup>185</sup>.

b) Las obligaciones naturales<sup>186</sup> que, pese a no ser exigibles, se incorporan mientras cuenten con un valor económico.

c) Las pretensiones nulas derivadas de relaciones comerciales, sociales, de parentesco, amistad u otra con el deudor, en la medida que cuenten con una posibilidad de cumplimiento y del cual se deduzca un valor económico<sup>187</sup>.

d) La posesión<sup>188</sup> o situaciones de apariencia jurídica<sup>189</sup>.

e) Los bienes jurídicos ideales de un establecimiento comercial, tales como la clientela, el *know-how*, el derecho de llaves, entre otros<sup>190</sup>.

f) Las expectativas de ganancias, cuya protección está condicionada a que deriven de una relación contractual o de una disposición legal<sup>191</sup>, a su grado de certeza, a su probabilidad

---

<sup>183</sup> ROJAS AGUIRRE. Ob. Cit., p.141.

<sup>184</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 123.

<sup>185</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 124.

<sup>186</sup> Establecidas en el art. 1470 del C.C., el cual prescribe: “Las obligaciones son civiles o meramente naturales.

Civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento.

Naturales las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que, cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas.

Tales son:

1º. Las contraídas por personas que, teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como los menores adultos;

2º. Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción;

3º. Las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles; como la de pagar un legado, impuesto por un testamento que no se ha otorgado en la forma debida;

4º. Las que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba.

Para que no pueda pedirse la restitución en virtud de estas cuatro clases de obligaciones, es necesario que el pago se haya hecho voluntariamente por el que tenía la libre administración de sus bienes”.

<sup>187</sup> SCHLACK MÚÑOZ. El Concepto... Ob. Cit., p. 273; GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 127, precisando que aquí no se trata tanto de su existencia jurídica, sino que de su posibilidad fáctica de realización.

<sup>188</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte Especial. Manuales de Derecho Penal. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 346.

<sup>189</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 129.

<sup>190</sup> Ídem.

<sup>191</sup> SCHLACK MÚÑOZ. El Concepto... Ob. Cit., p.277; HERNÁNDEZ BASUALTO. Aproximación... Ob. Cit., p.173.

de realización en el momento en el que se frustran<sup>192</sup>, y a que la posibilidad de ganancia dependa exclusivamente del titular del patrimonio o de quien pueda disponer por él<sup>193</sup>. Se excluyen las meras expectativas, al no contar con un grado suficiente de determinación ni estar vinculadas a fuentes normativas. También se excluyen las meras esperanzas, al siquiera contar con una probabilidad cierta de realización<sup>194</sup>.

g) La fuerza de trabajo, definida como la capacidad para el trabajo o la posibilidad de aprovechamiento económico<sup>195</sup>.

h) Objetos obtenidos en forma ilícita o antijurídica. Esta concepción proviene de Alemania, ordenamiento en que los tipos de hurto y robo se satisfacen incluso cuando el objeto material es un bien obtenido mediante conductas punibles<sup>196</sup>. Dicha interpretación busca la coherencia sistemática del ordenamiento penal y evitar las lagunas punitivas que permitan la autotutela, con el fin de resguardar la paz jurídica y la validez del ordenamiento jurídico<sup>197</sup>.

En la misma línea, nuestro legislador por una razón de política criminal estableció en el artículo 469 N°5 que “(...) los que cometieren defraudación con pretexto de supuestas remuneraciones a empleados públicos”, y en el 470 n°7 que “(...) los que en el juego se valieren de fraude para asegurar la suerte”, serán igualmente castigados<sup>198</sup>.

---

<sup>192</sup> SCHLACK MÚÑOZ. El Concepto... Ob. Cit., p. 278. Destacamos que aún existe discusión sobre la configuración de expectativas tuteladas penalmente se conforma con un estándar similar al exigido en materia civil para la pérdida de chance, pero precedida de la configuración típica del delito, o si más bien requiere un grado superior, considerando que la conducta típica, no es idónea para afectar bienes no concretos, o bien la extensión del dolo no puede recaer en eventualidades, o simplemente su verificación se determinara solo en hipótesis cualificadas en que la responsabilidad por la organización del patrimonio ajeno en el delito que nos convoca, este suficientemente definida. Sobre la pérdida de chance en la doctrina chilena, véase TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Pérdida de una chance. Su indemnización en la jurisprudencia chilena. Revista De Derecho Escuela De Postgrado, p. 251 – 264.

<sup>193</sup> PASTOR MÚÑOZ y COCA VILA. El delito... Ob.Cit., p. 94 - 99. Estas expectativas se caracterizan por contar con (i) un poder de exclusión jurídicamente reconocido frente a terceros que intenten frustrarlas, (ii) la existencia de una sanción a lo menos civil en caso de no realización de esta, esto es a lo menos el incumplimiento de una obligación de diligencia, entre otros, y (iii) con una manifestación concreta en el mundo exterior.

<sup>194</sup> SCHLACK MÚÑOZ. El Concepto... Ob. Cit., p.277; HERNÁNDEZ BASUALTO, Aproximación... Ob. Cit., p.173.

<sup>195</sup> SCHLACK MÚÑOZ. El Concepto... Ob. Cit., p.278

<sup>196</sup> SCHLACK MÚÑOZ. El Concepto... Ob. Cit., p. 280.

<sup>197</sup> SCHLACK MÚÑOZ. El Concepto... Ob. Cit., p. 279.

<sup>198</sup> GARRIDO MONTT, Ob. Cit., p. 343. HERNÁNDEZ BASUALTO, Aproximación... Ob. Cit., p.175. Precisa el punto señalando: “En la jurisprudencia se puede mencionar un caso interesante, donde, si bien sin mayor discusión sobre el punto, el carácter ilícito de la prestación correlativa no impidió la calificación a título de estafa. Unos funcionarios del SII encargados de la fiscalización de una empresa le presentan a la misma una falsa liquidación, completamente exagerada y abultada. Ante la alarma del director, le sugieren acto seguido su colaboración para disimular la base impositiva, a cambio, naturalmente, de un pequeño incentivo pecuniario. En realidad, los sujetos no pensaban defraudar al fisco, sino que simplemente hacer correctamente su trabajo, aunque aprovechándose del empresario. En un primer momento, el empresario aceptó pagar la dádiva, pero luego se arrepiente y denuncia los hechos. Al margen de una discusión sobre si no se trataba más bien de un delito funcionario, los

## 2.2. Determinación del perjuicio

Para determinar si se ha sufrido un perjuicio en el patrimonio, como punto de partida debemos considerar que este es una universalidad y el baremo para configurarlo corresponde a su pérdida de valor económico<sup>199</sup>. Su constatación se realiza mediante un procedimiento denominado “principio de saldo”, consistente en la comparación del valor total del patrimonio antes y después de realizar la disposición patrimonial<sup>200</sup>.

La teoría económica comprende como menoscabos patrimoniales los casos en que existen consecuencias de carácter netamente fáctico o contable no compensadas<sup>201</sup>. De este modo, el perjuicio es toda disminución final y real que genere un saldo contable negativo en el patrimonio considerado en su valor global, en la medida que esta sea susceptible de ser cuantificado económicamente de forma determinada o determinable<sup>202</sup>.

Esta teoría incorpora el denominado perjuicio en forma de peligro, o más bien, el peligro constitutivo de perjuicio, como una hipótesis capaz de consumir el delito, en los casos en que, sin existir una pérdida sustancial del patrimonio este se entiende mermado por un peligro concreto que hace disminuir su actual valor económico<sup>203</sup>.

---

funcionarios fueron condenados por estafa frustrada, pero lo interesante es que, si se dan cuenta, la supuesta contraprestación que no hubiese recibido el empresario era la comisión de un delito (por lo demás, él ya se encontraba probablemente en una tentativa de cohecho, o de cohecho consumado, conforme el derecho actualmente vigente), pero esto no fue obstáculo para considerar que, de haber pagado la dádiva, hubiese sufrido un perjuicio patrimonial”. En contra de esta interpretación se precisa que el tenor del precepto del 469 n° 5 del Código Penal no es exacto, ya que el legislador chileno parte del supuesto que el autor finge o simula esa remuneración a los funcionarios sin haberse producido en modo alguno de ahí la referencia que hace el mismo artículo a la acción por calumnia. Véase en GUTIÉRREZ FRANCÉS, Mariluz. Resultado típico en la estafa: La disposición patrimonial lesiva. [en línea] Doctrina y Jurisprudencia Penal 2 <<https://westlawchile-cl.uchile.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b00000184a6dda5fab434ca5&docguid=i513A14EF9A799152B5223A089831C926&hitguid=i513A14EF9A799152B5223A089831C926&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append&>> [consulta:22 de noviembre de 2022], 2010.

<sup>199</sup> ROJAS AGUIRRE, Luis. Perjuicio patrimonial e imputación objetiva. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile (37), 2011. p. 421. GUTIÉRREZ FRANCÉS, Resultado... Ob. Cit. [en línea].

<sup>200</sup> ROJAS, Perjuicio... Ob. p. 421; GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 365.

<sup>201</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 365

<sup>202</sup> BALMACEDA HOYOS, Gustavo. El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos.[en línea] Revista de Ciencias Penales (3) <<https://westlawchile-cl.uchile.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc500000184d032a8a335cc02f9&docguid=i70673647BFBF2EA14327A653CEBC41DF&hitguid=i70673647BFBF2EA14327A653CEBC41DF&tocguid=&spos=8&epos=8&td=8&ao=i0AC50834CD5E878681CD6243E1C7D7B8&searchFrom=&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append&>> [consulta:22 de noviembre de 2022], 2013.; SCHLACK MUÑOZ. El Concepto... Ob. Cit., p. 280.

<sup>203</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 429. ROJAS AGUIRRE. Perjuicio... Ob. Cit., p. 422.

### 2.3. Críticas

Se critica la aplicación de criterios exclusivamente económicos para establecer qué elementos integran el patrimonio, de modo que, al igual que la teoría jurídica se remite a criterios extrapenales provenientes del sistema económico. Así, al contemplar situaciones de hecho desprovistas de consideraciones normativas, hace imposible conciliar el orden social y económico en que se insertaría el patrimonio con el ordenamiento jurídico imperante<sup>204</sup>.

Otro reproche apunta a su aspiración por presentarse como una concepción fáctica del patrimonio, lo que de por sí es ilusorio. Dicho entendimiento olvida que el objeto material del delito no es el patrimonio, sino que un elemento al cual se le atribuye necesariamente el supuesto de pertenecer a este y poseer un valor económico<sup>205</sup>.

La principal crítica consiste en la excesiva amplitud de la protección penal, que alcanza a objetos carentes de protección jurídica y se extiende incluso a bienes adquiridos de manera antijurídica o derechamente a través de acciones punibles<sup>206</sup>. Esto implica insalvables contradicciones valorativas con las demás ramas del derecho y un claro quebrantamiento del principio de unidad del ordenamiento jurídico<sup>207</sup>.

Por otro lado, al aplicar solamente parámetros objetivos y abstractos basados en el principio de compensación para la determinación del perjuicio, se desconocen las necesidades personales de la víctima, y se generan situaciones contraintuitivas en que si alguien se apropia de una cosa mueble y deja otra de un valor al menos equivalente no existe perjuicio<sup>208</sup>.

La última prevención, es la eventual indeterminación en que se incurriría al concebir un perjuicio patrimonial únicamente valorado en el precio de mercado, pues raramente las

---

<sup>204</sup> SCHLACK MÚÑOZ. El Concepto... Ob. Cit., p. 277. Una de las principales críticas en contra de la teoría jurídica era la aplicación de criterios civiles lo que implicaba la aceptación de la accesoriedad del Derecho Penal.

<sup>205</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal [en línea] InDret 4. Revista para el Análisis del Derecho <<https://indret.com/la-construccion-del-perjuicio-en-el-delito-de-administracion-desleal/>> > [consulta: 5 de octubre de 2022], 2016, p. 5.

<sup>206</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO. Aproximación... Ob. Cit. p.174; SCHLACK MUÑOZ. El Concepto... Ob. Cit. p. 277.

<sup>207</sup> SCHLACK MÚÑOZ. El Concepto... Ob. Cit., p 277.

<sup>208</sup> SCHLACK MÚÑOZ. El Concepto... Ob. Cit., p. 278.

contraprestaciones en la vida económica tienen un valor idéntico<sup>209</sup>. Esta teoría no permite explicar cuál es el valor objetivo en aquellos casos que existen distintos precios para una misma mercancía por razones de competencia o libre mercado<sup>210</sup>.

La indeterminación es aún más patente en situaciones como la simple asunción de deudas o el mero cumplimiento de obligaciones que no tienen una contraprestación económica compensada<sup>211</sup> y, por ejemplo, deja sin protección jurídica-penal a la víctima que dona dinero para costear el tratamiento que requería un falso enfermo.

### **3. Teorías mixtas del patrimonio**

#### **3.1. Concepto de patrimonio**

Las teorías jurídico-económicas o mixtas surgen como una corrección normativa que busca limitar el ámbito de protección penal de la teoría económica. De acuerdo a los elementos que conforman el patrimonio, es posible subdividirla en tres grandes grupos:

(i) La primera comprende todos aquellos elementos con valor económico expresados en derechos subjetivos<sup>212</sup>. De esta forma, su existencia como derechos subjetivos es condición necesaria para la pertenencia al patrimonio y solo respecto de estos hay protección penal, lo que busca diferenciar y restringir claramente el haber patrimonial de meras expectativas<sup>213</sup>.

---

<sup>209</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 143.

<sup>210</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 144.

<sup>211</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 141. KINDHAÜSER. Concepto... Ob.Cit., p. 55. Se ha manifestado contrario a la concepción de esta como una doctrina fáctica, al señalar que “[...] el valor pecuniario es dependiente del mercado y se determina en función de la oferta y la demanda. Lo cual significa: si cae la demanda por un objeto, éste pierde de un golpe su valor. Esto es especialmente cierto tratándose de bienes de consumo privado. A modo de ejemplo: cada compra de una camisa por parte de un consumidor privado constituye, objetivamente, un negocio perjudicial desde la perspectiva de la continuidad del valor de su patrimonio, ya que en sus manos la camisa vale menos que en manos del vendedor. No existe mercado alguno en el cual un individuo privado pueda vender sus camisas al precio comercial usual. Puede que el valor pecuniario sea un estándar de comparación objetivo; pero no constituye una propiedad o característica constante de una cosa”.

<sup>212</sup> SCHLACK MÚÑOZ. El Concepto... Ob. Cit., p. 278.

<sup>213</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 150.

Se le critica por tener un ámbito de protección muy restringido<sup>214</sup>, al dejar fuera otros intereses penalmente relevantes pero que no se reconocen en el ordenamiento jurídico como derechos subjetivos, entre ellos el *know-how*, el secreto empresarial, la clientela, entre otros.<sup>215</sup>.

(ii) La segunda teoría mixta considera que las posiciones económicas o meramente fácticas que no se expresan en derechos subjetivos, solo pueden ser objeto de protección en la medida que sean realizables con la aprobación del ordenamiento jurídico. En esta línea se encuentra la formulación que concibe el patrimonio como la suma de todos los valores económicos que tiene alguien bajo la protección del ordenamiento jurídico<sup>216</sup>, y forman parte de este no solo los derechos, sino que también aquellas posiciones económicas jurídicamente protegidas.

Esta formulación concibe el derecho subjetivo como la forma de mayor reconocimiento que puede dar el ordenamiento jurídico, sin embargo, no sería la única, por lo que tratarse de un derecho no es condición necesaria para obtener tutela penal<sup>217</sup>.

(iii) Por último, se encuentra la teoría mixta que sostiene que el patrimonio comprende las posiciones de valor económico que no sean consideradas antijurídicas o que atenten contra las normas de orden público. De esta forma, quedan excluidos los negocios nulos de pleno derecho, pero no los casos de ineficacia relativa<sup>218</sup>.

### *3.1.1. Conformación del patrimonio en las teorías mixtas*

De acuerdo a estas teorías, el patrimonio corresponde a la totalidad de los bienes transables económicamente en la medida que se encuentren bajo el amparo del ordenamiento jurídico<sup>219</sup>. En general, para esta teoría son parte del patrimonio las posiciones sobre las cuales

---

<sup>214</sup> SCHLACK MÚÑOZ. El Concepto... Ob. Cit., p. 279.

<sup>215</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 151.

<sup>216</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 149.

<sup>217</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 166.

<sup>218</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p.168.

<sup>219</sup> ROJAS AGUIRRE, Ob.Cit., p. 141.

existe facultad de disposición y que de acuerdo con el ordenamiento jurídico puedan ser objeto de una transacción económica lícita<sup>220</sup>.

Así, se concibe el patrimonio dentro de un ordenamiento jurídico económico concreto y no un sistema económico en abstracto, de ahí que solo puedan ser elementos patrimoniales aquellos que de acuerdo con los baremos del ordenamiento concreto puedan ser objeto de un negocio jurídico<sup>221</sup>.

La protección penal de los elementos del patrimonio está condicionada al grado de conformidad y reconocimiento que tengan de parte del ordenamiento jurídico. Con independencia de la postura que se adopte, se puede afirmar que son características comunes de los elementos que conforman el patrimonio, las siguientes<sup>222</sup>:

- a) Aquellos que se concretan en un derecho subjetivo.
- b) Los que cuentan con reconocimiento jurídico.
- c) A los cuales, el ordenamiento les dispensa protección penal.
- d) Todos aquellos que no cuentan con desaprobación jurídica.

### **3.2. Determinación del perjuicio**

El perjuicio corresponde a toda disminución que genere un saldo contable negativo en el patrimonio, considerado en su valor global luego de aplicado el principio de compensación<sup>223</sup>, en la medida que esta sea determinada o determinable económicamente<sup>224</sup>.

Para la cuantificación del valor de los bienes que conforman el patrimonio al momento de realizar el balance, existen distintos criterios<sup>225</sup>.

---

<sup>220</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p.168,

<sup>221</sup> ROJAS AGUIRRE, Ob.Cit., p. 141.

<sup>222</sup> BALMACEDA HOYOS, El delito de estafa...Ob. Cit. [en línea].

<sup>223</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p.366.

<sup>224</sup> BALMACEDA HOYOS, El delito de estafa...Ob. Cit. [en línea].

<sup>225</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 367 – 368.

En primer lugar, se encuentra el criterio formal que nace como un intento generalizador u objetivo de circunstancias que permitan avaluar el patrimonio, y para ello se considera el valor de mercado o valor de cambio a fin de determinar la cuantía de los bienes<sup>226</sup>.

Dicho criterio no otorga solución a los casos en que la contraprestación difiere de lo pactado y es inútil o innecesaria para la víctima, pese a tener un valor de mercado similar<sup>227</sup>. Este problema generó la necesidad de aplicar correcciones materiales o individualizadoras<sup>228</sup>, a fin de integrar la valoración y necesidades internas de la víctima.

Así, surge el criterio objetivo individual, que considera las necesidades particulares de la víctima<sup>229</sup>, por lo que el objeto de protección penal pasa a ser el mantenimiento del potencial económico del patrimonio<sup>230</sup>.

De este modo, la determinación se realiza a dos niveles<sup>231</sup>:

---

<sup>226</sup> En este sentido, se ha señalado: “(...) el valor de cambio es la expresión de un acuerdo intersubjetivo más o menos amplio, que objetiviza y generaliza un valor de uso necesariamente subjetivo y variable”. Véase en HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Frustración de fines y perjuicio patrimonial en el derecho penal chileno. En: *Derecho Penal Contemporáneo Revista Internacional* (29), 2009, p. 86.

<sup>227</sup> SCHLACK da como ejemplo el caso de un vendedor a domicilio quien convenció a varias madres de niños que asistían a una escuela especial de que adquirieran un cierto material escolar que supuestamente sería de ayuda para efectos de asegurar su admisión a una escuela normal, asegurándoles falsamente, que habían sido enviadas por la escuela especial. Siendo que, en realidad no había relación alguna con el fin previsto por las madres; la sentencia reconoce la equivalencia del valor de mercado, pero que para considerar el perjuicio patrimonial se debe examinar si la contraprestación recibida por el adquirente tiene un valor de uso según el finalmente previsto o bien resulta utilizable de otra forma razonablemente exigible (Sentencia Alemana OLG KOLN, NJW 1976, 1222), véase en SCHLACK MÚÑOZ, Andrés. Aplicación de criterios objetivo – individuales en la constatación del perjuicio patrimonial en el delito de estafa. *Santiago: Ius Publicum* (19), 2007, p. 141.

<sup>228</sup> BALMACEDA y FERDINAND, Ob. Cit. p. 190 a 193; GALLEGOS SOLER, Ob. Cit. p. 375; SCHLACK precisa que la doctrina alemana “ha señalado una necesidad de considerar las peculiaridades de cada caso particular al momento de efectuar la constatación de la existencia del elemento típico del perjuicio, entre las cuales se cuenta las necesidades y circunstancias concretas de la víctima”. Véase en SCHLACK MÚÑOZ. Aplicación... Ob. Cit., p. 133. En contra del valor de utilidad por considerar una desnaturalización del concepto de patrimonio en la estafa, VARGAS PINTO, Tatiana. Engaño patrimonial y perjuicio. Análisis desde la práctica nacional. [en línea] Thomson Reuters Legal Westlaw <<https://westlawchile.cl.uchile.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc500000184a6eca37150e650c6&docguid=iC2C49CF8AFB8397051163ACA9622D26E&hitguid=iC2C49CF8AFB8397051163ACA9622D26E&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0AC50834CD5E878681CD6243E1C7D7B8&searchFrom=&savedSearch=false&context=9&crumb-action=append&>> [consulta: 22 de noviembre de 2022].

<sup>229</sup> SCHLACK MÚÑOZ. Aplicación... Ob. Cit., p. 135.

<sup>230</sup> GALLEGOS SOLER, Ob. Cit. p. 378.

<sup>231</sup> Ibid.

a) Primero, un análisis al valor de mercado, en que habrá que atender a las circunstancias, naturaleza, tiempo y volumen de los negocios realizados, de modo tal que, si no existe compensación en este nivel, ya existirá un perjuicio patrimonial.

b) Si existe compensación pasamos a un segundo nivel, que corresponde al análisis del valor de uso o utilidad<sup>232</sup>, en que se examinan las circunstancias de la víctima<sup>233</sup>, y se compara la utilidad pretendida por esta y la utilidad real resultante, de modo que existe perjuicio ante una escasa o una nula utilidad individual<sup>234</sup>. El problema de este nivel está en el riesgo de caer en la subjetivización, es decir, que la fijación de la cuantía del perjuicio quede entregada al juicio de la víctima<sup>235</sup>.

En virtud de lo anterior, se incorpora la apreciación normativizada del valor de uso a ojos de un tercero imparcial o espectador objetivo<sup>236</sup>, que sigue los siguientes parámetros<sup>237</sup>:

a) La utilidad contractualmente prevista, expresa o implícitamente en la transacción correspondiente.

b) La carencia de valor de uso de la contraprestación, de acuerdo con lo que puede estimarse útil para un sujeto económicamente razonable situado en el lugar del afectado.

c) La imposibilidad de dar a la contraprestación recibida otra utilización exigiblemente razonable<sup>238</sup>.

---

<sup>232</sup> En un sentido similar, parte de la doctrina nacional ha dicho que el valor de cambio, parte de la base del valor del mercado teniendo presente que es variable y depende de una serie de factores del contexto y circunstancias. Dentro de este, es relevante el denominado "precio de reventa" esto es el precio que se puede obtener de una venta rápida y sin mayor complicación, siendo una especie de precio "desnudo" o valor mínimo que pagaría cualquier persona.

En este entendido cualquier valor mayor supone una consideración adicional, principalmente el margen del comerciante por el trabajo de venta. De esta forma el precio de adquisición normal de mercado (abarcando el margen de utilidad) será aquel que estén dispuestos a pagar aquellos para quienes la cosa representa de algún modo una "utilidad subjetiva". En HERNÁNDEZ BASUALTO. Frustración... Ob. Cit., p. 90.

<sup>233</sup> GUTIÉRREZ FRANCÉS, Resultado... Ob. Cit., [en línea]; BALMACEDA HOYOS y FERDINAND PELLER, Ob. Cit., p. 190-193.

<sup>234</sup> GALLEGOS SOLER, Ob. Cit. p. 380 - 381.

<sup>235</sup> En este sentido, SCHLACK señala que, con relación a la definición de valor de utilidad, se pretende evitar un retorno a la equiparación que el concepto jurídico realiza entre la frustración de fines subjetivos de la víctima y el perjuicio penalmente relevante en SCHLACK MÚÑOZ, Aplicación de correctivos... Ob. Cit., p. 136.

<sup>236</sup> GALLEGOS SOLER, Ob. Cit. p. 382.

<sup>237</sup> BALMACEDA HOYOS y FERDINAND PELLER, Ob. Cit. 192 – 193. GALLEGOS SOLER, Ob. Cit. p. 383-385. Este autor agrega como criterio los supuestos en que se produce una desorbitada limitación de libertad económica de movimiento: como cuando, se obliga al patrimonio de la víctima a créditos sin sentido económico o se asumen inversiones económicamente injustificadas.

<sup>238</sup> Esta hipótesis es criticada por HERNÁNDEZ, quien sostiene que se trata de un caso de afectación de la libertad de movimiento, véase en HERNÁNDEZ BASUALTO, Frustración... Ob. Cit., p. 65.

d) Con esto, los meros valores de afección o intereses de la víctima resultan irrelevantes para la determinación de la cuantía en el perjuicio.

Antes de concluir esta parte, cabe mencionar que los criterios expuestos se refieren únicamente a la determinación del perjuicio en contratos sinalagmáticos o bilaterales, no en los unilaterales, para los cuales se ha elaborado la denominada “teoría de frustración del fin”, que será abordada a propósito del perjuicio personal-funcional.

### **3.3. Críticas**

Se critica la incongruencia lógica de incluir criterios correctores al momento de determinar el perjuicio, lo que supone aceptar que este no es solo disminución contable de patrimonio, el cual sería algo más que la sola suma cuantitativa de bienes con valor económico reconocidos por el ordenamiento jurídico<sup>239</sup>, lo que en definitiva es valorar por medio de los fines de la víctima, tal como lo hacen las teorías personales-funcionales.

## **4. Teoría personal-funcional del patrimonio**

### **4.1. Concepto de patrimonio**

La teoría personal-funcional del patrimonio surge de la necesidad de otorgar relevancia a aspectos propios del tráfico jurídico y desatendidos por la teoría económica, tales como los fines o la utilidad subjetiva del titular del patrimonio<sup>240</sup>.

Este concepto tuvo sus orígenes con el subjetivismo alemán de los años cuarenta y concibe al patrimonio como aquella potencia materialmente garantizada de la persona en el ámbito económico, una unidad personalmente estructurada que garantiza su desarrollo en el

---

<sup>239</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 176.

<sup>240</sup> KINDHAÜSER, Urs, propone el caso del panadero que adquiere harina, porque con ésta pretende hornear y vender pan, y no porque quiera agregar la harina a su patrimonio en atención a su valor financiero – y justamente esta característica determinante del actuar económico resulta desconocida por la doctrina económica del perjuicio patrimonial. KINDHAÜSER. Concepto... Ob. Cit. p. 6.

ámbito de los bienes<sup>241</sup>. Así, el patrimonio constituye una garantía material para el ejercicio de la libertad de una persona en su desarrollo económico, en donde sus necesidades y fines son elementales<sup>242</sup>.

Esta idea de patrimonio aboga por concebirlo como fundamento del desenvolvimiento de la personalidad de la víctima, así el centro de atención se traslada desde los elementos que integran el patrimonio a la relación existente entre la persona y los objetos<sup>243</sup>.

El patrimonio y la libertad de disposición constituyen conceptos inseparables, por lo que el valor o utilidad está ligado a los intereses personales. Sin embargo, se excluyen de la consideración los meros valores de afección, pues esta utilidad es analizada por la observación de un tercero racional<sup>244</sup>.

En esta teoría existen dos concepciones del patrimonio. La concepción personal, que concibe a este como una unidad estructurada y ordenada en función de los fines de su titular, no de un observador específico<sup>245</sup>, y la concepción funcional que lo concibe como aquello que sirve de base para la existencia de su titular y cuya función es realizar los fines de este<sup>246</sup>. Su relación es de genero-especie, pues todas las tesis personales son también funcionales<sup>247</sup>.

## **4.2. Determinación del perjuicio**

La determinación del perjuicio se estructura en relación a la frustración de los fines de la víctima y no a la valoración externa de mercado<sup>248</sup>. Para ilustrar este punto el caso

---

<sup>241</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Frustración... Ob. Cit., p.70.

<sup>242</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Frustración... Ob. Cit., p.70.

<sup>243</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 179 - 180.

<sup>244</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 196. También en CARO VIDAL, Ob. Cit., p. 128.

<sup>245</sup> *Ibíd.*, p. 189.

<sup>246</sup> *Ibíd.*, p. 191 y 192. Una visión crítica sobre esto en HERNÁNDEZ BASUALTO, Frustración... Ob. Cit. p.71. En ese mismo sentido, CARO VIDAL señala que el ordenamiento jurídico reconoce esta figura en sede civil como parte del lucro cesante al imponer la obligación resarcir perjuicios bajo la lógica de la pérdida de una chance. CARO VIDAL, Ob. Cit., p. 130.

<sup>247</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 190.

<sup>248</sup> PASTOR MÚÑOZ. Construcción...Ob. Cit., p. 9.

emblemático es el de las máquinas ordeñadoras<sup>249</sup>, en que se establecen cuatro hipótesis de perjuicio patrimonial:

a) Cuando la prestación, a juicio de un observador imparcial, es para la víctima total o parcialmente inutilizable conforme a los fines del contrato o de otra forma razonablemente exigible.

b) Cuando la víctima, producto de la disposición patrimonial, se ve obligada a tomar medidas perjudiciales para su patrimonio, en especial cuando para el cumplimiento de la obligación deba celebrar otros negocios económicamente desfavorables, como conseguir un crédito a interés.

c) Cuando la disposición patrimonial restrinja de tal forma los medios de la víctima, que ponga en peligro el cumplimiento de sus obligaciones existentes o futuras.

d) Cuando la víctima se vea privada de lo indispensable para el sustento de su estándar de vida<sup>250</sup>.

En los casos anteriores, el juicio en la determinación del perjuicio hace referencia a componentes individuales del titular del patrimonio<sup>251</sup> y no se reduce a consideraciones estrictamente pecuniarias o económicas<sup>252</sup>, de modo que existirá un perjuicio en la medida que se frustrate un fin del titular.

Para profundizar, nos referiremos a la determinación del perjuicio bajo la “teoría de la frustración del fin” en los contratos unilaterales y en los contratos sinalagmáticos.

---

<sup>249</sup> Este caso se puede resumir de la siguiente forma un vendedor de una firma comercializadora de máquinas ordeñadoras, ofrecía dichas maquinas a pequeños comerciantes agrícolas aparentándoles una inigualable oferta especial que supuestamente les permitiría obtenerlas por un precio muy debajo del normal lo que en realidad era falso porque el precio ofrecido correspondía al habitual. En este contexto muchos de ellos pese a no estar en condiciones de hacerlo ante el temor de perder esta oportunidad única compraban las maquinas con un gran esfuerzo en algunos casos no obstante haberse comunicado al vendedor las necesidades específicas, este les vendió una maquina totalmente inadecuada para las mismas. En HERNÁNDEZ BASUALTO, Frustración... Ob. Cit., p. 64.

<sup>250</sup> SCHLACK MÚÑOZ, Aplicación... Ob. Cit., p. 139.

<sup>251</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 220.

<sup>252</sup> Estas hipótesis se agrupan bajo la noción de una afectación de la libertad de movimiento en materia económica en HERNÁNDEZ BASUALTO, Aproximación... Ob. Cit. p. 182.

#### 4.2.1. Teoría de la frustración del fin en negocios unilaterales gratuitos

La incorporación de los fines de la víctima como criterio para determinar la existencia de perjuicio, surge de la imposibilidad de aplicar elementos que permitan cuantificar o determinar un perjuicio en negocios en los que no existe una contraprestación jurídicamente relevante ni una conducta equivalente económicamente. En estos casos es inaplicable el principio de compensación, ya que solo una de las partes dispone sin esperar contraprestación alguna, en este sentido, económicamente siempre se genera un saldo negativo intencionalmente provocado por el titular del patrimonio<sup>253</sup>.

En este contexto, surge la teoría de frustración del fin<sup>254</sup> como una respuesta a aquellos casos en que la víctima se provoca conscientemente un autoperjuicio, que económicamente disminuirá su patrimonio luego de su disposición<sup>255</sup>.

Esta teoría sostiene que se verificará el perjuicio cuándo no se alcance la finalidad pretendida con la liberalidad del titular<sup>256</sup> al momento de realizar la disposición patrimonial<sup>257</sup>. En ese sentido, el cumplimiento de la finalidad social es equivalente o compensa a la pérdida dineraria del titular por lo que no existe perjuicio<sup>258</sup>. Sin embargo, los fines merecedores de protección penal deben ser objetivos y corresponder al tipo de prestación que se trate, por ejemplo, en el caso de una donación caritativa su fin objetivo es el altruismo y no un propósito publicitario<sup>259</sup>.

---

<sup>253</sup> SCHLACK MUÑOZ, Andrés. La estafa en negocios con prestaciones unilaterales: notas sobre su fundación dogmática. Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción N° 16 (2007) p. 168. GALLEGOS SOLER, Ob. Cit. p. 390

<sup>254</sup> SCHLACK MUÑOZ, Andrés. La estafa en negocios con prestaciones unilaterales: notas sobre su fundación dogmática. Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción N° 16 (2007) p. 169 y 170.

<sup>255</sup> SCHLACK MUÑOZ, La estafa en negocios con prestaciones unilaterales..., p.168; HERNÁNDEZ BASUALTO, Frustración... Ob. Cit., p. 83;

<sup>256</sup> *Ibíd.*, p. 393.

<sup>257</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Aproximación...Ob. Cit., p. 186; SCHLACK MUÑOZ, La estafa en negocios con prestaciones unilaterales..., p. 172.

<sup>258</sup> GALLEGOS SOLER, Ob. Cit. p. 392 - 393. En consecuencia, se ha discutido si en las teorías de la frustración del fin se cambiaría el patrimonio como bien jurídico protegido, protegiéndose realmente la libertad de disposición del titular del patrimonio [véase en SCHLACK MUÑOZ, La estafa en negocios con prestaciones unilaterales..., p 174].

<sup>259</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Aproximación...Ob. Cit., p. 186, reiterado en Frustración... Ob. Cit., p. 83.

#### 4.2.2. Teorías personales-funcionales en negocios sinalagmáticos

Estas teorías configuran el perjuicio como un “menoscabo de utilidad”, lo que implica reconocerlo cuando no se logre la finalidad esperada con la disminución patrimonial de la víctima<sup>260</sup>.

Lo único que permite compensar la pérdida implicada en la disposición patrimonial es el cumplimiento del fin buscado por la víctima, con la sola restricción de que dicho fin forme parte del contenido de la disposición, sea por el acuerdo de las partes o por la valoración del medio, por lo que el valor pecuniario de la eventual contraprestación es irrelevante para estos efectos. Así, existirá perjuicio siempre que no se verifique el fin, al ser este la única posibilidad de compensar la disposición patrimonial<sup>261</sup>.

El fundamento está en que el perjuicio patrimonial es una reducción del potencial económico del titular, que no siempre se manifiesta a través de una pérdida de cantidad de dinero, sino que también puede constituirse en la frustración de su fin<sup>262</sup>. El perjuicio es la lesión del potencial económico para el desarrollo de fines individuales<sup>263</sup>.

#### 4.3. Críticas

Esta teoría surge a propósito de los delitos patrimoniales, en específico el delito de estafa, donde se critica la aplicabilidad de los fines de la víctima para la determinación del perjuicio, y se sostiene que estos más bien determinan el engaño típico y la información relevante en el tráfico jurídico<sup>264</sup>.

Por otro lado, la equiparación de la satisfacción del fin social, con la obtención de una prestación económicamente capaz de compensar una disminución patrimonial es problemática,

---

<sup>260</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 400.

<sup>261</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Frustración... Ob. Cit., p. 76.

<sup>262</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 400 - 401.

<sup>263</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 400.

<sup>264</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Frustración... Ob. Cit., p. 84.

al establecer una comparación entre bienes materiales e inmateriales cuya cuantificación es contablemente indeterminada<sup>265</sup>.

En el ámbito de las teorías personales-funcionales, se critica la asimilación del perjuicio a la frustración del fin<sup>266</sup> por ser excesivamente genérica, ya que acude a puntos de vistas subjetivos o a concepciones socialmente dominantes con propósito de delimitarlo<sup>267</sup>. El principal reparo es la inminente subjetivización<sup>268</sup>, ya que deja de lado la idea de menoscabo objetivo con validez general y lo reconduce a vulneraciones de fines estrictamente subjetivos<sup>269</sup>.

Se critica la similitud del perjuicio en esta teoría con aquel de la concepción jurídica, pues sostener que este corresponde a la limitación de los fines perseguidos con la disposición, supone que solo reciba atención aquello que ha sido objeto del acuerdo entre las partes, lo que genera que el perjuicio consista en el simple incumplimiento de lo debido<sup>270</sup>.

También se alude a lo problemático de sostener que el bien jurídico y el perjuicio patrimonial se configuran a partir de la idea de disminución de la potencialidad económica de la víctima, ya que pretender incluir los fines de la víctima como elemento objetivo del tipo o resultado genera inmensas dificultades a efectos de construir el dolo típico, dado que el desconocimiento de los fines por parte del autor excluiría al tipo subjetivo<sup>271</sup>.

Finalmente, se ha mencionado la imposibilidad de aceptar la teoría de frustración del fin a partir de un análisis del Código Penal, que reconoce explícita y excepcionalmente en su artículo 236 una figura especial de frustración del fin que supone un perjuicio patrimonial para

---

<sup>265</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 227-228.

<sup>266</sup> GARRIDO MONTT, Ob. Cit. p. 342-343, el autor sostiene la imposibilidad de equiparación y compensación entre el perjuicio y los fines que señala que existiría una distinción entre el perjuicio requerido por el tipo penal a propósito de la estafa y el generado a efectos de la indemnización civil.

<sup>267</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 227. En ese sentido señala que la tarea pendiente, es concretar los criterios intersubjetivos para determinar la existencia del perjuicio, de manera de exponer concretos parámetros que permitan determinar cuándo existe intersubjetivamente dicho perjuicio, entendido como menoscabo de utilidad. Véase en *Ibíd.*, p. 402 y 403.

<sup>268</sup> NIETO MARTÍN, Ob. Cit. p.169.

<sup>269</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, *Frustración...* Ob. Cit. p. 74.

<sup>270</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, *Frustración...* Ob. Cit. p.76.

<sup>271</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 230.

el Estado. La aceptación de esta resulta compleja al existir un solo tipo especialmente regulado, por lo que se desprende que sería un castigo excepcional de una conducta en general atípica<sup>272</sup>.

## **5. Toma de postura**

### **5.1. Concepto de patrimonio en la administración desleal**

La construcción del patrimonio como bien jurídico protegido surge a propósito del delito de estafa, el que se estructura como un injusto penal distinto de la administración desleal, lo que determina diferencias en el perjuicio como resultado típico.

La estafa ha sido concebida como una hipótesis de autoría mediata expresamente tipificada<sup>273</sup>, en que la víctima motivada por el error que le genera el engaño típico comete un acto de disposición patrimonial.

Por su parte, en términos generales, la administración desleal corresponde a un delito desde adentro<sup>274</sup>, que se configura con la conducta infractora del deber de tutela que causa un perjuicio al patrimonio administrado, ya sea por abuso o infidelidad, cometida por aquel que posee facultades de administración.

Las formas en que se estructuran estos delitos permiten distinguir el alcance de la posición de garantía impuesto al autor en uno u otro caso.

En la estafa, dicha posición se agota en el deber de veracidad sobre el sentido y consecuencias del acto de disposición, y se excluyen de la consideración aquellas consecuencias

---

<sup>272</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Frustración... Ob. Cit. p.79-80.

<sup>273</sup> En este sentido, KINDHAÜSER, Urs, La estafa como autoría mediata tipificada, traducido por Jorge Perdomo Torres, Fernando, Cuadernos de Conferencias y Artículos, Universidad Externado de Colombia, N° 28, 2002; PASTOR MUÑOZ, Nuria. El engaño típico en el delito de estafa. En: Cuestiones actuales de derecho penal general y patrimonial. Lima: Ara Editores, 2005, p. 120. En donde sostiene que en la estafa la conducta punible castigada por el legislador no se agota en el castigo de la mentira en sí, sino en el detraimiento del patrimonio ajeno por medio de la mentira instrumentalizadora de la decisión de disposición del otro.

<sup>274</sup> NIETO señala que "A diferencia de lo que ocurre con el delito de estafa, donde el perjuicio patrimonial se causa desde fuera, en la administración desleal el perjuicio proviene de un enemigo interno". En NIETO MARTÍN, Ob. Cit. p 265.

que pudo tener este sobre la globalidad del patrimonio de la víctima<sup>275</sup>. De ahí, que al momento de realizar la determinación del perjuicio deba observarse únicamente si ha existido compensación mediante la entrada de un bien equivalente de manera inmediata al acto de disposición, pues al autor solo le competen los efectos concretos e inmediatos circunscritos al engaño<sup>276</sup>.

En cambio, en la administración desleal el análisis no está circunscrito a un objeto en concreto sino al patrimonio gestionado en su conjunto, lo que supone valorar no solo las consecuencias patrimoniales actuales, sino también las posibles en un futuro<sup>277</sup>. De este modo, la valoración del acto de administración se extiende sobre la globalidad del patrimonio y no se limitan a los efectos negativos inmediatos sino a la totalidad de estos. Lo anterior, debido al criterio del “plan global”, el cual supone que las consecuencias eventualmente punibles sean observadas a la luz del cumplimiento de los fines<sup>278</sup> que derivan del deber de responsabilidad organizativa, fundado en la vinculación entre el patrimonio y la posición de garantía del autor<sup>279</sup>.

En este sentido, dada la intrínseca vinculación entre la libertad para administrar y la responsabilidad derivada de esa confianza normativizada, cobra especial relevancia la dimensión personal del patrimonio como bien jurídico tutelado<sup>280</sup>.

---

<sup>275</sup> PASTOR MÚÑOZ. Construcción...Ob. Cit. p. 11

<sup>276</sup> Dicho de otra forma, solo responderá por las consecuencias generadas por el acto de disposición instrumentalizado por la infracción de sus deberes jurídico- penales de veracidad. VARGAS, Tatiana señala que en la estafa se “[...] establece como centro del delito la lesión de un deber negativo, el de "no privar de la sustancia del derecho", que en la estafa se infringe de modo engañoso. Esta noción permite vincular la conducta con el efecto en términos de imputación sin conectar la conducta del agente con la de la víctima, no siendo necesario que el autor del delito esté en la esfera de la víctima, prescindiéndose de la relación entre ambos, pues es suficiente realizar un comportamiento peligroso penalmente para el patrimonio de la víctima que "lesione la sustancia jurídica". Lo importante es que el comportamiento se pueda imputar a quien lesiona". En Engaño patrimonial y perjuicio. Análisis desde la práctica nacional." Doctrina y Jurisprudencia Penal 2, 2010, p. 4. Siguiendo a JAKOBS, Günther, "La privación de un derecho como delito patrimonial", en InDret N° 2, 2008, p. 8.

<sup>277</sup> BOFILL, JELVEZ, y CONTRERAS, Ob. Cit., 68.

<sup>278</sup> NIETO señala que “el criterio del “plan global”, que obliga a tener en cuenta la totalidad de los efectos, y no sólo los negativos, que se asocian al comportamiento del administrador. Así, por ejemplo, un administrador puede decidir pagar una deuda prescrita a un proveedor, pero si este perjuicio se compensa por el hecho de que el proveedor siga manteniendo determinadas ofertas o un trato privilegiado no puede hablarse de perjuicio patrimonial. Los beneficios a largo plazo cuando son previsibles también deben situarse en el respectivo platillo de la balanza para compensar. Igualmente deben entrar a valorarse activos inmateriales como la reputación o la good will de la empresa, tener una buena relación con los clientes o la comunidad o los trabajadores”. En NIETO MARTÍN. Ob. Cit., p. 264; ABANTO VÁSQUEZ, Ob. Cit., p.923.

<sup>279</sup> PASTOR MÚÑOZ. Construcción...Ob. Cit. p. 11.

<sup>280</sup> PASTOR MÚÑOZ y COCA VILA. El delito... Ob.Cit., p. 80.

La dimensión personal hace necesaria la consideración de los fines del titular<sup>281</sup>, sin que ello implique caer en el subjetivismo ni la imposición de fines tasados<sup>282</sup>. El parámetro procedimental que se exige para la relevancia normativa del fin es que se haya establecido en concreto como vinculante en la relación autor-víctima<sup>283</sup>.

Esto significa aceptar una teoría mixta con inclusión de correctivos personales, por ello lo tutelado en el delito de administración desleal es la globalidad económicamente evaluable que normativiza los fines vinculantes para el autor, compuesto por los bienes, derechos, posiciones o valores que cuenten con reconocimiento jurídico y que sirvan como medio de expresión de la libertad de su titular en el plano económico<sup>284</sup>.

El reconocimiento jurídico del patrimonio<sup>285</sup> excluye posiciones antijurídicas, ilícitas o no amparadas por el ordenamiento, lo que descarta la protección de la sola apariencia jurídica<sup>286</sup>, debido a las distorsiones que puede generar contra el principio de unidad del ordenamiento<sup>287</sup> tutelar situaciones o bienes que provengan de acciones antijurídicas o de causa ilícita, en que el derecho civil la ha privado de toda acción<sup>288</sup>. Lo anterior, se expresa en la nulidad absoluta y el objeto ilícito regulado en nuestro Código Civil, que priva de legitimación activa de la acción de nulidad o repetición al que conoce o debía conocer del vicio que afectaba al acto.

De este modo, quien decide actuar al margen del ordenamiento jurídico no puede esperar protección alguna, por ello el que conoce que invierte dinero en un negocio ilícito, lo extrae de su esfera patrimonial y pierde toda pretensión sobre el dinero entregado. Así, el titular que da la

---

<sup>281</sup> NIETO MARTÍN, Ob. Cit. p 265.

<sup>282</sup> PASTOR MÚÑOZ. Construcción...Ob. Cit., p. 14.

<sup>283</sup> PASTOR MÚÑOZ y COCA VILA. El delito... Ob. Cit., p. 91.

<sup>284</sup> PASTOR MÚÑOZ. Construcción...Ob. Cit., p.13-14.

<sup>285</sup> BOFILL, JELVEZ, y CONTRERAS, Ob. Cit. p. 75.

<sup>286</sup> BALMACEDA HOYOS, El delito de estafa...Ob. Cit. [en línea].

<sup>287</sup> GALLEGO SOLER manifiesta que, en virtud de los principios de fragmentariedad y subsidiariedad, la intervención punitiva del Estado debiese circunscribirse únicamente a aquellas situaciones de suficiente y relevante gravedad, en virtud de lo cual la legitimidad de esta solo sería admisible ante atentados graves al bien jurídico y solo en la medida que no existan otras vías de solución extrapenales menos lesivas. Por ello, no sería aceptable atendido el carácter unitario del ordenamiento jurídico que una conducta posea relevancia penal y a la vez sea subsanable extrapenalmente. Véase en GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 170.

<sup>288</sup> PASTOR MÚÑOZ. Construcción...Ob. Cit., p. 14.

instrucción para que un administrador invierta su dinero en negocios ilícitos, no puede ampararse en la administración desleal en el evento de que pierda el dinero<sup>289</sup>.

## **5.2. Determinación del perjuicio en la administración desleal**

El perjuicio es el resultado de la deslealtad típica que se verifica cuando la administración no se sujeta a los términos que vinculan al autor con los fines normativizados del patrimonio<sup>290</sup>, esto es, la infracción al deber negativo de no menoscabar las posiciones patrimoniales económicamente evaluables<sup>291</sup>.

Por regla general, se sostiene que la determinación del perjuicio se realiza conforme al principio del saldo desde la perspectiva económica, sin embargo, su aplicación aislada puede producir resultados inconvenientes o injustos<sup>292</sup>.

Un ejemplo se da en los casos en que se niega el perjuicio desde la perspectiva del saldo porque el patrimonio no sufre modificación alguna, como en la hipótesis del artículo 406 del Código Civil cuando el tutor no pone a interés el dinero comprendido en el patrimonio de su pupilo<sup>293</sup>, lo que desconoce la frustración de las expectativas de cumplimiento de una obligación civil y la conexión interna entre la pretensión de lealtad y el criterio de reconocimiento del perjuicio<sup>294</sup>.

En línea con lo anterior, otra situación contraproducente, corresponde al caso del administrador que adquiere maquinas ordeñadoras de vacas de nula utilidad para el giro de la empresa y que genera costos de mantenimiento que vuelven necesaria la obtención de un oneroso préstamo bancario. En esta hipótesis se puede entender que la situación patrimonial del

---

<sup>289</sup> PASTOR MÚÑOZ. Construcción...Ob. Cit., p. 14.

<sup>290</sup> MAÑALICH RAFFO. La estructura... Ob.Cit., p. 42.

<sup>291</sup> PASTOR MÚÑOZ y COCA VILA. El delito... Ob.Cit., p. 80.

<sup>292</sup> MAÑALICH RAFFO. La estructura... Ob.Cit., p. 43.

<sup>293</sup> MAÑALICH RAFFO. La estructura... Ob.Cit., p. 43.

<sup>294</sup> MAÑALICH RAFFO. La estructura... Ob.Cit., p. 44.

titular se encuentra compensada por el ingreso de un bien equivalente económicamente, por lo que también se negaría el perjuicio pese a haberse frustrado una utilidad pretendida<sup>295</sup>.

Estos casos dan cuenta de la necesidad de introducir correctivos personales que integren los fines de la víctima en la determinación del perjuicio, sin embargo, esto puede desnaturalizar las premisas básicas del principio del saldo y hacerla transitar a una concepción personal del patrimonio donde el criterio de reconocimiento es la frustración del fin, el que no sirve como indicador positivo de un perjuicio de significación patrimonial<sup>296</sup>.

La complicación se diluye si, más bien, se entiende que la realización de un fin funciona como un criterio de negación de perjuicio capaz de justificar la pérdida patrimonial. De este modo, entenderemos el perjuicio como el menoscabo de una posición de significación patrimonial no compensada por la realización de un fin atribuible al titular del patrimonio<sup>297</sup>, lo que permite conceptualizar el perjuicio desde una perspectiva económica con correctivos personales y conciliar la personalización del patrimonio con su necesaria cuantificación.

---

<sup>295</sup> Ibid.

<sup>296</sup> MAÑALICH RAFFO. La estructura... Ob.Cit., p. 44.

<sup>297</sup> MAÑALICH, La estructura... Ob.Cit., p. 45. En contra NIETO, quien sostiene “La indefensión del patrimonio, su entrega total al administrador justifica no sólo que se consideren típicos aquellos perjuicios patrimoniales que representan una disminución del patrimonio, sino además también los casos en que se atenta de manera expresa contra las instrucciones que se han dado al administrador acerca de cómo gestionar los bienes” con independencia de si existe un perjuicio patrimonial desde una perspectiva económica. En NIETO MARTÍN. Ob. Cit. p. 265 – 266.

## **CAPÍTULO III: EL PELIGRO CONSTITUTIVO DE PERJUICIO PATRIMONIAL**

### **1. Antecedentes de la discusión**

El perjuicio patrimonial es un requisito primordial para satisfacer el tipo y determinar el momento de la consumación. En este contexto, surge la discusión sobre el peligro constitutivo de perjuicio patrimonial y su conceptualización como una figura suficiente o no para configurar el delito.

La verificación del perjuicio como resultado típico en este delito se pone en entredicho en situaciones como el otorgamiento de préstamos por parte de un administrador a quien sabe no tiene intención alguna de pagarlos, la entrega de estos a deudores que ocultaron su insolvencia<sup>298</sup> o la estipulación contractual de un negocio en que se asumen garantías que no existen<sup>299</sup>.

Estas situaciones plantean cuestionamientos respecto a la necesidad de forzar el término del plazo y exigir demandar el cumplimiento de la obligación, o de acreditar el incumplimiento, incluso sobre la posibilidad de hablar de un menoscabo patrimonial en el momento mismo de la disposición<sup>300</sup>.

Un sector sostiene que el perjuicio se produce cuando existe un incumplimiento formal de la obligación correlativa con total independencia de su valoración factico-económica<sup>301</sup>, esto es, estructurar el perjuicio sobre una concepción jurídica del patrimonio, al considerarlo solo como la pérdida de porciones patrimoniales concretas<sup>302</sup>.

Así, por ejemplo, para el caso del sujeto inescrupuloso que con el objeto de financiar un negocio inexistente solicita a otro que suscriba títulos de créditos en favor de un tercero y

---

<sup>298</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 429 a 431.

<sup>299</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 429 a 431.

<sup>300</sup> Ibid.

<sup>301</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO. Aproximación...Ob. Cit., p. 178.

<sup>302</sup> Ibid.

promete devolver lo prestado con las utilidades del negocio, para este sector el perjuicio se verifica cuando el título es cobrado por el tercero y pagado por la víctima, momento en que el autor incumple su obligación de devolver lo prestado<sup>303</sup>.

De este modo, solo habrá consumación cuando, según las reglas de derecho común, haya incumplimiento de la obligación correlativa y, por tanto, no existirá perjuicio mientras exista un plazo pendiente para que sea exigible la obligación. Ello significa que no resulta menoscabado quien tenga un crédito que aún pueda exigir, con prescindencia de si esa obligación es cobrable o no económicamente<sup>304</sup>.

Otro sector estructura el perjuicio desde una concepción económica que considera el patrimonio como una unidad de valor fáctico-económica y sostiene que se consuma con una lesión real y efectiva<sup>305</sup>.

El peligro constitutivo de perjuicio surge de esta concepción, que, desde el dinamismo de la realidad comercial y la seguridad en el tráfico económico, busca garantizar una protección de las pretensiones de las víctimas. Se fundamenta en torno a una disminución de la posición de dominio, control o supervisión, y la incertidumbre en la recuperación del patrimonio frente terceros<sup>306</sup>.

Esta entiende como lesión efectiva ciertas situaciones de peligro que económicamente gravan al patrimonio, al constituirse una esfera de disposición o gestión sobre posiciones patrimoniales que no dependen de la voluntad del afectado<sup>307</sup>, y disminuyen el valor global del patrimonio luego de aplicado el principio de compensación<sup>308</sup>. Por ello, la consumación estaría en el momento de la celebración del contrato, ya que el actuar auto-responsable de terceros no

---

<sup>303</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Aproximación...Ob. Cit., p. 177.

<sup>304</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO. Aproximación...Ob. Cit., p. 177-178.

<sup>305</sup> Por todos BALMACEDA HOYOS, Gustavo. El delito de estafa en la jurisprudencia chilena...Ob. Cit. [en línea]. GUTIÉRREZ FRANCÉS, Resultado... Ob. Cit. [en línea]. En un sentido similar ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Ob. Cit., p. 404, y GARRIDO MONTT, Ob. Cit, p. 332.

<sup>306</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p.452 y 453.

<sup>307</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Aproximación...Ob. Cit., p. 180.

<sup>308</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 366.

altera la realización del peligro creado por el administrador por medio de sus actos<sup>309</sup>, así incluso se ha sostenido que muchas veces un perjuicio meramente potencial es ya suficiente por el daño que produce<sup>310</sup>.

## **2. Una caracterización de la teoría del peligro constitutivo de perjuicio**

### **2.1. Origen del concepto y la teoría**

En Alemania del siglo XIX surgen las primeras aproximaciones al peligro constitutivo de perjuicio en la estafa (o en alemán “*Vermögensgefährdung*”<sup>311</sup>), y se identifican supuestos de perjuicio que se configuran con la puesta en peligro del patrimonio.

El primero de los supuestos es el peligro de la no realización de la contraprestación comprometida, el que agrupa dos hipótesis, la estafa de crédito y la estafa de consumo. Estas son situaciones en que el sujeto activo obtiene la concesión de un crédito mediante engaño o la prestación de un servicio por el cual no puede o no tiene intención alguna de pagar, en las que se genera una afectación al patrimonio en el momento mismo en que se materializa el negocio<sup>312</sup>.

El segundo supuesto de peligro corresponde a la insolvencia incierta por la adopción de una relación contractual perjudicial, casos en que la víctima motivada por el engaño contrae obligaciones abstractas y libradas en blanco o sin sus elementos esenciales en favor del sujeto activo. Hipótesis en que más allá de la eventual realización del perjuicio, existe la amenaza de no poder responder con suficientes garantías en un procedimiento ejecutivo o en cualquier otro en que se exija el pago<sup>313</sup>.

---

<sup>309</sup> PASTOR MÚÑOZ y COCA VILA. El delito... Ob.Cit., p. 161, quienes expresan ilustrativamente que, si el autor otorga un préstamo a una persona insolvente, sin ingresos de ninguna clase y que no cuenta con garantías, el impago de este no agrava la situación del perjuicio, pues desde el momento en que se adquirió el crédito, este ya valía cero. Destacando que el pago eventual no elimina el perjuicio típico, y que la conducta del tercero es irrelevante a efectos de valorar la conducta.

<sup>310</sup> ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Ob. Cit., p. 400.

<sup>311</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 424.

<sup>312</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 425.

<sup>313</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 426.

El tercer supuesto es el peligro por riesgo procesal o la estafa de medios probatorios, que alude a las situaciones en que se emite un instrumento probatorio desventajoso o de plano falso para dar cuenta de contraprestaciones que no se prestaron en la forma o bien que nunca se efectuaron, como la emisión de facturas o boletas ideológicamente falsas. La relevancia de este peligro radica en que la víctima no pueda obtener lo pactado en un eventual procedimiento de ejecución civil o incluso pueda verse forzada a la realización de la prestación correlativa<sup>314</sup>.

En estos casos existiría un perjuicio cuando se adquiriera una obligación incierta o de insegura realización, pues al comparar este tipo de obligaciones con una cierta y realizable se constata una merma por el diferencial de valor entre ambas que repercute en la situación patrimonial desde la perspectiva económica<sup>315</sup>. El peligro constitutivo de perjuicio deberá evaluarse según las circunstancias concretas de incertidumbre sobre la existencia de la obligación adquirida<sup>316</sup>.

## **2.2. Críticas a la teoría**

Esta postura no se encuentra exenta de críticas. Se sostiene que al ser un delito de resultado se requiere de un menoscabo efectivo, lo que descarta que la simple puesta en peligro del patrimonio pueda ser considerada como perjuicio patrimonial, pues este no ha sido objetivamente dañado, sino que se trata de una lesión que se espera pero que aún no se produce<sup>317</sup>.

En este sentido, el administrador que concede créditos que sabe incobrables solo puede ser sancionado a título de tentativa y no de consumación, pues el peligro se castiga a través de las reglas generales de la tentativa<sup>318</sup>.

---

<sup>314</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 426 y 427.

<sup>315</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 428 - 429. Esta concepción por lo tanto deriva, desde un criterio económico del patrimonio, en dónde el peligro de un bien patrimonial bajo consideraciones económicas concretas puede ser establecido como un verdadero perjuicio patrimonial, por lo tanto, se observa que existe un abandono por parte la doctrina y jurisprudencia alemana de criterios exclusivamente jurídicos para la determinación del perjuicio patrimonial.

<sup>316</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 428.

<sup>317</sup> MARÍNEZ-BUJÁN, Ob. Cit., p. 88-91. GÁLVEZ JIMENEZ, El nuevo delito... Ob. Cit., p. 271.

<sup>318</sup> Ibid; GÁLVEZ JIMENEZ, El nuevo delito... Ob. Cit., p. 271.

Sostener lo contrario conllevaría a un adelantamiento de punibilidad, con la consecuente confusión en el *iter criminis*, al entender consumado un delito cuando se estaría frente a una hipótesis de tentativa<sup>319</sup>, lo que supone una limitación excesiva del ámbito de aplicación del desistimiento, de forma contraria al principio de subsidiariedad del Derecho Penal<sup>320</sup>.

En Alemania, lugar de origen del peligro como perjuicio en la administración desleal, su aplicación se justifica ya que su Código Penal no contempla el castigo de la tentativa, de modo que su aplicación extiende la protección del tipo a conductas que en general serían impunes<sup>321</sup>.

En ordenamientos que admiten la tentativa, la interpretación del peligro como constitutivo de perjuicio trae como consecuencia la conversión contra ley de delitos de lesión a delitos de peligro<sup>322</sup>.

Los mecanismos jurídicos de adelantamiento de la punibilidad, como los delitos de peligro, solo se justifican en la protección de bienes jurídicos absolutos y primarios o supraindividuales. En la administración desleal, el bien jurídico protegido es el patrimonio individual, lo que conforme al principio de fragmentariedad y ultima ratio no justifica un adelantamiento de su protección<sup>323</sup>.

Por último, si el legislador hubiese tenido la intención de castigar las hipótesis constitutivas de perjuicio lo hubiese establecido expresamente en el artículo<sup>324</sup>. Por ello, la falta de alguna referencia al peligro en el tipo penal genera que la asimilación del perjuicio a la puesta en peligro sea contra el tenor literal de la ley y un caso de analogía contra reo<sup>325</sup>.

---

<sup>319</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 462.

<sup>320</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 463 y 464.

<sup>321</sup> MARTÍNEZ-BUJAN. El delito... Ob. Cit. p. 13; PASTOR MÚÑOZ y COCA VILA. El delito... Ob. Cit., p.161.

<sup>322</sup> PASTOR MÚÑOZ y COCA VILA. El delito... Ob. Cit., p. 161; GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 466.

<sup>323</sup> En ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Los delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico en el nuevo Código Penal (consideraciones generales sobre el Título XIII del NCP. En: Cuadernos de política criminal (59), 1996, p. 429.

<sup>324</sup> GÁLVEZ JIMENEZ, El nuevo delito... Ob. Cit., p. 272.

<sup>325</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 461.

### 2.3. Respuestas a las críticas

El peligro constitutivo de perjuicio es una lesión efectiva al patrimonio<sup>326</sup> que responde a una necesidad de política criminal, y busca proteger a la víctima de una serie de escenarios injustos al no castigar la conducta o reprocharla en menor medida a título de tentativa<sup>327</sup>.

Este reconoce la realidad del tráfico económico, protege la confianza que las personas depositan en que el ordenamiento jurídico les asegure el normal desarrollo de los negocios, e introduce certezas al castigar como consumadas situaciones en las que materialmente no existiría posibilidad alguna de recibir o compensar lo esperado<sup>328</sup>, como en los casos de adquisición de acreencias con nula plausibilidad y cuyo valor será ínfimo, situaciones en que la solvencia es alterada, o bien, cuando se contrae una obligación contraria a la finalidad perseguida o de nula utilidad práctica<sup>329</sup>.

El perjuicio efectivo se define como aquel que es final, real y determinable, que genera una alteración de la situación real y jurídica de un bien dentro del patrimonio. Por su parte, el peligro constitutivo de perjuicio corresponde a aquel que le falta alguna de las características antes mencionadas y no implica una alteración jurídica en el derecho sobre el bien<sup>330</sup>.

El primero es una pérdida de sustancia patrimonial, y el segundo un deterioro del patrimonio que se expresa en una dificultad de defensa o uso de los bienes que lo conforman<sup>331</sup>. De este modo, la figura no transforma a este delito de lesión y resultado en un delito de peligro, pues el peligro constitutivo de perjuicio es una lesión efectiva con una distinta intensidad de

---

<sup>326</sup> BALMACEDA y FERDINAND, Ob. Cit., p. 199.

<sup>327</sup> En vista que los negocios rara vez se realizan con dinero en efectivo al normalizarse el uso del crédito, y teniendo en consideración que un negocio rara vez obedece a un intercambio simultáneo de prestaciones, en BALMACEDA HOYOS y FERDINAND PELLER, Ob. Cit., p. 200.

<sup>328</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Aproximación... Ob. Cit., p.178.

<sup>329</sup> BALMACEDA HOYOS y FERDINAND PELLER, Ob. Cit., p. 200 - 2001

<sup>330</sup> BALMACEDA HOYOS y FERDINAND PELLER, Ob. Cit., p. 195. En este sentido se ha manifestado que el perjuicio en forma de peligro se sitúa entre los delitos de peligro concreto, y aquellos de resultado de lesión, por lo que en conformidad al principio de legalidad se debe acercarse al segundo.

<sup>331</sup> BALMACEDA HOYOS y FERDINAND PELLER, Ob. Cit., p. 193-195.

afectación al patrimonio<sup>332</sup>, que disminuye su valor y trae como consecuencia una pérdida de poder económico actual<sup>333</sup>.

El peligro constitutivo de perjuicio es una forma de perjuicio efectivo y actual<sup>334</sup>, ya que produce un menoscabo en la valoración del patrimonio y vulnera el bien jurídico<sup>335</sup>. La diferencia entre ambos es solo cuantitativa y no cualitativa<sup>336</sup> y son expresiones de una misma antijuridicidad material<sup>337</sup>.

Esta disminución patrimonial que se configura como un peligro ha sido reconocida en el ordenamiento jurídico, así en el Derecho Tributario se permite incorporar a los “créditos incobrables” como merma contable<sup>338</sup>. La normativa tributaria reconoce como disminución efectiva del patrimonio (o gasto del ejercicio), créditos vencidos e impagos por más de 365 días desde su vencimiento, o bien, cuando resulte de aplicar un porcentaje de incobrabilidad conforme a mercado<sup>339</sup>.

#### **2.4. Criterios de delimitación del peligro de perjuicio en la administración desleal**

En este contexto, el principal problema radica en determinar cuándo un peligro es idóneo para ser constitutivo de perjuicio, lo que supone realizar una delimitación normativa e interpretar restrictivamente en virtud del principio de legalidad<sup>340</sup>.

---

<sup>332</sup> BALMACEDA HOYOS y FERDINAND PELLER, Ob. Cit., p. 195. En este sentido se ha manifestado que el perjuicio en forma de peligro se sitúa entre los delitos de peligro concreto, y aquellos de resultado de lesión, por lo que en conformidad al principio de legalidad se debe acercarse al segundo.

<sup>333</sup> BALMACEDA HOYOS y FERDINAND PELLER, Ob. Cit., p.198.

<sup>334</sup> BALMACEDA HOYOS y FERDINAND PELLER, Ob. Cit., p. 206.

<sup>335</sup> PASTOR MUÑOZ y COCA VILA. El delito... Ob.Cit., p.163.

<sup>336</sup> BALMACEDA HOYOS y FERDINAND PELLER, Ob. Cit., p. 199.

<sup>337</sup> CARO VIDAL, Ob. Cit., p. 140.

<sup>338</sup> BALMACEDA HOYOS y FERDINAND PELLER, Ob. Cit., p. 199.

<sup>339</sup> Circular N° 53. Imparte instrucciones sobre modificaciones introducidas al artículo 21 y 31 de la Ley sobre Impuesto a la Renta por el N° 11 y 13 del artículo segundo de la Ley N° 21.210, publicada en el Diario Oficial de 24 de febrero de 2020. Servicio de Impuestos Internos, Santiago, Chile, 10 de agosto de 2020. De este modo, la norma expresamente permite disminuir del patrimonio a situaciones en que no se han agotado los mecanismos de cobro, pero que gravan el patrimonio de acuerdo a criterios económicos pues existe una gran probabilidad de que no se puedan cobrar.

<sup>340</sup> BALMACEDA HOYOS y FERDINAND PELLER, Ob. Cit., p. 13.

La delimitación de la idoneidad exige que el peligro sea concreto, esto es, previsible e inevitable. Lo primero, atañe a la elevada probabilidad de ocurrencia de forma inmediata del perjuicio efectivo, y lo segundo, a la imposibilidad de controlar su realización por el titular del patrimonio. Tanto la inmediatez y la imposibilidad de la víctima deben ser hechos ciertos y constatables<sup>341</sup>.

En este contexto, se ha entendido que existe un peligro concreto en las siguientes situaciones:

a) Cuando no se puede contrarrestar el peligro creado y la víctima está imposibilitada de protegerse, lo que supone que la realización fáctica del perjuicio es solo algo de tiempo<sup>342</sup>.

b) Cuando la pérdida definitiva y futura de valor patrimonial queda excluida del ámbito de intervención del autor, al perder la posibilidad de evitarla<sup>343</sup>.

c) Cuando de la conducta del autor se deriven consecuencias para la víctima contempladas en el resto del ordenamiento jurídico<sup>344</sup>, tales como sanciones o acciones judiciales que puedan ser dirigidas contra el titular, pérdidas o devolución de ayudas, entre otras<sup>345</sup>.

d) Cuando se sustraen valores patrimoniales del control de los órganos competentes, por medio de la apertura de una cuenta fiduciaria administrada como “caja negra” pagadora<sup>346</sup>.

e) Cuando se infringe la finalidad otorgada a los bienes, de forma que la valoración del patrimonio disminuye al modificar los fines al que se debían destinar<sup>347</sup>.

Estas situaciones permiten sostener que habrá un peligro concreto en la medida que se haya puesto en marcha un curso causal irreversible dirigido a una pérdida patrimonial duradera,

---

<sup>341</sup> PASTOR MÚÑOZ y COCA VILA. El delito... Ob.Cit., p.71. También en ABANTO VÁSQUEZ, Ob. Cit, p. 924 y en ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. La administración desleal como injusto punible en derecho comparado. En: Doctrina y Jurisprudencia Penal (39), 2019, p. 28.

<sup>342</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 436.

<sup>343</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 437. Por el contrario, si el autor conserva la posibilidad de evitar la pérdida definitiva nos encontramos en el ámbito de la tentativa.

<sup>344</sup> GALLEGO SOLER, Ob. Cit. p. 438.

<sup>345</sup> ABANTO VÁSQUEZ. La administración...Ob. Cit., p. 29; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. El concepto de perjuicio patrimonial en el delito de administración desleal. Sobre la reciente jurisprudencia alemana en los casos KANTHER/WEYRAUCH y SIEMENS-KWU. En: Humanizar y renovar el Derecho Penal Estudios en memoria de Enrique Cury, Santiago: Legal Publishing, 2013, p. 1050.

<sup>346</sup> BACIGALUPO ZAPATER, Ob. Cit. p.1048.

<sup>347</sup> Ibid.

vale decir, uno con una posibilidad rayana a la certeza<sup>348</sup>, en el cual se ha constituido un poder fáctico de disposición sobre parte de la esfera patrimonial que no depende de la voluntad del autor<sup>349</sup>.

Por lo tanto, se verificará el peligro constitutivo de perjuicio cuando el sujeto pasivo ya no pueda impedir la producción del resultado perjudicial o sea inminente al ser innecesaria su intervención<sup>350</sup>. Es decir, cuando el peligro que se pueda convertir inmediatamente en una pérdida efectiva de bienes, o cuando el autor no tenga más oportunidad de frustrar el menoscabo patrimonial definitivo, lo que excluye las hipótesis de anulabilidad eventual del acto<sup>351</sup>.

Por último, luego de la consumación el quantum definitivo del perjuicio se puede consolidar, aumentar o disminuir<sup>352</sup>, ya sea por un hecho del administrador o de un tercero. Por lo anterior se ha planteado la idea de incorporar un “desistimiento post-consumativo” del delito, en virtud del cual el autor por un actuar posterior logra revocar lo reprochado penalmente y hace que su sanción se muestra inmerecida<sup>353</sup>. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico establece en el artículo 11 numeral séptimo del Código Penal, que tal conducta solo se considera como atenuante al procurar con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias, de este modo se logra controlar la magnitud y proporcionalidad de la sanción ante el injusto cometido.

---

<sup>348</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Aproximación...Ob. Cit., p. 180; y BALMACEDA y FERDINAND. Ob. Cit., p. 206.

<sup>349</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Aproximación...Ob. Cit., p. 180.

<sup>350</sup> BOFILL, JELVEZ, y CONTRERAS, Ob. Cit., p. 72.

<sup>351</sup> ROJAS AGUIRRE. El tipo de administración desleal... Ob. Cit. p. 166.

<sup>352</sup> PASTOR MUÑOZ, Construcción del perjuicio...Ob. Cit., p. 20.

<sup>353</sup> PASTOR MUÑOZ, Construcción del perjuicio...Ob. Cit., p. 165.

## CONCLUSIONES

La regulación de la administración desleal constituye uno de los mayores cambios jurídicos en nuestro ordenamiento penal durante la última década. Se trata de un delito que adecúa nuestra legislación al derecho comparado, una figura típica que hace más tenues los límites entre el Derecho Penal y el derecho común, y plantea una serie de desafíos de potencial aplicación a diversos casos de alta connotación pública, debido a los altos montos generalmente involucrados o intereses públicos comprometidos.

un delito especial cometido “desde adentro” por quien tiene una posición de garantía organizativa y estructurada en torno a un deber de tutela patrimonial. Este deber, esencial en la comprensión de los contornos del delito, se erige sobre la idea de libertad o poder que otorga el titular del patrimonio al administrador encargado de su preservación, y la idea de responsabilidad que normativiza la confianza en deberes y deriva de la pretensión de lealtad del titular del patrimonio, lo que constituye una compensación de la vulnerabilidad patrimonial frente a quién asume la posición de garante. En nuestra legislación el deber surge a partir de la ley, el acto de autoridad o el contrato y se excluyen las relaciones de confianza o la tolerancia tácita.

La idea de libertad-responsabilidad supone que, quien esté investido de este deber de tutela, cuente con autonomía en la administración como presupuesto fundamental de este delito. La autonomía es el poder de configuración de la esfera patrimonial ajena, y es la decisión discrecional sobre el qué y el cómo se realizará la administración, la que se caracteriza por la posibilidad de valorar auto responsablemente las decisiones sobre el patrimonio y contar con poder de dirección o supervisión sobre este.

La materialización de este delito exige la concurrencia de la conducta típica, que en cualquiera de sus dos modalidades consiste en la infracción de deberes de tutela que genera riesgos desaprobados jurídicamente, y que de ella se siga un resultado: el perjuicio patrimonial. Por lo tanto, la conducta y el resultado típico se delimitan por el deber de tutela, que determina el ámbito de acción punible, es decir, que acción u omisión constituyen infracciones típicas, y

el momento de la consumación, vale decir, qué perjuicio patrimonial consume el delito a la luz de los fines del titular.

Una conceptualización del resultado típico implica analizar la naturaleza del bien jurídico tutelado y las características particulares del delito.

Lo primero es descartar la confianza como interés protegido por el tipo, pues el núcleo del injusto no reside en el acto de deslealtad del administrador, sino en el perjuicio al patrimonio.

El bien jurídico protegido es el patrimonio, y a lo largo del presente trabajo nos hemos abocado a exponer las distintas teorías que existen sobre este, todo con el objeto de lograr una reconstrucción dogmática que permita conciliar su caracterización como una figura eminentemente patrimonial y la “personalización” de un delito que se estructura en torno a un especial deber de tutela, que fundamenta una posición de garantía no circunscrita a un objeto en concreto sino al patrimonio gestionado en su conjunto.

Por ello, sostenemos que el patrimonio es una unidad de valor o una globalidad económicamente evaluable compuesto por los bienes, derechos, posiciones o valores que cuenten con reconocimiento jurídico y sirvan como medio de expresión de la libertad de su titular en el plano económico.

En este orden de ideas, entendemos el perjuicio como la disminución económicamente evaluable del patrimonio conforme al principio del saldo, siempre que la realización de alguno de los fines normativizados en los deberes de tutela no compense dicha disminución.

Este entendimiento logra reconstruir dogmáticamente el resultado típico desde una perspectiva económica, determinable y conciliable con los principios de fragmentariedad y subsidiariedad. A su vez, permite excluir hipótesis de subjetivización en que se concibe el perjuicio como la mera infracción de deberes o fines del titular que no generan menoscabos patrimoniales económicamente cuantificables, e inserta a esta figura en la sistemática de los

delitos patrimoniales como promotores de la seguridad en el intercambio comercial dentro del ordenamiento jurídico.

Establecido lo anterior, debemos considerar que la administración desleal es un delito de resultado y de lesión, que exige un perjuicio patrimonial como condición necesaria de consumación y una afectación efectiva al bien jurídico tutelado.

Es sobre esta comprensión que buscamos defender el denominado “peligro constitutivo de perjuicio” como una hipótesis de consumación de este delito.

Esta concepción afirma que existe lesión en ciertas situaciones de peligro que gravan económicamente al patrimonio, al establecer un ámbito de gestión o disposición sobre elementos patrimoniales que no dependen de la voluntad del afectado y hacen disminuir su valor global.

El peligro constitutivo de perjuicio es una lesión al patrimonio, ya que, disminuye su valor actual y trae como consecuencia una pérdida de poder económico que se expresa en la dificultad de defensa o uso de los bienes que lo conforman.

La figura no transforma la administración desleal en un delito de peligro, pues estamos frente a una lesión efectiva de una distinta intensidad, es decir, el “peligro constitutivo de perjuicio” es un tipo de perjuicio patrimonial que expresa una misma antijuricidad material, con solo diferencias cuantitativas y no cualitativas.

Sin embargo, no cualquier amenaza es idónea para configurar esta hipótesis, sino que es necesaria la existencia de un peligro concreto que ponga en marcha un curso causal irreversible dirigido a una pérdida patrimonial duradera, con una posibilidad muy cercana a la certeza. De este modo, existirá peligro constitutivo de perjuicio cuando no se pueda impedir la producción de un resultado perjudicial, o este sea inminente al ya no tener el autor posibilidad de frustrarlo.

Por último, la comprensión del perjuicio patrimonial en este delito generará desafíos en torno a la acreditación procesal de la existencia y cuantificación del daño al patrimonio, la

vinculación de este y el interés normativizado en los casos en que exista un interés público en la administración (como en las sociedades anónimas especiales), y la determinación de la consumación a la luz de la valoración de las circunstancias que excluyen o disminuyen el menoscabo de la conducta, entre otras que deberán ser objeto de estudios posteriores.

## BIBLIOGRAFÍA

1. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. La administración desleal como injusto punible en derecho comparado. En: Doctrina y Jurisprudencia Penal (39): 3-50, 2019.
2. ABELIUK MANASEVICH, René. Las Obligaciones. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993, 581p.
3. ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas: Responsabilidad civil y penal administrativa. Santiago, Chile: Ediciones UC, 2013, 498p.
4. ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. Administración desleal y decisiones de negocio de los directores.[en línea] El Mercurio. 9 de mayo del 2019 <<http://derecho.uc.cl/es/noticias/derecho-uc-en-los-medios/22943-profesor-enrique-alcalde-administracion-desleal-y-decisiones-de-negocio-de-los-directores>> [consulta: 9 de mayo de 2019]
5. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. El concepto de perjuicio patrimonial en el delito de administración Desleal. Sobre la reciente jurisprudencia alemana en los casos KANTHER/WEYRAUCH y SIEMENS-KWU. En: Humanizar y renovar el Derecho Penal Estudios en memoria de Enrique Cury, Santiago: Legal Publishing, 2013, 1135p.
6. BALMACEDA HOYOS, Gustavo y FERDINAND PELLER, Michael. Análisis dogmático del concepto de "perjuicio" en el delito de estafa (especial referencia al concepto de "perjuicio en forma de peligro"). En: Revista de Estudios de la Justicia (7): 185-217, 2006.
7. BALMACEDA HOYOS, Gustavo. El delito de estafa en la jurisprudencia chilena. Revista de derecho Valdivia (1): 59-85, 2011.
8. BALMACEDA HOYOS, Gustavo. El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos. [en línea] Revista de Ciencias Penales (3) <<https://westlawchile-cl.uchile.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc500000184d032a8a335cc02f9&docguid=i70673647BFBF2EA14327A653CEBC41DF&hitguid=i70673647BFBF2EA14327A653CEBC41DF&tocguid=&spos=8&epos=8&td=8&>

ao=i0AC50834CD5E878681CD6243E1C7D7B8&searchFrom=&savedSearch=false  
&context=15&crumb-action=append&> [consulta:22 de noviembre de 2022], 2013.

9. BALMACEDA HOYOS, Gustavo, GUERRA ESPINOSA, Rodrigo y JUPPET EWING, María Fernanda. COMPLIANCE visión general desde una perspectiva penal y comercial. Santiago, Chile: Legal Publishing, 2019. 272p.
10. BARROS BOURIE, Enrique. Mandato Civil. Apuntes de clases. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1992, 60p.
11. BOFILL GENZSCH, Jorge, JELVEZ GALLEGOS, Valeria y CONTRERAS SALIM-HANNA, Sebastián. Consideraciones sobre el nuevo delito de administración desleal en el derecho chileno. En: Revista Derecho & Sociedad (52): 59-77, 2019.
12. a) BULLEMORE GALLARDO, Vivian. y MACKINNON ROEHRS, John. Curso de Derecho Penal Tomo II. Santiago, Chile: Legal Publishing, 2005, 341p.  
  
b) \_\_\_\_\_. Curso de Derecho Penal Parte Especial Tomo IV. 2ªed. Santiago, Chile: Legal Publishing, 2007. 307p.
13. BUSTOS LAGARRIGUE, Sebastián y CELADOR IZQUIERDO, Leticia. Ley sobre sistemas de compensación y liquidación de instrumentos financieros. En: Cuaderno de extensión jurídica (19): 137-160, 2010.
14. CARO VIDAL, Miguel. Aproximación al concepto de perjuicio patrimonial. En: Revista de Estudios de la Justicia (30):111-149, 2019.
15. CONTRERAS CHAIMOVICH, Lautaro. Tratamiento penal de los casos de concurrencia de riesgos en el tráfico rodado a través de la teoría de la imputación objetiva del resultado. Revista de Estudios de la Justicia (30): 95-110, 2019.
16. CONTRERAS ENOS, Marcos. Constelaciones de casos de administración desleal. [en línea] El Mercurio Legal. 25 de enero del 2019 <en <http://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2019/01/25/constelaciones-de-casos-de-administracion-desleal.aspx>> [consulta: 25 de enero del 2019].

17. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.), VERA SÁNCHEZ, Juan (coord.). Manual de Derecho Penal Parte Especial. Doctrina y Jurisprudencia con casos solucionados. Tomo 1. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2015. 781p.
18. CURY URZÚA, Enrique. Derecho Penal, Parte General. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005. 812 p.
19. GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal parte especial Tomo IV. Santiago, Editorial Jurídica Chilena, 2008 460p.
20. DOLZ LAGO, Manuel. El delito de administración desleal y el delito de apropiación indebida, tras la L.O.1/2015. Curso: Delitos societarios. El delito de la administración desleal. [en línea] Centro de estudios jurídicos <<https://www.fiscal.es/documents/20142/100458/Ponencia+Manuel+Jesus+Dolz+Lago.pdf/e10fee36-d725-60c9-83ef-d6a81a0d0004>>[consulta: 5 de noviembre de 2022], 2017.
21. ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. Derecho Penal Tomo III. Santiago, Editorial Jurídica, 1998, 496p.
22. FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. Curso de Derecho Civil. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011, 246p.
23. GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal parte especial tomó IV, Santiago: Editorial Jurídica Chilena, 2008, 459p.
24. GALLEGO SOLER, José Ignacio. Responsabilidad Penal y Perjuicio Patrimonial. Buenos Aires: Editorial B de F, 2015, 562p.
25. a) GÁLVEZ JIMENEZ, Aixa. Reflexiones sobre el delito de administración fraudulenta concepto y bien jurídico protegido. [en línea] Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología <<http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-02.pdf>> [consulta: 5 de noviembre de 2022], 2015.  
  
b) \_\_\_\_\_. El nuevo delito de Administración desleal (artículo 252 CP) en el ámbito de las Sociedades de Capital. Tesis doctoral. Granada, Universidad de Granada, 2017. 531p.

26. GONZALEZ CUSSAC, José Luis. Delitos contra el patrimonio y el orden socio económico. En: Manual de Derecho Penal Parte Especial. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 423-446.
27. a) GUTIÉRREZ FRANCÉS, María. Fraude informático y estafa. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, 642p.
- b) \_\_\_\_\_. Resultado típico en la estafa: La disposición patrimonial lesiva. [en línea] Doctrina y Jurisprudencia Penal 2 <<https://westlawchile-cl.uchile.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b00000184a6dda5fab434ca5&docguid=i513A14EF9A799152B5223A089831C926&hitguid=i513A14EF9A799152B5223A089831C926&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append&>> [consulta:22 de noviembre de 2022], 2010.
28. a) HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Aproximación a la problemática de la estafa. En: Problemas Actuales de Derecho Penal. Temuco: Universidad Católica de Temuco, 2003, p. 147-190.
- b) \_\_\_\_\_. La administración desleal en el derecho penal chileno. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (26): 201-258, 2005a.
- c) \_\_\_\_\_. Perspectivas del Derecho Penal Económico en Chile. En: Persona y Sociedad, Universidad Alberto Hurtado, 19 (1): 101-134, 2005b.
- d) \_\_\_\_\_. Frustración de fines y perjuicio patrimonial en el derecho penal chileno. En: Derecho Penal Contemporáneo Revista Internacional (29): 51-92, 2009.
- e) \_\_\_\_\_. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. En: Política criminal (9):207-236, 2010.
29. JAKOBS, Günther. La privación de un derecho como delito patrimonial a la vez, una contribución a la generalización de la Parte Especial. [en línea] InDret Revista para el Análisis del Derecho <<https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/580.pdf>>, 2008.
30. a) KINDHAÜSER, Urs. Infracción de deber y autoría-una crítica a la teoría del dominio del hecho. En: Revista de Estudios de la Justicia” (14): 41-52, 2011a.

- b) \_\_\_\_\_. Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. Los defectos congénitos de la doctrina económica del perjuicio patrimonial en el derecho penal. [en línea] Revista ADPE 1 <<http://www.adpeonline.com/wp-content/uploads/2020/09/concepto-de-patrimonio-y-perjuicio-patrimonial-los-defectos-congenitos-de-la-doctrina-economica-del-perjuicio-patrimonial-en-el-derecho-penal.pdf>> [consulta: 22 de noviembre de 2022], 2011b.
31. LUZÓN PEÑA, Diego. y ROSO CAÑADILLAS, Raquel. La administración desleal societaria en el derecho penal español. En: Revista de Derecho (16): 199-237, 2013.
32. MALDONADO, Francisco. Reflexión sobre las técnicas de tipificación de los llamados "delitos de peligro" en el moderno derecho penal. En: Revista de Estudios de la Justicia (7):23-63, 2006.
33. a) MAÑALICH RAFFO, Juan. La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales. En: Revista de Estudios de la Justicia (4): 137-175, 2004.
- b) \_\_\_\_\_. La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales. En: Política criminal 7(14): 357-377, 2012.
- c) \_\_\_\_\_. La estructura típica de la administración desleal un enfoque contrastativo. En: En Letra: Derecho Penal, (10): 31-53, 2020.
34. a) MARTÍNEZ–BUJÁN PEREZ, Carlos. Pasado, Presente y Futuro de los delitos de Administración desleal y de Apropiación indebida. En: Estudios Penales y Criminológicos (35): 457-566, 2015.
- b) \_\_\_\_\_. El delito de administración desleal de patrimonio ajeno. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2016, 118p.
35. MATUS ACUÑA, Jean, y RAMÍREZ GUZMÁN, María. Manual de Derecho Penal Chileno Parte Especial. 4ºed. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, 2019, 704p.

36. MAYER LUX, Luz., y FERNANDES GODINHO, Inés. “La estafa como delito económico”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (41): 183-209, 2013.
37. MEDINA SCHULZ, Gonzalo. Nuevos desafíos penales para los gobiernos corporativos. [en línea] El Mercurio Inversiones. 28 de noviembre del 2018 <<http://www.elmercurio.com/Inversiones/Noticias/Columnas/2018/11/28/Chile-nuevos-desafios-penales-para-los-gobiernos-corporativos.aspx>>, 2018, [consulta: 28 de noviembre de 2018].
38. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal parte general. 8°ed. Barcelona: Reppertor, 2006, 777p.
39. MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte Especial. Manuales de Derecho Penal. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, 796p.
40. NAVAS MONDACA, Iván y JAAR LABARCA, Antonia. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena. En: Política criminal (26):1027-1054, 2018.
41. NIETO MARTÍN, Adán. Administración desleal y apropiación indebida. En: Derecho Penal y económico de la empresa. Madrid, Dykinson, 2018, pp. 237-284.
42. a) PASTOR MUÑOZ, Nuria. El engaño típico en el delito de estafa. En: Cuestiones actuales de derecho penal general y patrimonial. Lima: Ara Editores, 2005, 160p.  
b) \_\_\_\_\_. Construcción del perjuicio en el delito de administración desleal. [en línea] InDret Revista para el análisis del derecho <<https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1252.pdf>>, 2016a, [consulta: 5 de noviembre de 2022].
43. PASTOR MUÑOZ, Nuria., y COCA VILA, Ivo. El delito de administración desleal. Claves para la interpretación del nuevo Art. 252 del Código Penal. Barcelona, Atelier libros jurídicos, 2016b, 284p.
44. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre, y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, 616p.

45. a) ROJAS AGUIRRE, Luis. El tipo de administración desleal en el derecho penal alemán. En: Revista penal (23): 131-171, 2009.
- b) \_\_\_\_\_. Perjuicio patrimonial e imputación objetiva. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile (37): 415-434, 2011.
46. ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General Tomo I. Madrid, Civitas, 1997, 1071p.
47. a) SCHLACK MÚÑOZ, Andrés. Aplicación de criterios objetivo – individuales en la constatación del perjuicio patrimonial en el delito de estafa. Santiago: Ius Publicum (19):133-148, 2007a.
- b) \_\_\_\_\_. La estafa en negocios con prestaciones unilaterales: notas sobre su fundamentación dogmática. Revista de Derecho, (16), p. 167-174, 2007b.
- c) \_\_\_\_\_. El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa. Revista chilena de derecho, (35): 261-292, 2008.
48. STITCHKIN BRANOVER, David. El mandato civil. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, 534p.
49. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. Jurisprudencias esenciales del derecho Civil, Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, 1154 p.
50. TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Pérdida de una chance. Su indemnización en la jurisprudencia chilena. Revista De Derecho Escuela De Postgrado, (2): 251–264, 2012.
51. OYANGUREN ALVIÑA, Constanza. El delito de administración desleal en Chile. Tesis de Magister, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2019, 68p.
52. VARGAS PINTO, Tatiana. Engaño patrimonial y perjuicio. Análisis desde la practica nacional. [en línea] Thomson Reuters Legal Westlaw <<https://westlawchile-cl.uchile.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc500000184a6eca37150e650c6&docguid=iC2C49CF8AFB8397051163ACA9622D26E&hitguid=iC2C49CF8AFB8397051163ACA9622D26E&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0AC50834CD5E878681CD6243E1C7D7B8&searchFrom=&savedSearch=false&context=9&crumb-action=append&>>[consulta: 22 de noviembre de 2022]

53. VERA RIVERA, María del Carmen. El delito de administración desleal: criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva. Tesis doctoral, Madrid, 2017, 552p.
54. WINTER ETCHEBERRY, Jaime. Derecho penal e impunidad empresarial en Chile. Revista de Estudios de la Justicia (19): 91-125, 2013.
55. a) ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Los delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico en el nuevo Código Penal (consideraciones generales sobre el Título XIII del NCP. En: Cuadernos de política criminal (59): 417-433, 1996.
- b) \_\_\_\_\_. Delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico (III). En: Lecciones de derecho penal parte especial. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 219-230.
56. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Luis. “Culpables, millonarios e impunes: el difícil tratamiento del derecho penal del delito de cuello blanco”. Revista IUS, 9(35): 37-57, 2015.

#### Cuerpos Normativos

1. Ley N° 21.121. Modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 20 de noviembre de 2018.
2. Circular N° 53. Imparte instrucciones sobre modificaciones introducidas al artículo 21 y 31 de la Ley sobre Impuesto a la Renta por el N° 11 y 13 del artículo segundo de la Ley N° 21.210, publicada en el Diario Oficial de 24 de febrero de 2020. Servicio de Impuestos Internos, Santiago, Chile, 10 de agosto de 2020.