

Consideraciones sobre el nuevo delito de administración desleal en el derecho chileno

Considerations on the new disloyal administration criminal offence on Chilean law

Jorge Bofill Genzsch*
Valeria Jelvez Gallegos**
Sebastián Contreras Salim-Hanna***

Resumen:

El artículo tiene por objeto introducir uno de los aspectos más destacables de la reciente Ley N° 21.121, publicada en nuestro país con fecha 20 de noviembre de 2018, el cual es la introducción en el Código Penal chileno del nuevo delito de administración desleal. En primer término, se introduce la reforma de la Ley N° 21.121, destacando el lugar del nuevo delito de administración desleal. En seguida, se analiza la inexistencia previa de un tipo penal general de administración desleal en nuestro medio y la manera cómo intentaron abordar esta ausencia la doctrina y jurisprudencia. En tercer lugar, se revisan las principales modificaciones del tipo penal entre su origen y el texto que finalmente se promulgó. Se concluye con un análisis de los principales elementos del tipo penal y algunas consideraciones respecto de lo que podría ser su aplicación práctica en el sistema jurídico chileno.

Abstract:

The article presents one of the most outstanding aspects of the recent Law No. 21,121, published on November 20, 2018, which is the introduction in the Chilean Penal Code of the new offense of disloyal administration. In first place, the reform of Law No. 21,121 is introduced, highlighting the place of the new offense of disloyal administration in it. Later, the absence of a general criminal type of disloyal administration in our environment prior to the reform is exposed, analyzing succinctly how this absence was addressed by the doctrine and jurisprudence. Third, the main changes of the criminal description between its origin and the text that was finally approved are reviewed. Then, an analysis of the main elements of the crime is made, to finish exposing the main conclusions in relation to the new crime.

Palabras clave:

Administración desleal – Apropiación indebida – Distracción indebida – Delitos contra la propiedad – Patrimonio

Keywords:

Disloyal administration – Misappropriation of funds – Unlawful distraction – Offenses against property – Patrimony

Sumario:

1. Introducción – 2. Situación previa a la dictación de la Ley N° 21.121 – 3. La reforma legal – 4. Descripción típica del nuevo delito de administración desleal – 5. Conclusiones – 6. Bibliografía

* Doctor en Derecho de la Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg y socio de Bofill Escobar Silva Abogados. Correo electrónico: jbofill@beslegal.cl.

** Abogada de la Universidad de Chile. Actualmente cursando Magíster de Derecho Penal, de las universidades de Talca y Pompeu Fabra. Correo electrónico: vjelvez@beslegal.cl.

*** Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, ayudante de Derecho Penal y Derecho Penal Económico de dicha universidad. Correo electrónico: scontreras@beslegal.cl.

1. Introducción

El 20 de noviembre de 2018, se publicó en el Diario Oficial de Chile la Ley N° 21.121, la que, según indica su título, modificó "el Código Penal y normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción".

Dicha ley estableció como nuevo delito en el Código Penal chileno el de administración desleal¹, sancionando a quienes lo cometan con penas privativas de libertad y multa, cuyas magnitudes dependen del monto del perjuicio ocasionado, en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

De este modo, conductas tales como la del administrador de la sociedad que se concede a sí mismo un préstamo en condiciones ventajosas; condona deudas sociales; contrata a un proveedor amigo pagándole un precio superior al ofrecido por otros oferentes; vende bienes sociales a precios irrisorios a terceros vinculados a él; gasta parte del presupuesto social en viajes de índole personal; dispone el pago de asesorías que no existen en la realidad; otorga comisiones, bonificaciones o sobresueldos excesivos e injustificados con cargo al patrimonio administrado o deja pasar una oportunidad de negocios para que la tome otra empresa en la que tiene interés, irrogándole perjuicio a la sociedad, podrían ser sancionadas a título de administración desleal, en la medida que se verifiquen los restantes elementos típicos.

La sanción de dichas conductas –que constituyen verdaderos ataques patrimoniales “desde dentro”², en tanto el agente cuenta con un poder legítimo de administración y disposición de patrimonio ajeno, el cual ejerce en modo irregular y contra los intereses de este³– representaba un vacío legal que requería ser llenado para una adecuada protección jurídica, toda vez que ella se limitaba generalmente a ataques externos o “desde fuera”, como ocurre con los delitos de estafa y extorsión.

El abogado Gonzalo Medina, quien participó en la discusión de un proyecto de ley iniciado con anterioridad al que dio origen a la reforma materia de este artículo y que buscó tipificar el delito de administración desleal, graficó la necesidad de dicho tipo penal en los siguientes términos: “Lo segundo, es que todas las figuras que se regulan acá hablan de un fenómeno muy tradicional chileno. Era el caso de un gerente [que] adquiría bienes a mayor precio a cambio de un beneficio personal, entonces, históricamente el dueño de la empresa informaba al abogado que lo estaban reventando, y si bien en todo el mundo existe el delito de administración desleal, ello no ocurre en Chile, y dejar esto tal cual, dejará el problema y seguirá sin solución. El dueño de la empresa seguirá siendo perjudicado, pero no víctima en tanto no exista el tipo de la administración desleal. El auto quedará con tres ruedas y andará siempre a trompicones, pues carece [de] la administración desleal”⁴.

1 Este no fue el único intento de tipificar la administración desleal como delito. Véase, por ejemplo, los boletines números 10.155-07-1 y 9.956-07.1 de junio y marzo de 2015, respectivamente y los Anteproyectos de Código Penal de los años 2015 y 2018.

2 “[...] la razón de ser de la administración desleal debe buscarse en la relación que el autor tiene con el patrimonio. En el resto de los delitos patrimoniales el autor ataca al patrimonio, en su conjunto o en elementos patrimoniales concretos, desde fuera: es un enemigo externo que debe actuar con fuerza, violencia, intimidación, engaño o apoderándose de algo que está fuera de su esfera de poder. En la administración desleal el autor es un enemigo interno, actúa desde dentro, como un caballo de Troya”. Adán Nieto Martín, «Administración desleal y apropiación indebida», en *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Ed. Dykinson (2018): 250.

3 Héctor Hernández Basualto, «La administración desleal en el derecho penal chileno», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI (2005): 202.

4 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley que tipifica el delito de corrupción entre particulares y modifica disposiciones del Código Penal relativas a Delitos Funcionarios”, boletines N° 10.155-07-1 y 9.956-07-1.

La modificación legal que ahora nos ocupa tuvo su origen en un proyecto de ley de iniciativa del Senado⁵, ingresado a tramitación con fecha 8 de junio de 2016. Como adelanta el propio título de la ley, esta no solo estableció el nuevo delito de administración desleal, sino introdujo también numerosas otras modificaciones al Código Penal y otros cuerpos legales en relación con la prevención, detección y persecución de la corrupción. Es decir, la introducción del delito de administración desleal se enmarcó en una reforma mayor al sistema de persecución y sanción de la corrupción en Chile, lo que, en cualquier caso, no significó que su discusión estuviere relegada a un lugar secundario en relación con el resto del contenido de la iniciativa parlamentaria. En efecto, según consta en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución recogido en la Historia de la Ley, Héctor Hernández –quien en nuestro medio escribió el trabajo probablemente más difundido en relación con la administración desleal⁶– “expresó que, a su juicio, el aspecto más destacable de esta iniciativa es la incorporación de la figura penal típica de la administración desleal, lo que es un enorme aporte al derecho penal chileno”⁷.

Asimismo, ratifica lo anterior en el hecho de que los fundamentos del proyecto de ley expresados por los parlamentarios fueron la necesidad de adecuar la penalidad de los delitos de corrupción a su real gravedad, la adecuación de la tipificación de dichos delitos a estándares internacionales, la necesidad de adaptar la normativa sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas a las modificaciones que se introducirían al delito de cohecho y la necesidad de tipificar el soborno entre particulares y la administración desleal⁸.

En lo que interesa a este trabajo, el mensaje del proyecto de ley señaló que con ello se daba cumplimiento al artículo 22 de la Convención de Naciones Unidas en contra de la Corrupción, promulgada en Chile por Decreto N° 375, de 23 de noviembre de 2006, y publicada en el Diario Oficial de 30 de enero de 2007:

Artículo 22. Malversación o peculado de bienes en el sector privado. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, la malversación o el peculado, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo⁹.

En todo caso, conviene adelantar que la redacción definitiva del tipo penal tiene un alcance mayor al pretendido por el artículo 22 de la Convención referida, pues no se limitó exclusivamente a supuestos de malversación o peculado. Es decir, no limitó la punibilidad a aquellos casos en que se verifica un beneficio para el sujeto activo o un tercero, correlativo al perjuicio ocasionado.

Transcurridos más de dos años de tramitación legislativa, finalmente el 20 de noviembre de 2018 se publicó la Ley 21.121 en el Diario Oficial y, con ello, entró en vigor el nuevo delito de administración desleal.

2. Situación previa a la dictación de la Ley N° 21.121

Con anterioridad al 20 de noviembre de 2018, existía cierto consenso doctrinario y jurisprudencial acerca de la inexistencia de una disposición de carácter general y amplio que sancionara penalmente la administración desleal en el ordenamiento jurídico chileno¹⁰.

Por supuesto, existían –y aún rigen– disposiciones que sancionaban la administración desleal, pero solo mediamente, en razón de que el injusto fundante del tipo trae aparejada también una administración que no es fiel¹¹. Es el caso, por ejemplo, del artículo 469 N° 3 del Código Penal, el que sanciona a los comisionistas que cometieren defraudación alterando en sus cuentas los precios o las condiciones de los contratos, suponiendo gastos o exagerando los que hubieren hecho. Evidentemente, alterar las cuentas es un acto de deslealtad por parte del comisionista para con su mandante. Aun así, el fundamento de la punibilidad consiste, en este caso, en que se trata de una forma particularizada de estafa, en cuanto la alteración de las cuentas constituye el engaño que conduce al mandante a un error, en virtud del cual dispondrá patrimonialmente y sufrirá el consiguiente perjuicio. Ello es patente si se advierte que, de no mediar ese engaño –alteración de las cuentas–, la conducta del comisionista dilapidador que incluye en su cuenta

5 Moción de los Senadores de la República de Chile señores Alfonso De Urresti Longton, Hernán Larraín Fernández, Felipe Harboe Bascuñán, Alberto Espina Otero y Pedro Araya Guerrero.

6 Hernández Basualto, «La administración desleal en el derecho penal chileno», 201-258.

7 Historia de la Ley N° 21.121 de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: 39.

8 Boletín N° 10.739-07. Historia de la Ley N° 21.121 de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: 3-6.

9 Convención de Naciones Unidas en contra de la Corrupción, promulgada en Chile por Decreto N° 375 de 23 de noviembre de 2006 y publicada en el Diario Oficial de 30 de enero de 2007.

10 Hernández Basualto, «La administración desleal en el derecho penal chileno», 203.

11 Hernández Basualto, «La administración desleal en el derecho penal chileno», 203.

los gastos exorbitantes de la comida que se sirvió con dineros del mandante, no se configura este delito¹².

Por otra parte, era posible identificar disposiciones que sancionaban derechamente la administración desleal, pero no en forma general y con alcances más bien limitados. Es el caso de la figura contenida en el artículo 470 N° 2 del Código Penal, el cual sanciona a los capitanes de buques que, fuera de los casos y sin las solemnidades prevenidas por la ley, vendieren dichos buques, tomaren dinero a la gruesa sobre su casco y quilla, giraren letras a cargo del naviero, enajenaren mercaderías o vituallas o tomaren provisiones pertenecientes a los pasajeros¹³. Del propio texto de la ley se aprecia que su aplicación práctica es, en todo caso, restringida a situaciones muy específicas.

Resulta interesante anotar que Héctor Hernández apreciaba también una aplicación de los tipos de insolvencia punible a supuestos de administración desleal en aquellos casos de “fallidos” –denominación, hoy derogada, de la antigua Ley de Quiebras para el deudor insolvente declarado en quiebra– cuyo patrimonio era administrado por otros. Era el caso, por ejemplo, del administrador o representante del fallido que “*hubiere prestado fianzas o contraído por cuenta ajena obligaciones desproporcionadas a la situación que tenía cuando las contrajo, sin garantías suficientes*” (artículo 219, en relación con los artículos 232 y 233 de la antigua Ley de Quiebras)¹⁴.

La afirmación de Héctor Hernández (2005) mantuvo su vigencia, no obstante la gran reforma de los delitos de insolvencia punible materializada por la ley 20.720 de fecha 9 de enero de 2014, sobre todo considerando lo dispuesto en el artículo 463 quáter, según el cual “*será castigado como autor de los delitos contemplados en los artículos 463, 463 bis y 463 ter –delitos concursales– quien, en la dirección o administración de los negocios del deudor, sometido a un procedimiento concursal de reorganización o de liquidación, hubiese ejecutado alguno de los actos o incurrido en alguna de las omisiones allí señalados, o hubiese autorizado expresamente dichos actos u omisiones*” (los que incluyen aplicar a sus propios usos o de terceros, bienes que deban ser objeto de un procedimiento concursal de liquidación). Adicionalmente, en este mismo sentido resulta destacable que la relativamente nueva regulación sanciona especialmente a quienes estén a cargo de la administración del patrimonio del deudor insolvente –veedor o liquidador designado en un procedimiento concursal de reorganización o de liquidación– y apliquen en beneficio propio o de un tercero bienes del deudor que sean objeto de un procedimiento concursal de reorganización o de liquidación¹⁵. Esas son, evidentemente, hipótesis de administración desleal.

Ahora bien, más allá de estos tipos penales aplicables a supuestos fácticos relativamente específicos de administración desleal, en doctrina y jurisprudencia se planteaba la duda de si ciertos hechos de administración desleal podían subsumirse en algunos de los tipos penales generales que protegen la propiedad o el patrimonio.

El debate más intenso se producía en relación con el delito de apropiación indebida del artículo 470 N° 1 del Código Penal. De hecho, Héctor Hernández sostenía que el tipo que mejor se avenía con las exigencias de la administración desleal era el de la distracción indebida contenida en dicha norma¹⁶, la que sanciona a quien, en perjuicio de otro, se apropiare o distrajere dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubiese recibido en depósito, comisión o administración, o por cualquier otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla.

La tesis de Héctor Hernández parte de la base de que dicho artículo contiene dos figuras delictivas: “[p]or una parte la apropiación indebida propiamente tal, delito contra la propiedad que sólo puede recaer sobre especies o cuerpos ciertos ajenos y cuya conducta típica consiste en la apropiación entendida como disposición de tales especies o cuerpos ciertos como señor y dueño de los mismos”¹⁷ y, por otra, “la distracción indebida de dinero, delito contra el patrimonio”, que solo puede tener por objeto dinero u otros géneros y en la cual la conducta típica consistiría en el no pago jurídico-penalmente reprochable de cantidades equivalentes a

12 Hernández Basualto, «La administración desleal en el derecho penal chileno», 203. Como hace presente en su trabajo, en contra –apreciando una hipótesis de auténtica administración desleal– Alfredo Etcheberry y Manuel Garrido Montt.

13 Para Héctor Hernández, es la que parece ser la única tipificación inequívoca de administración desleal en el Código chileno. En Hernández Basualto, «La administración desleal en el derecho penal chileno», 204.

14 El déficit que apreciaba Héctor Hernández radicaba en que la aplicación de estos tipos penales suponía el acto formal de la declaratoria de quiebra, por lo que la eventual aplicación de los tipos penales suponía necesariamente la situación de insolvencia del fallido, con lo cual la protección que podría brindar el tipo penal era, indefectiblemente, tardía o limitada. En Hernández Basualto, «La administración desleal en el derecho penal chileno», 208-210.

15 Código Penal chileno, última versión de fecha 10 de diciembre de 2018, disponible en la Biblioteca del Congreso Nacional, artículo 464 bis.

16 Hernández Basualto, «La administración desleal en el derecho penal chileno», 240.

17 Hernández Basualto, «La administración desleal en el derecho penal chileno», 228.

las recibidas¹⁸. En este caso, para evitar la sanción penal del mero incumplimiento de obligaciones y, en consecuencia, la prisión por deudas, el incumplimiento de que se trata *“debe ser consecuencia de una falta grave a elementales deberes de cuidado del crédito ajeno, a una gestión irracional que naturalmente deba conducir a la imposibilidad de pago”*¹⁹. A partir de esta interpretación, sería posible la sanción de algunos casos de administración desleal como los descritos en el primer capítulo del presente trabajo.

Aun así resultaba necesario reconocer que del tenor literal del artículo 470 N°1 se desprenden inmediatamente limitaciones estructurales²⁰ para la subsunción de hipótesis de administración desleal y que resultan ineludibles para un derecho penal respetuoso del principio de legalidad. Por de pronto, el objeto material se encuentra limitado a cosas corporales muebles. Así, se excluyen las cosas incorporeales, como el dinero giral, y de las corporales, las inmuebles²¹. Asimismo, no serían subsumibles en el tipo penal conductas que afectan el patrimonio del titular por la vía del aumento de su pasivo –como si se asumen deudas que no corresponden por cuenta del patrimonio administrado– y no por la merma del activo en términos de pérdida de cosas corporales muebles²². Adicionalmente, se requiere que la cosa objeto material del delito haya sido entregada, pareciendo legítima la pregunta respecto de si basta la entrega ficta o, en realidad, es necesaria una entrega material. Otro aspecto que merecería revisión es si acaso quien posee poderes de disposición –actuando en razón de ellos– sobre el patrimonio en cuestión, puede cometer apropiación o distracción indebidas.²³

Del mismo modo, Juan Pablo Mañalich, siguiendo a Antonio Bascuñán²⁴, ha sostenido que el delito de distracción indebida –contenido en el mismo artículo, pero concebido como un delito autónomo a la apropiación indebida– puede ser caracterizado como un delito de administración desleal²⁵. En ese sentido, el delito de distracción indebida *“tiene que ser entendido como un delito de perjuicio patrimonial a través de la desviación del dinero, los efectos o la cosa mueble recibida en el marco de un vínculo de confianza especial, en términos tales que el perjuicio en cuestión ha de quedar determinado o bien por la frustración de la finalidad que justificaba la recepción de la cosa bajo el título respectivo, o bien por la falta de satisfacción del derecho personal correlativo a la obligación de entregarla o devolverla, según corresponda”*²⁶.

La postura defendida por Hernández, Bascuñán y Mañalich no es, sin embargo, pacífica²⁷.

En cualquier caso, un difundido y emblemático fallo sobre la materia, dictado por el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, con fecha 6 de mayo de 2014, desechó la aplicación de la apropiación indebida del artículo 470 N°1 del Código Penal en un caso en el que, mediante un mandato general amplio con facultades de administración y disposición de bienes, el mandatario habría realizado actos en satisfacción de un interés patrimonial personal y no el de sus mandantes. Dentro de los hechos considerados acreditados por el tribunal, se encontraba que el imputado, actuando en uso de los poderes conferidos por el referido mandato, nominalizó acciones de propiedad indirecta del mandante a nombre de una sociedad de su propiedad indirecta, las que luego dispuso se traspasaran nuevamente a una sociedad del mandante, pagándose por la acción un sobrepeso no justificado en una variación del valor de la acción del activo subyacente²⁸.

Pues bien, de acuerdo con el razonamiento del tribunal, no existió una verdadera apropiación indebida por faltar el objeto material del delito²⁹, por cuanto la apropiación indebida debía recaer sobre cosas

18 Hernández Basualto, «La administración desleal en el derecho penal chileno», 228-229.

19 Hernández Basualto, «La administración desleal en el derecho penal chileno», 228-230.

20 Hernández Basualto, «La administración desleal en el derecho penal chileno», 234 y 240.

21 Hernández Basualto, «La administración desleal en el derecho penal chileno», 232.

22 Hernández Basualto, «La administración desleal en el derecho penal chileno», 232.

23 En contra, Politoff, citado en Hernández Basualto, «La administración desleal en el derecho penal chileno», 233.

24 Antonio Bascuñán Rodríguez, «Delitos contra intereses instrumentales», *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 1 (2004): 335.

25 Juan Pablo Mañalich Raffo, «Apropiación y distracción indebidas. Una propuesta de reconstrucción unificadamente dualista del art. 470 N°1 del Código Penal», *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 25, N° 1 (2018): 163.

26 Mañalich Raffo, «Apropiación y distracción indebidas. Una propuesta de reconstrucción unificadamente dualista del art. 470 N°1 del Código Penal», 163.

27 Sergio Politoff Lifschitz, «El delito de apropiación indebida», (Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1992): 271. También, Miguel Soto Piñeiro, «La apropiación indebida», (Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1994): 29 y ss.

28 Sentencia pronunciada por el 3° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago con fecha 6 de mayo de 2014 en causa RIT N° 262-2013, considerando octavo.

29 Sentencia pronunciada por el 3° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago con fecha 6 de mayo de 2014 en causa RIT N° 262-2013, considerando duodécimo: *“2.- En segundo lugar, por un problema del objeto material sobre el cual recae el delito: El perito Héctor Hernández Basualto confunde en su intervención dinero con patrimonio, apoyando su tesis en que el tipo penal del Código Penal Español es similar al del Código Penal Chileno, cuestión, que no es acertada, pues como se indicó, el primero estima como objetos del ilícito los efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial; es aquí donde se produce la confusión, pues en nuestro tipo penal, el objeto está dado, únicamente, por dinero, bien fungible por excelencia y, por ello, para adquirir la propiedad del mismo basta la tradición o traditio;*

muebles determinadas, mientras que, en la especie, el objeto del mandato era el patrimonio, es decir, una universalidad jurídica y no una cosa mueble. Al respecto, profundizó la sentencia en que *“en el caso en estudio, si bien existía la obligación de restituir o de entregar se requería que estuviera determinado el objeto a devolver, pues si bien se trataba de un patrimonio, universalidad jurídica, bien pudo ser que éste estuviese determinado desde el inicio del ejercicio del mandato, cuestión que no ocurrió en la especie”*³⁰.

Pero, adicionalmente y en lo que interesa especialmente para este trabajo, el fallo estableció que *“hoy en día en Chile, no existe un delito de administración desleal ante los posibles actos de abuso de un administrador en la gestión de una totalidad de bienes entregados a su administración sobre la base de un mandato amplio y general”*³¹.

En efecto, el tribunal detectó un problema de tipicidad y aludió a la legislación comparada para argumentar que en países como España se tuvo que crear un delito especial para subsumir conductas de administración desleal, lo que no había ocurrido en nuestro país a esa fecha. El fallo en cuestión destacó la existencia, en dicho país, de dos tipos penales: el de apropiación indebida propiamente tal, que se refiere a la apropiación de dineros, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial, y la administración desleal de patrimonio por parte del administrador que indebidamente le puede causar un perjuicio a esa sociedad³². Citando al académico y juez Manuel Jaén Vallejo, el tribunal señaló que incluso en España existían problemas de tipicidad en relación con la administración desleal, pues solo existía el tipo de administración desleal como un delito societario –por supuesto, el fallo es anterior a la reforma del Código Penal español del año 2015, que estableció el alcance extra societario de la administración desleal–, cuando en realidad se trata de un delito general, por lo que la doctrina española insistía en que urgía una reforma. De este modo, concluyó el tribunal *“que en el lugar donde se encuentra tipificado el delito de administración desleal piden una urgente reforma para no vulnerar el principio de legalidad; y en nuestro país, dicho delito si bien ha sido discutido y tratado a nivel académico, no se ha tipificado, por ello, el tribunal estima que en modo alguno las operaciones realizadas por don [...], encuadran en este delito propuesto por la parte acusadora, y que a raíz de ello, se trataría de una conducta atípica”*³³.

El fallo fue posteriormente confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 21 de julio de 2014. Dicho tribunal rechazó los recursos de nulidad interpuestos por el Ministerio Público y los querellantes y, recogiendo el razonamiento del tribunal de instancia, reafirmó la delimitación realizada por este de los requisitos esenciales del delito de apropiación indebida, estableciendo que para *“la existencia del ilícito penal de que se trata –apropiación indebida– deben cumplirse cuatro requisitos esenciales, a) recepción por parte del sujeto activo, en virtud de un título precario, de dineros, efectos o cualquier otra cosa mueble, respecto de los cuales el sujeto pasivo ha efectuado voluntariamente un acto de disposición patrimonial; b) obligación del receptor de entregar o devolver los efectos recibidos en carácter de tenedor fiduciario; c) realización por parte del agente de actos representativos de apropiación o distracción que el título no autoriza y, d) perjuicio patrimonial del sujeto pasivo”*³⁴.

De acuerdo con lo sostenido por la Corte, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal estuvo en lo correcto cuando concluyó que solo se tuvo por acreditados los dos primeros elementos para la configuración del tipo penal del artículo 470 N° 1 del Código Penal *“pues se logró establecer que en el marco de las facultades conferidas al mandante, conforme al mandato de fecha 30 de noviembre de 1999, el mandatario –acusado– recibió a través de un título idóneo –mandato con administración general de bienes– un patrimonio para administrar, que estaba compuesto de una universalidad jurídica, es decir, de diversos bienes y activos financieros, valores mobiliarios, acciones, bonos, cuotas de fondos mutuos, fondos de inversión de emisores chilenos y extranjeros, obras de*

efectos, valores mobiliarios, bonos, acciones, cheques o títulos de valores; y cualquier otra cosa mueble, que puede ser fungible (consumible) o no fungible. En el primer caso, las cosas entran al dominio de quien las recibe y la obligación futura de quien las recibió será restituir o devolver otras en cantidad y calidad igual a las que se recibió y su situación será semejante a la del dinero. Si las cosas no son fungibles, entonces, la obligación futura será restituir la misma cosa mueble que le fue entregada. Y como una regla primordial los bienes inmuebles no pueden ser objeto de apropiación indebida sino de otro delito (estafa o usurpación).

Y en el caso sub lite el objeto del mandato que se entregó a [...] era un patrimonio, una universalidad jurídica, una inmaterialidad, no se trató de una cosa mueble, es más, todas las cláusulas del mandato eran genéricas, no había encargo específico, ni bienes determinados; por ello sostenemos no compartir con el perito sus conclusiones, pues él trata de aplicar el problema del patrimonio a la apropiación indebida que se refiere a un objeto material con otras características, siendo que en Chile no contamos con un tipo penal como el pretendido por el perito, por lo que no es posible subsumir la conducta del administrador en este tipo penal”.

30 Sentencia pronunciada por el 3° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago con fecha 6 de mayo de 2014 en causa RIT N° 262-2013, considerando décimo.

31 Sentencia pronunciada por el 3° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago con fecha 6 de mayo de 2014 en causa RIT N° 262-2013, considerando duodécimo.

32 Sentencia pronunciada por el 3° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago con fecha 6 de mayo de 2014 en causa RIT N° 262-2013, considerando duodécimo.

33 Sentencia pronunciada por el 3° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago con fecha 6 de mayo de 2014 en causa RIT N° 262-2013, considerando duodécimo.

34 Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 21 de julio de 2014, considerando undécimo.

arte, activos inmobiliarios, diversas inversiones, entre otros; es decir, no se trató de un objeto singularizado ni se confió para un encargo determinado de operaciones específicas, sino para múltiples operaciones. Y habiendo recibido el encargo de proveer a la administración y ordenamiento de los negocios del mandante e intereses del mismo, dentro de la República de Chile y en el extranjero, no podía menos que realizar operaciones con dicho fin, por lo tanto la nominalización del año 2007 se realizó bajo dicho escenario dentro de su gestión, consecuencia de ello, es que todas las acciones del Banco BCI, que se encontraban en sociedades con acciones al portador están actualmente a nombre de [...]. Así las cosas, atendida la naturaleza del título en virtud del cual se produjo la entrega, esto es, un contrato de mandato entre ambos, la mayoría de los jueces de grado opinaron que en la especie, la negativa a restituir los dinero del patrimonio entregado, hecho que tampoco fue acreditado debidamente por quien correspondía, a lo más podía constituir un incumplimiento de las obligaciones que dicho contrato impone al mandatario, mas no un ilícito penal, y esto debido al tenor literal de la norma que constituye el ilícito, 'a los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble....' y, en este último objeto material el denominador común para que exista apropiación indebida tiene que ser una cosa mueble, una cosa corporal, nunca una inmaterialidad, una cosa incorpórea como el patrimonio"³⁵.

Finalmente, la Corte confirmó que (i) "según los hechos acreditados, el mandatario con facultades de administración, de autocontratar y de disponer, no puede llevar consecuencias penales, no puede importar apropiación indebida", (ii) "la inexistencia de lo entregado" no permite tampoco la configuración del ilícito pretendido, y (iii) que posiblemente exista una responsabilidad civil que debe dilucidarse en la sede correspondiente.³⁶

Como se desprende de lo expuesto, entonces, con anterioridad a la dictación de la Ley 21.121, existía cierto consenso doctrinario y jurisprudencial en que no existía un tipo penal general que captara a la administración desleal y para su persecución se intentaba una difícil subsunción en otros tipos penales contra la propiedad que no captaban la administración desleal en toda su especificidad.

3. La reforma legal

La moción parlamentaria que inició la tramitación del proyecto de ley contemplaba un delito de administración desleal que presentaba diferencias respecto del finalmente promulgado.

En efecto, en un principio se propuso la introducción al Código Penal de un nuevo artículo 287, que sancionaba al "que, teniendo a su cargo el cuidado, la custodia o la gestión del patrimonio de otra persona, o de alguna parte de éste, en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto o contrato, le causare un perjuicio, sea ejerciendo abusivamente las facultades para disponer por cuenta de este patrimonio, sea ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario a los intereses del titular del patrimonio afectado, será castigado con presidio menor en su grado máximo, y multa de diez al cien por ciento del perjuicio causado // Si el hecho recayere sobre el patrimonio de una persona en relación con la cual el sujeto fuere guardador, tutor o curador, o de una persona incapaz que el sujeto tuviere a su cargo en alguna otra calidad, las penas se impondrán en su maximum"³⁷.

Las principales modificaciones que sufrió dicha propuesta en el texto definitivo fueron, por un lado, una diferente ubicación sistemática –y con lo cual también varió la pena asociada al delito– y, por el otro, la incorporación de una figura agravada en razón del patrimonio administrado, asociando a dicha figura una pena accesoria nueva en el catálogo de penas de nuestro medio.

En relación con la primera modificación, ella tuvo su origen en distintas opiniones que sostuvieron que la mejor ubicación sistemática para el delito se encontraba junto con los fraudes por abuso de confianza del artículo 470 del Código Penal, situado en el párrafo octavo del título IX del Libro II de dicho Código, denominado "Crímenes y simple delitos contra la propiedad". En efecto, según consta en el Primer Informe de la Comisión de Constitución del Senado, el Fiscal Nacional del Ministerio Público observó que la ubicación más idónea para el delito de administración desleal no era el párrafo séptimo del título VI del libro II del Código Penal –de los crímenes y simples delitos relativos a la industria, al comercio y a las subastas públicas–, que era el lugar en el cual la introducía la moción parlamentaria, sino el ya mencionado, en el cual se regulan, entre otros, los fraudes por abuso de confianza, destacando que la administración desleal es u na especie de ese género ³⁸.

35 Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 21 de julio de 2014, considerando duodécimo.

36 Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 21 de julio de 2014, considerando décimo cuarto.

37 Historia de la Ley N° 21.121 de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 10.

38 Historia de la Ley N° 21.121 de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 16.

La modificación de la ubicación sistemática del delito de administración desleal fue apoyada por Héctor Hernández quien, por lo demás, destacó que si la figura se trasladaba al artículo 470 –su ubicación actual y técnicamente correcta por tratarse de un delito contra el patrimonio– la sanción estaría vinculada al perjuicio patrimonial –regla general para este tipo de delitos, cuya base se encuentra en el artículo 467 del Código Penal– despejando la necesidad de justificar especialmente la pena,³⁹ lo que resultaría necesario en caso de establecerse en un nuevo artículo independiente.

Por lo demás, consta en la Historia de la Ley que dentro de las indicaciones que realizó el Poder Ejecutivo al proyecto original se encontraba el traslado del tipo penal al artículo 470 del Código Penal, lo que aseguraba *“que la discusión sobre si en un caso concreto concurrirán las exigencias de este nuevo tipo penal o de la apropiación indebida tenga sólo interés académico, pues la pena asignada es la misma”*⁴⁰.

En relación con lo segundo, esto es, la incorporación de una figura agravada en razón del patrimonio administrado, al igual que la modificación anterior, consta en la Historia de la Ley que diversas opiniones fueron favorables a la inclusión de la figura calificada de administración desleal en caso de que el patrimonio administrado fuera el de una Administradora de Fondos de Pensiones y/o alguna otra sociedad anónima abierta o especial.

En ese sentido, el Fiscal Nacional del Ministerio Público propuso incluir una agravante en casos que la administración desleal ocasione un perjuicio para los fondos previsionales y ampliar el marco penal en casos de administraciones desleales que causen serias desconfianzas en los mercados⁴¹.

Asimismo, el Abogado Jefe de Delitos Económicos y Medioambientales de dicho organismo, opinando sobre la formulación original del delito, *“lamentó que se trate solamente de un tipo genérico de administración desleal, ya que se hace cargo del problema de la agencia pero deja de lado, quizá el problema de la agencia más grave, que es aquel que ocurre en las sociedades anónimas abiertas, con la agravante que tiene el diseño institucional chileno en que el mercado de valores está muy vinculado al decreto ley 3.500, lo que requiere enfatizar los niveles de confianza en los administradores de este capital”*⁴². Así, sugirió crear una figura especial con penas mayores a las consideradas hasta ese momento para la administración desleal en aquellos casos en que se defraude el patrimonio de sociedades anónimas abiertas.

Lo anterior incidió en que se realizara una indicación sustitutiva en que se incorporó un tercer inciso al artículo: *“En caso que el patrimonio encomendado fuere el de una sociedad anónima abierta o especial, el administrador que realice alguna de las conductas descritas en el inciso primero, ocasionando perjuicio al patrimonio social será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, además de las penas de inhabilitación especial de tres a cinco años para desempeñarse como gerente, director, liquidador o administrados a cualquier título de una sociedad o entidad sometida a fiscalización de la Superintendencia respectiva, y multa del diez al cien por ciento del perjuicio causado”*. Ello, según el jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia, resultaba necesario *“para los efectos de la protección específica que requieren ciertos patrimonios, pero además por el interés respecto de ciertos socios, como los minoritarios que tienen menos injerencia”*⁴³.

La opinión precedente fue recogida especialmente por el presidente de la Comisión de Constitución del Senado, quien *“manifestó que le hace sentido construir una hipótesis del delito de administración desleal agravada, ya que tratándose de cotizaciones obligatorias quien administra esos fondos debería estar sujeto a un deber de conducta y cuidado mucho mayor”*⁴⁴.

La única voz disidente en relación con este punto fue la del abogado Gonzalo Medina, cuya aprensión no se refería al fondo, sino a la oportunidad de la modificación. En efecto, se recogió en la Historia de la Ley su opinión *“en cuanto al delito de administración desleal, si bien siempre ha estado de acuerdo con la idea de crear un tipo especial para las sociedades anónimas manifestó dudas respecto a si es la oportunidad adecuada para legislar al respecto, ya que los delitos de mercado de valores requieren una reforma general, así como la responsabilidad de las auditoras y no sería conveniente que con esta modificación se entienda superado el vacío de protección a la ley de mercado de valores. Habría que dejar establecido que es el primer paso y no el cierre de un problema mucho mayor”*⁴⁵.

39 Historia de la Ley N° 21.121 de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 20.

40 Historia de la Ley N° 21.121 de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 82.

41 Historia de la Ley N° 21.121 de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 16.

42 Historia de la Ley N° 21.121 de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 92.

43 Historia de la Ley N° 21.121 de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 107.

44 Historia de la Ley N° 21.121 de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 94.

45 Historia de la Ley N° 21.121 de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 95.

Finalmente, es necesario destacar que, debido a la reforma legal, la administración desleal es también actualmente uno de los delitos base o precedente que dan lugar a la responsabilidad penal de la persona jurídica (Ley N° 20.393) y al delito de lavado de activos (Ley N° 19.913).

4. Descripción típica del nuevo delito de administración desleal

Es así que, en virtud de la reforma objeto de este comentario, tenemos un nuevo numeral 11 en el artículo 470 del Código Penal, el que, en su inciso primero, tipifica la conducta genérica de administración desleal y, en los siguientes, contempla dos hipótesis agravadas de administración infiel en razón del tipo o clase de patrimonio sobre el que recae la administración.

4.1. Bien jurídico protegido por el tipo

Si bien no es un elemento del tipo penal, el bien jurídico ciertamente es un criterio importante para su interpretación, por lo que resulta necesario dedicarle algunas líneas.

El delito de administración desleal es, indudablemente, un delito contra el patrimonio ajeno. Este reconocimiento implica un distanciamiento de los delitos contra la propiedad, aspecto que impedía –en parte– subsumir un gran espectro de conductas de administración desleal en el tipo de la apropiación indebida del artículo 470 N°1 del Código Penal. Adicionalmente, supone que el ámbito de protección no es un bien específico, sino *“el patrimonio en su conjunto, resultando indiferentes en cuanto tales las afecciones del vínculo existente con alguna cosa en particular”*⁴⁶.

Ahora bien, como es sabido, el concepto de patrimonio dista de ser pacífico en doctrina. Entre las distintas acepciones de “patrimonio” destacan el concepto jurídico, el económico, el jurídico-económico y el personal, los que expondremos sucintamente a continuación, pues un análisis más detallado excede los propósitos de este artículo.

El patrimonio, en tanto concepto jurídico, se define como *“la suma de los derechos y deberes patrimoniales de un sujeto jurídico”*⁴⁷. Este concepto, expuesto principalmente por Binding⁴⁸, supone *“dejar fuera del patrimonio la dimensión económica y centrarse únicamente en la existencia de un derecho subjetivo reconocido por el Derecho Civil”*⁴⁹. En consecuencia, esta concepción impide *“determinar el perjuicio mediante la realización de un balance (económico) tras el acto de disposición, siendo el criterio decisivo el de si el titular había obtenido, a cambio de la entrega de su derecho, lo que se correspondía con su pretensión jurídica en la relación con el autor”*⁵⁰. Esta concepción, entonces, no entiende el patrimonio como una unidad o universalidad, imposibilitando la compensación a través del ingreso de otro elemento patrimonial de igual o mayor valor⁵¹. Como ha sostenido Héctor Hernández, se trata, por una parte, de un concepto demasiado estrecho, porque solo considera un concepto formal de cumplimiento de obligaciones, y, por otra, demasiado amplio a la hora de determinar el perjuicio, pues impide considerar compensaciones económicas⁵².

A diferencia de la anterior, la concepción económica del patrimonio supone que dentro de él coexisten *“bienes y expectativas de valor económico”*⁵³, sin considerar su naturaleza jurídica⁵⁴, pero que admiten la compensación del perjuicio ocasionado por la disposición patrimonial⁵⁵. Lo relevante es *“determinar el valor del bien del que se ha dispuesto y examinar si ha habido compensación mediante la entrada de un bien de valor equivalente, sin realizar una valoración de las consecuencias del acto de disposición en el conjunto del patrimonio de la víctima”*⁵⁶. El foco está dirigido hacia el acto de disposición, careciendo de una mirada global del patrimonio, en la misma línea que el concepto jurídico referido.

46 Héctor Hernández Basualto, «La administración desleal en el derecho penal chileno», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXVI (2005): 240-241

47 Luis Emilio Rojas Aguirre, «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán», *Revista Penal*, N° 23, (2009): 140.

48 Pastor Muñoz, «La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal», *InDret*, (2016): 7.

49 Pastor Muñoz, «La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal»: 7.

50 Pastor Muñoz, «La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal»: 7.

51 Héctor Hernández Basualto, «Aproximación a la problemática de la estafa», en *Problemas actuales del derecho penal*, (Temuco: Universidad Católica de Temuco, 2003): 172.

52 Hernández Basualto, «Aproximación a la problemática de la estafa»: 172.

53 Pastor Muñoz, «La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal»: 8.

54 Rojas Aguirre, «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán»: 140.

55 Hernández Basualto, «Aproximación a la problemática de la estafa»: 173.

56 Pastor Muñoz, «La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal»: 8.

La teoría jurídico-económica del patrimonio, dominante en derecho comparado⁵⁷, lo define como *“la totalidad de los bienes económicamente transables, en la medida que se encuentren bajo la protección del ordenamiento jurídico”*⁵⁸. Esta concepción del patrimonio se entiende en relación con un ordenamiento económico en concreto y *“[e]n este sentido, solo pueden ser objetos patrimoniales aquellas posiciones que, según los parámetros del ordenamiento económico concreto, pueden ser objeto de una transacción económica”*⁵⁹.

Por último, la teoría personal del patrimonio, lo define como un *“medio para la realización de los fines personales de la víctima”*⁶⁰, en que lo relevante es si la modificación en el patrimonio es beneficiosa o no según los fines del titular del patrimonio⁶¹, implicando entonces una valoración individual, sin que pueda ser *“determinado según un parámetro único y vinculante para todos los sujetos jurídicos”*⁶².

Refiriéndose al desarrollo jurisprudencial del concepto de patrimonio en el delito de estafa, Héctor Hernández sostiene que en Chile ha primado un concepto que *“combina lo más restrictivo”* de los conceptos económicos y jurídicos⁶³. Por una parte, se reconoce la posibilidad de compensación por beneficios económicos correlativos y la irrelevancia del carácter jurídicamente desvalorado de algunas posiciones económicas, elementos propios de la concepción económica; pero, por otra, jurisprudencialmente se ha reconocido la existencia de perjuicio patrimonial en la pérdida de derechos o de intereses siempre relativos a un derecho y ha supuesto la exigencia de un perjuicio efectivo, esto es, la pérdida de porciones patrimoniales concretas, elementos propios de la concepción jurídica⁶⁴.

El desarrollo de los conceptos de patrimonio ha tenido lugar en el marco del estudio del delito de estafa –ataque desde fuera contra la propiedad–, por lo que la pertinencia de aquellos en relación con el delito de administración desleal merecerá estudiarse con detenimiento. Sin perjuicio de lo anterior, resulta razonable el punto de vista de Nuria Pastor, quien, en relación con el delito de administración desleal del derecho español⁶⁵, ha señalado que las concepciones que se centran en el objeto del acto de disposición fracasan *“cuando se traslada sin más al delito de administración desleal, precisamente porque el patrimonio protegido por el art. 252 CP se debe definir a partir del injusto de este último delito”*⁶⁶. En ese sentido, el deber impuesto al administrador y cuya infracción se sanciona *“debe regirse por el interés del titular del patrimonio administrado”*⁶⁷, por lo que, como *“la posición de garantía del autor de la administración desleal no se refiere a un ‘objeto concreto’, sino a un patrimonio (o parte de un patrimonio), el referente del tipo de administración desleal sí es un patrimonio considerado en su globalidad”*⁶⁸.

Siguiendo esa línea argumental, la autora se inclina por una concepción del patrimonio que exige, como presupuesto, el reconocimiento jurídico del potencial de acción y no solamente la apariencia jurídica⁶⁹, pues debe protegerse aquello que se encuentra dentro de los límites del ordenamiento jurídico, lo que implica admitir que *“quien invierte dinero en un negocio ilícito (sea el engañado en la estafa, sea el administrador en el tipo del art. 252 CP), extrae dicho dinero de la esfera de su patrimonio y, con ello, no puede esperar protección alguna”*⁷⁰. Por otra parte, adopta una concepción personal en la cual el patrimonio como ámbito de protección se determina según la posición de garantía que asume el administrador, definido según lo acordado entre este y el administrado⁷¹, es decir, considerando que *“el titular del patrimonio introduce sus fines en la definición (aceptada por el administrador) de la forma de gestión: más o menos arriesgada, que incluya o no negocios especulativos, orientada al beneficio a corto o a largo plazo, etc.”*⁷²

57 Hernández Basualto, «Aproximación a la problemática de la estafa»: 174.

58 Rojas Aguirre, «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán»: 141.

59 Rojas Aguirre, «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán»: 141.

60 Pastor Muñoz, «La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal»: 9.

61 Pastor Muñoz, «La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal»: 9.

62 Otto en Rojas Aguirre, «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán», 142.

63 Hernández Basualto, «Aproximación a la problemática de la estafa»: 175.

64 Hernández Basualto, «Aproximación a la problemática de la estafa»: 175-178.

65 Nuria Pastor Muñoz, «La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal»: 11.

66 Pastor Muñoz, «La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal»: 11.

67 Pastor Muñoz, «La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal»: 11.

68 Pastor Muñoz, «La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal»: 12.

69 *“[e]s conocida la posición de la doctrina dominante actual, partidaria de entender que es patrimonio el conjunto de bienes y posiciones del titular que tienen valor económico y apariencia jurídica, una solución que, a mi entender, al exigir solamente “apariencia jurídica” (el dinero la tiene; una prestación ilícita, no) genera distorsiones valorativas en el seno del ordenamiento jurídico, conduciendo en la estafa a la protección penal de un patrimonio en casos en los que el Derecho Civil priva (a modo de sanción) de toda acción para recuperar lo entregado, a saber, en los negocios con causa ilícita (art. 1305 CC); y en el tipo de administración desleal a no apreciar un perjuicio, pese a que jurídico-civilmente el acto de gestión del autor implica la pérdida jurídico-civil de toda pretensión sobre el dinero entregado (los casos de pagos de corrupción)”*. Pastor Muñoz, «La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal»: 13.

70 Pastor Muñoz, «La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal»: 13.

71 Pastor Muñoz, «La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal»: 14.

72 Pastor Muñoz, «La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal»: 14.

Opinión distinta sostiene, en Chile, Luis Emilio Rojas al analizar el tipo alemán de administración desleal –la *Untreue* del § 266 StGB– que, como veremos, guarda estrechas similitudes con el chileno y del cual apuntaron Luigi Foffani y Adán Nieto Martín que “*representa el arquetipo original, el modelo más antiguo en la disciplina penal de la administración desleal, imitado y adoptado por numerosas legislaciones de otros países, europeos y extraeuropeos*”⁷³. Pues bien, Luis Emilio Rojas, luego de exponer las distintas concepciones sobre el patrimonio, realiza una distinción entre patrimonio e intereses patrimoniales a partir de la descripción típica vigente en Alemania –el § 266 StGB requiere la concurrencia de un perjuicio a la persona, cuyos intereses patrimoniales el administrador debe tutelar⁷⁴. A partir de esa distinción entre perjuicio e intereses, Luis Emilio Rojas señala que la estructura del tipo penal alemán es binaria, pues requiere una infracción del deber y, luego, un perjuicio en el patrimonio. Por lo tanto, los intereses patrimoniales son el objeto del deber de tutela y el objeto de la acción de administración desleal son los objetos concretos que constituyen el patrimonio. Así, se trata de dos cuestiones distintas y, por lo tanto, el patrimonio como bien jurídico protegido por el tipo resultaría incompatible con la concepción personal del patrimonio, en la cual “*los objetos considerados por dicha teoría como patrimoniales son equivalentes a los intereses patrimoniales en el sentido del § 266, entendidos éstos como fines de la aplicación del patrimonio*” y, por ende, “*el perjuicio debería ser confirmado, según esta teoría, ya con la comprobación de la infracción del deber*”⁷⁵.

4.2. Conducta típica

Es posible distinguir en el número 11 del artículo 470 del Código Penal dos conductas de administración desleal. En ambas subyace –como se viene adelantando– una infracción a un deber de lealtad que pesa sobre el sujeto activo y que se refiere a la salvaguarda o gestión del patrimonio de otra persona o de alguna parte de éste. En consecuencia, el delito de administración desleal se enmarca en los delitos de infracción de un deber. Es decir, aquellos que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico mediante el quebrantamiento de un deber extrapenal⁷⁶, proveniente, en el caso de la administración desleal, de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto o contrato.

En primer lugar, se sanciona al que ocasionare perjuicio a otro cuyo patrimonio debe salvaguardar o gestionar, ejerciendo abusivamente facultades para disponer por cuenta de ella u obligarla. Se trata de una modalidad de abuso, en la cual el agente sobrepasa su poder jurídico.

En segundo lugar, se sanciona al que ocasionare perjuicio a otro cuyo patrimonio debe salvaguardar o gestionar, ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado. En este caso, en que existe un quiebre de confianza, el sujeto actúa contra un fin determinado por el titular del patrimonio.

Ambas modalidades –abuso de poder y quiebre de confianza– son un correlato de las conductas fundidas en el tipo de administración desleal alemán, el cual sanciona (i) al que abusa de la facultad de disponer sobre el patrimonio ajeno u obligar a otro y (ii) al que infringe el deber de cuidar los intereses patrimoniales ajenos. Héctor Hernández, refiriéndose al tipo alemán, identificó una relación de género a especie entre ambos supuestos, señalando que la particularidad del primer supuesto “[e]staría dada por las características peculiares de la conducta en el tipo de abuso, consistente en la celebración contraria a deber y perjudicial de actos jurídicos con efecto vinculante para el patrimonio de la víctima; en los restantes casos sólo puede tener aplicación el tipo genérico de infidelidad”⁷⁷. Esta relación género-especie encuentra asidero en nuestra administración desleal a la luz de la expresión “cualquier otra acción”, que conecta a ambas modalidades en el artículo 470 N° 11 del Código Penal.

Si bien la coincidencia entre las disposiciones chilena y alemana no es exacta, es posible identificar elementos estructurales similares entre ambas, toda vez que aquella se inspiró en esta:

73 Luigi Foffani y Adán Nieto Martín, «Corporate Governance y administración desleal. Casos y problemas de derecho comparado europeo», *Revista penal*, 17 (2006): 113.

74 La expresión “cuyos intereses patrimoniales él debe tutelar”, ha sido objeto de una ardua discusión en relación con su aplicación exclusiva al tipo de quiebre de confianza o bien a ambas hipótesis del tipo –abuso y quiebre de confianza. Una exposición detallada sobre esta controversia en Rojas Aguirre, «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán»: 145-158.

75 Rojas Aguirre, «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán»: 143.

76 Enrique Cury Urzúa, «Derecho Penal, parte general», (Santiago: Ed. UC, 2011): 616.

77 Hernández Basualto, «La administración desleal en el derecho penal chileno», 243-244.

Inciso primero del número 11 del artículo 470 del Código Penal chileno	§ 266 del Código Penal alemán (StGB)
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 manifestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado.	El que abusa de la facultad de disponer sobre patrimonio ajeno o de obligar a otro, que se le ha conferido mediante ley, encargo de autoridad o acto jurídico, o que infringe el deber de cuidar intereses patrimoniales ajenos, que se le ha impuesto en virtud de ley, encargo de autoridad, acto jurídico o una relación de confianza, y con ello inflinge un perjuicio a la persona, cuyos intereses patrimoniales él debe tutelar, será castigado con pena privativa de libertad hasta cinco años o con multa.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario advertir que echar mano al tipo penal alemán no significará, en ningún caso, una definición clara respecto de los alcances de la administración desleal chilena. Y es que, como puntualizó un autor, *“el precepto contenido en el § 266 StGB es uno de los tipos más complejos de ese cuerpo legal, existiendo aún hoy, una fuerte discusión sobre su estructura y su interpretación”*⁷⁸⁻⁷⁹. Su amplitud explica que, como resalta Héctor Hernández, en Alemania nunca se haya vislumbrado un vacío legal ni se hubiere pretendido extender a este terreno –se refiere al de la administración desleal– el ámbito de aplicación de la estafa o de la apropiación indebida⁸⁰.

En relación con la primera modalidad de comisión –abuso–, ella consiste en *“ejercer abusivamente facultades para disponer por cuenta [de la persona cuyo patrimonio debe salvaguardar o gestionar en virtud de la ley, de una orden de autoridad o de un acto o contrato] u obligarla”*.

Por su parte, Luis Emilio Rojas precisa –lo que también es aplicable en el caso del tipo chileno– que *“la facultad de disponer significa modificar el patrimonio en su estado jurídico (p.ej. con la constitución de una prenda), transferirlo (p.ej. mediante la cesión de un crédito) o alzarlo (p.ej. condonación de una deuda)”*, mientras que *“ejercer la facultad de obligar significa cargar el patrimonio con una obligación (p.ej. tomando un crédito o reconociendo una deuda)”*⁸¹.

Como se desprende de la lectura de los preceptos chileno y alemán, en ambos casos la modalidad típica de abuso se encuentra precisada: el ejercicio abusivo de facultades del administrador se dirige a disponer por cuenta de la víctima u obligarla.

Esta similitud es digna de mención, pues ambas normas se diferencian de la administración desleal del derecho penal español, cuya influencia en nuestro medio es innegable. El delito de administración desleal del Código Penal ibérico (artículo 252) fue modificado en el año 2015, pasando a sancionar *“a los que, teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de ellas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado”*⁸². Como se desprende de su lectura, el tipo español no tiene, a diferencia del chileno, una restricción en el sentido de exigir que el ejercicio de las facultades se realice para disponer por cuenta de la persona cuyo patrimonio se administra, o para obligarla⁸³. Ello no ha estado exento de críticas por parte de la doctrina española⁸⁴ y, por lo tanto, es valorable que, en esto, el legislador

78 Rojas Aguirre, «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán»: 139.

79 En el mismo sentido, Enrique Bacigalupo sostuvo que *“los intentos de racionalizar, dentro de lo posible, las relaciones entre los tipos penales de la administración desleal del derecho vigente en el marco de un sistema dogmático moderno, nunca pueden ser totalmente satisfactorios, toda vez que los textos legales son extremadamente imperfectos”*. En Enrique Bacigalupo Zapater, «El concepto de perjuicio patrimonial en el delito de administración desleal», en *Humanizar y renovar el derecho penal*, Ed. Alex Van Weezel (Santiago: Legal Publishing Chile, 2013): 1058.

80 Hernández Basualto, «La administración desleal en el derecho penal chileno», 242.

81 Rojas Aguirre, «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán»: 159.

82 **Sección 2.ª De la administración desleal. Artículo 252:**

1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.

83 El español Carlos Martínez-Buján Pérez sostuvo que lo anterior importa la eventual punibilidad de faltas genéricas de falta de fidelidad con el administrador: *“el legislador de 2015 mantuvo inalterada, empero, la redacción de la figura definida en el apartado 1 del art. 252 del Proyecto de 2013, en el que se pretende recoger la figura del abuso de un modo muy genérico, puesto que castiga el simple hecho de ‘infrinjar, excediéndose en el ejercicio de las facultades de administración’, o sea, sin incluir modalidad de acción alguna, con lo cual queda abierta la posibilidad de castigar las meras infracciones de conducta del administrador y, consiguientemente, de acabar sancionando una genérica falta de lealtad o de probidad en el administrador”*. En Carlos Martínez-Buján Pérez, «Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y apropiación indebida», *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXV (2015): 526-527.

84 Por ejemplo –y en el mismo sentido que Martínez-Buján– señala Nuria Castelló: *“[...] creemos que las intenciones del legislador se orientan en orden a extraer del campo de la apropiación indebida las actuaciones del administrador anteriormente castigadas como tales, esto es, las del administrador fraudulento, que se incorporarían al nuevo art. 252, pues la redacción tan genérica de éste parece convertirlo en un saco en el que todo cabe, lo que no nos convence, pues tan laxa redacción no debe abarcar comportamientos de diversa índole si no*

nacional haya optado por una precisión como la alemana.

Por otra parte, el carácter abusivo del ejercicio de dichas facultades supone un uso erróneo del poder jurídico sobre patrimonio ajeno, "el cual implica sobrepasar lo permitido jurídicamente dentro de lo posible jurídicamente"⁸⁵; es decir, el ámbito de comisión se enmarcaría entre lo posible y lo permitido jurídicamente⁸⁶.

Luis Emilio Rojas –siempre refiriéndose al tipo penal alemán– lo grafica distinguiendo entre una relación interna (que sería aquella entre el agente y aquel cuyo patrimonio administra) –y que se constituye por la ley, por una orden de autoridad o de un acto o contrato– y la externa (que sería aquella entre el agente y el tercero frente al cual obliga a aquel cuyo patrimonio administra), las cuales en esta hipótesis entran en conflicto. En este sentido, el tipo de abuso respondería a que el poder jurídico en la relación externa puede exceder la facultad en la relación interna en razón de reglas estandarizadas de representación. El autor aclara lo anterior, puntualizando en lo siguiente:

- No hay abuso cuando el autor obra sin facultad de representación, como cuando actúa sin los otros representantes en los casos de representación conjunta, puesto que en tal caso se mueve fuera de lo posible jurídicamente.
- No hay abuso cuando lo posible y lo permitido jurídicamente coinciden, pues en tal caso el autor supera en cualquier caso los límites de sus facultades, como cuando tiene el poder general para vender mercadería sobre \$ X, pero las enajena por \$ X/2.
- Tampoco se infringe el deber cuando el autor se mueve dentro de lo permitido jurídicamente, pues entonces usa su poder de un modo autorizado⁸⁷.
- En definitiva el ejercicio abusivo de facultades no significa ejercer facultades que el sujeto activo no tiene, sino que, por el contrario, siempre constituye una infracción de la relación interna (administrador – titular del patrimonio administrado).

Dicho lo anterior, para la realización del tipo de abuso es necesario también que este exceso por sobre lo permitido jurídicamente dentro de lo posible jurídicamente signifique un desacato de la determinación de fines, en el sentido de que la acción no se realizó en utilidad ajena⁸⁸. El abuso debe contravenir los intereses patrimoniales de la víctima, conllevar una infracción del deber, entendida como vulneración del fin⁸⁹. En todo caso, la infracción del deber debe juzgarse desde una perspectiva ex ante, en la cual el perjuicio patrimonial debe dejarse fuera de consideración⁹⁰.

En relación con la segunda modalidad típica –quiebre de confianza–, esta consiste en "ejecutar u omitir cualquier acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado". En este caso, el sujeto actúa contra fines determinados por el titular del patrimonio afectado, pero no es necesario que dicha actuación se exprese en un acto de representación jurídicamente eficaz frente a un tercero, como ocurre en la hipótesis de abuso. Es decir, se puede incurrir en una infracción de deberes inclusive sin poseer facultades de disposición u obligación. Se trata de una hipótesis amplia cuya delimitación dependerá de la apreciación de la infracción del deber determinado por la relación interna⁹¹.

Lo que en ningún caso puede perderse de vista es que los deberes de gestión leal del patrimonio no pueden importar la absoluta neutralización de los riesgos de perjuicio, sino una gestión del patrimonio ajeno

se quieren ocasionar desigualdades en la respuesta penal a conductas diferentes. De este modo, una interpretación extensiva del mismo nos llevará a aceptar como administración desleal todo un variado grupo de situaciones, tanto de abusos extensivos como de deslealtades (abusos intensivos), que no son homogéneas, motivo por el cual, tendrían que tener una diferente consideración". En Nuria Castelló Nicás, «Administración desleal y apropiación indebida tras la reforma de 2015: ¿Compartimentos estancos?», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (2017): 25.

85 Rojas Aguirre, «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán»: 156.

86 Rojas Aguirre, «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán»: 159.

87 Rojas Aguirre, «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán»: 159-60.

88 Rojas Aguirre, «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán»: 159-60.

89 Rojas Aguirre, «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán»: 160.

90 Rojas Aguirre, «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán»: 160.

91 La amplitud de esta figura y la dificultad de su limitación implicó que esta modalidad no fuera incluida en el tipo penal español, modificado en el año 2015. En efecto, así lo ilustra Carlos Martínez-Buján: "A mi juicio, la redacción que proponía el proyecto de 2013, importada del modelo alemán, no podía ser acogida ya, de entrada, por una razón elemental, a saber: en el apartado 2 del art. 252 se incluía la figura de la denominada deslealtad o ruptura de la fidelidad, que ha sido muy criticada en la doctrina alemana por su extraordinaria amplitud ("una peligrosa cláusula general que cercena la seguridad jurídica", se ha escrito), hasta el punto de que se ha llegado a poner en tela de juicio su constitucionalidad. Hay que alabar, pues, la decisión definitiva del legislador de la L.O. 1/2015 que durante la tramitación parlamentaria suprimió dicha modalidad". Martínez-Buján Pérez, «Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y apropiación indebida: 525.

conforme al interés de su titular, pero con límites. Esto exige que, en el análisis del caso concreto, “los actos de gestión que ex ante se puedan considerar económicamente racionales (en el seno de una economía legal) son atípicos”⁹². Como subraya Nuria Pastor, “para determinar si un riesgo de perjuicio es permitido, se debe observar el acto de gestión en su contexto concreto, lo cual implica tener en cuenta: el nivel de riesgo adecuado a la clase de gestión asumida por el autor, las expectativas a corto y largo plazo vinculadas a la conducta (incorporarse a una multinacional estable, ampliar clientes, obtener un producto cualitativamente superior, atraer inversores, etc.), incluidas expectativas de difícil cuantificación (mejora de la imagen social, mejora del ambiente de trabajo, etc.), y el plan global de gestión del autor”⁹³. Esta es, obviamente, una cuestión central para determinar los límites interpretativos de un acto de administración como eventualmente típico a la luz de esta nueva figura. Entender lo contrario supondría imponer al administrador un estándar imposible de cumplir y, en muchos casos, la paralización del negocio de que se trate.

En este contexto no puede soslayarse que nuestro tipo penal expresa que la ejecución u omisión de la acción realizada por el administrador debe ser *manifiestamente* contraria al interés del titular del patrimonio afectado, de lo cual se desprende que el legislador asume como atípicas desviaciones del fin determinado por el administrado que no tengan ese carácter. Y como resulta más o menos obvio, esta será, con frecuencia, una materia disputada en la que la labor interpretativa de los tribunales tendrá la mayor importancia.

En un sentido similar ha discurrido la discusión en relación con la *Untreue* alemana. En efecto, no obstante que ese tipo penal no exige que la acción u omisión que constituyen la infracción del deber de cuidar intereses patrimoniales ajenos sea manifiesta –como sí lo hace el nuestro–, el Tribunal Supremo Alemán ha apostado por “la ponderación entre diversos factores a la hora de establecer la infracción del deber de salvaguarda y por tener en cuenta un criterio cuantitativo como es la especial gravedad de la infracción” a la hora de evaluar la antijuridicidad de la conducta de que se trate⁹⁴. Lo anterior es particularmente claro, por ejemplo, en el caso *Reutlingen*. Este consistió en que el administrador de una empresa municipal otorgó una serie de ayudas al club futbolístico de la ciudad en que este tenía su sede. Estos beneficios no se reflejaron en la contabilidad y la empresa municipal se encontraba con pérdidas al momento de producirse los hechos⁹⁵. En este caso, el BGH tomó como premisa que el “Consejo de administración de una sociedad o cualquiera de sus miembros tiene concedido un amplio margen de discrecionalidad, sin el cual la gestión empresarial resulta inimaginable”⁹⁶. Ese margen, de acuerdo con el BGH, admite la disposición de bienes con fines de mecenazgo, cultural, deportivo o científico, a pesar que no exista contraprestación alguna. Sobre la base de lo anterior “el BGH señala que los límites de la discrecionalidad terminan cuando concurren una serie de factores a tenor de los cuales la infracción del deber de salvaguarda patrimonial, que como sabemos conforma la conducta típica de la administración desleal, resulta especialmente cualificada”⁹⁷.

Es decir, no cualquier infracción al deber de tutela o salvaguarda patrimonial sería constitutiva de administración desleal, sino solo aquellas que revistan cierta gravedad o intensidad. Para la emisión de este juicio, el BGH ponderó diversos factores³⁷: la existencia de un interés particular del administrador (conflicto de intereses); si la decisión se ha adoptado tras una consideración cuidadosa de los diversos factores; si ha sido transparente y con amplio consenso, entendiendo además la transparencia tanto como método, como cumplimiento de obligaciones (anotación en los balances, correcta contabilización, etc.); y, finalmente, si la situación económica de la empresa hace razonable atender a objetivos de carácter social, de creación de buen clima⁹⁸. Ninguno de estos factores resulta por sí solo determinante⁹⁹.

En cualquier caso, compartimos que la exigencia de un criterio de gravedad o intensidad o de la realización de un juicio de ponderación supone, afortunadamente “dar entrada al principio político criminal de ultima ratio en la interpretación del tipo penal”¹⁰⁰. Parece razonable pensar que motivaciones de esa índole

92 Pastor Muñoz, «La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal»: 17.

93 Pastor Muñoz, «La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal»: 17.

94 Foffani y Nieto Martín, «Corporate Governance y administración desleal. Casos y problemas de derecho comparado europeo»: 117.

95 Una descripción del caso en Foffani y Nieto Martín, «Corporate Governance y administración desleal. Casos y problemas de derecho comparado europeo»: 118.

96 Una descripción del caso en Foffani y Nieto Martín, «Corporate Governance y administración desleal. Casos y problemas de derecho comparado europeo»: 119.

97 Foffani y Nieto Martín, «Corporate Governance y administración desleal. Casos y problemas de derecho comparado europeo»: 119.

98 Foffani y Nieto Martín, «Corporate Governance y administración desleal. Casos y problemas de derecho comparado europeo»: 120. Los autores destacan también la posición contraria a la del BGH de Schünemann, para quien la exigencia de la “especial gravedad” o intensidad resulta equivocada, entre otras razones porque la sentencia del BGH supone una autorización a los administradores para dilapidar el capital social en aras del “bien común” y porque el tipo no exige un requisito adicional para la configuración del injusto. En contra, Otto, para quien las empresas son parte de la sociedad y, por tanto, al lado de los fines económicos, puede tener fines sociales, como las donaciones a partidos políticos.

99 Foffani y Nieto Martín, «Corporate Governance y administración desleal. Casos y problemas de derecho comparado europeo»: 120.

100 Foffani y Nieto Martín, «Corporate Governance y administración desleal. Casos y problemas de derecho comparado europeo»: 125.

condujeron al legislador chileno a exigir, al menos, que la acción ejecutada u omitida sea manifiestamente contraria al interés del titular del patrimonio afectado.

4.3. Sujeto activo

El artículo 470 N° 11 del Código Penal constituye un delito especial, en que el sujeto activo solo puede ser aquél que tenga a su cargo la salvaguarda o la gestión del patrimonio de otra persona, o de alguna parte de éste, siempre que dicho deber provenga de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto o contrato.

Sobre este elemento típico es importante, primero, referirnos a la fuente del deber del sujeto activo y, segundo, a las dos circunstancias agravantes que contempla la disposición en sus incisos segundo y tercero.

Como se adelantó, el tipo penal chileno se inspiró en la disposición alemana que sanciona la administración desleal; sin embargo, en este elemento es posible apreciar una de las diferencias principales entre ambas figuras. Mientras que el artículo 470 N° 11 del Código Penal contempla para ambas conductas alternativas como fuentes del deber, la ley, una orden de la autoridad o un acto o contrato, el ordenamiento alemán distingue las fuentes del deber según si estamos frente a la hipótesis de abuso o de quiebre de confianza.

En efecto, en la regulación del abuso como modalidad típica, el StGB establece como fuentes de la facultad de disponer u obligar la ley, el encargo de autoridad y el acto jurídico. Por tanto, se trata en todos los casos *"de fuentes jurídicas, es decir, este tipo presupone siempre una relación jurídica"*¹⁰¹, no pudiendo ser fuente de la facultad que se le reconoce al administrador, la relación de confianza.

Sin embargo, en el caso de quiebre de confianza se incorpora como fuente, la existencia de una *"relación de confianza"*, es decir, aquello que *"puede ser caracterizad[o] como la asunción fáctica de una función de protección"*¹⁰². La consecuencia de la inclusión de la relación de confianza como fuente de la hipótesis de quiebre de confianza permitiría incluir en el tipo penal las relaciones jurídico-civiles o administrativas deficitarias¹⁰³, esto es, *"la situación en que se fundamenta el deber de cuidado patrimonial, a pesar de que la relación interna que debía servirle de fundamento no se estableció jurídicamente"*¹⁰⁴. Incluso, permitiría también incluir la continuación de una relación jurídica extinguida¹⁰⁵.

Es discutible si en estos casos de relación de confianza como fuente de deber se encuentra comprendida la figura del *"administrador de hecho"*, que es ampliamente tratada en el ámbito del Derecho Penal Económico¹⁰⁶. La doctrina se ha dividido para delimitar el alcance de dicho concepto entre aquellos que entienden que administrador de hecho es solo aquel en cuyo nombramiento se presentó alguna irregularidad¹⁰⁷, hipótesis en la cual se enmarcaría la situación descrita en el párrafo anterior, y aquellos que señalan que el concepto debe interpretarse materialmente, postura por la que se inclinaría la mayoría de la doctrina¹⁰⁸. Según este punto de vista, estaríamos frente a un administrador de hecho siempre y cuando concurren elementos que asimilen la situación de este administrador de hecho 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 actué así y la necesidad de que el administrador disponga de poderes o facultades que permitan la ofensa al bien jurídico protegido.

Ahora bien, en el caso chileno, y sin que consten en la Historia de la Ley las razones para ello, el legislador limitó las fuentes de deber a la ley, a la orden de autoridad y al acto o contrato, dejando fuera aquellas circunstancias donde la fuente de la función de protección tiene su origen en una asunción fáctica, limitando o restringiendo el tipo en relación con el alemán.

Finalmente, la sanción al delito de administración desleal se ve agravada cuando quien incurre en ella tiene la calidad de guardador, tutor o curador, o de una persona incapaz que el sujeto tenga a su cargo en alguna otra calidad (inciso segundo del artículo 470 N° 11 del Código Penal) o bien cuando es administrador de una sociedad anónima abierta o especial (inciso tercero del artículo 470 N° 11 del Código Penal). La

101 Rojas Aguirre, «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán»: 159.

102 Rojas Aguirre, «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán»: 161.

103 Rojas Aguirre, «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán»: 161.

104 Rojas Aguirre, «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán»: 161.

105 Rojas Aguirre, «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán»: 161.

106 Al respecto, afirma Nieto Martín que *"[u]no de los principales problemas es la inclusión de los administradores de hecho dentro del círculo de sujetos activos. En el Derecho comparado los administradores de hecho se consideran autores; bien a través de cláusulas en las que se equiparan de manera expresa a los autores (Francia, Italia); bien permitiendo en la formulación de este delito que la relación de garantía, de salvaguarda patrimonial, pueda afirmarse a través de una relación fáctica; bien, como hacía el antiguo art. 295, incluyendo expresamente a los administradores de hecho entre los sujetos activos"*. Nieto Martín, «Administración desleal y apropiación indebida»: 260.

107 Adán Nieto Martín, «Introducción al derecho penal económico», Ciencias Penales, <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/1adan-nieto-introduccion-al-derecho-penal-economico.pdf> (2014): 8.

108 Nieto Martín, «Introducción al derecho penal económico»: 8.

agravante encuentra su fundamento en el patrimonio sobre el que recae por la especial situación en la que se encuentra el titular del patrimonio en su calidad de sujeto pasivo del delito en cuestión.

4.4. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo del delito de administración desleal es el titular del patrimonio cuya salvaguarda o gestión fue encargado a un tercero. Para la determinación de la calidad de titular del patrimonio deberá recurrirse a normas extrapenales.

Nuestro legislador decidió agravar la conducta de administración desleal cuando los sujetos perjudican determinados patrimonios, cuyos titulares no tienen la opción de administrarlos libremente, o bien tienen posibilidades limitadas de injerir en su administración.

Por otra parte, en relación con la especial protección brindada al patrimonio de las sociedades anónimas o especiales, nos remitimos a las razones expresadas a propósito del capítulo 3.

4.5. Perjuicio

El perjuicio corresponde a la faz, por así decirlo, "externa" de la administración desleal, toda vez que no basta la infracción del deber para la configuración del delito¹⁰⁹, siendo "necesario que la lesión del deber también implique una afectación del patrimonio, es decir, que la puesta en cuestión de la vigencia de la norma debe haber llegado a ser real, haberse expresado objetivamente"¹¹⁰. El nuevo delito de administración desleal es, de ese modo, un delito de lesión del patrimonio y, dentro de estos delitos, es de mera lesión y no de desplazamiento –por ello no es necesario un enriquecimiento correlativo del sujeto activo.

La opinión dominante en derecho comparado es que la determinación del perjuicio en la administración desleal "exige una comparación entre el valor económico del patrimonio antes y después de la conducta de gestión"¹¹¹, esto es, con posterioridad a la concurrencia de una infracción a los deberes de garante del administrador¹¹². Dicha concepción se aviene mejor con el concepto de económico de perjuicio y supone que "existe perjuicio cuando el patrimonio después de la acción tiene un menor valor que antes de la misma"¹¹³ y no hay perjuicio cuando "la acción misma provoca al mismo tiempo un aumento del patrimonio que compensa la pérdida"¹¹⁴. Para dicha compensación se consideran relevantes los principios de valoración singular y de inmediatez. El primero supone que solo debe considerarse la acción del tipo (y no otra autónoma) y el segundo supone que el aumento de patrimonio (que permite la compensación) resulte directamente de la acción¹¹⁵.

Resulta interesante destacar el desarrollo de una teoría para la determinación del perjuicio, denominada, de "frustración del fin", la que intenta resolver los casos de donaciones o limosnas que de acuerdo con el concepto económico antes mencionado ocasionarían un perjuicio,¹¹⁶ y que pone el acento en el fin económico perseguido a partir de la teoría personal del patrimonio. Para esta posición existirá perjuicio cuando "hay una pérdida del bien propio, una perturbación de la función, esto es, una perturbación de aquella planificación económica y financiera, que hace posible la eficiencia económica"¹¹⁷. Luis Emilio Rojas, sin embargo, crítica esta teoría por el grado de incerteza que provocaría utilizar el punto de vista individual de la víctima para la determinación del perjuicio¹¹⁸.

Haciendo eco de lo previamente expuesto, en relación al artículo 252 del Código Penal Español, se ha señalado que al tomar un concepto económico de patrimonio "lo determinante para la existencia del perjuicio patrimonial es, en realidad, el valor del patrimonio administrado valorados los fines personales a que el mismo está orientado"¹¹⁹. Es decir, no solo cuando hay una reducción del activo o una falta de incremento del mismo, sino también, cuando la actuación no autorizada o contraria a los intereses, frustra el fin perseguido, por ejemplo, cuando se adquieren bienes que no son útiles o que no cumplen la función económica que se podría haber obtenido en caso de haber realizado una gestión leal y autorizada del patrimonio¹²⁰.

109 Rojas Aguirre, «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán»: 169.

110 Rojas Aguirre, «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán»: 169.

111 Pastor Muñoz, «La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal»: 18.

112 Pastor Muñoz, «La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal»: 18.

113 Rojas Aguirre, «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán»: 165.

114 Rojas Aguirre, «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán»: 165.

115 Rojas Aguirre, «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán»: 166.

116 Rojas Aguirre, «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán»: 167.

117 Rojas Aguirre, «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán»: 167.

118 Rojas Aguirre, «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán»: 167.

119 Martínez- Buján Pérez, «Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y apropiación indebida»: 537.

120 Martínez- Buján Pérez, «Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y apropiación indebida»: 537.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta evidente que la determinación de aquello que se entiende por perjuicio dependerá de la concepción sobre patrimonio que se adopte. Lo primero será un reflejo o correlato de lo segundo. Así, v. gr., si se adopta la postura propuesta por Nuria Pastor –esto es, una concepción del patrimonio que exige, como presupuesto, el reconocimiento jurídico del potencial de acción y no solamente la apariencia jurídica del patrimonio–, el “pago de corrupción” –por ejemplo, el pago que realiza el administrador a un funcionario público para la adjudicación de un negocio–, no constituye perjuicio porque no se satisface el presupuesto de reconocimiento jurídico del acto. Siguiendo la línea de su concepción personal del patrimonio, deberá recurrirse a los fines del titular del patrimonio para determinar la existencia de perjuicio¹²¹, negando que aquello implique caer en el subjetivismo, pues los fines se introducen en la definición de la forma de gestión aceptada por el administrador, como por ejemplo, gestión más o menos arriesgada o especulativa, orientada al beneficio a largo o corto plazo, etc.¹²². Al respecto, es dable sostener que se extraña en nuestro medio alguna norma extra penal a la que se pueda echar mano como criterio de orientación en relación con el riesgo permitido a los administradores de patrimonios ajenos, como lo es, por ejemplo la “Delaware Business judgment rule” formulada por el “American Law Institute” en el medio norteamericano, la que dispone que un director o ejecutivo que realiza una decisión de negocios de buena fe cumple con su deber de cuidado si es que (i) no tiene interés en la materia de su decisión, (ii) está informado en relación con dicha materia, de modo tal que ese director o ejecutivo razonablemente piensa que la decisión es la apropiada bajo esas circunstancias, y (iii) racionalmente cree que la decisión va dirigida al mejor interés de la compañía.

Sobre el cálculo del perjuicio desde una visión global de patrimonio y, por lo tanto, desde la visión económica dominante, será relevante tener presente: (i) las consecuencias a largo plazo de la gestión; (ii) factores de difícil cuantificación, como la mejora de la imagen social, la motivación de los trabajadores, entre otros; y, (iii) si se exige reconocimiento jurídico del patrimonio, no se considerarán relevantes las expectativas de reconocimiento ilícito¹²³.

Finalmente, la determinación sobre la procedencia de perjuicios en situaciones que han sido tratadas como “peligro de perjuicio” puede resultar algo más compleja. Se trata del caso en que el administrador concede un crédito a un sujeto de solvencia dudosa, momento en el que se produciría la consumación¹²⁴ de la administración desleal. Si bien la concepción de este peligro como perjuicio efectivo ha sido cuestionada por la doctrina, pues el perjuicio cuantitativamente puede variar, sí ha sido aceptada por el Tribunal Supremo Alemán, por cuanto se trataría de un peligro equivalente al perjuicio efectivo y consistente con el elemento económico del patrimonio, sea que se opte por una concepción puramente económica, jurídico económica o personal de patrimonio¹²⁵⁻¹²⁶. En todo caso, se ha exigido para la aceptación de este peligro de perjuicio que *“el sujeto pasivo, después de la disposición patrimonial, ya no pueda impedir la producción del resultado perjudicial o que el perjuicio sea inminente porque ya es innecesaria la intervención del sujeto pasivo (criterio de proximidad del perjuicio)”*¹²⁷.

4.6. Tipo subjetivo

La administración desleal es un delito doloso que admite tanto dolo directo como eventual, no apreciándose limitaciones al respecto en el tipo¹²⁸. No se exigen elementos subjetivos adicionales al dolo, como, por ejemplo, el ánimo de lucro¹²⁹.

121 Pastor Muñoz, «La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal»: 16.

122 Ver Supra. 4.1.

123 Pastor Muñoz, «La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal»: 18-19.

124 Pastor Muñoz, «La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal»: 19.

125 Bacigalupo Zapater, «El concepto de perjuicio patrimonial en el delito de administración desleal»: 1054.

126 Emblemático es el caso Kanther/Weyrauch (Tribunal Supremo alemán, 18.10.2006), en el cual los acusados se desempeñaban como administradores de un partido político (el CDU), manteniendo una “caja negra” –destinada al pago de sobornos con dineros sustraídos del control de la empresa– con fondos que destinaban a favorecer al partido. El tribunal apreció como perjuicio patrimonial el peligro de pérdida de financiamiento estatal, el peligro de que el partido haya podido ser objeto de una acción de indemnización y la circunstancia de que se disponía por los acusados de una caja negra sin conocimiento de los órganos del partido, lo que limitaba su capacidad de disposición.

127 Bacigalupo Zapater, «El concepto de perjuicio patrimonial en el delito de administración desleal»: 1055.

128 Atendida la naturaleza de este trabajo, lo consignado constituye una extrema simplificación del asunto. En efecto, resta todavía dilucidar el contenido del dolo de administración desleal. Al respecto, sucintamente, Luis Emilio Rojas en Rojas Aguirre, «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán»: 170-171,

129 En similar sentido la legislación española: *“Dentro del conjunto de los delitos patrimoniales, la administración desleal representa un delito singular: conjuntamente con el delito de daños es el único que no requiere ánimo de lucro. Basta con el dolo que consiste en conocer que existe un exceso en las facultades de disposición que genera un riesgo desaprobado de perjuicio patrimonial. Esto es, basta por tanto con el dolo eventual”*. Nieto Martín, «Administración desleal y apropiación indebida»: 267.

4.7. Penalidad

La pena aplicable a la administración desleal se determina por el artículo 467 del Código Penal que regula las penas aplicables para el delito de estafa y cuya magnitud depende del perjuicio ocasionado.

Cuando la administración desleal recaer sobre el patrimonio de una persona en relación con la cual el administrador fuere guardador, tutor o curador, o de una persona incapaz que el sujeto tuviere a su cargo en alguna otra calidad se impondrá, según sea el caso, el máximo o el grado máximo de las penas señaladas en el artículo 467 del Código Penal.

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

Sumado a lo anterior, el delito en cuestión contempla copulativamente para todas sus hipótesis una pena de multa de la mitad al tanto de la defraudación.

5. Conclusiones

En primer lugar, la administración desleal de patrimonio ajeno constituía un vacío legal en nuestro medio jurídico. No existía sanción penal que castigara *per se* la administración desleal, más allá de su regulación en situaciones específicas.

En segundo lugar, dicho vacío legal se intentaba suplir mediante la subsunción de conductas de administración desleal en los tipos generales contra la propiedad de nuestro Código Penal, particularmente el de apropiación indebida.

En tercer lugar, la reforma vino a superar esa situación mediante la tipificación de una administración desleal fundada en la legislación alemana, contemplando dos hipótesis: abuso y quiebre de confianza. La primera supone tener a cargo la gestión del patrimonio de otro e irrogarle perjuicio ejerciendo abusivamente facultades para disponer por su cuenta u obligarlo. La segunda consiste en tener a cargo la salvaguarda del patrimonio de otro e irrogarle perjuicio ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifestamente contrario a su interés. En ambas subyace la infracción a un deber fiduciario, cuya fuente es la ley, el acto de autoridad o un acto o contrato.

En cuarto lugar, particularmente la segunda modalidad de comisión es amplia, con cabida para una gran cantidad de supuestos de hecho, por lo que se prevé un intenso desarrollo jurisprudencial en torno a los límites interpretativos del tipo penal.

En quinto lugar, la definición del perjuicio típico va ineludiblemente enlazada a la concepción de patrimonio como bien jurídico protegido por el tipo. Una revisión pormenorizada de este concepto resulta necesaria para la adecuada inserción de la administración desleal en nuestro medio.

Por último, el delito es doloso y no se aprecia en la ley limitación al dolo directo, admitiéndose, en consecuencia, el eventual.

6. Bibliografía

Bacigalupo Zapater, Enrique, «El concepto de perjuicio patrimonial en el delito de administración desleal», en Humanizar y renovar el derecho penal, Ed. Alex Van Weezel (Santiago: Legal Publishing Chile, 2013): 1043-1058.

Bascuñán Rodríguez, Antonio, «Delitos contra intereses instrumentales», Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, N° 1 (2004): 291-345.

Castelló Nicás, Nuria, «Administración desleal y apropiación indebida tras la reforma de 2015: ¿Compartimentos estancos?», Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología (2017): 1-29

Cury Urzúa, Enrique «Derecho Penal, parte general», (Santiago: Ed. UC, 2011).

Foffani, Luigi y Nieto Martín, Adán, «Corporate Governance y administración desleal. Casos y problemas de derecho comparado europeo», *Revista penal*, 17 (2006): 110-141.

Hernández Basualto, Héctor, "La administración desleal en el derecho penal chileno". Revista de Derecho de la Pontificia (2005): 201-258.

Hernández Basualto, Héctor, «Aproximación a la problemática de la estafa», en Problemas actuales del derecho penal, (Temuco: Universidad Católica de Temuco, 2003): 147-189.

Mañalich Raffo, Juan Pablo, «Apropiación y distracción indebidas. Una propuesta de reconstrucción unificadoramente dualista del art. 470 N°1 del Código Penal», Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 25, N° 1 (2018): 153-180.

Martínez-Buján Pérez, Carlos, «Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida», Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXV (2015): 457-566.

Nieto Martín, Adán, «Introducción al derecho penal económico», Ciencias Penales, <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/1adan-nieto-introduccion-al-derecho-penal-economico.pdf> (2014): 1-22.

Nieto Martín, Adán, «Administración desleal y apropiación indebida», en *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Ed. Dykinson (2018)

Pastor Muñoz, Nuria, «La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal», InDret, (2016): 1-26.

Pastor Muñoz, Nuria y Coca Vila, Ivó, «¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado?», InDret, 1 (2015): 1-32

Politoff Lifschitz, Sergio, «El delito de apropiación indebida», (Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1992)

Rojas Aguirre, Luis Emilio, «El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán», Revista Penal, N° 23, (2009): 138-171.

Soto Piñero, Miguel, «La apropiación indebida», (Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1994).