

GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo: “El marco de relaciones de confianza en la estructura del delito chileno de administración desleal”.

*Polít. Crim.* Vol. 19 N° 37 (Julio 2024), Art. 2, pp. 33-68

<http://politicrim.com/wp-content/uploads/2024/06/Vol19N37A2.pdf>

## **El marco de relaciones de confianza en la estructura del delito chileno de administración desleal\***

### **The framework of trust relationships in the structure of fraudulent management crime in Chilean law.**

Gonzalo García Palominos

Profesor de Derecho Penal, Universidad de los Andes, Chile

Doctor en Derecho Penal (Freiburg, Alemania)

[ggarcia@uandes.cl](mailto:ggarcia@uandes.cl)

<https://orcid.org/0000-0001-8559-4933>

Fecha de recepción: 25/04/2023.

Fecha de aceptación: 12/10/2023.

#### **Resumen**

El artículo tiene como objetivo analizar la función que cumplen las relaciones de confianza y la posición del sujeto activo en la definición del injusto del delito de administración desleal tipificado en el artículo 470 N°11 del Código Penal chileno. Con tal objetivo, se analizan críticamente los discursos dogmáticos de la literatura penal nacional y se propone una lectura autónoma de los elementos del tipo nacional. Se concluye que la incorporación de la cláusula general “tener a cargo” provee de un contenido específico y novedoso que, interpretada bajo la forma de “responsabilidad como rol”, introduce la exigencia de un estatus normativo. Esto es, no se configura en base a la infracción a normas de conducta con destinatarios abiertos o comunes que apelen al rol genérico de ciudadano sino a normas específicas e institucionales que apelan a un estatus especial del sujeto con relación al bien jurídico y su titular.

**Palabras clave:** administración desleal, delitos patrimoniales, posición de garantía, deber de tutela.

#### **Abstract**

This article proposes an analysis of the role played by trust relationships and the agent's position in the definition of unjust conduct regarding the crime of disloyal administration in art. 470 N°. 11 Chilean Penal Code. To that effect, the paper critically analyzes dogmatic discourses of national criminal literature and proposes an autonomous reading of the elements of the crime at national level. It is therefore concluded that the incorporation of the general clause “to be in charge” provides a specific and novel content that, interpreted in the form of “responsibility as a role”, introduces the requirement of a normative status. In other

---

\* El artículo forma parte del proyecto Fondecyt Regular N° 1220411 del que el autor es investigador principal. Se agradece a los profesores Laura Mayer Lux y Luis Emilio Rojas A., coinvestigadores del proyecto, por sus valiosas opiniones, aportes y críticas al texto; también se agradece a los ayudantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Chile), José Tomás Errázuriz, Agustín Figueroa y a la profesora Teresa Aguirre por su colaboración en la revisión formal del texto.

words, the crime is not based on the violation of norms of conduct with open or common recipients that refer to the generic role of citizen but rather on specific and institutional norms that refer to the special status of the person in relation to the legal good.

**Keywords:** Disloyal administration, patrimonial protection duty, guarantor position.

## Introducción

Hasta noviembre del año 2018, se sostenía que una de las debilidades más importantes de la regulación penal patrimonial chilena había sido la carencia de tipos penales que protegieran el patrimonio de ataques que pudiera recibir desde “adentro” —utilizando la metáfora de Binding,<sup>1</sup> luego popularizada por Schünemann<sup>2</sup>—. Se trata de aquellos ataques que se cometen en el marco de *relaciones de confianza o fiduciarias* previas entre autor y víctima.<sup>3</sup> En especial, el problema se producía en aquellas constelaciones en las que los bienes no se tienen bajo un título de restituirse (entregar en especie o cuerpo cierto), sino que se comprenden esencialmente dentro de formas de administración general del patrimonio ajeno. La Ley N° 21.121 de 2018 resolvió en gran medida el problema al incorporar, entre otros, el delito de administración desleal del art. 470 N° 11 del Código Penal chileno (en adelante: CPCh).

En términos generales, los problemas y desafíos que la dogmática de la parte especial debe enfrentar en relación con el delito de administración desleal chileno se vinculan con la dificultad de determinar un “injusto penal” específico que sobrepase el mero ilícito civil y manifieste con claridad su merecimiento y necesidad de pena. Este problema general se explica, en primer momento, si se constata que este nuevo ilícito penal prescinde de los parámetros clásicos de los delitos patrimoniales —por una parte, deja de exigir una “desposesión” por desplazamiento y “enriquecimiento correlativo” y, por otra, el engaño o coacción—, elementos que, en palabras de Jakobs, permitían configurar el desvalor conductual a partir de “la degradación de una persona a instrumento” (autoría mediata que instrumentaliza a la víctima).<sup>4</sup> En el caso de la administración desleal, si se lo compara con aquellos delitos clásicos, solo mantiene el daño patrimonial,<sup>5</sup> por lo que se vuelve imprescindible indagar en su desvalor conductual preciso. Como se expondrá, dicho desvalor conductual parece radicarse en dos polos que constituyen precisamente los aspectos que deben ser aclarados: (i) las posiciones de competencia del sujeto activo con relación con el bien jurídico y (ii) el contenido y los alcances de los modos de comportamiento que en dicho contexto situacional explican el desvalor conductual específico.

Para concretar dichos aspectos, todavía oscuros, es necesario distinguir entre dos tipos de problemas:

---

<sup>1</sup> BINDING (1896), p. 397.

<sup>2</sup> SCHÜNEMANN (2005), p. 474.

<sup>3</sup> Sobre este diagnóstico, véase HÉRNANDEZ (2005), pp. 201-258.

<sup>4</sup> JAKOBS (2008a), pp. 6 y ss.

<sup>5</sup> MAYER (2020), p. 329.

En primer lugar se hace necesario problematizar si el tipo penal nacional comprende como sujeto activo, en general, a cualquier persona que detenta un “poder de disposición (fáctico) sobre el patrimonio ajeno” o, por el contrario, se limita solo a cualificadas y restringidas formas de relación de confianza o fiduciarias. En concreto, estos problemas se pueden ejemplificar en los siguientes casos:

Hipótesis 1: Piénsese en el caso en que una persona o empresa hace entrega de una boleta de garantía “a la vista” a un órgano estatal para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, concediéndole la posibilidad de cobrarlo al portador en caso de incumplimiento. Imagínese que un empleado del órgano —aprovechándose de su poder fáctico de disposición— lo cobra indebidamente ante un banco no habiéndose cumplido la condición para su cobro.

Hipótesis 2: Piénsese en el caso en que un empleado de la empresa con posición fáctica de disposición respecto del patrimonio de la empresa —por ejemplo, el contador de la empresa o el encargado de adquisiciones— dispone de él pagando incorrectamente servicios en perjuicio de su titular. En este caso, lo que se problematiza es si el tipo penal exige (adicionalmente al vínculo de confianza) algún nivel de autonomía en las decisiones sobre dicho patrimonio.

En segundo lugar, se hace necesario problematizar si los modos conductuales ilícitos descritos en el tipo (abuso e infidelidad) exigen una posición de competencia determinada (gestión o salvaguardia), del modo de los binomios abuso/gestión e infidelidad/custodia; o, de manera intercambiable, esto es, cualquiera de los dos modos de ataque es compatible con cada posición. Para explicar estos problemas y desafíos, se pueden utilizar los siguientes casos:

Hipótesis 3: Piénsese, por ejemplo, en el administrador de fondos ajenos que, por un contrato de administración general, ha recibido el encargo de invertirlos de manera de intentar aumentar el patrimonio, pero, sin embargo, solo los deposita en una cuenta. Sin perjuicio de haberlos cuidado adecuadamente, y no produciéndose una pérdida, supóngase que se ha renunciado a una posible ganancia. Si bien existen varios problemas para este caso, nos interesa solo si el modo conductual de infidelidad es compatible con la posición de gestión.

Hipótesis 4: Piénsese en el caso concreto del directorio de una sociedad anónima que ordena/autoriza al gerente general realizar una inversión bajo una lógica de riesgos específica y determinada (ej. número preciso de negocios), y el gerente general —sin contar con mayores potestades (aunque sí con poder fáctico)— decide, con el objetivo de aumentar las ganancias, aumentar el riesgo (aumenta el número de negocios) y genera una pérdida patrimonial.

Los dos grupos de problemas descritos suponen la existencia de ciertas oscuridades vinculadas con la estructura del tipo de administración desleal del art. 470 N°11 CPch, su alcance y límites. En los pocos años que van desde la introducción de esta figura penal en Chile el año 2018, la literatura se ha ido inclinando —con cierta inercia dogmática— por orientaciones y soluciones que provienen de la dogmática alemana. Si bien aquel fenómeno es natural —en la medida que el tipo chileno ha tomado como modelo la figura clásica de la

legislación alemana (§266 StGB)<sup>6</sup>— no es claro que sea completamente coherente en este punto, ya que tampoco es claro que se haya “importado” el mismo diseño y problemas equivalentes y, como consecuencia, sean necesarias las mismas soluciones.

Este artículo se ocupará de aclarar la estructura del tipo penal chileno concentrándose especialmente en el diseño de “relaciones de confianza” y, al mismo tiempo, de determinar cuál es la relación entre dicha posición de competencia del sujeto activo (o de garantía con relación al bien jurídico) y los modos conductuales típicos. Aquí se defenderá la tesis de que la estructura del tipo chileno supera los problemas del tipo alemán, no requiriendo de los mismos esfuerzos planteados por la dogmática germana y que ya caracterizan los principales postulados de la dogmática.<sup>7</sup> Se plantea que un rol sustantivo en dicho diseño (art. 470 N°11 CPCh) lo cumple la cláusula “tener a cargo”, por lo que se desarrollará una propuesta de interpretación a partir de ella.

## **1. Deficiencias estructurales del modelo de tipo penal de “*Untreue*”: teorías ad hoc a problemas locales**

La discusión sobre el contenido de injusto del delito de administración desleal en Alemania (§266 StGB) se edifica, en términos generales, sobre tres pilares: el primero es el relativo al contenido del bien jurídico protegido “patrimonio” (concepto jurídico, económico, jurídico-económico, personal y funcional) y la comprensión sobre su lesión;<sup>8</sup> el segundo es el referido a la posición del sujeto activo en relación con el patrimonio de la víctima, y el tercero tiene que ver con las modalidades de ataque típicamente relevante. Cada uno de estos pilares tiene, por sí mismo, la capacidad de ampliar o limitar la interpretación general del tipo penal.<sup>9</sup>

La literatura penal alemana ha presentado el debate en torno al contenido del injusto como una disputa entre teorías que buscan determinar precisamente el *verdadero* contenido de desvalor conductual. Sin perjuicio de lo anterior, las disputas teóricas, según se demostrará, son consecuencia de ciertas deficiencias en el diseño del tipo penal que han obligado al aplicador del derecho y a la dogmática a llenar dichos vacíos —en especial, los referidos a la posición del sujeto activo— por medio de la introducción de criterios *ad hoc*. La identificación de dichos vacíos en el tipo alemán y la razón de su dogmática, permiten a la dogmática nacional —por medio de la comparación— identificar las bondades del tipo penal chileno y sus desafíos, pero también discriminar los criterios jurídicos que son o no de relevancia para el trabajo dogmático nacional.

### **1.1. Vacíos en la estructura del tipo: el problema del tipo general de “*Untreue*”**

El contenido y estructura actual del delito de *Untreue* [*un-* (falta de) *-treue* (lealtad) = ‘deslealtad’] del §266 StGB alemán y que ha servido de modelo para el delito del artículo 470 N°11 CPCh, obedecen, por un lado, a un proceso de evolución social en torno al desvalor

---

<sup>6</sup> Véase en idioma español ABANTO (2020), pp. 3 y ss.; TIEDEMANN (2012), pp. 176 y ss.

<sup>7</sup> También CONTRERAS (2019), p. 59.

<sup>8</sup> Sobre esa discusión, véase ROJAS (2009), pp. 140 y ss.

<sup>9</sup> Una perspectiva crítica en SALIGER (2006), *passim*.

cultural del modo conductual “deslealtad”<sup>10</sup> y, por otro, a la disputa entre teorías por determinar el contenido de injusto del delito de administración desleal (en relación con el §246 del Código penal prusiano de 1851, del Código penal del Reich de 1871 y el actual §266 StGB).<sup>11</sup> La primera discusión tiene ciertas complejidades culturales en que se mezclan los procesos políticos vividos por Alemania —y en especial el significado que se le quiso dar a la deslealtad por la dogmática nacionalsocialista, por ejemplo<sup>12</sup>— con procesos jurídicos tardíos respecto a las valoraciones relativas a las relaciones fiduciarias. La segunda discusión está caracterizada por la búsqueda de proveerle al delito un contenido de injusto estable, pero también por la necesidad práctica de resolver su coexistencia con el delito de apropiación indebida (de procedencia romana).<sup>13</sup>

Respecto de la discusión sobre la *infidelidad* como modo conductual, se debe considerar que esta no es consecuencia de una incorporación novedosa del Código penal de 1933 ni menos una desvaloración atribuible esencialmente al régimen nacionalsocialista, aun cuando se pueda atribuir a este un intento por proveerle una determinada orientación (como ruptura de la *fidelidad* a la comunidad).<sup>14</sup> Ya para el tiempo de la introducción del delito de “*Untreue*” (administración desleal) en el Código penal prusiano de 1851 (art. 246) y el Código penal del Reich de 1871, no era desconocida una especie de evolución paralela de algo así como un modelo *romano-germano* de la deslealtad, alternativo al modelo romano puro de la apropiación indebida.<sup>15</sup> Los autores alemanes ubican el origen de dicho modelo germano, en efecto, en regulaciones de origen romano (tardías). Se refieren tanto al art. 170 de la “*Constitutio Criminalis Carolina*” de 1532 (delito contra el patrimonio, cuando se ha confiado bienes en guarda o custodia) como a la infracción de ciertos acuerdos contractuales que suponen un deber de lealtad (como la prevaricación del abogado del art. 115).<sup>16</sup> Binding la relaciona adicionalmente con el título XXXII de las *Reichspolizeiordnungen* (ordenanzas de la policía imperial, RPO) de 1577, que incluyen la hipótesis del perjuicio del tutor contra su pupilo por conductas dolosas o imprudentes.<sup>17</sup>

Este ilícito del modelo *romano-germánico* era entendido de manera mucho más amplia que la del modelo romano puro de la apropiación indebida que, como correctamente acentúa Kindhäuser, se limitaba solo a hipótesis de menoscabo de la custodia (*contrectatio*) y, por lo tanto, se restringía a la apropiación. Los primeros atisbos de dicho modelo germano, si bien se limitarían a la administración de dinero del Estado por parte de funcionarios públicos —ya que las demás hipótesis ilícitas recibían una respuesta meramente civil<sup>18</sup>—, al menos abarcarían hipótesis más amplias que la mera falta de devolución de cosa mueble.

---

<sup>10</sup> SCHÜNEMANN (2012), nm. 1 y ss.; una referencia a la evolución de la deslealtad, véase en MAÑALICH (2021), pp. 33 y ss.

<sup>11</sup> SCHÜNEMANN (2012), nm 4 y s.

<sup>12</sup> Véase AMBOS (2020), pp. 183 y ss.; NAUCKE (2015), pp. 90 y ss.

<sup>13</sup> KINDHÄUSER (2017), nm. 4; sobre el desfonde de contenido, véase BEDECARRATZ (2018), *passim*.

<sup>14</sup> NAUCKE (2015), p. 91. Desvinculado del régimen nazi, véase SALIGER (2006), p. 16

<sup>15</sup> SALIGER (2006), p. 16.

<sup>16</sup> Relación tomada de SCHÜNEMANN (2012), *passim*; KINDHÄUSER (2017), nm. 5; ABANTO (2020), p. 5.

<sup>17</sup> BINDING (1902) p. 218.

<sup>18</sup> KINDHÄUSER (2017), nm. 4

La convivencia de dos modelos penales en los códigos ilustrados de 1850 y 1871 es consecuencia, entonces, de un proceso previo que vio en la figura del delito de *Untreue* el reconocimiento de una (des)valoración social antigua a ciertas relaciones de confianza, distintas a las comprendidas en la apropiación indebida. Estas incluían diferentes institutos caracterizados, por una parte, por la infracción al deber de lealtad preexistente entre autor y víctima y, en segundo lugar, por un tipo de infracción al deber de fidelidad específico concretado en la relación de custodia/tutela de bienes ajenos o la masa patrimonial ajena (sin perjuicio de su ubicación sistemática).

En la segunda discusión y análisis sobre el contenido de injusto a partir del diseño del tipo penal, se pueden advertir dificultades en su estructura, lo que explica el surgimiento de teorías que intentan solucionar sus vacíos e indeterminaciones relativas al desvalor de las conductas típicas.

Así, el tipo del §246 del Código prusiano de 1851,<sup>19</sup> cuyo *nomen iuris* era “*Arten der Untreue*” (modos de deslealtad), distinguía dos subhipótesis que no necesariamente describían modos conductuales diferentes (véase el esquema de la figura 1, más abajo). Si se diferencian como elementos configuradores del tipo (i) tanto la posición de competencia del sujeto activo en relación con el bien jurídico como (ii) los modos de comportamiento típicos, es posible constatar que el diseño contemplaba una descripción específica de las posiciones competenciales y solo cláusulas generales en la descripción de los modos conductuales.

En la descripción de la posición, el primer grupo estaba compuesto por tutores, curadores, albaceas o el administrador de fundaciones a quienes se les encomendaba la custodia tanto de personas como cosas (administradores de bienes y masa patrimonial ajena) y, el segundo, por administradores legales de negocios ajenos y sujetos que reciben dinero u objetos en lugar de otro, como corredores o cobradores, etc.

Mientras lo característico del primer grupo es que se trata de instituciones de vigilancia permanente sobre personas o bienes ajenos, el segundo grupo se caracteriza por tratarse de negocios en que, para su ejecución, es necesario conceder un poder de disposición temporal con un deber de salvaguardia sobre bienes ajenos (no permanente). En todos estos casos se exigía un perjuicio a los intereses del titular, aunque mucho más amplio en el primer grupo que en el segundo, ya que en el primero abarcaba tanto el perjuicio patrimonial como en contra de personas, considerando incluso la calumnia.<sup>20</sup>

El déficit del tipo penal, constatado por la literatura, es doble.<sup>21</sup> Por un lado, se señalaba que el tipo no describía modos conductuales precisos, radicando toda la carga de la definición del injusto en la posición de vigilancia o custodia del sujeto activo en relación con el bien jurídico. Por otra parte, dichas posiciones del sujeto activo no eran descritas en términos generales, sino que se utiliza una modalidad “casuística” muy limitada.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> Véase <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/StrafgesetzbuchPreussen1851.pdf> [visitado el 28/03/2024].

<sup>20</sup> BINDING (1902), p. 218.

<sup>21</sup> SEIER (2015), nm. 1 y ss.

<sup>22</sup> ABANTO (2020), p. 4.

**Figura N° 1**

§246 Preußisches Gesetzbuch (PrStGB) [Modos de infidelidad]	Posición en relación con el bien jurídico	Modo de comportamiento	Penas
<b>Hipótesis 1</b>	1) los tutores, síndicos, curadores, albaceas (ejecutores testamentarios) y los administradores de fundaciones	...en caso que actúen dolosamente en perjuicio de las <i>personas o cosas sobre las que se ha encomendado su vigilancia</i> .	Será sancionado por <i>infidelidad</i> con pena no menor a tres meses y con la prohibición de ejercer los derechos civiles
<b>Hipótesis 2</b>	2) corredores, estibador (agente de carga), cobradores y otros comerciantes, que estando especialmente obligados por la autoridad a operar su comercio	...cuando en el <i>negocio encomendado perjudican dolosamente</i> a aquellos de cuyo negocio se ocupan.	

El caso del Código Penal del Reich de 1871 (§266) es equivalente, aunque con algunas modificaciones en los institutos incorporados en las cláusulas taxativas y en un intento de solucionar el excesivo casuismo de las posiciones de sujetos activos, al incorporar el mandato general dentro de las hipótesis posicionales (véase el esquema en figura 2). En cualquier caso, el problema de los modos conductuales descritos a partir de cláusulas neutras y generales se mantuvo en las hipótesis 1 y 3 y, aunque en la segunda se incorporó una descripción concreta y taxativa (“disponga de créditos u otros activos patrimoniales”), no solucionó el problema.

Según constata Nelles, lo que caracterizaba a la hipótesis 1 era que agrupaba a sujetos cuya posición se funda en una obligación de derecho público para la salvaguardia de intereses patrimoniales ajenos.<sup>23</sup> Binding caracterizaba dicho primer grupo a partir de que se trataba de sujetos nombrados administradores o guardianes (tutores) de bienes ajenos, por autoridad o por testamento, existiendo una evidente accesoriedad al derecho civil.<sup>24</sup> Por su parte, los sujetos abarcados en la *hipótesis 3* —caracterizados por ejercer su comercio bajo supervigilancia— no eran comprendidos en toda su dimensión, sino solo en cuanto las conductas fueran ejecutadas en cumplimiento de deberes públicos (*obligkeitlicher Verpflichtung*).<sup>25</sup>

La hipótesis 2, única que incluía una conducta descrita en términos más taxativos, también generó problemas en la medida en que, si lo que se buscaba era ampliar las hipótesis por medio de la posición general del “mandato general”, finalmente se la limitó por medio del

<sup>23</sup> NELLES (1991), p. 18.

<sup>24</sup> BINDING (1902), p. 220.

<sup>25</sup> NELLES (1991), p. 18.

modo conductual “disponga de créditos u otros activos”. Aquello produjo un cierto nivel de alejamiento de la praxis a las exigencias de la tipicidad lo que, según constata Nelles, se manifestó en el desarrollo de todo tipo de interpretaciones, incluyendo la de comprender toda clase de lesiones patrimoniales en el contexto del mandato general.<sup>26</sup>

**Figura N° 2**

§246 Código Penal del Reich de 1871 (§266) [Modos de infidelidad]	Posición	Modo de comportamiento	Penas
Hipótesis 1	1) los tutores, curadores, secuestradores, albaceas (ejecutores testamentarios); administrador de la masa patrimonial y los administradores de fundaciones	que <i>actúen dolosamente</i> - (...) en perjuicio de las personas o cosas sobre las que se ha encomendado - (...) <i>su vigilancia</i>	Si el abuso de confianza se comete con el fin de obtener una ventaja económica para uno mismo o para otro, se puede imponer una multa de hasta mil táleros además de la pena de prisión.
Hipótesis 2	2) El mandatario	(...) que intencionalmente disponga de créditos u otros activos patrimoniales del cliente en su perjuicio	
Hipótesis 3	3) Agrimensores, rematadores, corredores, agentes de carga, cobrador, pesadores, medidores, estibadores y demás personas obligadas por las autoridades a ejercer sus oficios	- (...) cuando en el negocio encomendado - (...) perjudican dolosamente a aquellos de cuyo negocio se ocupan	

La falta de determinación de la conducta en el tipo, así como cierta incoherencia entre el tipo de deber establecido en el modo conductual con la naturaleza y alcance de la posición de competencia del sujeto activo, explica que luego haya surgido una intensa discusión dogmática en torno a la necesidad (o no) de desarrollar criterios dogmáticos que completaran ciertos vacíos valorativos e inseguridades interpretativas.

En efecto, aquello explica la disputa en torno a lo que se denominaría la teoría del “quebrantamiento de la fidelidad pura” (*Treubruchstheorie in reiner Form*) y la teoría de la infidelidad específica de abuso (*Missbrauchstheorie*).<sup>27</sup> Esto es, se discutía acerca de si era típica ya la sola afectación del patrimonio del titular en la medida que se cumpliera con el contexto o posición institucional del sujeto activo definida por la ley (teoría de la infidelidad pura) o si abarcaba solamente la hipótesis en que el sujeto activo *abusa específicamente* de

<sup>26</sup> NELLES (1991), p. 19.

<sup>27</sup> KINDHÄUSER (2017), nm. 8.



la facultad de disponer a nombre del titular del patrimonio (poder) y realiza una disposición jurídica válida que perjudique a aquel (teoría del abuso).<sup>28</sup>

El diseño actual del tipo del §266 StGB invirtió las problemáticas y generó, como bien explica Abanto, el desarrollo de nuevas disputas dogmáticas.<sup>29</sup> La estructura típica actual proviene de un intento de solucionar precisamente la disputa entre las teorías del “tipo de abuso” y el tipo de “infidelidad” por definir el contenido del injusto típico.<sup>30</sup> En efecto, el legislador penal, ya desde la reforma de 1933, optó por una técnica legislativa que deja de utilizar abstracciones y generalizaciones para describir conductas y omitió definir expresamente las posiciones fiduciarias que podían ser captadas por el tipo.

La explicación de la dogmática alemana no destaca este aspecto estructural y, en cambio, se preocupa exclusivamente por la disputa entre teorías centradas en definir el desvalor conductual (teoría de la infidelidad o del abuso). Así, para Nelles, el cambio de diseño se debió a la decisión de concentrar en una sola norma las distintas hipótesis de administración desleal del ordenamiento jurídico alemán,<sup>31</sup> lo que exigía considerar los dos modos conductuales diferenciados, mientras que en la interpretación de Kindhäuser aquello se debió a la intención de que se describieran genéricamente todas las hipótesis del período anterior y se vieran representadas ambas teorías.<sup>32</sup>

Cualquiera sea el caso, el hecho es que se describieron dos subhipótesis que representaban precisamente las mismas tesis en disputa: a) la de “abusar de la facultad concedida por ley, mandato de autoridad y negocio jurídico, de disponer de los bienes de un tercero o de obligar a otro” (hipótesis de abuso de poder de disposición y obligar) y b) la de “lesionar el deber de velar por intereses patrimoniales ajenos que hayan surgido genéricamente de una ley, una orden oficial, un negocio jurídico o una relación fiduciaria” (hipótesis de infidelidad o infracción al deber de salvaguardia). La primera hipótesis (abuso) se trataría de una que se construye a partir de una relación de accesoriedad civil (derecho privado), mientras que la segunda no la consideraba.<sup>33</sup> Llamativo es que, aun cuando podría pensarse en una cierta relación de género a especie entre ambas modalidades —siendo la primera más específica y cualificada que la segunda—, aquello no se vio reflejado en una diferencia penológica. Este problema fue determinante en períodos posteriores en que se agregaron modalidades especiales al delito de apropiación indebida (§246 StGB) y una figura especial de administración desleal de tarjetas de crédito y cheques (§ 266b StGB), cuyos contenidos debían ser armónicos con la nueva interpretación.

---

<sup>28</sup> ABANTO (2020), p. 5.

<sup>29</sup> ABANTO (2020), p. 5.

<sup>30</sup> Explicación en ABANTO (2020), p. 5.

<sup>31</sup> NELLES (1991), p. 135; KINDHÄUSER (2017), nm. 17; con más detalles ROJAS (2009), p. 147.

<sup>32</sup> KINDHÄUSER (2017), nm. 18

<sup>33</sup> KINDHÄUSER (2017), nm. 17.

**Figura N° 3**

§266 StGB	Posición	Modo de comportamiento	Penas
<b>Hipótesis 1</b> “Tipo de abuso” <i>Missbrauchtatbestand</i>	¿?	(1) El que abusa de la facultad de disponer sobre el patrimonio ajeno o de obligar a otro, que se le ha conferido mediante la ley, encargo de autoridad o acto jurídico, (...)	será castigado con la pena
<b>Hipótesis 2</b> “Tipo de quebrantamiento de fidelidad” <i>Treubruchtatbestand</i>	¿?	(...) o que infringe el deber de cuidar intereses patrimoniales ajenos, que se le ha impuesto en virtud de la ley, encargo de autoridad, acto jurídico o una relación de confianza, y con ello inflige un perjuicio a los intereses patrimoniales que se deben tutelar,	privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

Característica del diseño es, entonces, que ninguna de las dos subhipótesis determinaron expresamente las posiciones de lealtad o fiduciarias en que se encuentra el sujeto activo en relación con el pasivo (titular del bien jurídico), las que debían deducirse exclusivamente a partir de los modos de ataque al bien jurídico que (pre)suponían una cierta posición del sujeto activo. Dicho déficit se incrementaría en la subhipótesis de infidelidad, en la medida en que la infracción al deber de tutela que lo caracterizaría, nada dice respecto de la modalidad de ataque específica. Esta estructura típica se ha mantenido intacta, incluso después de las reformas y modificaciones posteriores de 1953, 1969, 1974/5, 1986, 1997.<sup>34</sup>

Así, la configuración de un tipo tan amplio en sus contornos no solo no dio solución a la controversia entre teorías, sino que además provocó una nueva disputa —determinante en la discusión chilena— basada en la interrogante sobre si ¿existe un injusto común o uno autónomo para cada subhipótesis?<sup>35</sup>

Una primera tesis (monista) entiende que todas las hipótesis delictuales confluyen en un elemento común, a saber, la infracción al deber de tutela del patrimonio —*Vermögensbetreuungspflicht*— propia de quien debe representar los intereses del titular del patrimonio (víctima), lo que limitaría los contornos de ambas hipótesis.<sup>36</sup> Por su parte, la segunda (dualista) entiende que cada figura tiene un contenido de injusto particular y autónomo,<sup>37</sup> en cuyo caso, lo común de ambas hipótesis estaría radicado en la posición de poder de disposición de patrimonio ajeno y la exigencia de un daño patrimonial. Para esta

<sup>34</sup> KINDHÄUSER (2017), nm. 8.

<sup>35</sup> SCHÜNEMANN (2012), nm. 6 y ss.; según KINDHÄUSER (2017), nm. 11 y ss.

<sup>36</sup> ARNOLD (2006), pp. 5 y s.; SCHÜNEMANN (2012), nm. 10; KINDHÄUSER (2017), nm. 22; NELLES (1991), p. 448; DUNKEL (1977), p. 338; HÜBNER (1973), p. 410 (nm. 5); MAURACH *et al.* (1988), nm. 11.

<sup>37</sup> LABSCH (1983), pp. 70 y s.; LABSCH (1987), p. 346; ROJAS (2009), pp. 149 y s.

tesis, el tipo de abuso estaría relacionado con la vulneración de un deber jurídico de poder (en una relación *interna* entre victimario y víctima), mientras que el tipo de infidelidad (o más precisamente de quebrantamiento de fidelidad), con la infracción de un deber de tutela patrimonial más general y no limitado ni a los contratos ni a las regulaciones contractuales o legales civiles. Por lo mismo, como señala Schünemann, el tipo de infidelidad se referiría a *relaciones calificadas* de cuidado patrimonial, pero sin competencia contractual del obligado.<sup>38</sup> La amplitud de la última modalidad tanto en lo relacionado con los sujetos activos —círculo de autores— como con las fuentes, los contenidos y la cualificación de los deberes, que infraccionados configuran el ilícito, ha generado una discusión sustantiva que se mantiene hasta hoy.<sup>39</sup>

La opción por la tesis monista se ha apoyado esencialmente en un argumento gramatical y otro sistemático, pero se implementa por medio de una serie de maniobras hermenéuticas<sup>40</sup> que, según creemos, solo se explican por la necesidad de resolver un problema de diseño: a saber, el referido a la falta de descripción de la posición del autor (en relación con la víctima) y la falta de cualificación del quiebre de fidelidad.

La maniobra, sin embargo, va mucho más allá y, como señala correctamente Mañalich, identifica elementos sustantivos de cada hipótesis de ataque y, luego, las fusiona como exigencias para ambas modalidades de ataque.<sup>41</sup> Se trata, en realidad, según se propone aquí, de la reconstrucción de una posición de competencia única y común para ambas subhipótesis a partir de sus propios elementos.

A saber: al final del tipo penal del §266 StGB, el legislador alemán incorporó una frase subordinada que puede ser entendida como común a ambas hipótesis y que pone el injusto al mismo nivel y cada hipótesis como modalidad de un mismo ilícito, esto es: “(...) cuyos intereses patrimoniales él debe tutelar”.<sup>42</sup> Por lo mismo, la idea de la infracción del deber de custodia o salvaguardia patrimonial sería elevada a elemento común que tendría el efecto de limitar la amplitud del tipo, en especial en la hipótesis de infidelidad, y explicaría la similitud de injusto. Aquello tendría como efecto adicional, que, en las dos hipótesis, por exigir en común un deber de custodia, el perjudicado debería ser aquel sujeto sobre cuya propiedad al infractor se le otorgó poder fiduciario.<sup>43</sup> Así las cosas, no solo en la modalidad de infidelidad se exigiría la lesión al deber de tutela patrimonial en “utilidad ajena”, sino también en la de abuso (en cuyo caso, es insuficiente el solo abuso de la facultad).<sup>44</sup> Los efectos esperados de esta tesis estarían radicados en la exigencia de que solo es sujeto activo quien ostente amplias facultades sobre el patrimonio ajeno.<sup>45</sup>

La discusión interna ha estado radicada principalmente en la relación estructural entre las dos hipótesis y, en especial, en definir si la obligación de velar por el patrimonio se determina de

---

<sup>38</sup> SCHÜNEMANN (2012), nm. 25.

<sup>39</sup> ABANTO (2020), p. 14; véase Sentencia del Tribunal Constitucional alemán: BVerfGE, T.126, pp. 170 y ss.

<sup>40</sup> Véase PERRON (2019), nm. 2; MAÑALICH (2020), p. 44.

<sup>41</sup> MAÑALICH (2020), pp. 48 y ss.

<sup>42</sup> ROJAS (2009), p. 149.

<sup>43</sup> KINDHÄUSER (2017), nm. 22.

<sup>44</sup> En extenso ROJAS (2009), pp. 151 y ss.

<sup>45</sup> PASTOR y COCA (2016), p. 63.

la misma forma para ambas hipótesis o se debe cualificar especialmente para la hipótesis de abuso de poder.<sup>46</sup> Para la teoría monista limitada el deber de custodia patrimonial común radica principalmente en el “carácter de utilidad ajena”,<sup>47</sup> por lo que la diferencia es que en la hipótesis de abuso se exige disponer de *autonomía* en el ejercicio del deber de tutela en “utilidad ajena”,<sup>48</sup> mientras que en la monista estricta se exige un nivel de autonomía para ambas hipótesis típicas.<sup>49</sup>

La estrategia hermenéutica de intercambio recíproco de contenidos entre las dos hipótesis conductuales de abuso y quiebre de confianza, según Perron, presenta el problema de que conduciría no solo a una renuncia a las características esenciales de cada hipótesis, sino a resultados exagerados que producirían vacíos inaceptables de punibilidad.<sup>50</sup> Un ejemplo sería el del sujeto que tiene poderes ilimitados, pero al que se le han otorgado instrucciones detalladas para llevar a cabo un negocio, limitándole los márgenes de decisión. Los efectos del monismo y su estrategia de intercambio recíproco de contenidos —en especial, trasladar el deber de tutela patrimonial de la segunda hipótesis a la primera— produciría vacíos de punibilidad o forzaría que la segunda hipótesis de quiebre de confianza deba renunciar a sus características esenciales y a los esfuerzos por limitarla.<sup>51</sup>

Para la tesis dualista, que reconoce un contenido autónomo de cada variante, la frase final referida a los intereses patrimoniales “que se deben custodiar”, solo se refiere al resultado de lesión al patrimonio o una determinación de los intereses (que en las normas de sanción anteriores eran más generales). Así, la modalidad de abuso quedaría suficientemente “perfilada” por la infracción de la facultad jurídica de obrar legalmente a expensas de otro (verdaderos abusos de las potestades). Por su parte, el tipo de quebrantamiento de fidelidad o de infidelidad encontraría su verdadero carácter en la lesión general del deber de custodia patrimonial o *Vermögensbetreuungspflicht*, que la norma alemana encuentra como marco de referencia en la ley, el contrato, la orden de autoridad o las relaciones de confianza.<sup>52</sup>

En resumen, si bien ambas hipótesis suponen del sujeto activo poder sobre el patrimonio ajeno, no existiría una relación de especialidad (aquello supondría una diferencia de injusto), sino de conjuntos y subconjuntos.<sup>53</sup> Esta tesis dualista critica la tesis monista, según explica Kargl, por acarrear las incertidumbres del “deber de custodia patrimonial” desde el tipo de infidelidad al momento de intentar perfilar los contornos de tipo de abuso.<sup>54</sup>

La máxima tensión de las teorías en pugna se expresó en los denominados casos bancarios —*Scheckkarten-Urteil* (BGHSt 24, 386<sup>55</sup> de 1972) y *Kredikartenmissbrauch-Urteil*

---

<sup>46</sup> KARGL (2001), p. 566.

<sup>47</sup> Véase la literatura alemana en ROJAS (2009), p. 152.

<sup>48</sup> PERRON (2014), *passim*.

<sup>49</sup> Véase SCHÜNEMANN (2012), nm. 12; KINDHÄUSER (2017), nm. 22; DIERLAMM (2018), nm. 21.

<sup>50</sup> PERRON (2019), nm. 2.

<sup>51</sup> PERRON (2019), nm. 2.

<sup>52</sup> KINDHÄUSER (2017), nm. 20; SCHÜNEMANN (2012), nm. 78.

<sup>53</sup> LABSCH (1983), p. 84.

<sup>54</sup> KARGL (2001), p. 567.

<sup>55</sup> Véase: <https://tinyurl.com/26c4us3l> [visitado el 28/03/2024].

(BGHSt 33, 244 = NJW 1985, 2280)<sup>56</sup>— que se caracterizaban porque el sujeto activo (un cliente del banco) no tenía posición de garante respecto del patrimonio del banco, aunque sí poder de disposición fáctico sobre este, por medio del posible giro de cheques o uso de tarjetas en contra de su propia cuenta, excediendo el crédito disponible. En la sentencia del tribunal federal alemán de 1972, según explica Kargl, se puso fin a la tesis dualista que se había mantenido por más de cuatro décadas<sup>57</sup> y se optó por una tesis monista. Esta, utilizando la frase subordinada a la que hemos hecho referencia, entendió que el injusto de ambas hipótesis exigía la lesión del deber de tutela patrimonial (*Vermögensbetreuungspflicht*) que, en ese entonces, precisamente, se entendía como una relación cualificada interna entre victimario y víctima en torno a un *deber de cuidado* patrimonial. En el caso concreto de los cheques bancarios, el Tribunal Supremo federal (BGH) consideró que solo el banco comercial era titular del deber principal de custodia patrimonial de los intereses del cliente,<sup>58</sup> por lo que resolvió recalificar la imputación como estafa continuada.

En la actualidad, la jurisprudencia se ha desarrollado en torno a las teorías monistas y eleva la necesidad de determinar la posición del sujeto activo a elemento sustantivo. El hecho de que los casos más emblemáticos estén radicados en las conductas de órganos societarios (por ejemplo, el caso *Mannesmann*), en que la posición del autor es indudable, ha centrado la discusión en el contenido de los deberes de tutela.<sup>59</sup>

## 1.2. ¿Extensión de la disputa en la ley chilena?: un dilema innecesario

### 1.2.1. La importación de la tesis monista al tipo chileno

El problema antes descrito del derecho alemán podría ser, a primera vista, mucho más intenso y complejo en el tipo chileno del art. 470 N°11 CPCh, al punto de requerir implementar las mismas estrategias hermenéuticas desarrolladas para el modelo originario o, incluso, otras adicionales. Esto es así porque la estructura del tipo chileno elimina los elementos gramaticales y sistemáticos que el tipo penal alemán ha utilizado como solución en la propuesta de la teoría monista. Aquello, sin embargo, se produce solo en apariencia, debido a que, como se demostrará, el diseño y estructura del tipo penal nacional resuelve los problemas de indeterminación y vacíos estructurales que antes ha presentado el tipo modelo alemán.

Sin perjuicio de lo anterior, y aunque desde la entrada en vigencia de la ley el desarrollo dogmático en Chile ha sido mínimo, ya en recientes trabajos es posible evidenciar rasgos y réplicas de la disputa entre la teoría monista y dualista (al estilo alemán). Así, a modo de ejemplo, mientras Mañalich,<sup>60</sup> Mayer<sup>61</sup> o Contreras y Castro<sup>62</sup> han propuesto seguir una tesis monista, adoptando una estrategia hermenéutica importada, otros como Rojas se han

---

<sup>56</sup> LABSCH (1986), p. 104

<sup>57</sup> KARGL (2001), p. 566.

<sup>58</sup> KARGL (2001), pp. 566 y ss.

<sup>59</sup> SCHÜNEMANN (2008), p. 124.

<sup>60</sup> MAÑALICH (2020), pp. 31-53.

<sup>61</sup> MAYER (2020), p. 339; MAYER (2022), pp. 511 y ss.

<sup>62</sup> CONTRERAS y CASTRO (2021), *passim*.

mostrado abiertamente cercanos a la propuesta dualista.<sup>63</sup> Solamente Bofill, Jelvez y Contreras<sup>64</sup> han optado por una interpretación más ecléctica o neutra. Por cierto, esta disputa, por ahora, se desarrolla en dos polos: por un lado, en la toma de posición respecto del “posible” problema de indeterminación del desvalor conductual del tipo penal —una especie de transferencia de la problemática histórica y estructural del tipo modelo alemán al chileno— y, por otro lado, una toma de posición relativa a adoptar, o no, las mismas maniobras hermenéuticas desarrolladas por la literatura alemana.

Las teorías monistas desarrolladas en Chile se pueden calificar como estrictas y se inspiran, de alguna forma, en las maniobras hermenéuticas de las teorías monistas alemanas y su intención declarada de reconstruir un solo injusto bajo una concepción “integrada”.<sup>65</sup>

Con ese objetivo, en nuestro país se desarrolla lo que denominaremos “el paradigma de la posición del administrador”, para lo cual defienden que la “deslealtad” que subyace al delito es una infracción a una norma de comportamiento común cuyo destinatario sería el “administrador del patrimonio” ajeno.<sup>66</sup> Así, por ejemplo, Mañalich reedita la discusión alemana<sup>67</sup> y declara expresamente que su propuesta estaría “fundada en la adopción de la concepción integrada”.<sup>68</sup>

La estrategia hermenéutica se logra por una doble integración de elementos que restringirían la aplicación:

La primera consiste en la proposición de que las posiciones de competencia (o de garantía) de gestión y de salvaguardia, serían dos formas representativas de una única posición de “administración del patrimonio” (*lato sensu*). Para Mayer, el estar a cargo de la gestión y salvaguardia supone dos modos intercambiables de “administración” del patrimonio ajeno, solo que la primera supone naturalmente amplios márgenes de decisión sobre el patrimonio ajeno,<sup>69</sup> mientras que la segunda exigiría que la administración fuera independiente y autónoma.<sup>70</sup> Contreras y Castro<sup>71</sup> parecen utilizar la frase “Al que teniendo a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio (...)” como un equivalente funcional de la cláusula del deber de tutela patrimonial del tipo alemán propio de la administración. Siguiendo el argumento de Kubiciel<sup>72</sup> para el derecho alemán, sostienen que el fundamento del deber común, tanto en la gestión como en la salvaguardia, sería el deber correlativo a la “transferencia” y concesión de un poder de actuación sobre sus intereses patrimoniales a un “administrador”, en todos aquellos casos en que el titular no quiere o no puede ejercer la libertad de configuración sobre todo o parte de su patrimonio. Así entonces, si las posiciones de gestión y salvaguardia son modos de transferencia a un administrador de un poder de

---

<sup>63</sup> ROJAS (2023), p. 4.

<sup>64</sup> BOFILL *et al.* (2019), p. 71.

<sup>65</sup> MAÑALICH (2020), pp. 41, 42 y 48.

<sup>66</sup> MAÑALICH (2020), p. 42; MAYER (2020), p. 339; MAYER (2022), pp. 511 y s.

<sup>67</sup> MAÑALICH, (2020), pp. 31-53.

<sup>68</sup> MAÑALICH (2020), p. 49.

<sup>69</sup> MAYER (2020), pp. 338 y s.; MAYER (2022), p. 511.

<sup>70</sup> MAYER (2020), p. 339.

<sup>71</sup> CONTRERAS y CASTRO (2021), pp. 834 y ss.

<sup>72</sup> KUBICIEL (2005), p. 357.

actuación, entonces, la relación entre una y otra podría ser de género a especie.<sup>73</sup> La impronta monista se radicaliza —extraída de otras expresiones monistas estrictas<sup>74</sup> del derecho comparado— recién cuando se propone para todas las hipótesis no solo el deber de tutela, sino que además “autonomía en la gestión”, esto es, tienen que obligar a administrar el patrimonio ajeno en interés de su titular, lo que significa conservar e incrementar el patrimonio, así como resguardarlo de eventuales pérdidas.<sup>75</sup>

La segunda estrategia de integración no se centra en las posiciones de competencia *exigidas*, sino en la reconstrucción de la posición de garante de protección a partir de la deducción de los modos conductuales típicos. Mañalich señala que la variante de abuso debe ser enriquecida a través de su adecuación a los presupuestos de la variante de infidelidad, debiendo exhibir el mismo estatus de garante de protección del patrimonio que es definitorio en la infidelidad;<sup>76</sup> y, viceversa, la variante de infidelidad debería ser modulada a través de su adecuación a los presupuestos de la variante de abuso, esto es, que se exija “un poder de decisión que, aun no estando revestido de eficacia jurídica, necesite ser normativamente compensado a través de la sujeción de su detentador a la pretensión de que ese mismo poder sea ejercido lealmente” (se apoya en cláusula final del inc. 1.º del art. 470 n.º 11, CPch).

En las antípodas, se encuentra la propuesta dualista de Rojas, quién observa, con razón, que los problemas de la ley alemana son ampliamente superados por la ley chilena.<sup>77</sup> Si bien no se comparte con él que el legislador haya optado por la concepción dualista, en el sentido desarrollado por la dogmática alemana, sí se observa que el diseño del tipo nacional es una evolución mejorada del modelo alemán que, bajo una lectura alternativa y más cercana a los elementos típicos, hace superfluas las maniobras hermenéuticas alemanas.

Si bien unas y otras tesis contienen propuestas correctas en varios aspectos, mantienen una dependencia conceptual y sustantiva de la dogmática alemana que puede conducir a errores en la interpretación, en la medida que el tipo nacional es diverso, como se explicará.

#### 1.2.2. La estructura del tipo de administración desleal del art. 470 N°11 CPch

El tipo penal del artículo 470 N°11 CPch recibe un diseño leve, pero para estos efectos, significativamente diferente al del tipo penal alemán §266 StGB y estructuralmente mucho más amplio que el tipo del art. 252 del Código Penal español (en adelante: CPes) que solo comprende una hipótesis de abuso.<sup>78</sup> El diseño del tipo chileno contempla un sistema de deslealtad, como se puede observar gráficamente en la figura 4, de, al menos, cuatro grupos de elementos que se asocian coherentemente entre sí: (i) la posición de competencia o de garantía del sujeto activo en relación con el titular del patrimonio ajeno; (ii) la fuente de la

---

<sup>73</sup> CONTRERAS y CASTRO (2023), p. 834.

<sup>74</sup> Sobre su contenido y diferencias, véase ROJAS (2009), pp. 151 y ss.; RAMÍREZ (2021), pp. 13 y s.

<sup>75</sup> CONTRERAS y CASTRO, pp. 834 y s.; también en MAYER (2020), p. 339.

<sup>76</sup> MAÑALICH (2020), p. 48.

<sup>77</sup> ROJAS (2023), p. 4.

<sup>78</sup> Sobre esta discusión MARTÍNEZ BUJÁN (2015), pp. 544 y ss.; NIETO MARTÍN (2018), p. 251. En contra, véase PASTOR y COCA (2016), pp. 81 y ss. Estos autores comprenden el delito como una cláusula general que abarca tanto la hipótesis de abuso como la de infidelidad.

posición y los deberes fiduciarios; (iii) las modalidades de comisión y (iv) el resultado típico con relación al bien jurídico protegido.

Figura N° 4

(i) Posición de garantía del sujeto activo en relación con el titular del patrimonio ajeno		(ii) Fuente de la posición y los deberes fiduciarios	(iv) Resultado típico	(iii) Modalidad de comisión	
Art. 470. Las penas privativas de libertad del art. 467 se aplicarán también:	la salvaguardia o	del patrimonio de otra persona, o de alguna parte de este, (...)	en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto o contrato,	le irrogare perjuicio,	<b>Abuso</b>
11. Al que <i>teniendo a su cargo</i>	la gestión				<b>Quebrantamiento de la fidelidad</b>
					Sea ejerciendo abusivamente facultades para disponer por cuenta de ella u obligarla
					sea ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de <i>modo manifiestamente</i> contrario al interés del titular del patrimonio afectado.

Como es posible observar de la figura 4 (que representa los elementos típicos), el legislador chileno se preocupó especialmente de *no* hacer depender el reconocimiento de las fuentes de posición de garante y/o de competencia en relación con el patrimonio ajeno de las meras deducciones que pudieran derivar de las modalidades de comisión descritas (abuso o infidelidad). Aquello, que era lo que caracterizaba al modelo alemán y lo que forzaba el debate en torno a las teorías monistas y dualistas —transferidas a la discusión nacional— es modificado en el tipo chileno. En efecto, si se lo compara con el tipo penal alemán (y con el español), la figura nacional no solo “describe” las posibles fuentes de posiciones de deber frente al patrimonio ajeno, sino que describe positiva y expresamente las *posiciones* en que se encuentra el sujeto activo en relación con el patrimonio ajeno y su titular. Para dicho objetivo, utiliza tres elementos: (i) la cláusula general “tener a cargo”; (ii) dos modos de tener a cargo: “la salvaguardia o la gestión” y (iii) las fuentes de la posición: “la ley, una orden de la autoridad o un acto o contrato”.

Para enmarcar la naturaleza del vínculo entre sujeto activo y pasivo, y acentuar que los sustantivos *salvaguardia* y *gestión* son dos especies de un mismo género, el numeral 11 del artículo 470 CPCh adopta la cláusula “al que teniendo a su cargo” el patrimonio o parte de él, que en el idioma español se utiliza para designar hipótesis de responsabilidad sobre un objeto o de un quehacer (Diccionario de la lengua española o RAE). Para designar “la salvaguardia o la gestión”, el legislador empleó la conjunción “o” que, en principio, podría ser interpretada



ya sea como una conjunción disyuntiva (dos distintas) o, por el contrario, como una conjunción de identidad (dos que significan lo mismo). Mientras la primera acentuaría relaciones de equivalencia entre ellas, la segunda designaría relaciones de género a especie o de subconjunto.

La claridad se obtiene no solo a partir de la orientación teleológica, sino primero a partir del contenido lingüístico de cada concepto y de la significación gramatical: que los dos sustantivos separados por la conjunción “o” lleven el artículo “la”: “*la salvaguardia o la gestión*” (no “*la salvaguardia o gestión*”) significa que su funcionalidad es de conjunción disyuntiva y que expresa alternativa entre dos opciones. La significación del concepto *gestión* acentúa la idea de administración, organización y funcionamiento de una empresa u objetivo, mientras que la de *salvaguardia* solo la idea de custodia, amparo, garantía.<sup>79</sup>

El alcance y sentido de ambas alternativas es distinto, aun cuando formen parte del género “tener a cargo”.<sup>80</sup> Sin perjuicio de lo anterior, como el objetivo de esta cláusula es captar instituciones reales con posiciones de competencia variables en sus características (incluso mixtas), no creemos que sea incompatible con el texto que pueda interpretarse como una cláusula de alternatividad en sus polos, pero que en su centro acepte hipótesis mixtas.

Como modo de limitar dichas fuentes de posición de competencia, el legislador nacional agregó una cláusula que limita las fuentes de la posición de garantía y sus deberes en “la ley, una orden de la autoridad o un acto o contrato”. Si se compara con su modelo alemán, queda de manifiesto la eliminación de la fuente del deber “relación de confianza” puramente fáctica y probablemente también el sentido de muchos de los criterios desarrollados para limitar precisamente su aplicación amplia (vinculada con la infidelidad).

El límite se produce en dos sentidos. El primer sentido, es que genera una “accesoriedad” reforzada o acentuada del derecho penal en relación con el derecho civil y económico — especialmente relevante para la hipótesis de infidelidad— que podría significar la exclusión de las meras infracciones del genérico “deber de no lesionar a otro”.<sup>81</sup> El segundo sentido es que podría restringir a tal nivel el tipo de infidelidad que, como se ha discutido también en Alemania, no solo no captaría (i) relaciones de confianza ilícita o contrarias a la ley, sino que eventualmente tampoco captaría relaciones de confianza que (ii) tuvieron como origen un contrato declarado nulo,<sup>82</sup> y (iii) relaciones de confianza extinguidas, pero en que el sujeto activo mantiene un poder fáctico sobre el patrimonio.<sup>83</sup> Este último aspecto debe ser analizado por la doctrina chilena, en la medida que restringe y excluye como fuente de los deberes las relaciones puramente fácticas de custodia. En este punto, se vuelve imperioso distinguir entre estas hipótesis (de las que pueden surgir deberes morales) de aquellas que implican una asunción unilateral de un deber de garante de salvaguardia, pero que tienen o pueden tener un reconocimiento y efectos civiles/comerciales.<sup>84</sup>

---

<sup>79</sup> CONTRERAS y CASTRO (2023), pp. 834 y ss.

<sup>80</sup> MAYER (2020), p. 339.

<sup>81</sup> Véase ROJAS (2023), p. 4.

<sup>82</sup> SALIGER (2016), nm. 2.7.

<sup>83</sup> SCHÜNEMANN (2012), nm. 62.

<sup>84</sup> PASTOR/ COCA (2016), p. 64.

Solo al final, y asociado a lo anterior, se describen las dos modalidades de comisión: el abuso y el quebrantamiento de la fidelidad. La primera consiste solo en el ejercicio abusivo de facultades concedidas para disponer por cuenta de ella u obligarla, esto es, se refiere al ejercicio de los deberes válidos y ejercidos durante el cumplimiento del encargo; mientras que la segunda consiste en ejecutar u omitir una acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado. Este diseño del tipo nacional es solo aparentemente similar al alemán (§266 StGB) que comprende un tipo de abuso y otro con una cláusula de infidelidad amplia con poca densidad normativa –apela solo genéricamente a infringir el deber de tutelar intereses patrimoniales ajenos– (véase figura 3) y claramente diferenciada al español (art. 252 CPes) que incorpora una hipótesis única y genérica (figura 5), que comprende tanto facultades de disposición (o de obligar a otro) así como de tomar decisiones sobre el patrimonio por medio de acciones u omisiones, consistente en infringir facultades de administración, excediéndose en su ejercicio.<sup>85</sup>

**Figura N° 5**

Posición de garantía del sujeto activo en relación con el titular del patrimonio ajeno		ii) Fuente de la posición y los deberes fiduciarios	iii) Modalidad de comisión	iv) Resultado típico
Artículo 252. 1. Serán castigados con las penas del artículo 248 o, en su caso, con las del artículo 250	los que, teniendo facultades para <i>administrar</i> 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

En el caso del delito del artículo 470 N°11 del CPch, el legislador distingue dos hipótesis autónomas e independientes, la de *abuso* y la de *infidelidad*, pero, adicionalmente, realiza un esfuerzo por equiparar la gravedad del injusto de ambas hipótesis y justificar de ese modo la equivalencia penológica. Aquello se logra sustituyendo el modelo genérico que describe la conducta típica de infidelidad presente en el modelo español –constituida a partir del mero exceso en ejercicio de facultades– o del modelo alemán –configurada a partir la mera infracción al deber de tutela patrimonial–, por uno más específico y cualificado. Este último se cristaliza en la cláusula “manifiestamente contraria al interés del titular del patrimonio afectado” (deslealtad cualificada). El sentido general de dicha cláusula será analizado más abajo.

<sup>85</sup> Sobre esta discusión PASTOR y COCA (2016), pp. 119 y ss.

El orden en que están dispuestos los modos de comisión —primero el abuso y luego la infidelidad— no coincide exactamente con el mismo orden en que previamente estaban dispuestas las posiciones de garantía (salvaguardia o gestión) de manera que a partir de la lógica o estructura gramatical de la frase no se puede deducir directamente una relación única y correlativa entre ambas, de la forma de binomios: (a) salvaguardia/infidelidad y (b) gestión/abuso. Un vínculo único y estático de ese tipo, como el propuesto por Rojas,<sup>86</sup> solo podrá ser aprobado o rechazado a partir de análisis sustantivos y propios de la naturaleza de la posición jurídica del sujeto activo, sus deberes correlativos y su coherencia con las modalidades de comisión.

Finalmente, el tipo chileno no dispone de una cláusula similar a la alemana (“cuyos intereses patrimoniales él debe tutelar”) que —como lo ha defendido la tesis mayoritaria en Alemania (monista)— cumpliera una función hermenéutica que apoye la idea de una infracción a un deber único o que obligue a una teoría integradora como la propuesta por Mañalich. Aquella cláusula, sin embargo, es innecesaria si se considera la estructura sistemática presentada por el legislador chileno. Como se demostrará más adelante, los elementos elegidos por el legislador nacional son distintos a los adoptados por la técnica legislativa alemana, por lo que no requieren las maniobras hasta ahora propuestas por la doctrina chilena. Lo anterior no significa que muchas de las conclusiones a las que arriba la dogmática nacional no sean correctas, sino solo que, al construirse sobre pilares inexactos que no se corresponden con el derecho chileno, pueden generar confusiones e interpretaciones inestables.

## 2. La cláusula tener a cargo como elemento sustantivo del tipo

### 2.1. Consideraciones generales

La cláusula “tener a cargo” que utiliza el numeral 11 del artículo 470 CPch es un intento por captar la posición del sujeto activo respecto del patrimonio ajeno —a partir de un estatus institucional— que le da sentido tanto a las expectativas de comportamiento como a los modos de ataque al bien jurídico. La frase utilizada “tener a cargo” no es extraña en el derecho chileno,<sup>87</sup> aunque ha sido utilizada por el legislador para asignar esferas de responsabilidad muy variadas, lo que concuerda con su significación lingüística: ya sea como asumir deberes por actos propios,<sup>88</sup> asumir deberes de soportar la carga pecuniaria por intereses de otro (como a expensas o a cuenta de);<sup>89</sup> asumir la responsabilidad o competencia sobre bienes ajenos u otra persona;<sup>90</sup> asumir el control de bienes para alcanzar un objetivo delegado institucionalmente, como el sentido que se le da en el delito de malversación de caudales

---

<sup>86</sup> ROJAS (2023), pp. 4 y ss.

<sup>87</sup> MATUS (2019), p. 158.

<sup>88</sup> Así, por ejemplo, en los artículos 1550 del Código Civil chileno (deber de conservar la cosa *a cargo* del acreedor); 292 del Código de Comercio (el exceso del comisionista estará *a cargo* del comisionista); 506 del Código de Comercio (los accionistas estarán *a cargo* de soportar los gastos); 507 del Código de Comercio (*a cargo* de rendir cuenta).

<sup>89</sup> Así, por ejemplo, en los artículos 858 del Código Civil (las expensas de construcción, conservación y reparación), 1604 CC (el pago por las expensas y consignación *a cargo* del acreedor).

<sup>90</sup> Así, por ejemplo, en los artículos 11 de ley N° 18.020 (tener *a cargo* el menor); 413 del Código Civil (*a cargo* de uno de dichos tutores o curadores) o 485 CC (*a cargo* del curador).

públicos (el peculado) del artículo 233 CPch.<sup>91</sup> Como se demostrará, y al igual como ha sido tratada en este último delito, dicha fórmula elegida adopta acá un sentido específico de una posición institucional del sujeto activo mucho más cualificada que aquella que aporta de forma más neutra y genérica el concepto “posición de garante (de protección)”.<sup>92</sup> En otras palabras, el surgimiento de una posición de garantía de protección, incluso si ha surgido de las fuentes más formales, no crea necesariamente un estatus en los términos de los exigidos por la cláusula “tener a cargo”, aunque esta suponga variadas formas de posiciones de garantía.

## 2.2. La cláusula “tener a cargo” bajo la idea de responsabilidad como rol (hartiana)

En una primera aproximación, nos parece que la fórmula elegida por el legislador —tener a cargo— corresponde a una forma de “responsabilidad como rol” (*role-responsibility*), si es que utilizamos la clasificación hartiana.<sup>93</sup> Se trata de una fórmula que apela a la idea de estatus y “obligaciones” de competencia, con cierto margen de decisión, por cumplir una función o rol en determinadas situaciones/posiciones.<sup>94</sup> El contexto usual de esta “responsabilidad como rol” sería el de las instituciones u organizaciones sociales que buscan promover determinados fines, proteger bienes, promover el bienestar de alguien o conseguir beneficios. En ella, las funciones o tareas asociadas son objetivas y determinadas conforme con dicha posición o rol y no con las consideraciones (capacidades) personales del sujeto que lo cumple.<sup>95</sup> De ahí que, por tratarse de obligaciones o deberes objetivos, se asumirían o rechazarían, así como se delegarían o transferirían.<sup>96</sup> Lo determinante, entonces, es que al tratarse de hipótesis en que quien ocupa una posición es titular de deberes u obligaciones específicos para cumplir ciertos fines y objetivos, la persona que ocupa la posición es competente por el cumplimiento especial y limitado de dichas obligaciones.

Hart, aunque expresando sus dudas, señala que lo característico de estos deberes de rol es que se trata de una clase compleja de deberes que define como “esfera de responsabilidad” y que suponen una atención durante un tiempo más o menos prolongado. Si bien, asociado a un rol, pueden surgir también deberes puntuales y de corto plazo, solo los permanentes configuran verdaderas “responsabilidades”. Por lo tanto, no todo deber vinculado a un rol —como sería para el soldado el deber de formar fila adecuadamente— sería distintivo de una responsabilidad como rol.<sup>97</sup>

Krause explica que cuando se alude a la responsabilidad como rol se afirma la pertenencia del sujeto a un determinado sistema normativo que define el significado de una cierta posición (*estatus*) y que distribuye y deriva deberes y un conjunto de expectativas de conducta normativamente protegidas (rol).<sup>98</sup> Como bien lo explica, se trata de una clase de responsabilidad de tipo “prospectiva”, esto es, que está diseñada como un enunciado llamado

<sup>91</sup> Véase MAÑALICH (2012), pp. 365 y ss.; GARRIDO (2010), p. 444.

<sup>92</sup> Véase al respecto JAKOBS (2008a), p. 4.

<sup>93</sup> HART (1968), p. 212- 213; HART (2019), p. 200; NINO (1991), p. 185; FIGUEROA (2019), p. 42.

<sup>94</sup> NINO (1991), p. 185.

<sup>95</sup> FIGUEROA (2019), p. 42.

<sup>96</sup> FIGUEROA (2019), p. 43.

<sup>97</sup> HART (2019), p. 201.

<sup>98</sup> KRAUSE (2011), p. 36.

a orientar la acción, por lo que fijaría el ámbito de competencia del sujeto y el espacio en que su quehacer tendrá un sentido social.<sup>99</sup>

En el mismo sentido, Figueroa describe la cláusula “hacerse cargo” como un tipo de responsabilidad de carácter prospectivo,<sup>100</sup> y que da cuenta de un sujeto que ostenta un “estatus especial” que carga con ciertos deberes impuestos o delegados en razón de ejercer una función particular en beneficio o bienestar de otro o para alcanzar ciertos objetivos en favor de otros.

Otra perspectiva de este tipo de responsabilidad, y que complementa lo anterior, es aquella a la que apela Ross, y que vincula la existencia de “obligaciones” con el hecho de ser responsable de rendir cuentas por el cumplimiento de dichas obligaciones.<sup>101</sup> Krause, relaciona precisamente esta perspectiva con la anterior y sostiene que el estatus y los roles serían los que permiten configurar el espacio en que será posible la imputación de responsabilidad, esto es, el “estar a cargo” de determinados deberes y de los resultados derivados de su cumplimiento o incumplimiento.<sup>102</sup>

A este tipo de sistema normativo hace referencia Rojas —calificando el delito de administración desleal como especial— cuando describe su injusto a partir de la infracción de dos normas de conducta que no son ni genéricas ni comunes —en la medida en que no se apela al mero rol de ciudadano que supone la pura infracción del deber negativo de no lesionar a otro—, sino a uno específico, positivo e institucional que forma parte de la configuración de un sistema normativo concreto.<sup>103</sup> Al mismo tiempo, esta cláusula coincide con una idea dominante en nuestra incipiente dogmática especializada,<sup>104</sup> de que el delito en cuestión, cualquiera sea la razón para la que se le ha delegado un poder jurídico de disposición, supone un deber *en favor* de patrimonio.

Esta misma idea, pero desde la perspectiva formal, queda reforzada en el artículo 470 N°11 CPCh con la cláusula “en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto o contrato”, ya que son estas las fuentes que reconocen las configuraciones normativas de estatus, roles de competencia y los límites de la “responsabilidad”. La exclusión de la pura relación fáctica basada en la confianza como fuente de deberes es consecuencia de lo anterior.<sup>105</sup>

La apelación generalizada en la literatura penal a “posiciones de garantía” o “de garante” explica el intento de la literatura por designar ciertos deberes jurídicos formales muy específicos de protección asociados a un objeto particular, así como la calificación de dichos deberes como una clase de tenor positivo que supone un deber en favor de otro. Sin perjuicio de la evidente cercanía entre la competencia por rol y la posición de garante, la cláusula

---

<sup>99</sup> KRAUSE (2011), p. 35.

<sup>100</sup> FIGUEROA (2019), p. 43.

<sup>101</sup> ROSS (1975), *passim*.

<sup>102</sup> KRAUSE (2011), p. 38.

<sup>103</sup> ROJAS (2023), p. 15.

<sup>104</sup> ROJAS (2009), p. 144; MAÑALICH (2020), p. 348; MAYER (2021), p. 336.

<sup>105</sup> Véase también MAÑALICH (2020), p. 50.

“tener a cargo” es mucho más específica en su configuración y más amplia en su alcance que el concepto de garantía, por lo que la mera apelación al deber de garante, como señala Mayer, puede efectivamente inducir a errores.<sup>106</sup>

### 2.3. La cláusula “tener a cargo” bajo la idea de la lealtad

#### 2.3.1. Consideraciones generales

Asumir una responsabilidad o competencia por un “sujeto” o un “objeto” —en el caso estudiado, del patrimonio ajeno— puede decir poco respecto del tipo de deberes u obligaciones relativos a dicha posición y, menos aún, si aquellos pueden calificarse sin más como deberes de administración, como lo propone la doctrina chilena.

Si, en cambio, la cláusula “tener a cargo” es interpretada como una responsabilidad como rol, y se destaca su carácter prospectivo, entonces aparecen prístinos tres aspectos que ni la noción de deber especial ni la de garantía acentúan adecuada y completamente: (i) quien asume el estatus específico y debe ejercer un rol, lo hace en atención a las expectativas institucionales y los deberes que del rol surgen y no a las características personales del sujeto titular del deber; (ii) los deberes impuestos o delegados que son característicos de la posición estatutaria son aquellos que son establecidos en beneficio o bienestar de otro o para alcanzar ciertos objetivos en favor de otros; y (iii) la fórmula “estar o tener a cargo” supone adjudicarse un estatus y ciertos deberes de ejercer un rol que implican “asumir el control” de un objeto o sujeto en lugar del principal, lo que hace surgir adicionalmente el deber de actuar honesta y lealmente en el interés o bienestar ajeno. Actuar lealmente consiste en ejercer el deber en el mejor interés del principal y, por tratarse de relaciones fiduciarias, en actuar siempre de manera consistente con dicho interés principal. A estas últimas características no referiremos en lo que sigue.<sup>107</sup>

#### 2.3.2. Lealtad como deber fiduciario: sentido originario de la posición

En este análisis, es importante aclarar tanto el contenido de la lealtad en referencia sustantiva con la naturaleza de la posición del sujeto activo en el delito de administración desleal (“estar a cargo”) y la clase de deberes que le subyacen, como la distinción entre esta y otras relaciones jurídicas diferentes, en que también se exige el cumplimiento de obligaciones, pero no caracterizadas por la posición de lealtad.

La lealtad, como señala Green, apela a la existencia de un deber de privilegiar o actuar conforme con los mejores intereses de un individuo o causa, en especial cuando es forzado a optar entre la alternativa de actuar de manera consistente con ese deber (cumplir el deber) y la alternativa de privilegiar otros intereses ajenos o propios.<sup>108</sup>

---

<sup>106</sup> Advirtiendo anteriormente el problema y riesgo de confusión, véase MAYER (2021), p. 336.

<sup>107</sup> Véase también MAÑALICH (2020), p. 49.

<sup>108</sup> GREEN (2013), p. 144.

El deber de lealtad supondría mantener firme la relación principal y los deberes de privilegiar los intereses que ella supone.<sup>109</sup> Si bien dicha lealtad puede ser fáctica o moral, en la medida en que se apele a una actitud mental o a una virtud, lo claro es que en el caso del delito en estudio existe acuerdo, absolutamente reforzado por las fuentes exigidas típicamente (ley, contrato o acto), de que se trata de deberes jurídicos que surgen de instituciones del derecho.

De ahí que, ubicada en el campo del derecho, la lealtad sea entendida como un principio regulativo en instituciones jurídicas cuya funcionalidad —poner a disposición su actividad o labor en provecho de intereses ajenos (interés distinto al propio, un interés superior)— dependa de regular el posible conflicto de intereses en favor de un interés principal o superior u ordenando configurar una “unidad de comportamiento”.<sup>110</sup> No se trataría de una lealtad moral o meramente personal, sino legal e institucional (regulativa).<sup>111</sup> Los deberes fiduciarios son, en ese contexto, la cristalización del principio de lealtad en diversas instituciones jurídicas que regulan relaciones desiguales, con potenciales conflictos de interés (“el deber y el interés”)<sup>112</sup> y que obligan a desarrollar sus funciones o alcanzar objetivos siempre en el mejor interés privilegiado institucionalmente.

A partir de la eliminación del mero contenido moral y la asunción de una comprensión jurídica de la lealtad, surge la disyuntiva de si entender la “deslealtad” o “infidelidad” (*lato sensu*) como el incumplimiento de una promesa (o incluso de un mero deber contractual) o como el incumplimiento de un deber más preciso. Aquello es lo que se discute en las hipótesis 1) y 2) de la introducción. Si bien, la mayoría de las instituciones relevantes comprenden ambos tipos de deberes, no todas las instituciones que suponen poder fáctico sobre el patrimonio y obligaciones sobre él implican un deber de lealtad.

Para aclarar la diferencia entre la deslealtad (X está obligado a un deber de lealtad) y el incumplimiento de promesas/incumplimientos civiles (X está obligado por una promesa a realizar o no una conducta futura), Green propone caracterizar la primera a partir de la idea de la opción por la “persecución” de intereses o alternativas que debilitan un “vínculo principal”.<sup>113</sup> Este autor reconoce que algunos vínculos institucionales, como el de abogado/cliente, admiten además de los deberes propios de la posición de abogado la existencia de deberes de lealtad que, incluso, pueden mantenerse vigentes luego de haberse puesto fin a la relación jurídica.<sup>114</sup> El incumplimiento de una obligación (ej. contractual) no supone la existencia de una relación (por ejemplo, abogado/cliente o empleado/empleador), sino la promesa de cumplir con una obligación de dar, hacer o no hacer. En las relaciones de lealtad se configura un sistema de obligaciones y deberes derivados precisamente de dicha relación.<sup>115</sup>

---

<sup>109</sup> GREEN (2013), p. 147.

<sup>110</sup> Ver esta idea en CUIF (2007), pp. 77 y ss. (en especial p. 79).

<sup>111</sup> Preocupación similar en MAYER (2020), p. 335 (nota al pie 49).

<sup>112</sup> Sobre otros tipos de deber CUIF (2007), p. 80; sobre la evolución del concepto desde el derecho romano, véase GRASSO (2020), pp. 546 y s. (se destacan relaciones de desigualdad).

<sup>113</sup> GREEN (2013), p. 147.

<sup>114</sup> GREEN (2013), p. 148.

<sup>115</sup> GREEN (2013), p. 149.

La cláusula típica “estar a cargo”, en conclusión, sustituye las reconstrucciones de la posición de competencia sobre el patrimonio que antes, bajo el modelo alemán, se realizaban mediante estrategias interpretativas desde los modos conductuales típicos (según se analizó). Por lo mismo, esta cláusula introduce, por otra vía, un mecanismo para identificar instituciones que crean una relación socialmente significativa, pero asimétrica entre dos o más partes, y en que una de ellas asume en distintos grados —según la institución— una responsabilidad en el interés o bienestar ajeno que se concreta en deberes de lealtad o fiduciarios. Por lo mismo, la lealtad no es un elemento que se obtenga desde las conductas típicas (lo que supondría decir que proviene de la modalidad de infidelidad), sino que subyace a la lógica del elemento típico “tener o estar a cargo” y constituye un deber adicional concebido compensatoriamente como contraparte de dicha asimetría y apela a la idea regulativa de imponer, en dichas relaciones jurídicas, el deber de actuar conforme con los mejores intereses de un individuo o causa.<sup>116</sup>

#### **2.4. Formas alternativas de “tener a cargo”: salvaguardia y gestión**

Lleva la razón la literatura nacional dominante (“paradigma de la administración”) al rescatar la idea de que la posición del sujeto activo prototípica del delito de administración desleal no corresponde simplemente a un sujeto que ostenta un mero “poder de disposición” del patrimonio ajeno —así, también, el delito de malversación de caudales públicos—, sino que supone ser titular de un deber que ha sido impuesto como “contracara de la confianza en él depositada por el titular del patrimonio a cuya preservación o gestión favorable aquel se encuentra obligado”.<sup>117</sup> Aquello, sin embargo, tiene ciertas particularidades en el tipo nacional.

El legislador, para asegurar un entendimiento adecuado, no vinculó directamente la cláusula “tener a cargo” con el objeto “patrimonio”, cual cláusula general, lo que hubiese significado entregar al aplicador del derecho la determinación de la extensión de las hipótesis comprendidas bajo dicho concepto (similar al problema alemán). En realidad, el legislador mediatizó la relación entre “tener a cargo” y “patrimonio” por modos alternativos y gradualmente diferentes de relación o competencia patrimonial: “la salvaguardia o la gestión”. Por su parte, tampoco vinculó simplemente los modos de competencia (“la salvaguardia o la gestión”) con el patrimonio, sino que lo hizo ordenándolos bajo el marco referencial de la cláusula “tener a cargo”.

El efecto de aquello es que no se trata ni de un deber genérico de “cuidado” ni de una posición basada en formas genéricas de administración o disposición patrimonial, sino de dos posiciones extremas “de competencia” en favor del patrimonio”, pero que comprenden instituciones de muy diferente naturaleza, objetivos y funciones. Con ello intenta fijar como presupuesto base, no solo un marco institucional como referencia para distribuir deberes y expectativas que construyen la competencia más o menos permanente en torno al patrimonio ajeno, sino además se persigue demarcar determinados tipos de relación diferenciada en relación con el patrimonio: se trataría solo de especies gradualmente alternativas —la salvaguardia y la gestión— de un género, de responsabilidad por rol.

---

<sup>116</sup> MAÑALICH (2020), p. 42; CONTRERAS y CASTRO (2023), p. 834.

<sup>117</sup> Correctamente MAÑALICH (2020), p. 42; también MAYER (2021), p. 333; CONTRERAS y CASTRO (2023), pp. 834 y ss.



Como ya se ha adelantado, la estructura gramatical habla a favor del empleo de la conjunción disyuntiva, por lo que se obtiene un sentido gramatical y teleológico coincidente. Tanto la salvaguardia como la gestión corresponden a formas diferentes de “tener a cargo” y, son, al mismo tiempo, modos alternativos de relación víctima/victimario en torno al patrimonio y de diferenciadas potestades decisionales sobre él. Aquello permite distinguir diversas formas de relacionarse con el patrimonio ajeno, basadas en distintos grados de compromiso, responsabilidad y poder de disposición sobre el objeto y, por lo mismo, de diferentes expectativas de comportamiento, según el caso, lo que podría tener relevancia típica. Probablemente —aquello habrá que definirlo— se trate de un diseño que plantea un marco de aplicación, que se define a partir de dos extremos de posiciones de competencia disyuntivas, aunque, cada una de ellas, puedan aceptar hipótesis intermedias (gradualmente) e, incluso, mixtas.

En términos gramaticales, el concepto de gestión acentúa la idea de una relación específica entre el autor y el patrimonio, consistente en la asunción de funciones de administración, organización y funcionamiento de un proyecto para alcanzar ciertos fines u objetivos; en otras palabras, de gobernar un determinado objeto para alcanzar un fin. Las decisiones sobre el objeto (patrimonio) se hacen funcionales/instrumentales al fin, aunque suponen un nivel de autonomía en la decisión de la estrategia y forma de quien está a cargo de la administración o gestión. Concretamente, por este medio, se busca reconocer una relación de potestades de gobierno, organización y control sobre el devenir del patrimonio ajeno, en la medida en que es medio para la persecución de un objetivo o fin, lo que es coherente con la idea que expresa la cláusula “tener a cargo” entendida como responsabilidad por rol.

Por cierto, la gestión de un “objeto” ajeno supone la transferencia de potestades del propietario del “objeto” a otro sujeto (o sujetos) que asume(n) el control de las decisiones relativas a los procesos, estrategias o mecanismos para lograr un objetivo. Lo característico, entonces, es que no solo se tiene el control fáctico y el deber de custodia, sino la facultad de decidir sobre su futuro. Así, las modalidades de comisión del perjuicio patrimonial, que eventualmente pueden estar vinculadas con la protección de aquel bien jurídico, no se dan únicamente a partir de cualquier acto que infrinja el deber genérico de protección y custodia ni del incumplimiento de una obligación, sino a partir de todo tipo de modalidades conductuales vinculadas con la forma de ejecución de la función de una manera desleal (“tener a cargo”).

En el centro de la configuración jurídica de estas formas de asociación se encuentran instituciones tales como la representación (mandatos y poderes), el fideicomiso; modos de asociación tales como sociedades, fundaciones o corporaciones o de contratar servicios especializados (administración de fondos de ahorro o inversión u otros negocios como comprar divisas); o la constitución de sociedades de inversión de capital, sociedades de intermediación inmobiliaria; o incluso instituciones especiales de protección o búsqueda de bienestar por edad o incapacidad como la patria potestad (la administración de los bienes del hijo menor), las curadurías, las guardas o, por matrimonio, la administración de la sociedad conyugal, entre otras.

El mandato, por un lado, y la sociedad, por el otro, son formas jurídicas que representan correctamente el tipo de relación al que se alude con el concepto “gestión”. Stitckin, refiriéndose al mandato (artículo 2116 del Código Civil) señala que este se construye sobre la base de la concesión de la gestión de uno o más negocios a otro “en confianza”, el que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. Dicha institucionalidad, en efecto, ya contiene dos aspectos configuradores de la responsabilidad por rol, que se construye sobre la concesión de la confianza, que cumpliría la misma función que la *afectio societatis* en el contrato de sociedad,<sup>118</sup> y que supone la adopción por parte del mandatario del deber de realizar el negocio *con la diligencia y honestidad* que se emplearía si el negocio que realiza fuese suyo.<sup>119</sup> Aquello es consecuencia de que el mandato se construye sobre el concepto de “gestión de negocios”, esto es, de la función de “(...) gobernar, regir, cuidar y dar término a una operación de interés económico, para lo cual puede ser necesaria, en último o en primer término, la ejecución de uno o más actos jurídicos”.<sup>120</sup>

Por su parte, el concepto alternativo de salvaguardia puede, a partir de su significado, comprender ya sea un deber general de tutela/protección, en cuyo caso no aportaría nada significativo, si se lo compara con el elemento común “tener a cargo”, o, como alternativa, podría tener un significado especial que solo comprende la idea genérica de posición de garantía de protección, esto es, de custodia, amparo o garantía.<sup>121</sup>

En este último caso, que creemos es el correcto, el concepto podría eventualmente abarcar tipos de vinculación que, suponiendo un deber de protección, amparo o custodia en relación con el objeto (patrimonio), no comprende el grado de decidir, gobernar o regir el logro de ciertos objetivos o cumplimiento de una misión “adicional”. En la medida que el tipo penal comprende la salvaguardia como una forma gradualmente alternativa de “tener a cargo”, significa que implica hipótesis que se concretan en modos institucionales de guarda o custodia del patrimonio o parte de este, sin que existan necesariamente obligaciones de gestión o administración, esto es, de alcanzar ciertos fines adicionales para lo cual el patrimonio es meramente instrumental.

No se trata, por lo tanto, de captar las mismas formas de administración u organización que ya habían sido comprendidas bajo el concepto de “gestión” ni de comprender obligaciones esporádicas o puntuales relativas al patrimonio ajeno. Se subsumen en aquel concepto, en cambio, formas que característicamente se refieren a deberes competenciales de protección, pero también de mera custodia, amparo o garantía en relación con el patrimonio frente a cualquier fuente de peligro. Un ejemplo evidente de esta clase de competencia sobre un patrimonio ajeno es el depósito regular e irregular, el contrato de custodia de valores, aunque este último es una especie de depósito calificado por su objeto: títulos representativos de valores de oferta pública.

Por ahora, como se ha visto, el concepto “salvaguardia” es comprensivo de muchas formas jurídicas que suponen que el propietario ha entregado o concedido —también en esos

---

<sup>118</sup> STITCHKIN (2009), p. 40.

<sup>119</sup> STITCHKIN (2009), p. 48.

<sup>120</sup> STITCHKIN (2009), p. 44.

<sup>121</sup> CONTRERAS y CASTRO (2023), p. 834.

distintos grados— parte de su competencia o control sobre bienes, su patrimonio o parte de él, aunque no haya transferido la facultad de gestionarlo o administrarlo en el sentido de usarlo para un objetivo o fin. Por cierto, la salvaguardia así comprendida es distinta de la más amplia alemana que asocia el deber de custodia patrimonial con la “gestión” de negocios del parágrafo 675 del BGB (Código Civil alemán) y de la que deriva que, parte de la literatura nacional comprenda el concepto como una forma de “administración”.

Las expectativas de comportamiento variarán, entonces, según la posición de competencia de gestión y salvaguardia (o mixtas) y, por lo mismo, este análisis repercutirá en la comprensión de los modos de ataque al bien jurídico protegido. Cómo se concretan estos deberes y expectativas de comportamiento es una cuestión que queda pendiente de definir.

## **2.5. Consideraciones finales**

A partir de lo anterior, y sin necesidad de analizar ni el contenido de los deberes ni modos conductuales específicos, se puede concluir que algunas relaciones jurídicas en que una persona tiene un poder de disposición sobre el patrimonio de otra, como la facultad de llenar un pagaré en una clínica, librar un cheque, cobrar una boleta de garantía (hipótesis 1), la mera relación laboral general (hipótesis 2) o el poder de disponer de los créditos de un deudor, no resultan estar comprendidos por el tipo por no ser formas de “tener a cargo” dicho patrimonio. Asimismo, tampoco resultan estar abarcados, sin perjuicio de existir deberes de cuidado (preservar) sobre bienes y obligaciones en torno a ellos, casos de usufructo, mutuo, el arrendamiento de un establecimiento de comercio o la garantía de un arrendamiento, ya que no se cumplen requisitos de la responsabilidad por rol a la que obedece el concepto “tener a cargo” en sus alternativas de gestión y salvaguardia.

## **3. Merecimiento y necesidad de pena: relación entre posición de competencia y medio comisivo (modo de ataque)**

### **3.1. Relación estructural en el tipo artículo 470 N°11 CPch**

Como se adelantó en la introducción, uno de los grandes desafíos de la dogmática del delito de administración desleal chileno (artículo 470 N°11 CPch) se asocia a la necesidad de explicar su merecimiento y necesidad de pena. Como bien lo ha señalado Jakobs, a pesar de que la lesión a la sustancia del derecho subjetivo ya podría eventualmente justificar la punibilidad de una conducta, en el derecho positivo no se han criminalizado todos los modos de comportamiento por tal razón y se han tenido que dar buenas razones por aquello.<sup>122</sup> Clásicamente, los parámetros de los delitos patrimoniales (como el engaño, la coacción o la apropiación) han servido para esto.<sup>123</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, ya que el delito de administración desleal ha prescindido de esos parámetros, se ha tenido que abandonar la justificación a partir de la infracción de deberes puramente negativos (infracción al deber de no lesionar a otro), debiendo acudir a una desvalorización conductual a partir de comportamientos de “deslealtad” de un sujeto, o en

---

<sup>122</sup> JAKOBS (2008a), pp. 5 y s.

<sup>123</sup> Véase también MAYER (2020), p. 322.

posición especial de lealtad, es decir, a partir de una infracción de un deber especial.<sup>124</sup> Esto supone que la construcción del tipo de injusto depende de dos polos valorativos: la posición específica del sujeto activo en relación con el patrimonio y su titular y el modo conductual o de ataque al patrimonio.

En dicho contexto, es necesario explicar la estructura del tipo penal nacional ya que, a diferencia del tipo penal alemán, en que la posición del sujeto activo debe deducirse de los modos conductuales típicos (abuso o infidelidad), tanto la posición como los modos conductuales o de ataque al patrimonio se encuentran expresamente descritos por el legislador. Dicha estructura compleja exige hacerse la interrogante sobre la relación entre las dos subhipótesis de posición del sujeto activo (gestión y salvaguardia) y las dos subhipótesis de modos de ataque al bien jurídico (abuso e infidelidad).

**Figura N° 6**

Posición de garantía del sujeto activo en relación con el titular del patrimonio ajeno		Modalidad de comisión	
Al que teniendo a su cargo	la salvaguardia o	}	Abuso
	la gestión		Quebrantamiento de la fidelidad

La hipótesis de abuso supone que previamente se haya producido una transferencia de poder jurídico del titular de un patrimonio a un tercero para afectarlo u obligarlo, por lo que presupone la existencia de un tipo de relación jurídica concreta a la que subyace, como lo es esencial –pero no exclusivamente– la gestión u administración. Aquí, la interrogante es determinar si el tipo penal vincula la subhipótesis de abuso (de poderes jurídicos) exclusivamente con la subposición de gestión, esto es, configura binomios rígidos o, en realidad, admite también a otras modalidades de ataque.

Por su parte, la llamada hipótesis de quiebre de confianza o infidelidad, al exigir que se ejecute u omita cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado, pareciera, en apariencia, ubicar todo el peso de la configuración del injusto en la lesión del bien jurídico, cuestión que no es del todo coherente, como se ha anunciado.

Las alternativas de interpretación son variadas. Una posible orientación interpretativa es entender que la cláusula “manifiestamente contrario al interés del titular”, podría interpretarse a partir de una cláusula parecida a la contenida en el delito concursal del artículo 463 CPch (4.º Realizare otro acto manifiestamente contrario a las exigencias de una

<sup>124</sup> Véase sobre la deslealtad JAKOBS (2008a), p. 8; sobre la infracción a deberes ROJAS (2009), p. 153.

administración racional del patrimonio). Aquello podría resolver el problema de indeterminación conductual de la subhipótesis de infidelidad de la administración desleal.<sup>125</sup> Dicha solución, sin embargo, incorporaría lógicas de racionalidad económicas y jurídicas que están pensadas para proteger bienes jurídicos diferentes y externos a la sociedad (intereses de acreedores y el sistema crediticio) y bajo consideraciones valorativas distintas que, de ser extrapolado, podría generar confusiones relevantes. Podría confundirse, por ejemplo, el deber de no lesionar intereses de acreedores o deberes propios del derecho público, con el deber de tutela patrimonial del principal, así como el deber de lealtad.

Otra vía alternativa considera que esta cláusula constituiría simplemente una “cláusula de significancia penal” que excluye casos de bagatela o, alternativamente, hipótesis de riesgos permitidos, en cuyo caso todo el peso de la reconstrucción del contenido de injusto recaería en el desarrollo de un criterio de riesgo tolerado y que defina lo ilícito a partir del riesgo desproporcionadamente alto de irrogación de daño patrimonial. Esta alternativa, sin embargo, configuraría el injusto exclusivamente en la lesión de un deber negativo general (prohibición de lesionar), desconociendo la relevancia que en el tipo penal cumple la posición del sujeto activo y la infracción al deber fiduciario.

Una tercera posibilidad es entender que la cláusula “manifiestamente contrario al interés”, en la forma como aparece más acentuado en el anteproyecto de Código Penal de año 2015 (“manifiestamente *desleal* al interés”), está referido al “modo conductual típico” con el que se infringen los deberes de tutela y de lealtad que subyacen a la posición del sujeto activo. Esto significaría que, mientras la cláusula perfila la conducta típica de infidelidad, el adverbio “manifiestamente” lo cualifica. Así, si bien materialmente la conducta puede consistir en la ejecución de acciones u omisiones riesgosas para el patrimonio tutelado, “modalmente” debe ejecutarse de una forma característicamente desleal (en infracción al deber de lealtad). El adverbio, asegura que las conductas en su materialidad y en su modo se ejecutan “ostensible, evidente y prístinamente” con desprecio total por el interés que debe tutelar.<sup>126</sup> No se trata de identificar solo un mayor o menor riesgo (e incluso desproporcionado) asociado a una pérdida patrimonial como núcleo del injusto, sino de determinar si la conducta u omisión ha sido encaminada a privilegiar los intereses del titular del patrimonio o, por el contrario, encaminados directamente a perjudicarlos.

A la inversa, tampoco es suficiente con la sola deslealtad o infracción a deberes fiduciarios (por ejemplo, una negociación incompatible), ya que exige que aquello se realice en el resultado contra los intereses patrimoniales tenidos a cargo. El concepto “manifiestamente” asegura objetivamente aquello que normalmente es encargado a los elementos subjetivos y que consiste en que la acción u omisión de que se trata, en una posición de lealtad, haya sido orientada a generar un perjuicio.

Esta interpretación, sería la más coherente con la estructura del tipo penal, además de la única que provee elementos al desvalor conductual a la hipótesis de infidelidad, en la medida en que ubica parte importante del peso de la configuración del injusto en la existencia previa de una posición cualificada del sujeto activo y en sus deberes fiduciarios, que exige actuar de

---

<sup>125</sup> MAYER (2020), pp. 346 y ss.

<sup>126</sup> CONTRERAS y CASTRO (2021), pp. 857 y ss.

manera consistente con el interés ajeno, pero también considerando relevantemente el bien jurídico. Esto es, no es suficiente con la posición de vulnerabilidad de la víctima en relación con el sujeto activo, sino que se requiere que el sujeto activo sea titular de un deber de lealtad especial que haya sido infringido y referido a la salvaguardia o gestión del patrimonio.

Ahora bien, al igual que en la subhipótesis de abuso, en la medida en que se distinguen dos formas equivalentes de ataque al bien jurídico (al menos, desde la perspectiva penológica), se abre la interrogante sobre si dicho modo conductual se debe limitar solo a la salvaguardia (creando un binomio quiebre de fidelidad/salvaguardia) o, por el contrario, se amplía a ambas posiciones (quiebre de fidelidad/salvaguardia y gestión).

### 3.2. Propuestas alternativas

Rojas ha propuesto lo que podríamos denominar la “teoría de los binomios”, que buscaría solucionar el mismo problema de la falta de cualificación de la hipótesis alemana de abuso que se limita a la posición de estar en condiciones de “disponer sobre el patrimonio ajeno u obligar a otro”, careciendo del deber de tutela en relación con el patrimonio ajeno.

Este autor observa que existiría una relación estática entre la posición del sujeto activo y la modalidad de comisión. Así, la posición de tener a cargo la gestión del patrimonio ajeno se conectaría con la modalidad de abuso, mientras que el presupuesto alternativo de tener a cargo la salvaguardia del patrimonio de otro, con la modalidad de infidelidad. En términos normativos, cada binomio compuesto —el de gestión/abuso y la de salvaguardia/infidelidad— estaría autónomamente construido por una prohibición diferente: la norma de conducta de la primera hipótesis se formula en los términos de una *prohibición* de abusar de las facultades de disposición u obligación sobre el patrimonio ajeno,<sup>127</sup> mientras que la segunda se realiza infringiendo gravemente el deber de velar por los intereses patrimoniales de otro.<sup>128</sup> Despejando una de las dudas que antes hemos expuesto,<sup>129</sup> señala que el subtipo de infidelidad tendría la capacidad de comprender casos en que el sujeto tiene facultades de disposición sobre el patrimonio ajeno, pero las usa de un modo jurídicamente ineficaz o derechamente realiza actos de mera disposición material en perjuicio del titular, abriéndose para los supuestos en que el sujeto activo no goza de tal poder jurídico, sino que solo se encuentra sometido al *deber* de salvaguardia del patrimonio de otro.

Si bien esta propuesta tiene mucha lógica, y es en gran parte coincidente con la propuesta nuestra, al mismo tiempo conduce —si las hipótesis de gestión y salvaguardia son entendidas en términos alternativos— a una interpretación rígida que tiene la dificultad de restringir excesivamente las hipótesis típicas. Supone que solo la posición de gestión contempla poder jurídico, mientras que la de salvaguardia no. Pero también supone que todas las conductas en el marco de la gestión son del tipo en que se ejercen facultades de disposición sobre el patrimonio ajeno. Dicha interpretación presenta la dificultad de que no permitiría que fueran comprendidas por el tipo algunas conductas que, desarrolladas en el marco de la gestión patrimonial de una empresa, no consisten en abusos de poderes concedidos en la relación

---

<sup>127</sup> ROJAS (2023), pp. 5 y s.

<sup>128</sup> ROJAS (2023), p. 6.

<sup>129</sup> ROJAS (2023), p. 11.

externa. Piénsese en conductas que sobrepasan aquellos poderes, como cuando el administrador realiza una inversión o prohibida por el directorio, o la omisión de interponer una demanda).

Si aquello ocurriera, pasaría que la administración de un negocio complejo, como una sociedad anónima caracterizada por la gestión de su directorio (como en las hipótesis 4 y 5), solo podría reconocer como modalidad de comisión el restrictivo ejercicio de facultades de obligar o enajenar (abuso).

### **3.3. Consideraciones finales**

Como ya se ha planteado, entonces, la preocupación de Rojas por evitar replicar la falta de cualificación de la posición del sujeto activo en la hipótesis de abuso en Alemania, ya lo había resuelto el legislador nacional (si es que es correcta la lectura de la estructura planteada en este artículo). La estructura del tipo, a partir de la cláusula “tener a cargo”, ya asegura — como salvaguardia o gestión— una posición en los términos exigidos por Rojas. El costo de limitación del tipo que genera la configuración de los binomios no resultaría compensado por sus posibles beneficios.

Por lo mismo, parece más razonable entender que los modos conductuales de abuso e infidelidad, en tanto modos de ataque equivalentes (igualmente graves y cualificados), quedan suficientemente perfilados a partir de su descripción conductual diferenciada y su vínculo general con la cláusula “tener a cargo”, esto es, con la configuración de la posición de deber institucional del sujeto activo y que la alternativa de salvaguardia o la de gestión definan solo sus contornos y alcances.

Así, si bien en la posición de gestión la modalidad de abuso resulta más connatural, esto es, una conducta de ejercicio de potestades para obligar o enajenar, también la de infidelidad podría ser necesaria, en especial, cuando el patrimonio se tiene durante el poder de gestión, pero la lesión al bien jurídico no se produce por ejercicio del poder de disposición válido o eficaz (abuso), sino por otras acciones u omisiones desleales (infidelidad). Aquello permitiría que tipos de hipótesis de las agregadas a la introducción (caracterizadas por la lógica gestión/infidelidad) como la número 3 (omisión de invertir en la administración de fondos) y 4 (decisión que excede los poderes delegados) sí puedan ser abarcadas por el tipo si además concurren las demás exigencias típicas. A la inversa, en la posición de salvaguardia específica (sin gestión) y la modalidad de abuso, el rendimiento de aceptar perfilar el injusto a partir de ambas modalidades de ataque parece ser menor.

### **Conclusión**

El legislador nacional adoptó para el delito de administración desleal del artículo 470 N°11 CPCh una técnica específica que busca solucionar los déficits que antes había mostrado el delito de *Untreue* en el § 266 StGB alemán, en especial el de indeterminación de la posición del sujeto activo (su “*talón de Aquiles*”, según Schünemann<sup>130</sup>), lo que había explicado el

---

<sup>130</sup> SCHÜNEMANN (2008), p. 25.

desarrollo de criterios *ad hoc* expuestos por la literatura de dicho país y que luego han sido replicadas entre nosotros.

Del análisis estructural del tipo, se ha concluido que la incorporación de la cláusula general “tener a cargo” en el tipo nacional —que ya introduce la exigencia de un estatus normativo, de deber jurídico (fiduciario) en relación con el patrimonio— provee de un contenido específico y novedoso que resuelve la mayoría de los problemas de comprensión del tipo. En concreto, se concluye que el injusto típico —debido a la cláusula “tener a cargo”— no se configura en base a la infracción a normas de conducta con destinatarios abiertos o comunes que apelen al rol genérico de ciudadano sino a normas específicas e institucionales que apelan a un estatus especial del sujeto. Se ha concluido que dicha cláusula general exige la pertenencia del sujeto a un determinado sistema normativo dinámico, con deberes y expectativas muy diferentes, que obedece a cierta posición (o estatus) del sujeto activo y que supone competencia y deberes en favor del patrimonio.

Adicionalmente, la referencia explícita a la salvaguardia y la gestión como formas alternativas de “tener a cargo” crea un marco de referencia más amplio de competencias sobre el patrimonio que aquellos que se obtienen de los desarrollos propuestos por “el paradigma de la administración” de la doctrina nacional. Aun así, ni la hipótesis 1 ni la 2 resultan ser abarcadas por el tipo penal.

En definitiva, se concluye que, a partir de la estructura antes descrita, la relación específica entre la posición fáctica y jurídica de deber —concretada alternativamente en el marco de la salvaguardia y gestión— con los modos de conducta típicos es flexible (alternatividad), aunque no en cualquier caso compatible. Si bien los modos de ataque (abuso e infidelidad) pueden naturalmente asociarse como binomios en relación con las posiciones de gestión y salvaguardia, existen algunas hipótesis en que las características más importantes del ilícito se presentan de manera intercambiable.



## **Bibliografía**

- ABANTO, Manuel, (2019): “La ‘administración desleal’ como injusto punible en derecho comparado”, en: *Doctrina y Jurisprudencia Penal* (N° 39), pp. 3-49.
- AMBOS, Kai (2020): *Derecho Penal nacionalsocialista* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- ARNOLD, Stefan (2006): *Untreue im GmbH- und Aktienkonzern* (Centaurus, Herbolzheim).
- BEDECARRATZ, Francisco (2018): “El título de tenencia en la apropiación indebida: Una crítica desde la evolución Alemana”, en: MATUS, Jean; OLIVER, Guillermo; BEDECARRATZ, Francisco; VIDAL, Ivan; NAVARRO, Roberto (Compilador), *El delito de apropiación indebida* (Santiago, Editorial EJS), pp.39 y ss.
- BINDING, Karl (1896): *Lehrbuch des Besonderen Teils.*, Bd 1, 1ª ed. (Editorial Wilhelm Engelmann).
- BOFILL, Jorge; JELVEZ, Valeria; CONTRERAS, Sebastián (2019): “Consideraciones sobre el nuevo delito de administración desleal en el derecho chileno”, en: *Revista Derecho & Sociedad* (N° 52, Junio 2019), pp. 59 y 77.
- CONTRERAS, Lautaro; CASTRO, Álvaro (2023): “Sobre el injusto de comportamiento del tipo básico de administración desleal y el alcance de la locución “de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado” (art. 470 n° 11 inc. 1° del Código Penal)”, en: CARNEVALI, Raúl (Director), *Hacia un derecho penal liberal, Libro homenaje al profesor Carlos Künsemüller* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- CONTRERAS, Marcos (2019): “Intervención delictiva y administración desleal societaria”, en: *Doctrina y Jurisprudencia Penal* (N° 39), pp. 51-83.
- CUIF, Pierre-François (2007): “El conflicto de intereses. Ensayo sobre la determinación de un principio jurídico”, en: *Revista de Derecho Privado* (núm. 12-13, Universidad Externado de Colombia Bogotá), pp. 55 y 94.
- DUNKEL, Wolfgang (1976): *Erfordernis und Ausgestaltung des Merkmals Vermögensbetreuungspflicht im Rahmen des Mißbrauchstatbestandes der Untreue* (§ 266 I, 1. Alternative StGB), Bochum.
- FIGUEROA, Sebastián (2019): *Adscripción y reacción. Responsabilidad jurídica y moral desde una perspectiva interpersonal* (Madrid, Barcelona y Buenos Aires; Marcial Pons).
- GARRIDO MONTT, Mario (2010): *Derecho Penal. Parte Especial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo III.
- GRASSO, Manuel (2020): “Algunas consideraciones sobre la buena fe en el derecho romano”, en: ARANCIBIA, Jaime (editor), *La Buena Fe en el Derecho, homenaje a los 30 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes* (Chile) (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 537-567.
- GREEN, Stuart (2013): *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno* (Madrid, Barcelona y Buenos Aires; Marcial Pons).
- HART, Herbert L. A. (1968): *Punishment and Responsibility: Essay in the Philosophy of Law* (Oxford, Clarendon Press).
- HART, Herbert L. A. (2019): *Castigo y Responsabilidad, ensayos de filosofía del derecho* (Madrid, Marcial Pons).

- HÉRNANDEZ, Héctor (2005): “La Administración desleal en el derecho penal chileno”, en: *Revista de Derecho de Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. 1, núm. XXVI, Valparaíso, Chile), pp. 201-258.
- HÜBNER, Engelbert (1973): “Scheckkartenmißbrauch und Untreue”, en: *JuristenZeitung* (JZ), (28. Jahrg., Nr. 13), pp. 407-412.
- JAKOBS, Günther (2008a): “La privación de un derecho como delito patrimonial”, en: *InDret* (4/2008), pp. 1-18.
- JAKOBS, Günther (2008b): “Consideraciones sobre el lado subjetivo de la administración desleal”, en: JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; GÓMEZ JARA, Carlos; *La administración desleal de los órganos societarios* (Barcelona, Atelier), pp. 99-120.
- KARGL, Walter (2001): “Die Missbrauchskonzeption der Untreue (§ 266 StGB)”, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), (Vol.113, N°3, 2001), pp. 565-598.
- KINDHÄUSER, Urs (2017): “§ 266 Untreue”, en: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (eds.), *Strafgesetzbuch, 5ª edición* (Baden-Baden, Nomos).
- KRAUSE, María Soledad (2011): *Hacia un sistema unitario de responsabilidad y deberes de responder*. Manuscrito de tesis de doctorado, Departamento de Derecho (Universitat Pompeu Fabra, España).
- KUBICIEL, Michael (2005): “Gesellschaftsrechtliche Pflichtwidrigkeit und Untreuestrafbarkeit”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ), pp. 353-361.
- LABSCH, Karl (1983): *Untreue (§ 266 StGB). Grenzen und Möglichkeiten einer neuen Deutung* (Lübeck).
- LABSCH, Karl (1987): “Grundprobleme des Missbrauchstatbestands der Untreue (§ 266 Abs. 1, 1. Alt StGB)”, en: *Juristische Ausbildung*, pp. 343-352.
- LABSCH, Karl (1986): “Der Kreditkartenmißbrauch und das Untreuestrafrecht”, en: *Neue juristische Wochenschrift* (NJW) (3/1986), pp. 104-110.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2012): “La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales”, en: *Política Criminal* (Vol. 7, N° 14), pp. 357-377.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2018): “Apropiación y distracción indebidas. Una propuesta de reconstrucción unificadamente dualista del art. 470 N° 1 del Código Penal”, en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección* (Estudios Año 25 - N° 1), pp. 153-180.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2020): “La estructura típica de la administración desleal. Un enfoque contrastivo”, en: *En letra Derecho Penal* (Año VI, N° 10), pp. 31-53.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2022): “La infidelidad patrimonial como variante de administración desleal: una reconstrucción restrictiva”, en: *Revista de Derecho* (Valdivia) (Vol. 35 N° 2), pp. 297-316.
- MARTÍNEZ BUJÁN (2015): *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial, 5ª ed.* (Tirant lo Blanch).
- MATUS, Jean Pierre (2019): *Derecho Penal Económico. Escritos diversos* (Santiago, Editorial Olejnik).
- MAYER, Laura (2020): “La administración desleal como defraudación”, en: MAYER, Laura; VARGAS, Tatiana (coord.), *Mujeres en las ciencias penales. Una mirada desde el contexto jurídico chileno en las primeras décadas del siglo XXI* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 321-371.

- MAYER, Laura (2022): “Capítulo X. Delitos contra intereses patrimoniales”, en: RODRÍGUEZ, Luis (Director), *Derecho Penal, parte especial* (Valencia, Tirant lo Blanch), vol. II, pp. 391-564.
- MAURACH, Reinhart; SCHROEDER, Friedrich- Christian; MAIWALD, Manfred (1988): *Strafrecht, Besonderer Teil*, 7ª edición (C. F. Müller, Heidelberg).
- NAUCKE, Wolfgang (2015): *El concepto de delito económico-político, una aproximación*, (Madrid, Marcial Pons).
- NELLES, Ursula (1991): *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften Zugleich ein Beitrag zur Struktur des Vermögensbegriffs als Beziehungsbegriff*, (Band 52, XXXIV, Dunker & Humblot, Berlin, Alemania).
- NIETO MARTÍN, Adán (2018): *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, (Ed. Dyckinson, Madrid)
- NINO, Carlos S. (1991): *Introducción al análisis del Derecho*, 4ª ed. (Ariel, Barcelona).
- PASTOR, Nuria; COCA, Ivó (2016): *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código penal* (Barcelona, Atelier).
- PERRON, Walter (2019): “StGB § 266 Untreue”, en: SCHÖNKE; SCHRÖDER *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 30ª ed. (München, C.H. Beck).
- RAMÍREZ, Nicolás (2021): *El sujeto activo en el delito de administración desleal* (Montevideo y Buenos Aires, B de F).
- ROJAS, Luis Emilio (2009): “El tipo de la administración desleal en el Derecho penal alemán”, en: *Revista Penal* (Nº 23), pp. 138-171.
- ROJAS, Luis Emilio (2023): “Administración desleal: art. 470 n. 11 del Código Penal”, en: NAVAS, Iván; OXMAN, Nicolás (coord.), *Lecciones de Derecho Penal Económico chileno* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 303-326.
- ROSS, Alf (1975), *On Guilt, Responsibility and Punishment*, (University of California Press, California).
- SALIGER, Frank (2006): “Gibt es eine Untreuemode? Die neuere Untreuedebatte und Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung”, en: *Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht* (1/06), pp. 10-23.
- SALIGER, Frank (2016): “§ 266”, en: SATZGER, Helmut; SCHLÜCKEBIER, Wilhelm (eds.), *StGB Strafgesetzbuch Kommentar*, 3ª ed. (Colonia, Carl Heymanns).
- SCHÜNEMANN, Bernd (2005): “Die `gravierende Pflichtverletzung` bei der Untreue: dogmatischer Zauberhut oder taube Nuss?”, en: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, pp. 473-482.
- SCHÜNEMANN, Bernd (2006): “Der Bundesgerichtshof im Gestrüpp des Untreuetatbestandes”, en: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, pp. 196-203.
- SCHÜNEMANN, Bernd (2008): “El Tribunal Supremo Alemán en la maraña del tipo de la administración desleal”, en: JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; GÓMEZ JARA, Carlos (Coord.), *La administración desleal de los órganos societarios* (Ed. Atelier, Barcelona), pp. 123-148.
- SCHÜNEMANN, Bernd (2012): “Comentarios al § 266 StGB”, en: CIRENER *et al.* (coord.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12ª ed. (Berlín, Walter de Gruyter).
- SEIER, Jürgen (2015): “2. Kapitel Untreue”, en: ACHENBACH, Hans; RANSIEK, Andreas; RÖNNAU, Thomas (eds.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 4ª ed. (Heidelberg, C.F. Müller), pp. 722 y 811.
- STITCHKIN, David (2009): *El Mandato Civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo: “El marco de relaciones de confianza en la estructura del delito chileno de administración desleal”.

TIEDEMANN, Klaus (2012): Manual de Derecho Penal Económico, Parte Especial (Lima, Grijley).