

**El delito de administración desleal:
¿Un sistema de deslealtad o de riesgo de daño patrimonial?**

The crime of disloyal administration: a disloyal system or a risk of patrimonial damage?

Gonzalo García Palominos*
Profesor de Derecho Penal, Universidad de los Andes, Chile
Doctor en Derecho Penal (Freiburg, Alemania)¹
ggarcia@uandes.cl
<https://orcid.org/0000-0001-8559-4933>

Fecha de recepción: 30/10/2024
Fecha de aprobación: 17/06/2025

Resumen

El presente artículo analiza la tesis que sostiene que el injusto del delito de administración desleal del art. 470 N°11 CPch se funda en la infracción a un deber de tutela patrimonial que se puede infringir por cualquier acción u omisión ejecutada desde “dentro” que lesione el patrimonio, como si el deber fuera uno general y negativo de no lesionar; esto es, a partir del “riesgo prohibido” de perjuicio patrimonial. Luego de un análisis estructural y valorativo de las relaciones patrimoniales verticales, se concluye que el riesgo de lesión no es representativo por sí mismo de un injusto merecido y necesitado de pena. El delito de administración desleal del art. 470 N°11 CPch se concreta en un tipo de relación vertical especial muy cualificada y restringe su injusto solo a lesiones patrimoniales atribuidas a infracciones al deber especial de tutela, sea por abuso o ejecutadas de un modo manifiestamente desleal.

Palabras clave: relaciones verticales asimétricas, infidelidad patrimonial, administración desleal, abuso, riesgo de perjuicio patrimonial.

Abstract

This article analyzes the thesis that the crime of disloyal administration (art. 470 N°11 CPch) is based on the breach of a duty of patrimonial protection, that can be infringed by any action or omission executed from “inside” and that harms the patrimony of others, as if the duty were a general and negative one of not causing harm; that is, based on the “prohibited risk” of patrimonial damage. After a structural and evaluative analysis of vertical patrimonial

¹El artículo forma parte del proyecto Fondecyt Regular N° 1220411 del que el autor es investigador responsable. 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 la ayudante de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Chile), Catalina Paz Pavicevic, y a la profesora Teresa Aguirre por su colaboración en la revisión formal del texto.

relationships, it is concluded that the risk of harm does not constitute unjust enrichment that deserves punishment. The crime of disloyal administration under art. 470 N°11 CPch is crystallized within a highly qualified, specific type of vertical relationship. Its unjust is limited solely to patrimonial damages attributed to breaches of a special duty of protection, whether through abuse or manifestly disloyal conduct.

Key words: asymmetric vertical relationships, pecuniary unfaithfulness, embezzlement, abuse, risk of patrimonial damage.

Introducción

Uno de los grandes desafíos de la dogmática del delito de administración desleal, y en particular del tipo nacional del art. 470 N°11 del Código Penal chileno (CPch), consiste en determinar un “injusto penal” específico y característico que al mismo tiempo sobrepase el mero ilícito civil (o comercial) y manifieste con claridad su merecimiento y necesidad de pena. Aquel desafío se ve dificultado permanentemente por la confrontación en el derecho comparado y nacional de lo que para efectos didácticos se presentan como tres posiciones dogmáticas frente a este delito:

La primera entiende que este delito se caracteriza porque sus conductas son formas diferenciadas de deslealtad jurídica en ciertos ámbitos de relaciones de confianza calificadas e institucionalizadas (posición interna de tutela y lealtad) generadoras de un perjuicio patrimonial.² A dicha tesis le llamaremos el modelo de “la infracción calificada al deber de lealtad”. La segunda tesis³, en el otro extremo, defiende la idea generalizada de que este delito se explica por la lesión patrimonial producida desde una posición interna de control sobre objetos atribuidos al patrimonio ajeno o al patrimonio (“desde dentro”); vale decir, desde la detentación de un “poder” sobre el patrimonio ajeno y de cuidado respecto del bien, desprovista de consideraciones conductuales específicas⁴. Para esta, la diferencia con el delito de estafa radicaría exclusivamente en la posición en que se encuentra el sujeto activo (ataque desde dentro), de manera tal que ambos delitos se caracterizarían por ser una infracción general al deber de no dañar a otro. A esta tesis se le ha denominado antes modelo del injusto como “no lesionar”⁵.

Una tercera versión⁶, intermedia de esta última posición (más calificada), pone el acento en la posición del sujeto activo y en la infracción a los deberes administración patrimonial o, al menos, deberes generales reguladores de las decisiones de administración que surgen de la posición. Este modelo sí permitiría la subsunción en el tipo de administración desleal de hipótesis de emprendimiento de un riesgo adoptado por el administrador de una empresa en la medida que se infrinjan deberes procedimentales o deberes *de diligencia*. La posición de garantía con relación al patrimonio sería un paso relevante para compensar, desde dicha

² ROJAS (2011), pp. 119 y s.

³ Representante de esta tesis JAKOBS (2008), p. 8; SCHÜNEMANN (2008), pp. 30 y ss (cuestión que argumenta apoyándose en que el tipo penal alemán acepta relaciones de confianza puramente fácticas).

⁴ Un ejemplo en SCHÜNEMANN (2012). Una explicación de fondo véase en PASTOR/COCA (2016), p. 80 y 110; un análisis crítico MAÑALICH (2022), pp. 309 y s.

⁵ PASTOR/COCA (2016), pp. 110 y ss.

⁶ Un ejemplo en PASTOR/COCA (2016), pp. 110 y ss.

posición, la mera infracción a deberes de diligencia o societarios. Pero, también se cree que pueden solucionar los problemas de falta de merecimiento de pena si exigen una infracción grave – cuantitativa – a deberes de velar por el patrimonio ajeno en la administración. El efecto es que, así como puede captar hipótesis de deslealtad prototípicas también podría captar graves infracciones procedimentales, de mero cuidado o infracción a deberes negativos, aunque ejecutados en el contexto de la función de gestión, como el emprendimiento de riesgos “prohibidos”. A esta concepción se le ha denominado modelo de “deber de velar por el patrimonio ajeno”.⁷ De esta perspectiva, aunque menos cualificada, surge una nueva que deja de ser moderada y que entiende que, a partir de una concepción amplia de la accesoriedad al derecho privado – incluyendo deberes societarios que no cumplen el fin de protección del patrimonio –, se puede llenar de contenido el “deber de tutela” (en tanto deber general de la posición)⁸.

El presente artículo tiene precisamente como objetivo analizar la corrección o no de las versiones de dicha apelación al deber general (negativo) – sea en la versión de “no lesionar” o de “velar por el patrimonio ajeno” – y, por consiguiente, a la apelación al “riesgo prohibido” por quien es titular de deberes de tutela (diligencia y lealtad) o a la mera accesoriedad normativa general y neutra relativa a deberes organizativos de gestión (por ejemplo, societarios). En el fondo, se pregunta sobre si la sola posición de deber del sujeto activo y el contexto de administración en que se ubica la conducta – e, incluso, la exigencia más cualificada de relación entre el deber de velar y la función/facultad – es suficiente para configurar el injusto de este delito. Al mismo tiempo, tiene como objetivo identificar de qué modo el art. 470 N°11 CP provee de orientación y solución a estos problemas.

Concretamente, se propone el siguiente camino de análisis: primero (1.) se indaga en las formas de desvalorar interacciones en el ámbito patrimonial (y de solución a sus zonas grises) y concretamente en las relaciones verticales asimétricas con relevancia patrimonial. A partir de la sistematización y distinción de estas últimas, se propone una caracterización del delito de administración desleal. Luego (2) se propone un análisis estructural del delito, a partir de la comparación con modelos europeos (que influyen en la literatura nacional y que perfilan los elementos del delito de administración desleal del art. 470 N°11 CPch). Finalmente (3) se concluye a la interrogante principal de este artículo, proponiendo efectos sobre la interpretación.

1. CRITERIOS U ORIENTACIONES DE DESVALOR GENERAL PARA BIENES JURÍDICOS INSTRUMENTALES

1.1 Los delitos patrimoniales y la insuficiencia basal del riesgo patrimonial

Cuando el derecho penal desvalora conductas con relación a bienes inconmensurables, inalienables y personalísimos como la vida, el mero riesgo desproporcionado de acaecimientos de resultados lesivos o afectación a su sustancia material podría justificar perfectamente una norma de conducta prohibitiva (riesgo prohibido) e incluso fundamentar

⁷ PASTOR/COCA (2016), p. 111.

⁸ RANSIEK (2004) p. 662; SCHÜNEMANN (2008) pp. 45 y ss.; MAURER (2022) p. 46; SALIGER (2011) pp. 908 y ss. Véase GINOÛ (2020) p. 80.

en sí mismo un injusto penal (por ej., el homicidio). Aquello explica la existencia de delitos de resultado puro (resultativos) en delitos contra la vida o, por ejemplo, delitos culposos en ese ámbito de protección penal⁹. En cambio, en los delitos contra bienes alienables e instrumentales¹⁰, y mucho más en los delitos contra bienes patrimoniales de valoración económica, aquello es completamente insuficiente. No solo porque la sola sustancia de un bien material o el contenido económico de un bien individual no tiene un valor en sí mismo y su destrucción, afectación, utilización o desgaste no representa un desvalor social *per se*, sino porque, en la medida que este bien ha sido dispuesto institucionalmente y protegido en razón exclusiva de servir al libre desarrollo de su titular, el interés general por su protección depende de ciertas consideraciones sociales dinámicas asociadas al ámbito de libertad garantizado a su titular¹¹.

Con esto no se quiere decir que los riesgos a bienes inconmensurables deben ser siempre criminalizados, o que respecto a estos no se puedan exigir cualificaciones conductuales adicionales. Simplemente se pretende fijar como punto de partida del análisis, que la posible norma que obligue a evitar conductas que mermen el patrimonio ajeno o la que amenace con pena la lesión a un bien instrumental, debe estar sujeta a muchos más presupuestos, condiciones y contextos dependientes de la voluntad de su titular para alcanzar el merecimiento de pena, siendo insuficiente el mero riesgo genérico. Dichos presupuestos y condiciones no están fijados exclusivamente por un ordenamiento superior, sino por relaciones aceptadas por el titular o cesiones consentidas por este. En efecto, como señala Renzikowski, la autonomía privada no confiere al ciudadano la facultad de establecer normas de conducta, aunque sí, en ejercicio de su derecho, le reconoce y protege su ámbito de organización y configuración dentro del ordenamiento jurídico¹².

Así, entonces, los deberes en el ámbito patrimonial solo están reforzados penalmente de manera muy cualificada en un imprescindible interés general y son incorporados para proteger no solo la estructura normativa del ordenamiento jurídico¹³ (voluntad general expresada en la norma), sino especialmente al titular de un bien instrumental frente a las conductas o ataques de un tercero (destinatarios de la norma prohibitiva) que afecten su esfera de reconocimiento en el derecho; esto es, ya sea que desconozcan su subjetividad en la relación institucional con los bienes instrumentales individualizados (ataque a la propiedad), ya sea que le genere empobrecimiento injusto (ataque al patrimonio) de una *forma o modo* – como el engaño o el abuso – que afecta las condiciones o presupuestos individuales de interacción económica y social (individuellen Voraussetzungen)¹⁴. El interés general por la protección del bien individual por medio de normas de derecho público reforzadas penalmente, por ejemplo, la propiedad y los intereses patrimoniales, se debe a que su ejercicio depende de la garantía en su disfrute seguro frente a conductas absolutamente inaceptables. La elección de formas y/o modos conductuales específicos y cualificados permite, como se

⁹ Antes también BASCUÑÁN (2021), p. 104; en relación a su capacidad para fundamentar delitos patrimoniales como la administración desleal MAÑALICH (2022), pp. 309 y s.

¹⁰ BASCUÑÁN (2021), p. 81.

¹¹ GEERDS (1954), p. 262; BASCUÑÁN (2021), p. 81; IÑIGO (2022), p. 178; p. 183 y s.

¹² RENZIKOWSKI (2024), p. 79.

¹³ RENZIKOWSKI (2024), p. 79.

¹⁴ BRÄUNIG (2011), p. 51.

mostrará, que el derecho penal pueda superar el mero ilícito civil por incumplimiento contractual o por daños culposos, así como aquello que llamaremos *zonas grises*, esto es, ámbitos en que la merma económica o la frustración de fines generados a otro en una interacción social se producen en contextos en que no es posible *per se* identificar un desvalor merecido de pena.

1.2. Las zonas grises de las relaciones sociales en torno al patrimonio

Al adoptar el concepto de “patrimonio” como bien jurídico en delitos como la estafa o la administración desleal (e, incluso, en la apropiación indebida), el derecho penal toma del derecho privado una institución jurídica que ha sido desarrollada para servir como centro de imputación de las relaciones jurídico-económicas de las personas y que, en cuanto tal, representa i) la riqueza misma de un sujeto, ii) la capacidad para tener riqueza y ser sujeto de derechos y obligaciones (*Vermögensfähigkeit* der Person) e, incluso, iii) la potencialidad económica de un agente económico personificado y su capacidad para obligarse conforme a ella¹⁵.

Todas dichas perspectivas pueden ser diferenciadamente valoradas y protegidas por el derecho penal y de alguna forma explican las distintas teorías que se han desarrollado en torno al patrimonio (jurídica, económica, mixtas, personales, funcionales)¹⁶. Sin embargo, la vida económica basada en relaciones patrimoniales legítimas no permite sostener que la sola frustración del cumplimiento de fines o la sola pérdida económica del titular de un patrimonio representen un injusto *per se*. Como explica Díez-Picazo, en los negocios jurídicos patrimoniales se presentan actos de disposición y de transmisión de un derecho que son atribuidos al centro de imputación patrimonial, con efectos económicos positivos y negativos, aunque no siempre se den al mismo tiempo¹⁷.

Por lo tanto, una aproximación solo a partir del riesgo de daño o de empobrecimiento resultante es extremadamente gruesa y conduce a soluciones confusas o grises¹⁸. Cualquiera sea el tipo de relación de relevancia económica de que se trate, lo importante es que quienes se vinculan no dan nada “por seguro” y cuentan con que están creando niveles importantes de riesgo e incertidumbre, tanto en relación con las expectativas o fines como con los intereses económicos que ponen a disposición.

Estas características de las relaciones económicas explican que tanto el riesgo (*ex ante*) como la lesión patrimonial (*ex post*) requieren, entonces, de especiales formas expresivas del ataque que concreten un injusto merecido y necesitado de pena.

Así, en las relaciones “horizontales” entre contratantes, los riesgos de negociar con una contraparte que legítimamente aspira a enriquecerse y puede producir eventualmente un

¹⁵ OTTO (1970), p. 37.

¹⁶ Tratado con profundidad en nuestro país, véase BASCUÑÁN (2004), p. 295; SCHLACK (2008), pp. 263 y ss; MAYER (2018), pp. 30 y ss. KINDAHÄUSER (2002), pp. 43 y ss.

¹⁷ DÍEZ-PICAZO, p.89 y ss.

¹⁸ También véase FEHLING, FAUST, RÖNNAU, pp. 23 y s.

empobrecimiento en el titular del patrimonio son también perfectamente legítimos y no se pueden atribuir como injusto a la contraparte que los causó. Como señala Arzt, en un sistema económico de mercado competitivo, resulta absolutamente legítimo el aprovechamiento y explotación del conocimiento, la astucia, la velocidad (agilidad), entre otros, que conduce a que otros participantes en el mercado pierdan sus ventajas y poder de mercado y, por lo tanto, sufran pérdidas patrimoniales¹⁹.

En estas relaciones cada parte es competente por su propia esfera de organización de sus propios intereses y de los riesgos que crea (sus propias decisiones y evaluaciones), pero es competente —por deber negativo general— de no crear un riesgo de orientación entre los *partners* de la comunicación²⁰ que afecte la “potencia voluntativa” de la persona que es contraparte²¹ y que le genere empobrecimiento patrimonial. Aquello se produce en la instrumentalización de otra subjetividad (persona) en una interacción, en que se busca producir una afectación en el sentido de la realidad —se afecta la “potencia voluntativa” de una persona²²—, no necesariamente el conocimiento fáctico, sino el sentido de la acción²³. Precisamente es lo que sucede en el delito de estafa en que, a modo de ejemplo, el desvalor de las conductas no se funda en que una de las partes en la comunicación cree un riesgo de perjuicio patrimonial, solo por el hecho de que induzca a la contraparte a adoptar decisiones y disponer patrimonialmente con posibilidad de afectación negativa del patrimonio y así obtener un enriquecimiento²⁴. Una forma de constatar valorativamente lo anterior es identificar en la estafa una especie de autoría mediata en que el autor instrumentaliza a la víctima (“...quien dispone se comporta como un instrumento en error.”)²⁵.

Para las relaciones verticales —nombre que le daremos a las relaciones de colaboración y asociativas— el aspecto relacional de la ejecución del negocio está caracterizado por interacciones económicas asimétricas en que una parte debe emprender riesgos para sus intereses como consecuencia de poner en el ámbito de *control fáctico*, del *poder jurídico* y de *organización*²⁶ de un tercero, sus bienes, derechos o facultades (o crear obligaciones que recaen en el primero) y patrimonios (cede su ámbito de organización patrimonial), como medio para alcanzar un objetivo o como fin del negocio (ceder el uso).

Aquel riesgo que debe asumir el titular para alcanzar sus objetivos económicos o de otra índole es una condición necesaria de muchas interacciones económicas y, sin embargo, supone la posibilidad de autorizar también a un tercero la creación de riesgos respecto a dichos bienes o patrimonio entregados, encomendados o confiados (por ejemplo, en la administración de negocios) o la contingencia de la incapacidad de devolver lo recibido. En

¹⁹ ARZT/WEBER (2000), § 11, nm. 7.

²⁰ PAWLIK (2008) p. 37

²¹ SÁNCHEZ-OSTIZ, pp. 51 y s; JAKOBS (2008), p. 4.

²² SÁNCHEZ-OSTIZ, pp. 51 y s.

²³ SÁNCHEZ-OSTIZ, pp. 51 y s.

²⁴ PAWLIK (2008) p. 37

²⁵ JAKOBS (2008), p. 4.

²⁶ Antiguamente URE (1943), p. 67, hablaba en relación con la apropiación indebida (relación con un bien) de “esfera de custodia” y la distinguía de la más genérica esfera de actividad.

estas relaciones privadas, recae sobre el agente un tipo de responsabilidad, basada en la justicia conmutativa, consistente en hacerse cargo los posibles daños causados por infracción a deberes de agencia o de tutela²⁷: deberes de diligencia y de lealtad. Se trata de un modelo preventivo de responsabilidad que apela a un nivel de abstracción que permite adecuarse a distintos contextos organizativos y que concreta otros deberes de gestión, de informarse, de investigar, de vigilancia, de transparencia y procedimentales, etc.²⁸.

¿Qué justifica que la infracción a obligaciones privadas se conviertan en una limitación de la libertad en interés general? ¿cuál es la diferencia entre las obligaciones contractuales, los deberes civiles y los deberes cuyas infracciones son captadas por el tipo penal de administración desleal? ¿Dónde radica el injusto penal en las relaciones verticales como en el delito de apropiación indebida o la administración desleal?

La búsqueda de dichas razones a partir de criterios clásicos se encuentra con dos dificultades iniciales. La primera radica en que en estas relaciones verticales asimétricas no se presentan las clásicas afectaciones a las formas de libertad (volición y voluntariedad) ni a los presupuestos para ejercerla (engaño). La segunda radica en que el ataque “desde dentro” presenta características muy disímiles según el tipo de relación patrimonial, ya que estas tienen distinto contenido, naturaleza y funcionalidad. En este ámbito, no es correcto sostener que la sola entrega de bienes o cesión de facultades a un tercero lo hace competente en la esfera de organización patrimonial del principal. En lo que sigue, y a partir de la descripción de la extensa variedad de relaciones verticales asimétricas, debemos determinar cuáles son las posibles razones para que surja un “interés general” (más allá de las obligaciones privadas) y que justifiquen la prohibición y protección penal, en especial del delito de administración desleal.

1.3. El ámbito relacional “prototípico” de la administración desleal y su perfilamiento típico (modelos de tipificación)

1.3.1 El problema de las relaciones verticales asimétricas

A partir de ciertas distinciones que provienen del derecho romano y que apelan a la estructura de riesgo o peligro en el ámbito relacional, el derecho privado ha distinguido dos tipos de relaciones verticales asimétricas en los negocios: *grupo 1. Negocios fiduciarios y grupo 2. Negocios de mera confianza*²⁹.

A estos grupos adicionaremos otro con relaciones que se caracterizan por la sustitución de la confianza personal por una institucional u organizativa y la adición del solo control fáctico y material. Es el grupo que llamaremos *3. Negocios de confianza institucional*. También se agregará otro caracterizado por crear una dependencia asimétrica por la transferencia del control fáctico sobre la cosa y que llamaremos *4. Relación obligacional de mera tenencia*. Finalmente, añadiremos una especial forma de creación de una relación vertical: *5. las*

²⁷ LLEVOT (1996), p. 49.

²⁸ LLEVOT (1996), pp. 54.

²⁹ JORDANO, pp. 13 y ss; GARRIGUES (1976), p. 21.

relaciones de transferencia de la propiedad de cosas fungibles y/o consumibles, con cargo de restituir.

Los negocios fiduciarios (grupo 1)³⁰ son aquellos en que el fiduciante “transfiere” definitivamente la propiedad sobre la cosa o un derecho al fiduciario para que este realice un fin de administración (como una gestión de negocio) o garantía (como una prenda), que no exige esa transmisión definitiva a un tercero³¹. La estructura de riesgos consiste en que el fiduciante coloca al fiduciario en una ventaja posicional evidente —le transfiere la propiedad— y crea una dependencia “desproporcionada” de sus intereses con respecto al cumplimiento de la obligación por parte del fiduciario. Se trata de una relación desproporcionada si se analizan y comparan los fines perseguidos y medios utilizados, ya que el objetivo final no es transferir el dominio (solo es un medio necesario), sino la gestión de un interés en favor del principal³². El riesgo privado de estos negocios radica tanto en la falta de coacción jurídica que sirva de contrapeso a la titularidad *erga omnes* con relación al bien como al patrimonio del fiduciario³³. Modernamente, se reconoce la particularidad de que en estos contratos el fiduciario reconoce “la propiedad ajena” (derecho a recuperar la cosa “como propia” del fiduciante), según la relación interna el fiduciante/fiduciario, sin perjuicio de que ha traspasado el poder y el reconocimiento jurídico para la relación externa (una especie de simulación).

La forma de afectar los intereses del fiduciante es por medio de una conducta del fiduciario que lo ubique en la imposibilidad de devolver la propiedad al fiduciante, ya sea enajenando un bien (*res* fiduciaria) o contraviniendo de otro modo el pacto (*pactum fiduciae*)³⁴, administrando incorrectamente los propios bienes, lo que lo pone en la situación de *incumplir con la restitución de la titularidad sobre la cosa*, desconociendo que en la relación interna simulada normalmente (fiduciante y fiduciario) se ha pactado mantener el reconocimiento de la propiedad en el primero. Este tipo de relaciones no se basan necesariamente en la confianza.

Los negocios de mera confianza (grupo 2) son negocios en que se crea una relación meramente personal de confianza (basada en la lealtad u honestidad personal) que sirve de base fáctica para que una parte le encargue y “confíe” a la otra bienes, patrimonio y facultades —esto es, en mera tenencia o propiedad— para alcanzar un objetivo en favor del primero o un fin común. Estos negocios se caracterizan porque la relación entre las partes no está dominada por la oposición de intereses (como en las relaciones horizontales en negocios de intercambio, en que cada parte vela por su interés), sino por la fusión de intereses (como negocios de cooperación, por ejemplo, la sociedad) y/o la representación de intereses ajenos (el principal confía un interés propio en otro, en administración o comisión)³⁵. Según explica

³⁰ Estas estructuras de negocios han sido reconocidas en nuestro país. Véase al respecto, Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 2 de marzo de 2020, Rol N° 2131-2018, y la sentencia de la Corte Suprema de fecha 4 de mayo de 2023, Rol N° 69.820-2020

³¹ JORDANO (1959), p. 12; GARRIGUES (1976), p. 19

³² JORDANO (1959), p. 75.

³³ JORDANO (1959), p. 25.

³⁴ JORDANO (1959), p. 12.

³⁵ JORDANO (1959), p. 12.

Jordano, en estas relaciones, el peligro es consecuencia de la amplia libertad del depositario de la confianza. El fundamento del abuso, en este caso, está radicado en el aprovechamiento (abuso) de la posición y en el incumplimiento de la expectativa de que el encargo sea ejecutado o “sea concluido” en interés del principal³⁶. El único contrapeso estructural se funda en la construcción previa de una relación de confianza informal y meramente personal. La clasificación de estos dos grupos de negocios anteriores (fiduciario y de mera confianza) no es excluyente, por lo que perfectamente pueden presentarse negocios fiduciarios que podrían ser (o no), al mismo tiempo, negocios de confianza. Así, negocios fiduciarios (*cum amico*), como la administración, son negocios de confianza³⁷; en cambio, los de garantía (por ejemplo, la prenda), en que los intereses están dispuestos en favor del retenedor, no lo son³⁸.

A estas relaciones se pueden adicionar otras basadas en la “confianza institucional u organizacional” (grupo 3) que crean una relación funcional vertical de dependencia en que un sujeto (el principal), para facilitar que un tercero asuma el lugar del titular en la persecución de un objetivo o custodia de bienes, pone a su cargo bienes, un patrimonio y facultades de disposición de este, lo que queda bajo la tutela del agente (custodia/salvaguardia, administración o gestión). El patrimonio o la propiedad, entonces, son entregados para su custodia (ser resguardado frente a terceros) o para ser gestionados y ser usados para alcanzar ciertos objetivos fijados por su titular/principal y que pueden recaer en terceras personas.

El derecho angloamericano —a partir de una extensiva generalización, “uso excesivo de la analogía y la metáfora”³⁹, de la categoría romana del negocio propiamente fiduciario— ha utilizado el concepto “relación fiduciaria” para un grupo más amplio de negocios de la que surgen vínculos especiales de confianza⁴⁰, no limitada al negocio fiduciario. En cualquier caso, como señala Barros, el uso técnico del término entre nosotros debe ser expresivo de relaciones en que surgen obligaciones calificadas de lealtad⁴¹.

En estas relaciones de confianza —*con o sin transferencia de dominio* o de potestades sobre el patrimonio— se presenta la particularidad, sustantiva para nuestro análisis de búsqueda de un interés general, de la creación por parte del principal o por la ley *de un estatuto* que instala al agente “en” la esfera de organización del principal ya sea patrimonial de la que surge el deber de tutela y lealtad, ya sea específico en relación con un bien, del que surge un deber de custodia especial. El riesgo —riesgo de agencia— radica en la posibilidad de deslealtad, en la medida en que de alguna forma el agente asume no solo el deber de tutelar los bienes o patrimonio ajeno, sino además de utilizar dicho poder en exclusivo beneficio del principal (o de objetivo trazado por este), por lo que se convierte en

³⁶ JORDANO (1959), p. 12.

³⁷ GUZMÁN BRITO (2014), pp. 120 y ss.

³⁸ GUZMÁN BRITO (2014), pp. 120 y ss.

³⁹ MUNDÓ (2020), p. 11.

⁴⁰ MUNDÓ (2020), pp. 8 y ss.

⁴¹ BARROS (2021), p. 453.

garante de dicha voluntad⁴². Por lo tanto, para dar una posibilidad de eficiencia funcional a este tipo de relaciones verticales, el derecho ha creado instituciones o ha reconocido y regulado relaciones basadas en posiciones de competencia jurídica específicas del sujeto, que se caracterizan no solo por el deber de tutela —institución de la tutela— con relación al bien jurídico ajeno (patrimonio), sino esencialmente por la lealtad entre principal y agente.

El grupo de relaciones verticales asimétricas (grupo 4), el más precario y amplio, se caracteriza por el solo hecho de agrupar interacciones en que el titular del bien específico traspasa a un tercero el control fáctico sobre este (mera tenencia) y en que surge el deber del receptor de una vez cumplido el objetivo y obligación (sea en favor de titular o del mero tenedor) restituirlo a su titular, sin que surja o cree una relación de confianza. Esto es, el traspaso de mera tenencia no se basa en la fusión de intereses ni se inserta al agente en el ámbito de organización del titular. Aquí es perfectamente posible que se esté frente a relaciones en que cada parte vele por sus intereses (incompatibles entre sí), o que el detentador de la cosa no sea titular del deber de tutela sobre el bien (en el sentido de que el traspaso configura el deber de procurar bienestar sobre el mismo bien en lugar del principal), pero que el control material de un bien se mantenga bajo el poder del tercero que no es su titular. Prototípicos son el arrendamiento, el mutuo o el comodato⁴³. En esta constelación, el desvalor de las conductas está radicado en el desconocimiento de la entrega o en la retención y no restitución del bien en los términos acordados (deber puramente negativo).

Se debe advertir que existen algunas de estas relaciones caracterizadas por la entrega de la mera tenencia de uno o más bienes, pero que eventualmente pueden ser creadas con base en “actos” de confianza personal, como en el depósito regular gratuito⁴⁴. Sin perjuicio de ello, aquello no convierte estos contratos en negocios de confianza (grupo 2 y 3), menos aun cuando se trata de un contrato oneroso, ni sus deberes en “fiduciarios”. Salvando lo anterior, el depósito de cosa corporal mueble infungible tiene una estructura especial que también lo diferencia de otros de mera tenencia. A diferencia del arrendamiento, la prenda o el comodato, este se caracteriza no solo porque el titular entrega el control material sobre el bien, sino también porque confía la custodia a un tercero (depositario) en favor del primero (depositante).

Si bien este negocio asimétrico no hace surgir deberes fiduciarios (en sentido estricto), sí surgen deberes de salvaguardia y custodia, de contenido flexible, pero que tienen como esencia la obligación de mantener “en la esfera de influencia del depositario” la cosa y sustituir al titular “en la preservación de su integridad física y económica”⁴⁵; esto es, tiene como función “preservar la situación posesoria” del titular respecto a la cosa⁴⁶ o de mantener

⁴² 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/SCHROEDER/MAIWALD (1988), § 45, nm. 11.

⁴³ Véase sobre títulos de tenencia en URE (1943), ss. 199 y ss.

⁴⁴ URE (1943), p. 231.

⁴⁵ DÍEZ SOTO (1995), p. 69.

⁴⁶ DÍEZ SOTO (1995), p. 63.

“el *statu quo* de la cosa”; esto es “la diferencia esencialmente de una actividad de gestión o administración”⁴⁷.

De alguna forma, la administración —que sí es un negocio de confianza— comparte con el depósito el hecho de que acá también es insertado el tercero en la esfera de organización de la víctima (aunque, en relación con el bienes específicos), aunque de manera limitada y específica. Solo que, en el caso del depósito, el titular no cede *su posición en la gestión de sus relaciones patrimoniales o parte de estas*, incluyendo la representación de su voluntad *tácita o expresa* en la instrumentalización del patrimonio, sino que solo cede la custodia específica o salvaguardia en relación con uno o más bienes (art. 2211 CC: “se *confía* una cosa corporal”). Dicha custodia de la cosa confiada se concreta en deberes de vigilancia, en cuya concreción tiene cierta autonomía, y deberes de conservación (garante de protección)⁴⁸.

El último grupo de relaciones verticales asimétricas (grupo 5) se caracteriza por la transferencia de la propiedad de cosas fungibles y/o consumibles, con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad. Es el caso de lo que ocurre en el mutuo o en préstamos de bienes fungibles y consumibles (art. 2196 CC.) o el depósito irregular de dinero (art. 2221 CC).

Es necesario emprender análisis diferenciados de dos subgrupos, ya que exhiben estructuras distintas: el primero, ejemplificado por el mutuo, constituye una transferencia de la propiedad (título translativo de dominio) de la que no surge la obligación de conservar la cosa o salvaguardarla, sino solo de restituir igual cantidad de las cosas, del mismo género y calidad en la forma convenida. Si bien se trata de una relación vertical asimétrica, en la medida que existe transferencia de bienes y crea un crédito en favor del titular, no se trata de una interacción patrimonial basada en la confianza del que se ceda un marco de organización patrimonial ajeno y del que surja un deber fiduciario o de tutela especial de los bienes, por lo que el riesgo radica en el mero incumplimiento de la restitución o la imposibilidad sobreviniente de cumplir la obligación. En gran parte, se trata de un problema de relevancia civil.

El segundo grupo, ejemplificado aquí por el depósito irregular, se caracteriza porque los bienes son recibidos por un título translativo de dominio —cuestión no querida, pero que es inevitable como consecuencia de la propia naturaleza de los bienes— pero en que surge un deber de custodia “especial”, lo que genera el mismo efecto que el depósito regular (custodia en propiedad)⁴⁹. Si bien expresamente el art. 2221 CC presume que se permite al depositario emplear el depósito de dinero —no se refiere a otros géneros—, el depositario asume no solo el deber civil de “restituir otro tanto en la misma moneda”, sino también un deber de custodia especial (de garante de protección) respecto a “lo recibido”.

⁴⁷ DÍEZ SOTO (1995), p. 69.

⁴⁸ DÍEZ SOTO (1995), pp. 166 y ss.

⁴⁹ ARANGIO-RUIZ (1986), p. 347 y s.

Así, entonces, a pesar de que dicha presunción de uso es consecuencia de que el depositario se hace dueño de lo recibido (que se mezclan con otras suyas o de terceros) y el depositante se convierte en acreedor de la suma de dinero entregada, no lo es bajo el mismo estatuto del mutuo. En efecto, en el depósito irregular el depositario asume el deber de salvaguardia de los bienes depositados, que normativamente supone mantener “en la esfera de influencia del depositario” —en un sentido jurídico y económico— una misma cantidad de bienes y mantener un *tantundem* equivalente⁵⁰, así como su integridad económica, garantizando la situación de control respecto a los bienes y de disposición inmediata frente a la solitud de restitución del depositante.

Por lo tanto, a diferencia del mutuo o crédito, en la medida que acá surge un deber de tutela adicional, limitado a la custodia con relación del *tantundem* equivalente, entonces, la disposición dolosa sin mantener un equivalente u organización defectuosa de los patrimonios custodiados (sin mantención en la esfera de influencia del depositario una misma cantidad) se aproxima a una forma de “desconocimiento de la subjetividad del titular”. En su dimensión de sentido social y valorativo no opera solo como una infracción obligacional o como merma a la riqueza de otro, sino que es equivalente a comportarse como señor y dueño de bienes ajenos.

1.3.2. Primera conclusión, sobre la estructura de las relaciones verticales asimétricas

Si bien en todas las relaciones revisadas parece “confiarse” un bien, un patrimonio o facultades a un tercero, en el sentido metafórico de crear una asimetría por traspasar algún tipo de poder a la otra parte, el interés general por la protección y las razones de la desvaloración no son homogéneas.

Por su capacidad para exhibir sus diferencias, proponemos observar las siguientes estructuras relacionales de las que se pueden identificar distintas posibles valoraciones:

i. Primer grupo de relaciones en que el titular transfiere en propiedad dinero o bienes *especificados* a un tercero para que este los use o para que garantice otra obligación (por ejemplo, el mutuo y la prenda). Aquí, el objetivo del contrato nunca coincide con la transferencia del dominio, por lo que esta es solo una necesidad y/o consecuencia de la naturaleza del bien. Sin perjuicio del riesgo de incumplimiento obligacional que puede afectar el patrimonio, estas constelaciones solo muestran relevancia civil.

ii. Segundo grupo de relaciones en que el titular cede al ámbito de organización del tercero el “control material” de bienes muebles o inmuebles específicos (con posible autorización de su uso y aprovechamiento de los frutos), con cargo a su restitución o entrega (como en el arrendamiento o el comodato). El riesgo de estas constelaciones radica en el posible aprovechamiento o prevalencia de la posición de mero tenedor que asume el control material del bien; este estatus le facilita asumir ilícitamente una posición de señor y dueño, que desconoce la recepción, que consume el bien definitivamente, que no restituye lo recibido o

⁵⁰ HUERTA de SOTO, p. 15.

no lo entrega con voluntad de entregar a otro tercero, o con “desconocimiento de la subjetividad del titular” de cualquier otra forma.

iii. En el tercer grupo de relaciones el titular confía, total o parcialmente, que un tercero se ubique en su *ámbito de organización patrimonial*, ya sea cediendo su posición de custodia/salvaguardia sobre intereses patrimoniales, un patrimonio o parte de él (como en el depósito regular e irregular) y/o en el de la gestión de sus relaciones patrimoniales (como en la administración). Como compensación de la desigualdad de posiciones y el riesgo que asume el titular, el derecho hace surgir ciertos deberes especiales. En algunos casos, estos deberes son de garante de protección (custodia especial) y en otros, de lealtad y cuidado sobre bienes o patrimonio.

En estas relaciones de confianza, el abuso puede ser de dos tipos: uno general, relativo al abuso de la prevalencia de la posición material, y otro especial, de abuso de confianza, por infracción de los deberes de cuidado y/o lealtad en el ejercicio de la función. En la hipótesis de prevalencia de la posición material, las conductas desvaloradas podrían estar referidas al desconocimiento de la subjetividad del titular en su relación directa y particular con un bien identificable o a cualquier conducta que afecte el centro de imputación patrimonial que se encuentra bajo su tutela.

iv. El cuarto grupo de relaciones es aquél en que el titular cede a un tercero *facultades* que permiten comprometer su patrimonio como medio colaborativo para ejecutar o garantizar un negocio, sin ceder poder material sobre bienes ni crear un deber de tutela especial sobre el patrimonio ni ubicar al tercero en su marco organizativo del patrimonio. No obstante, el ejercicio de la facultad facilita utilizarla en contra de su interés u otro que esté bajo el amparo del titular. Dicho desequilibrio hace surgir un deber de lealtad, que explica el desvalor de la conducta, aunque sin deber de tutela sobre el patrimonio ajeno.

1.3.3 Segunda conclusión, sobre las (des)valoraciones posibles

Si se observa detenidamente, las características de estas relaciones sugieren que existen tres niveles distintos de valoración posible:

Un *primer nivel (i)* está relacionado con los problemas o conflictos de reconocimiento de la subjetividad del titular de bienes en el ámbito en que este cede el control de estos al ámbito de organización de un tercero, sean o no de confianza, lo que podría verse expresado en la lesión de la propiedad o también del patrimonio. El centro de la valoración y protección está en el reconocimiento de la relación del titular con los bienes cedidos (incluye, bienes fungibles determinados en cantidad y calidad, representados en un crédito). Solo de manera adicional, y en el ámbito del cumplimiento de las obligaciones contractuales, es posible identificar desvaloraciones a conductas vinculadas con el descuido o falta de cuidado en la custodia de los bienes objeto de la cesión del control.

Un *segundo nivel (ii)* está asociado con la cesión en confianza a un tercero de un marco de organización patrimonial propio. El centro de la valoración y protección principal está radicado en la asunción de una posición o de un rol en relación con la “organización

patrimonial” del principal y en la lealtad de asumir en lugar del principal su representación y la búsqueda de un objetivo. Aquí existe un ámbito de desvaloración secundario vinculado con las obligaciones civiles y deber de cuidado en el cumplimiento de la función.

Finalmente, un *tercer nivel (iii)* se caracteriza porque se confía solo una “facultad” limitada a un tercero que, eventualmente, puede afectar patrimonialmente al titular o un tercero. El centro de la valoración y protección no está radicado en algún deber de que surja por haberse recibido bienes o interés patrimoniales a un tercero (salvaguardia, custodia, tutela, etc.), sino en la posibilidad de que una deslealtad en el ejercicio de la facultad (mandato) lesione el patrimonio del titular o de un tercero.

Del cruce entre la estructura relacional y el nivel de valoración, es posible identificar no solo la característica esencial del injusto penal del delito de la administración desleal, sino la diferencia con otros tipos penales caracterizados por ser “ataques desde dentro”, como se demostrará.

1.3.4. Tercera conclusión, sobre la administración desleal:

A partir del análisis de las estructuras relacionales y niveles de valoración antes desarrollado, es posible resolver al menos cuatro interrogantes sobre el delito de administración desleal.

i) Una primera duda que puede ser despejada a partir de un análisis de los tipos penales de administración desleal del derecho comparado⁵¹ es que la administración desleal está ubicada en la estructura de relaciones del segundo grupo (punto 1.2.2. de la primera conclusión) y se desarrolla en torno a un tipo de valoraciones propias del segundo nivel valorativo (punto 1.2.3. de la segunda conclusión).

Esto es, se enmarca i) en negocios y/o relaciones de confianza institucional y organizativa en que ii) un sujeto cede algún aspecto del marco organizativo sobre su patrimonio a iii) un tercero que por razones de salvaguardia, asociativas, colaborativas o por razones de representación (agencia) debe perseguir intereses y objetivos patrimoniales delegados⁵², por lo que se constituye, como contrapartida, una posición de lealtad (deber fiduciario) en el cumplimiento de la función en relación al titular del patrimonio o los fines dispuestos por él. El solo hecho de recibir un bien con cargo a devolverlo es insuficiente para alcanzar el tipo de relación comprendida por la administración desleal. Se trata de la creación de un estatuto que ubica al agente en el ámbito de organización patrimonial del principal⁵³. En efecto, estas relaciones no solo facilitan el ataque al patrimonio —utilizando la metáfora de *Binding*⁵⁴, por ser cometido “desde adentro”—, sino que crean para el sujeto un *deber funcional de tutela* para con un objeto – en este caso, su marco de organización patrimonial - y de lealtad para con el titular o principal y el objetivo por el trazado. Se trata de deberes que, como señala

⁵¹ GARCÍA CAVERO (2020), pp. 153 y ss.

⁵² GINO (2020), pp. 69 y ss

⁵³ GINO (2020), pp. 69 y ss; se observa un análisis semejante en nuestro país en MENANTEAU y SAZO (2021), pp. 57 y ss.

⁵⁴ BINDING (1896), p. 397.

Ginou, se ponen como contrapartida a que el agente esté insertado en la esfera de organización patrimonial de la víctima (titular del patrimonio)⁵⁵.

ii) Una segunda duda que puede ser despejada es el tipo de ilícito que lo caracteriza, en tanto delito de fraude por abuso de confianza.

El deber de tutela es el conjunto de deberes provenientes de una posición del mismo nombre y que tiene un amplio desarrollo histórico en el derecho chileno. Este consiste en asumir, en lugar del titular, su posición en la protección y/o el bienestar de un objeto o asistencia de un sujeto, ante la necesidad de recurrir a un tercero o la imposibilidad del titular⁵⁶. La apelación a la infracción al deber de tutela, por lo mismo, es extremadamente genérico ya que apela a todos los deberes generales que gobiernan la posición, incluyendo los funcionales. El deber de tutela sobre el patrimonio ajeno comprende, entre los deberes más sustantivos de la relación y más intensos, el deber de cuidado y el deber de lealtad, esto es, esencialmente el compromiso adoptado o impuesto de actuar conforme al marco de la delegación (fin u objetivos) y “de actuar lealmente en lugar del titular y en su mejor interés/en el mejor interés de este”.

El deber de lealtad deriva de la posición de tutela y se expresa, a diferencia de las obligaciones meramente contractuales (de dar, hacer o no hacer), en el deber de mantener “a firme” el “vínculo principal”, cualquiera sea la contingencia o el interés alternativo que se presente⁵⁷. Por tanto, mientras el sujeto salvaguarda o gestiona el patrimonio del principal, surge el deber tanto de actuar en el marco de lo autorizado como de actuar lealmente conforme con los mejores intereses de un individuo o causa encomendada⁵⁸. Por cierto, dicho vínculo se mantiene “a firme” en la medida en que el patrimonio se utiliza para “los fines cedidos” o utilizando los medios ordenados, o cuando, ante distintas orientaciones de acción con intereses diversos (incluyendo intereses propios o de terceros), se opta por el interés del representado, evitando conflictos de interés o instrucciones de terceros⁵⁹. Para Easterbrook y Fische, este deber además tiene una importancia funcional en los negocios de este tipo, ya que sustituye la imposibilidad de que se puedan establecer todos los compromisos específicos contractualmente, por lo que funcionalmente el agente asume una obligación de fidelidad “en pos del objetivo y la obligación de cuidado en su desempeño”⁶⁰.

Así entendido, los aspectos que resultan ser especialmente desvalorados, a la inversa del contexto relacional de la estafa⁶¹, radican en la relación vertical de dependencia basada en la confianza específica que se vincula con el deber de tutela del patrimonio ajeno; y con el deber de lealtad que surge en razón de convertirse el agente en garante de la voluntad del principal

⁵⁵ GINOU (2020), pp. 69 y ss

⁵⁶ Correctamente MENANTEAU y SAZO (2021), pp. 58 y s.

⁵⁷ GREEN (2013), p. 147.

⁵⁸ Entre nosotros para el delito en estudio MAÑALICH (2020), p. 42; CONTRERAS/CASTRO (2023), pp. 2 y ss.

⁵⁹ FERNÁNDEZ CASTEJÓN (2019), p. 20.

⁶⁰ EASTERBROOK y FISCHER (2001), p. 270

⁶¹ Crítica similar en KINDHÄUSER (2004), p. 709 y ss.

en la disposición de su patrimonio (ámbito de organización patrimonial). Se trata de formas virtuales e indirectas de afectar la decisión basada en la voluntad libre del titular en el ejercicio del desarrollo de su personalidad —ámbito de organización patrimonial— en un espacio determinado.

Todo lo anterior explica también que no se trate, como teme Jakobs, solo de una protección penal de los acuerdos contractuales o de meras regulaciones legales asociativas⁶², o que tampoco se trate de un delito configurado a partir de la mera infracción a un deber negativo general de no dañar, sino uno de dañar infringiendo el deber especial de lealtad y de abuso de la posición que surge de una relación de confianza especial.

La inclusión de deberes civiles de diligencia como parte de los deberes de tutela es compleja, ya que su verdadera ubicación lo es en las reglas de desempeño de la función concreta de la gestión, administración u otra.⁶³ Estos estatutos se construyen en estos ámbitos privados con base a dos regímenes posibles: los estatutos jurídicos de responsabilidad y las salvaguardias de mercado (normas de incentivo).⁶⁴ La primera tiene como objetivo servir de prevención frente a la carga de reparar los daños causados en el ejercicio de la función (incentivo intrínseco),⁶⁵ mientras que las segundas orientan la gestión, hacia la maximización de la producción de valor y minimizar su redistribución de este⁶⁶ (incentivo extrínseco). La primera trata de obligaciones privadas relativas a la atención que se debe prestar al interés ajeno (por ejemplo, profesionalismo, deber informarse, de investigar, de vigilancia u otros) y genera un sistema de responsabilidad civil basado en la justicia conmutativa. La infracción a estas obligaciones y deberes no configuran una infracción sustantiva a los presupuestos de interacción social, por lo que su sometimiento a la responsabilidad civil y administrativa resulta ser normalmente suficiente. Solo las infracciones a deberes de cuidado más graves, y que pueden llegar a calificarse al mismo tiempo como desleales, alcanzan un nivel de desvaloración penal, como cuando falta de racionalidad mínima en la adopción de decisiones o estas son basadas en el azar.⁶⁷

iii) Una tercera duda que puede ser despejada es la relativa a la imputación normativa del resultado en el delito de administración desleal. Como se ha señalado más arriba —y como correctamente llama la atención Hillenkamp—, en los delitos de administración desleal que protegen el patrimonio individual, la interrogante penalmente relevante no radica únicamente en la infracción a normas de la regulación económica y social, sino en si “la conducta puede legitimarse frente al titular del patrimonio”⁶⁸. Aquello supone que el interés

⁶² JAKOBS (2008), p. 13.

⁶³ LLEVOT (1996), p. 50.

⁶⁴ PAZ-AZARES (2007), p. 19.

⁶⁵ LLEVOT (1996), p. 49.

⁶⁶ PAZ-AZARES (2007), p. 16.

⁶⁷ En nuestro país esa es la opción que ha tomado parte importante de la literatura: LAGOS y WILENMANN (2025), pp. 88 y 91.

⁶⁸ HILLENKAMP (1981), pp. 164 ss.

público por su protección no es autónomo a las decisiones que sobre su configuración dentro del ordenamiento jurídico determine su titular⁶⁹.

En el caso de las relaciones de confianza, con transferencia de bienes jurídicos individuales instrumentales, se exige preguntarse si el sujeto activo se ha mantenido lealmente dentro del marco de objetivos o de la política de riesgos determinada por su titular⁷⁰. Por lo tanto, en este ámbito, se debe preferir denominar los riesgos emprendidos por un tercero en nombre de su titular como “riesgos consentidos”⁷¹ y solo limitadamente como “riesgos permitidos” o prohibidos, en la medida que excepcionalmente los regule el derecho privado o el público en el marco de una institución que proteja el patrimonio ajeno⁷².

Este aspecto es importante ya que tiene como efecto que el deber general está asociado al consentimiento en un marco de delegación de la organización patrimonial ajena y el injusto exige una relación de antinormatividad, que tiene como presupuesto que el resultado sea consecuencia de una infracción normativa específica en el contexto de dicha delegación (fin de protección de la norma sea el patrimonio individual y no otro bien).

iv) Un aspecto final, que muestra el rendimiento didáctico del análisis, es la capacidad para despejar dudas relativas a la superposición con otros delitos que comprenden relaciones verticales, como por ejemplo el giro doloso de cheques, el abuso de firma en blanco o la apropiación indebida. Se trata este de un ejercicio dogmático útil, sobre todo para contrastar con los discursos comparados que apelan ya sea a relaciones verticales brutas o a infracción de deberes generales; al menos, es relevante en esta etapa inicial del desarrollo dogmático del delito, antes de que la claridad obtenida lo vuelva superfluo.

Con relación al delito de abuso de firma en blanco del art. 470 N°3 CP, que se produce en el terreno de una relación de confianza —concretamente entre un mandante y un mandatario al que se le otorga un mandato de “extender o completar el documento”—, la diferencia está radicada en la tutela respecto a un patrimonio. Dicho tipo se configura cuando se exceden las instrucciones impartidas por el titular y se irroga perjuicio patrimonial ya sea al titular, ya a un tercero⁷³. A diferencia del delito de administración desleal, este tipo penal no exige que el sujeto activo esté “a cargo” de la tutela de un patrimonio o se ceda el marco de organización patrimonial ajena (no se ubica en el nivel de confiar la organización de su patrimonio a un tercero, aunque sí de otorgar una facultad), lo que explica que el abuso de confianza de este delito esté radicado exclusivamente en la infracción al deber de lealtad (no de tutela), y que también sean subsumibles irrogaciones de perjuicio patrimonial a terceros distintos del titular.

En el caso del giro doloso (art. 22 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques), por ejemplo, si bien se está ante una hipótesis en que un Banco librador concede al

⁶⁹ RENZIKOWSKI (2024), p. 79.

⁷⁰ HILLENKAMP (1981), pp. 164 ss.

⁷¹ SILVA SÁNCHEZ (2022), p. 94.

⁷² SILVA SÁNCHEZ (2022), p. 94.

⁷³ GARRIDO MONTT (2010), pp. 390 y s.

cuentacorrentista una facultad consistente en dar una orden escrita girada contra el Banco para que este pague a su presentación, no lo es en el contexto de una relación de confianza en que el último tenga un deber de tutela en relación con el patrimonio del Banco⁷⁴. Así, en el caso “hipotético” del pago incorrecto o por error del librador por una extralimitación dolosa de cuentacorrentista (cheque propio pagado al mismo cuentacorrentista que no dispone de fondos), aquella conducta no se convierte en un abuso de facultades en el contexto de un deber de tutela ni de lealtad. Si bien no se trata de una hipótesis en que el Banco este obligado al pago, su posibilidad fáctica obliga a destacar que tampoco es una caracterizada por una relación ni de confianza ni fiduciaria entre Banco y librador. Sin perjuicio de tratarse de un abuso de una facultad, dicha posible hipótesis queda mejor subsumida bajo figuras basadas en la defraudación por engaño.

El rendimiento de los hallazgos y desarrollos propuestos permite también la distinción de la administración desleal con el delito de apropiación indebida, tarea que es de suyo compleja, ya que ambos delitos han sido calificados no solo como de abuso de confianza⁷⁵, sino también de patrimoniales, por su ubicación sistemática. Aquí es importante relativizar las similitudes (en parte), pero adicionalmente, y, con independencia de la clasificación, acentuar aspectos que todavía permiten su diferenciación: el nivel o perspectiva de valoración. La calificación histórica de fraude por abuso de confianza, desarrollada por la doctrina italiana⁷⁶ y que siguió la doctrina chilena⁷⁷, se basa en una interpretación muy amplia y heterogénea de las relaciones de confianza (en el sentido metafórico de la preconstitución de una entrega y recepción) o de la idea de que es suficiente, como lo sostenía Soler, que las relaciones se hayan basado en la buena fe⁷⁸. Estas ideas generan confusiones que dificultan la distinción con la administración desleal.

El delito de apropiación indebida en la versión nacional del art. 470 N°1 CP, en realidad, no está construido en torno al concepto de “confianza”, sino al de “recepción” de bienes ajenos. Este vincula los objetos de la acción (dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble) con títulos que provienen de relaciones jurídicas diversas, aunque todas verticales asimétricas, y en que en ninguna de las cuales el objetivo final es transferir el dominio (“que hubieren *recibido* en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla.”)⁷⁹.

Esta estructura obedece a una perspectiva de desvaloración penal de la conducta que, de alguna forma, desconoce y difumina la distinción entre patrimonio y propiedad⁸⁰. El verbo “recibir”, en su significado lingüístico, hace referencia a “algo” que previamente se da, se envía o que llega (por medio de un desplazamiento material de bienes). Se trata de algo

⁷⁴ Sobre esta polémica en el derecho alemán “Scheckkarten-Urteil” (BGHSt 24, 386 de 1972) y “Kreditkartenmissbrauch-Urteil” (BGHSt 33, 244 = NJW 1985, 2280); véase al respecto MAÑALICH (2022), p. 303; asociando esta hipótesis con el fraude por engaño MAYER (2022), pp. 472 y s.

⁷⁵ Profundamente tratado en MAYER (2022), pp. 541 y s.

⁷⁶ CARRARA (1981), p. 364.

⁷⁷ Sobre sus orígenes y contenidos heterogéneos ver POLITOFF (1957), pp. 66 y ss.

⁷⁸ SOLER (2022), p. 55.

⁷⁹ El análisis de la estructura gramatical es correcto en MAÑALICH (2018), p. 165.

⁸⁰ Sobre el problema en el derecho alemán, KINDHÄUSER (2002), p. 47 y s.

identificado y que puede ser sostenido en cuerpo o en algo que lo represente como un crédito, por lo que puede ser puesto o desplazado a la esfera de control material y/o jurídico de un tercero. Sin embargo, al mismo tiempo, aquello que se cede en control material y se trata como propio se predica también de bienes fungibles y consumibles, cuya cesión supone una transferencia de dominio, debido a la naturaleza del bien.

Como es posible observar, el tipo comprende dos estructuras relacionales analizadas: del primer grupo (bienes identificables) y limitadamente del segundo relativo a relaciones de confianza que ceden la estructura patrimonial ajena (punto 1.2.2. de la primera conclusión) y, sin embargo, ubica el tipo de desvaloración solo en el primer nivel de valoración (punto 1.2.3. de la segunda conclusión). Comprende conflictos de reconocimiento de la subjetividad del titular en el ámbito en que este cede el control de sus bienes al ámbito de organización de un tercero, lo que podría lesionar la propiedad y también el patrimonio. Esta es una característica del modelo de criminalización.

Esa perspectiva es la principal y común en la estructura sistemática del tipo, por lo que determina el “nivel” a partir del cual el legislador propone la desvaloración conductual (de ambas subhipótesis) y que se diferencia de otros delitos. Dicho nivel se centra en la afectación del reconocimiento del estatus del titular, cuando bienes de su propiedad —una cosa cierta o una cantidad determinada de ella— necesariamente deben ser cedidos (*certum dare*) y puestos en la esfera de control y organización de un tercero.

Esta característica explica varios aspectos del delito.

El primero es que dicha cosa específica y determinada (o cantidad de ella) es valorada principalmente por representar un bien de propiedad del titular que la cede (en nombre de quien se cede), pero también por ser atribuido como riqueza - con “valor de cambio” o económico⁸¹ - al centro de imputación patrimonial del titular.

El segundo aspecto es que los títulos de recepción del bien no están ni necesitan estar siempre limitados a negocios de confianza del que surjan deberes fiduciarios⁸². En efecto, el tipo comprende relaciones verticales asimétricas en que el bien ha sido recibido bajo una relación que supone la mera tenencia, como el depósito regular, el comodato o el arrendamiento (del grupo 4) y otras que suponen una transferencia de dominio, como el depósito irregular de dinero o la prenda irregular (grupo 1 y 5) o de cesión de bienes en el contexto de cesión adicional del marco organizativo del patrimonio del titular al tercero, como en la administración y eventualmente en la comisión (como las del grupo 2 y 3).

Un tercer y último aspecto es que el legislador al describir las conductas típicas como “apropiar o distraer”, como es obvio en la estructura, lo hace con relación a los objetos identificables (los recibidos), sean estos fungibles o no fungibles (en dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble). No lo hace como una forma de descripción de infracciones a deberes especiales de tutela que resguarden el cumplimiento de la voluntad del titular que ha depositado en un tercero. Vale decir, la apropiación y la distracción no son formas de deslealtad o de abuso, sino formas de infracción de deberes negativos generales en el contexto de cesión del control de bienes propios, esto es, un deber negativo de lesionar el estatus del

⁸¹ BASCUÑÁN (2004), p. 296.

⁸² Sobre las razones históricas de esta estructura BASCUÑÁN (2004), p. 340.

titular en el contexto de la cesión de bienes propios específicos (incluso, en cantidad y calidad) al ámbito de organización de terceros.

A partir de este análisis, la diferencia no debe presentarse de manera absolutamente excluyente, ya que se trata de conjuntos que se superponen parcialmente (desde la perspectiva de la estructura de interacción), por lo que la mejor forma de distinguirlas es acentuar “los niveles de valoración” diferenciados que adopta el legislador para cada tipo.

Estos niveles de valoración social general son, a veces, independientes de la perspectiva civil (que sugeriría distinguir entre derechos reales y obligaciones personales) y sobrepasan la diferenciación entre los bienes jurídicos instrumentales, en propiedad y patrimonio. En su dimensión de sentido⁸³, lo relevante en la apropiación indebida radica en la afectación de la esfera de reconocimiento del titular respecto a ciertos bienes o intereses patrimoniales en relaciones que, de distinto modo, exigen dicho reconocimiento. Así, el injusto de la apropiación indebida centra su perspectiva de valoración en la infracción a los deberes negativos de no lesionar el estatuto del titular que por razones de colaboración, asociación o meramente contractual ha debido ceder al ámbito de organización de un tercero el “control jurídico o material” de intereses específicos tales como bienes, dineros o efectos identificables en especie o cuerpo cierto, o en cantidad y calidad (“entregados y recibidos”). En dichas relaciones, el objetivo final de estos contratos no es la transferencia del dominio, aun cuando en alguno aquello sea una consecuencia necesaria de su naturaleza (fungibles). En estas relaciones, cuando se trata de bienes no fungibles, se cede el control del bien en mera tenencia, pero no el dominio, por lo que la arrogación de la posición de dueño es suficiente para configurar el injusto. Cuando se trata de bienes fungibles, la relación de poder de disposición del titular sobre ellos queda representado en un crédito especial y cualificado, que impone deberes al receptor. La apropiación y la distracción, en dicho contexto, serían modos de concretar el desconocimiento de la subjetividad (afectar el ámbito de reconocimiento institucional) del propietario de bienes o del titular de un crédito especial una vez cedidos por transferencia de dominio a las manos de un tercero (especies fungibles determinadas), en casos en que el bien mueble quede representado en un crédito cualificado. Así, entonces, en las hipótesis que pueden ser subsumidas bajo el injusto de la “distracción indebida”, y referidas a bienes fungibles y consumibles especificados en cantidad y calidad, la dimensión de sentido se alcanza de un modo diferente. En este caso no se trata ni de un desplazamiento de la posesión ni de una arrogación de una posición jurídica que no se tenga, por lo que ni el desplazamiento de bienes ni el ánimo de señor o dueño aportan elementos adecuados a la desvaloración. La naturaleza fungible de los bienes propios cedidos bajo un título translativo de dominio lo impide. Por lo mismo, la afectación dolosa del crédito ajeno sí permite alcanzar la misma dimensión de sentido, aunque solo cuando el bien fungible propio ha quedado representado en dicho crédito (luego de ser cedido) y solo en la medida en que ha sido recibido en un negocio de confianza que garantice la custodia especial de ese crédito y cuyo objetivo final no haya sido la transferencia de bienes, sino que esta es solo un efecto indeseado y desproporcionado de la naturaleza de los bienes. Aquello, por ejemplo, no se da en el mutuo.

⁸³ Siguiendo la idea de BASCUÑÁN (2004), p. 300, aunque para otros efectos.

Es importante que tal bien representado en un crédito ajeno deba ser resguardado por el tercero que ha asumido voluntariamente ya sea una posición de garante para cumplir una custodia especial de los bienes cedidos (incluso en el depósito irregular) ya un crédito especial destinado expresamente a cumplir un encargo específico (como la comisión o limitadamente en la administración). La infracción al deber, sin embargo, continúa siendo a un deber negativo ejecutado de modo común. No se trata de una infracción a un deber especial, menos aún a uno relativo a la tutela institucional del bien o de lealtad con relación al cumplimiento del objetivo. Esto último es más propio del nivel de desvaloración que propone la administración desleal.

En el caso de la administración desleal, en cambio, el legislador se centra en la infracción de deberes *especiales* en el contexto de la cesión, de manera total o parcial, del marco organizativo patrimonial del titular al del tercero (“estar a cargo”). Aunque este marco comprende también, entre otros, bienes muebles que conforman el patrimonio, el desvalor conductual se centra en la infracción a ciertos aspectos del deber de “tutelar” dicho patrimonio cedido y de ser garante de la voluntad del titular (lealtad) con relación a él y los objetivos dispuestos por este.

Cuando el mandatario debe dar cuenta de cumplimiento del objetivo y del uso de los recursos recibidos para aquello, la hipótesis queda instalada en el ámbito de la administración desleal. Si la hipótesis solo supone cesión de bienes determinados para un encargo al mandatario de un pago, una entrega o un cobro (el mandante permite la recepción por un tercero a su nombre) y el conflicto radica en la falta de entrega, devolución o reconocimiento de este, entonces, la constelación queda suficientemente abarcada por la apropiación indebida.

2. LA SOLUCIÓN PARA LA ZONA GRIS DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL

Sin perjuicio del evidente rechazo hacia entender este delito de administración desleal como la mera contracara interna de la estafa⁸⁴, sí surgen dudas respecto a si se puede vulnerar el deber de tutela de un modo común y si se trata solo de un deber especial, la infracción lo es indistintamente al deber de cuidado y al deber de lealtad. Esto es, saber si dicho deber de tutela se lesiona solo a partir de modos desleales o infieles específicos (deberes especiales) o, como lo afirma Jakobs⁸⁵, también a partir de la infracción de un deber negativo “desnudo” de no lesionar el derecho de otro, en el contexto de la posición de salvaguardia o gestión, lo que incluye deberes de cuidado, procedimentales y deberes negativos generales. Esto es, que no requiere “modos” conductuales especialmente desleales ni infracciones a deberes de la relación de confianza especial, sino el solo hecho de asumir riesgos patrimoniales altos.

La respuesta a la duda expresada se contesta de manera diferente según los modelos de tipificación de la administración desleal (protectora del patrimonio) en el derecho comparado. Aun cuando casi todos los modelos de criminalización de la administración desleal exigen una lesión patrimonial que materialice una infracción al deber de tutela, no

⁸⁴ KINDHÄUSER (2004), p.709 y ss.

⁸⁵ JAKOBS (2008), p. 8.

todos necesitan con la misma taxatividad e intensidad que dicha lesión además sea una concreción modal de la infracción al deber de lealtad.

Al observar los delitos de administración desleal o fraudulenta en el derecho europeo y compararlos con el nacional, se puede, en términos muy generales, sostener que existen dos modelos (no casuísticos)⁸⁶. La diferencia entre ellos, más que el sentido del ilícito es la forma como solucionan las “zonas grises” que son connaturales a la interacción patrimonial riesgosa.

Un primer modelo, “estricto”, limita la criminalización de conductas, consciente de que el tipo de interacción que caracteriza este delito —su zona gris— es uno en que normalmente se autoriza la instrumentalización del patrimonio ajeno para lograr objetivos o fines, por lo que la posibilidad de pérdida patrimonial no es *per se* ilícita. Esta zona es gris porque son fácilmente confundibles los riesgos propios y habituales de la actividad de gestión o administración (incluso de custodia) con otros efectivamente desleales e ilícitos. Este modelo opta solo por la criminalización de conductas *manifiestamente* desleales de forma más o menos prototípica o canónica.

Por su parte, el segundo, el modelo “amplio”, se construye a partir de “cláusulas difusas y generales”, y que de alguna forma apela a que el aplicador del derecho tenga la capacidad de concretar el ilícito y resolver los problemas de la zona gris, en especial de discriminar entre las conductas riesgosas toleradas en los negocios y las conductas merecidas y necesitadas de pena. Este modelo está abierto a considerar riesgos desproporcionados como riesgos típicamente relevantes, pero también a correr el riesgo moderado de que el injusto de la deslealtad se difumine o desfigure.

2.1. El modelo “amplio”: la solución alemana y española

Los trabajos dogmáticos sobre el delito de administración desleal han demostrado que la reconstrucción del contenido del injusto se alcanza con cierto nivel de precisión a partir del vínculo y relación entre tres variables: la posición interna del sujeto activo, los modos conductuales y el resultado típico (y bien jurídico)⁸⁷. Cada uno de los elementos que lo conforman deberían tributar de manera determinante sobre el contenido del injusto. Por lo mismo, el déficit de descripción o la exigencia específica de cada uno de estos elementos de alguna forma va conformando modelos de criminalización diferentes, más o menos amplios y más o menos cualificados.

Para los efectos de nuestro análisis, nos interesa la segunda variable que se refiere al modo conductual. Como ya se adelantó, la generalidad/especificidad o nivel de definición/indefinición de los modos conductuales descritos en el tipo penal definen en gran parte el modelo como amplio y restringido. Estos permiten o no captar —al menos con ciertas exigencias adicionales— infracciones al deber negativo como hipótesis delictual.

⁸⁶ Para análisis comparados véase GARCÍA CAVERO (2020), pp. 153 y ss.; GARCÍA PALOMINOS (2024), pp. 38 y ss.

⁸⁷ NELLES (1991), p. 135; KINDHÄUSER (2017), nm. 17; con más detalles ROJAS (2009), p. 147.

Como es sabido, la estructura del tipo de administración desleal alemán (§266 StGB) dispone de dos subhipótesis típicas, una de abuso y otra de infidelidad. En principio, la hipótesis de abuso dispone de contornos y una perfilación más o menos clara (abusar de la facultad jurídica de obrar legalmente a expensas de otro, esto es, de crear perjudicialmente obligaciones en nombre de otro), por lo que será menos problemática en su aplicación. El abuso se produce cuando se ejecutan transacciones eficaces jurídicamente que no están cubiertas por este fin o propósitos fijados por el titular y perjudican el patrimonio de la víctima⁸⁸ o en virtud de la relación interna con el titular del bien. Solo será determinante si el autor se ha mantenido lealmente dentro del ámbito general autorizado y de la finalidad “autorizada por el titular del patrimonio”, con independencia de si se ha realizado la operación con el cuidado habitual exigido por la ley o posibles riesgos normativos permitidos⁸⁹.

En cambio, en las hipótesis de infidelidad, caracterizadas por su generalidad y cierto nivel de indefinición (“lesionar el deber de velar por intereses patrimoniales ajenos”), parte de la dogmática alemana ha ido optando por perfilar su injusto a partir de desarrollos dogmáticos de la parte general del derecho penal, al igual que en el delito de estafa⁹⁰. Un problema de esta estructura consiste en que ninguna de las dos subhipótesis determina expresamente las posiciones de lealtad en que se encuentra el sujeto activo en relación con el pasivo (titular del bien jurídico), lo que incrementaría las posibilidades de desfiguración en la subhipótesis de infidelidad, en la medida en que la “sola” infracción al deber de tutela que lo caracterizaría “nada” (o muy poco) dice respecto de la modalidad de ataque específica⁹¹.

Como ya lo ha destacado la literatura alemana⁹², bajo la regulación de una cláusula tan general y al mismo tiempo con una tendencia a interpretar dicha generalidad de un modo menos cualificado, se vuelven extremadamente altas las posibilidades de desfiguración del injusto por “indeterminación conductual generalizada”. Esto ha obligado al Tribunal Constitucional alemán a desarrollar un deber dirigido al aplicador del derecho (juez) que le prohíbe la desfiguración y le mandata precisión. Saliger ha denunciado incluso que, después de aquella intervención del Tribunal Constitucional, el delito de *Untreue* en su hipótesis de infidelidad se ha reducido al análisis del “incumplimiento del deber” asociado a una “desventaja patrimonial”, al mismo tiempo en que ambas, ya reducidas como elementos del delito, son en sí mismas susceptibles de extensión o son notoriamente indeterminadas⁹³. Este autor observa en dicha tendencia la posibilidad de que se saquen incorrectas conclusiones *ex post*, solo a partir del resultado⁹⁴.

⁸⁸ NELLES, pp 520 y s.; p. 520. (“Überschreiten des rechtlichen Dürfens im Rahmen des rechtlichen Könnens”); ABANTO (2019), p. 5.

⁸⁹ PERRON (2019), nm. 20.

⁹⁰ Véase una crítica en HERNÁNDEZ (2010); sobre su desarrollo en Alemania véase LINDEMANN (2012), pp. 29 y ss.

⁹¹ KARGL (2001), p. 566.

⁹² Véase RANSIEK (2004), pp. 814 y ss.; SCHÜNEMANN (2008), pp. 123 y ss.; explicación en la literatura chilena MAÑALICH (2022), pp. 299 y s.

⁹³ SALIGER (2006), p. 12.

⁹⁴ SALIGER (2006), p. 14.

Como ya lo ha destacado la literatura alemana⁹⁵, bajo la regulación de una cláusula tan general, las posibilidades de acoger como típicas las hipótesis de negocios de riesgo o de acciones administrativamente sancionables son más altas, precisamente por su imprecisión y la necesidad de recurrir a infracciones administrativas del derecho de sociedades como base para la construcción del “riesgo prohibido” (infracción de deberes del derecho de sociedades o leyes financieras, crediticias, bancarias, etc.).

A modo de ejemplo, la jurisprudencia alemana ha aceptado que, en casos en que los encargos son muy generales y el administrador puede tomar decisiones amplias y autónomas, el desvalor de la hipótesis de infidelidad se define por la infracción “grave” al genérico deber de “tutela patrimonial”⁹⁶. Sin embargo, este se reduce a constatar normalmente —bajo una lógica de riesgo permitido o infracción de normas extrapenales— una infracción al deber de cuidado habitual de la transacción en cuestión⁹⁷ o a las normas primarias que rigen la actividad del administrador⁹⁸. De alguna forma, la infracción a la regulación de la administración de sociedades en el derecho público se eleva a fundamento del ilícito no cumpliendo un rol relevante ni la deslealtad ni los deberes fiduciarios en la perfilación del modo conductual⁹⁹. De alguna forma también el fin de protección de la norma centrada en la protección patrimonial se desvirtúa. Esta forma de proceder genera el problema de que según la literatura alemana no es posible de solucionar dogmáticamente aquella hipótesis en que no existen normas extrapenales o son extremadamente difusas, lo que afecta gravemente el principio de legalidad¹⁰⁰.

Este modelo de criminalización de la administración desleal pugna de manera dificultosa con la lógica relacional propia del patrimonio y con sus zonas grises, a tal punto que se ve obligado, como se verá, a desarrollar estrategias hermenéuticas¹⁰¹ o implementar criterios *ad hoc*, como acudir a las lógicas de los riesgos prohibidos, la infracción grave al deber, entre otros. La primera estrategia hermenéutica —una teoría monista basada en una integradora del *Untreue*¹⁰² consiste en fusionar como exigencias ciertas características de ambas modalidades de ataque y, en todo caso, en hacer común el llamado “deber de tutela patrimonial” (dispuesto como frase subordinada, junto a la hipótesis de infidelidad)¹⁰³. La segunda estrategia hermenéutica consiste en adicionar el calificativo de “grave” a la infracción de deberes en el contexto de la función.

La primera responde a la necesidad de distinguir entre los deberes de cuidado generales (como el del arrendatario con relación al bien arrendado) y el específico deber de tutela,

⁹⁵ Véase RANSIEK (2004), pp. 814 y ss.; SCHÜNEMANN, pp. 123 y ss.; explicación en la literatura chilena MAÑALICH (2022), pp. 299 y s.

⁹⁶ En la literatura nacional, véase en CONTRERAS/CASTRO, pp. 845 y ss.

⁹⁷ SALIGER (2014), NM. 63

⁹⁸ GINOÛ, p. 70.

⁹⁹ En la literatura y jurisprudencia alemana HANTSCHHEL (2010), pp. 39 y ss.

¹⁰⁰ HANTSCHHEL (2010), p. 41.

¹⁰¹ Véase PERRON (2019), nm. 2

¹⁰² Véase específicamente KINDHÄUSER (2004), pp. 710 y ss.

¹⁰³ Véase PERRON (2019), nm. 2; MAÑALICH (2020), p. 44.

propio de ciertas posiciones cualificadas del sujeto activo con relación al patrimonio ajeno, captado por el tipo penal (administración de un patrimonio ajeno). En este último, según se específica, se trata de un deber especial y principal “en beneficio de terceros” (tutela) que es contrapartida de la concesión del titular al sujeto activo de un poder jurídico y fáctico sobre el patrimonio ajeno, esto es, se trata de deberes que son la contrapartida de que el titular del deber esté insertado en la esfera de organización patrimonial de la víctima (titular del patrimonio)¹⁰⁴. Sería un deber propio de relaciones fiduciarias en que el deber en favor de intereses ajenos es principal, es autónomo, con “cierto grado de independencia y responsabilidad personal” y permanencia temporal.

Parte de la literatura detecta que en la práctica no se utilizan criterios específicos de la posición de deber ni del deber de tutelar bienes patrimoniales, sino ideas más o menos cambiantes sobre ciertos campos de actividad¹⁰⁵. Normalmente se yerra respecto a la conexión entre el deber y los intereses patrimoniales protegidos. Como señala Ginou, “la idea central de los criterios de restricción es convincente, pero su implementación práctica es insuficiente”¹⁰⁶.

Por su parte, la segunda medida dogmática consiste en adicionar a la “infracción al deber extrapenal” el calificativo de “grave”, no solo como método de reconstrucción del injusto a partir del “riesgo prohibido” prepenalmente —en que el contexto del titular del patrimonio y la situación en que se adopta la decisión definen la infidelidad—, sino como método para seleccionar deberes y cualificar cuantitativamente. Así, se hace imprescindible incorporar un elemento de “gravedad” que permita distinguir entre la relevancia societaria y la penal, ya que el fundamento del injusto queda reducido a infracciones a la normativa primaria sobre la correcta administración de sociedades u otras equivalentes¹⁰⁷.

Por su parte, el modelo del delito del art. 252 CPe, coherente con la posición de administrador del sujeto activo, se estructura con base en una cláusula de comportamiento única y muy general (“infringen las facultades para administrar, excediéndose en el ejercicio de las mismas”) que prescinde de la distinción entre la modalidad de abuso e infidelidad en relación con el titular del patrimonio.

Esta hipótesis única, salvando que es un delito que exige perjuicio patrimonial, no perfila directamente las conductas por medio de su descripción conductual precisa y, en cambio, se centra en una infracción genérica de facultades y/o deberes de administración societaria¹⁰⁸. En la dogmática española se debaten esencialmente una posición restringida y una extensiva. La tesis restringida lee en la cláusula “infringen las facultades” asociada a “excediéndose en el ejercicio” exclusivamente una hipótesis de abuso.¹⁰⁹ La tesis del abuso señala, a modo de

¹⁰⁴ GINOUE (2020), pp. 69 y ss.

¹⁰⁵ GINOUE (2020), p. 80.

¹⁰⁶ GINOUE (2020), p. 80.

¹⁰⁷ HANTSCHER (2020), p. 41; ROJAS (2009), p. 157. GARCÍA CAVERO (2020), p. 160.

¹⁰⁸ Sobre esta discusión NIETO MARTÍN (2018), p. 251; SEGRELLES DE ARENZA (2022), pp. 386 y ss.; MARTÍNEZ BUJÁN, pp. 544 y ss.; FARALDO CABANA (1996), pp. 409 y ss.; GOMEZ JARA (2011), pp. 469 y ss.; PASTOR/COCA (2016), pp. 119 y ss.

¹⁰⁹ Por ejemplo, la tesis de SEGRELLES DE ARENZA (2022), p. 386.

ejemplo, que lo “importante aquí no es observar si se han quebrantado los deberes más básicos del administrador, sino que el perjuicio patrimonial derive del ejercicio de las facultades de administración utilizadas indebidamente”.¹¹⁰ Por su parte, la tesis extensiva lee exclusivamente “excediéndose en el ejercicio” de los deberes de administración. Por lo tanto, comprendería infracciones a deberes generales funcionales y poderes, a partir de la calidad de garante del patrimonio que ostentaría el administrador. Se reconstruye normativamente la infracción propia del delito como infracción a un deber general de “evitar incurrir en conductas que generen consecuencias patrimoniales perjudiciales para la esfera patrimonial administrada”,¹¹¹ el deber general “que le incumbe de cuidar el patrimonio de otro”¹¹² e, incluso, “la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal”.¹¹³

Aquello crea una limitación solo en la posición cualificada del sujeto activo (se trata solo de administradores), pero impreciso en la conducta típica y el tipo de deber cuya lesión configura el injusto, como lo propuesto por autores como Pastor y Coca, que junto a la posición cualificada del sujeto activo, solo incluyen la infracción al deber negativo en una posición interna que exige “velar por el patrimonio”: meras “arrogaciones a un espacio de libertad a costa del titular”¹¹⁴, en el contexto del ejercicio de la administración.

En efecto, el tipo penal del art. 252 CPe se aleja de la lógica de la defraudación que caracterizaba al derogado art. 295 CPe. Su acercamiento a las meras infracciones regulatorias relativas a “las facultades de administración” ha permitido cierta tendencia a la “desfiguración”¹¹⁵, que produce una confusión entre el ilícito como defraudación o como mera infracción a deberes internos y los deberes regulatorios relativos a gobiernos corporativos y administración social (derecho societario), entre otros¹¹⁶. Se observan tendencias que, incluso, lo identifican como un delito de “dominio”, para permitir la subsunción de relaciones verticales no cualificadas (como la del administrador de hecho)¹¹⁷.

Una aceptación como esta, por cierto, puede acoger como conductas típicas, según estos mismos autores aceptan, el emprendimiento de riesgos altos, como la conducta del administrador consistente en cometer ilícitos sancionables¹¹⁸ o, incluso, actos altruistas en favor de la comunidad¹¹⁹. Esto se entiende así bajo la lógica de que la infracción de las facultades para administrar ya se concreta con “el riesgo prohibido” de lesión patrimonial¹²⁰

¹¹⁰ GÁLVEZ (2019), p. 246.

¹¹¹ PASTOR/COCA (2015), p. 14.

¹¹² MARTÍNEZ – BUJÁN (2015), p. 508.

¹¹³ GÁLVEZ (2015), p. 14

¹¹⁴ En este sentido PASTOR/COCA (2016), p. 80.

¹¹⁵ NIETO MARTÍN (2018), p. 251.

¹¹⁶ NIETO MARTÍN (2018), p. 258.

¹¹⁷ STOILOV (2016), pp. 89 y ss. Una posición más restringida sostiene que las cláusulas típicas no se refieren a deberes generales de administración, sino a la infracción al deber de gestión “leal” (deber de lealtad), ver en ROMERO (2019), pp. 127 y s.

¹¹⁸ PASTOR/COCA (2015), p. 6.

¹¹⁹ COCA (2019), pp. 39 y ss.

¹²⁰ COCA (2019), p. 45; Una crítica al uso de los paradigmas de la imputación objetiva en el delito de administración desleal alemán, véase SALIGER (2007), pp. 332 ss.

o la mera realización de conductas ilícitas según la regulación extrapenal, sea que infrinjan un deber de diligencia, de lealtad o procedimental. Ni la infidelidad o deslealtad ni la defraudación cumplen un rol relevante como modo conductual.

En cualquier caso, mientras mayores sean la generalidad y la indefinición que caractericen el tipo penal (de resultado), mayor relevancia se le otorgará, como infracción al deber de tutela, al puro “riesgo de perjuicio patrimonial” o a la regulación extrapenal societaria como elemento definidor del desvalor de la conducta (infracción a un deber común y genérico) y menor será la incidencia de la “deslealtad patrimonial” u otras consideraciones modales de las conductas (infracción a deberes específicos de tutela y lealtad).

2.2. Modelo “estricto” de administración desleal: el sistema estricto de deslealtad del tipo chileno y solución de la zona gris.

El diseño del tipo de administración desleal del art. 470 N°11 del CP (Ch) se caracteriza, a diferencia de otros modelos comparados europeos analizados, por ser un modelo de criminalización estricto que se diseña como un “sistema de deslealtad” completo¹²¹. Este sistema integra y relaciona elementos diversos que se asocian coherentemente entre sí y que permiten definir el injusto como la producción de un daño patrimonial ejecutado por quien tiene una posición institucional u organizativa de tutela con relación al patrimonio ajeno y de lealtad (“estar a cargo”) con relación a su titular (“patrimonio ajeno”), tanto por exceder las instrucciones de su titular (abuso) como por ejecutar una acción u omisión de un modo manifiesta y groseramente desleal¹²².

La posición del sujeto activo cumple la función de fijar el ámbito relacional específico a partir del cual surgen deberes específicos que permite que, luego, se desvaloren conductas como un injusto patrimonial. Como ya se ha analizado, las características del ámbito relacional en estos delitos son prototípicas (aunque no siempre está descrita expresamente) y el tipo del art. 470 N°11 CP lo cumple a cabalidad. Al igual que en el tipo alemán, este elemento determina una relación con el titular del patrimonio que, porque él lo ha decidido o la ley o la autoridad lo ha exigido, deja de disponer libre y directamente sobre su patrimonio. Se le trasfiere no solo el patrimonio o parte de él o dicho poder a un tercero, sino que se confía un marco de organización patrimonial bajo la condición de que funcionalmente se desarrolle una salvaguardia/custodia o la gestión sobre el patrimonio, cumpliendo el deber de tutela patrimonial y lealtad para con el titular, sus intereses y sus objetivos¹²³. El límite se produce en el sentido de que elimina las *relaciones de confianza personal o puramente fácticas*.

Ya que, en el caso de la gestión, además, se le concede el deber de adoptar decisiones sobre todo o parte del patrimonio ajeno, esto es, se le transfiere el poder de actuación sobre sus

¹²¹ En Alemania Nelles, por vía interpretativa, también propone entender el delito como “sistema de deslealtad” (“Wesen der Untreue”): NELLES (1991), p. 135; KINDHÄUSER (2017), nm. 17; con más detalles ROJAS (2009), p. 147.

¹²² La palabra “groseramente” fue utilizada en la justificación del Anteproyecto de Foro Penal de 2013, que es el antecedente histórico al que se aprobó en 2018.

¹²³ CONTRERAS/CASTRO (2023), p. 835 y s.

intereses patrimoniales¹²⁴, aquel deber es aún más intenso. El contexto general de la posición “tener a cargo” analizado a partir de los negocios de confianza, obliga a cualificar los tipos de “salvaguardia” pura que de manera amplia son comprendidos gramaticalmente por el tipo penal¹²⁵.

En relación con los modos conductuales típicos precisos en el art. 470 N°11 del CP, el legislador distingue dos modalidades de ataques al patrimonio, autónomas e independientes entre sí: 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 entre ambas. No se trata necesariamente de una relación de hipótesis base y otra calificada, ni de una general y otra especial, sino de dos hipótesis autónomas y específicas¹²⁶.

La hipótesis de abuso es una forma específica de deslealtad de quien tiene “a su cargo” el patrimonio ajeno y se le ha transferido un *poder jurídico* formal para afectarlo u obligarlo, consistente en no respetar las restricciones impuestas por el titular del patrimonio para el ejercicio de facultades de disposición. La deslealtad se concreta, entonces, en el exceso en su ejercicio y, para algunos, también en la desviación del objetivo para el cual se otorgó una potestad¹²⁷. Aquello supone la existencia previa de un vínculo que ha creado una posición de salvaguardia o gestión con deber de tutela patrimonial para el tercero y que, además, el titular del patrimonio ha transferido un *poder jurídico* formal a dicho tercero que lo autoriza para afectarlo u obligarlo. Esto queda cristalizado en la descripción de la conducta “*ejerciendo abusivamente facultades concedidas para disponer por cuenta de ella u obligarla*”.

La doctrina nacional mayoritaria (Mañalich¹²⁸, Mayer¹²⁹, Bofill¹³⁰ o Contreras y Castro¹³¹) asume que la modalidad de abuso es una especie del género de infidelidad. La idea detrás de esta aseveración se fundamenta en que el abuso siempre resultará, “*ceteris paribus*, contrario al interés de su titular en razón de que sobrepasa el marco de autorización que vincula al potencial autor para con el titular”¹³².

Aquí se debe matizar dicha afirmación. La relación género-especie lo es entre el deber general de lealtad que caracteriza la relación entre el principal y el agente (género) en una relación de confianza especial y dos formas de deslealtad específicas, el abuso y la infidelidad (sus especies): una que infringe el deber de respetar los límites del encargo al crear válidamente obligaciones en nombre del principal (así, por ejemplo, en el art. 2160 inc. 1 Código Civil) y otra que infringe el deber de abstenerse de cumplir el encargo de un modo

¹²⁴ KUBICIEL (2005), p. 357.

¹²⁵ Véase en términos amplios en GARCÍA PALOMINOS (2024), p. 58.

¹²⁶ Aunque este aspecto no es pacífico en la literatura nacional: véase CONTRERAS/CASTRO (2023), p. 834.

¹²⁷ MAYER (2020), p. 340.

¹²⁸ MAÑALICH, 2020, p. 51.

¹²⁹ MAYER (2020), p. 344.

¹³⁰ BOFILL/JELVEZ/CONTRERAS, p. 69.

¹³¹ CONTRERAS/CASTRO (2023), p. 836.

¹³² MAÑALICH (2020), p. 51.

contrario a los intereses del titular (así, por ejemplo, en el art. 2149 del Código Civil). Si bien es correcto que un deber es más amplio que el otro, normativamente se trata de dos deberes del género deslealtad concretada en dos tipos de infracciones diversas.

La llamada modalidad de *quiebre de confianza o infidelidad* consiste en la realización de cualquier conducta idónea para irrogar un perjuicio patrimonial (forma material) en la medida en que sea de un modo desleal y contrario al deber de actuar consistentemente en el mejor interés patrimonial del titular principal del patrimonio (“persecución” de intereses o alternativas que debilitan un “vínculo principal”)¹³³. Sin perjuicio de lo anterior, al exigir que se ejecute u omita cualquier otra acción contraria al interés del titular del patrimonio afectado, pareciera en apariencia ubicar todo el peso de la configuración del injusto en la realización de cualquier conducta potencialmente riesgosa para el bien jurídico, cuestión en parte correcta y en parte incorrecta.

En principio, como bien lo ha señalado Saliger —seguido entre nosotros por Mañalich¹³⁴ y Mayer¹³⁵—, es completamente correcta la idea de que la modalidad de infidelidad se caracteriza —y distingue en relación con la modalidad de abuso— porque la conducta típica puede materializarse en una acción u omisión que no necesita concretarse en un acto jurídico capaz de producir una alteración jurídicamente eficaz del patrimonio, sino que puede asumir la forma de una acción puramente “material”. Entonces, es correcto que la “modalidad de infidelidad” no exige un ejercicio abusivo de facultades, lo que obliga a describir al menos la forma material de la conducta como una idónea para producir un resultado y así atribuir el resultado de perjuicio patrimonial a la conducta de su autor.

Sin embargo, como también lo denuncia Kindhäuser con relación a cierta tendencia de la jurisprudencia alemana¹³⁶, es incorrecta la idea que se podría extraer de dicha afirmación de que es suficiente para cumplir con las exigencias del tipo la ejecución de cualquier conducta riesgosa para el patrimonio y que ha irrogado un daño patrimonial producido desde una posición interna y de control sobre el bien jurídico (“desde adentro”¹³⁷). Lo que no se destaca normalmente, y que debe explicarse aquí, es que la conducta típica contiene dos elementos que cristalizan la infidelidad: una forma externa abierta y un modo de ejecución.

En efecto, el delito del art. 470 N°11 del CP chileno describe la segunda modalidad de “infidelidad” asociando *dos cláusulas* que describen los contornos precisos de la conducta típica. En una primera cláusula, el legislador describe las propiedades que configuran externamente la conducta típica y en que se deberán constatar las formas conductuales de la infracción del deber de tutela patrimonial. Mientras que en la segunda cláusula el legislador exige que dicha conducta material sea modulada por aspectos objetivos y subjetivos que cristalizan *el modo* especialmente desleal de la “infidelidad”. Se trata,

¹³³ GREEN (2013), p. 147.

¹³⁴ MAÑALICH (2022), p. 309.

¹³⁵ MAYER (2020), p. 341.

¹³⁶ KINDHAÜSER (2003), pp. 709 y ss.

¹³⁷ BINDING (1896), p. 397; SCHÜNEMANN (2005), p. 474.

entonces, de una cláusula que describe la forma y otra que describe el modo de ejecución (forma y modo).

La “forma” de la conducta típica es descrita a partir de sus contornos externos genéricos como una acción u omisión; esto es, para el legislador es indiferente la “forma” en que la conducta sea “ejecutada” o si esta corresponde a la “omisión de una conducta debida”, en la medida en que sea idónea en su carácter para irrogar un perjuicio al objeto de tutela en el contexto de “estar a cargo” institucionalmente de dicho patrimonio. Esta exigencia cristaliza la vulneración del deber de tutela patrimonial, en términos generales. El hecho de que se describa expresamente la forma alternativa “omisión” permite entenderla como una omisión propia¹³⁸.

Aun así, tanto si se presenta en su forma material o incluso como infracción a un deber de garantía, es insuficiente para la configuración del injusto típico. El legislador exigió que se ejecute de un “modo” particular, adicional.

El “modo” de la conducta típica de la subhipótesis de infidelidad en el delito del art. 470 N°11 CP (“*modo manifestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado*”), por su parte, busca caracterizar moduladamente la conducta típica apelando ya no a sus aspectos cuantitativos (riesgo para el patrimonio o creación de un curso causal), sino a sus rasgos “cualitativos”. El “modo” apela a la manera especial de hacer o desarrollar una cosa y no a la cosa en sí misma (v.gr. de modo lúdico). Así, la conducta típica no solo cuenta como una infracción al deber de tutela patrimonial, sino que adicionalmente, en su modo, una que debe ser entendida *ex ante* como una verdadera e innegable deslealtad. En su modo de hacer, se exige que no se actúe fielmente en persecución de los intereses patrimoniales del principal: que se trate de una evidente deslealtad.

Como es posible advertir, la *forma y el modo de la conducta típica* representan la materialización típica de la infracción a los dos deberes que surgen de la posición de “estar a cargo” del patrimonio ajeno y que, en la estructura del sistema de deslealtad, representan el injusto de la subhipótesis de infidelidad: la infracción al deber de tutela y al de lealtad.

3. CONCLUSIÓN: LA INFIDELIDAD COMO MODO DESLEAL Y SOLUCIÓN DE LA ZONA GRIS

La sola apelación a la prohibición de un riesgo de lesión – o la mera lesión – como método para reconstruir el injusto penal de los delitos patrimoniales resulta ser inadecuada. Las interacciones sociales con relevancia patrimonial, tanto horizontales como verticales, constituyen zonas grises en que ni el riesgo *ex ante* ni la lesión *ex post* (al patrimonio) son concluyentes respecto a la configuración de un ilícito; menos aún de un ilícito penal. Estas pueden ser solo una condición necesaria, pero no suficiente para la configuración del ilícito. Ni siquiera es suficiente cuando se emprende dicho riesgo en representación de otro. Al mismo tiempo, no existen estándares conductuales legitimados que definan, desde un orden superior o, al menos, con un amplio consenso social, cuándo un riesgo es o no permitido;

¹³⁸ MAYER (2020), p. 341.

tampoco existen estándares consensuados sobre un gestionar permitido o prohibido (con relación al patrimonio). Ni siquiera la mera desproporcionalidad del riesgo para el patrimonio – como un posible estándar de riesgo no tolerado – resulta ser plausible, como lo puede llegar a ser para otros bienes inconmensurables.

En este trabajo se ha concluido, tanto por razones de fondo como prácticas, que los injustos de los delitos patrimoniales se basan exclusivamente en modos conductuales “específicos” que, junto con exigir un empobrecimiento injusto (resultado), deben describir modos conductuales que afecten las condiciones o presupuestos individuales más elementales de interacción económica y social de su titular o de quien lo represente (como el engaño o el abuso de confianza). Solo aquel tipo de conducta es capaz de superar la zona gris de interacción y justificar un merecimiento de pena.

Este estudio se ha propuesto metodológicamente alejarse momentáneamente de la simple réplica de los planteamientos de la dogmática comparada sobre este delito (y que, en todo caso, como antes se ha demostrado, se encuentra todavía en desarrollo y en búsqueda de perfilar sus contornos¹³⁹). Se ha propuesto, en cambio, emprender primero un estudio autónomo sobre las relaciones verticales y que genere una base dogmática que permita posteriormente una revisión crítica de los desarrollos especializados sobre la administración desleal. Luego de dicho análisis profundo y autónomo de los distintos tipos de relaciones verticales asimétricas en los negocios, y con el objetivo de identificar lo “propio” de la administración desleal (tanto en lo relativo a la relación principal/agente como al tipo de deber que surge), se llegó a la siguiente conclusión: el tipo de interacción social vertical que es captada por dicho tipo penal es aquella consistente en la cesión, total o parcial, del ámbito de organización patrimonial del principal a un tercero, ya sea cediendo su posición de custodia/salvaguardia sobre intereses patrimoniales, un patrimonio o parte de él (como en el depósito regular e irregular) y/o en el de la gestión de sus relaciones patrimoniales (como en la administración). El centro de la valoración y protección, entonces, está radicado en la asunción de una posición y de un rol (institucional u organizativo) en relación con la “organización patrimonial” del principal – la tutela – que está reglado en general por los deberes de lealtad, de diligencia y otros específicos relativos a la función, que autorizan la instrumentalización del patrimonio en persecución de un objetivo.

Esta perspectiva concuerda solo con una parte de los desarrollos comparados; considera que la protección del patrimonio del titular no es “a pesar” del titular o impuesta por un orden superior en lugar del titular, sino a partir del marco normativo que es “autorizado” orgánica y funcionalmente en razón de la “cesión la organización patrimonial” del titular a un tercero. En este punto, la tesis defendida llega a conclusiones solo aproximadas a las de la concepción más moderada del injusto como infracción al “deber de velar”, y que exige tutelar el interés delegado en el ejercicio de las funciones (y facultades) relativas al patrimonio ajeno;¹⁴⁰ es decir, exige una posición cualificada especial con relación al patrimonio y una relación de ilicitud entre la infracción al deber de tutela y el resultado. Sin embargo, los conocimientos acá obtenidos y otros desarrollados en nuestro entorno nacional, entienden que dicha tesis es muy limitada; no se comparte ni en la idea de que la infracción a “cualquier” deber que surja

¹³⁹ GARCÍA PALOMINOS (2024), pp. 33 y ss.

¹⁴⁰ PASTOR/COCA (2016), p. 111.

de la posición “de velar” por el patrimonio sea suficiente – como, por ejemplo, el deber de diligencia, el de transparencia, de control u otros – ni que la sola apelación a la “gravedad” solucione el problema del merecimiento de pena (y el práctico de superar las zonas grises). La sola apelación a deberes de “velar por el patrimonio ajeno”, conduce a una perspectiva todavía excesivamente gruesa o amplia. Como señala alguna parte de la doctrina alemana, ni cada violación a un deber u obligación en el contexto de la tutela patrimonial debe ser simultáneamente considerada una violación a un deber de tutela patrimonial; ni toda lesión a un deber de tutela, conduce al injusto de la administración desleal.¹⁴¹ Se requiere una solución cualitativa, que apele a la relación fiduciaria entre principal/agente y la necesidad de que la conducta además sea merecida de pena.

La interrogante penalmente relevante y sustantiva, entonces, no radica solo en identificar una posición cualificada de “deber de tutela” y luego en replicar las infracciones civiles o la infracción a normas de la regulación económica y social que rigen la función, sino en reconstruir el injusto ya sea a partir de una descripción conductual precisa o de la lesión a “un deber” que proteja los presupuestos individuales más elementales de interacción social y económica.

Aquello se traduce, para el caso de la relación vertical ya descrita, en saber dos cuestiones: i) si la conducta de relevancia patrimonial del agente “puede legitimarse *ex ante* frente al principal, el titular del patrimonio”, en un contexto de cesión funcional de la organización patrimonial; y ii) si la conducta se entiende como una afrenta a la posición legítima y protegida del titular del bien jurídico – condiciones o presupuestos de interacción - en sus relaciones sociales. Allí, ni la mera apelación a la infracción al deber general negativo (modelo de “no lesionar”) ni su sola infracción (grave) de los deberes de tutela y cuidado en el cumplimiento de la función (“modelo de velar por el patrimonio ajeno”) solucionan completamente el problema, en la medida que siguen siendo extremadamente amplios y de relevancia puramente civil. Formas de deslealtad, como el abuso y la infidelidad (que no incluyen la sola falta de diligencia), en cambio, resultan ser modos que, aunque amplios, superan los límites meramente contractuales o privados, las zonas grises de los meros riesgos y tienen la suficiente substancia para justificar la protección del derecho penal al patrimonio y su titular.

Los principales modelos comparados de administración desleal o fraudulenta – referencias para el derecho chileno, como el alemán o el español – han demostrado cierto nivel de incapacidad para proveer los elementos típicos (la mera infracción a un deber genérico) que perfilen el modo de conducta o, al menos, seleccionen un deber especial característico del delito. Esto ha conducido a que las soluciones vayan de la mano de inestables propuestas ad hoc de la doctrina y la jurisprudencia. En algunos casos, con desarrollos “descualificados e, incluso, desconectados” de la protección del patrimonio (puramente de gestión jurídico-mercantil); o, en otros casos, con desarrollos que aceptan genéricamente cualquier tipo de deber de diligencia o cuidado como configurador del delito (en posición de tutela), generando, por la vía de la corrección ad hoc, una mera diferencia cuantitativa entre el injusto privado (incluso el culposo) y el penal.

¹⁴¹ GINOUE (2020), p. 62.

El tipo penal chileno, como una forma de abordar el problema del merecimiento de pena y afirmando su carácter subsidiario (de ultima ratio), constituye un modelo “estricto”, tanto en lo relativo a la exigencia de la posición institucional u organizacional (“estar a cargo ...del patrimonio”), como en relación con las conductas típicas. En concreto, tanto la subhipótesis de abuso como la de infidelidad son dos formas de infracción cualificada del deber de lealtad (deslealtad), que resultan ser bien perfiladas por el legislador para superar la zona gris patrimonial. En relación con la pregunta formulada al inicio de este trabajo, se puede concluir que se trata del primero modelo, esto es, del modelo de “la infracción cualificada al deber de lealtad”.

En el caso de la subhipótesis de abuso, la conducta desleal, queda bien perfilada al abusar de la facultad legal de vincular jurídicamente al titular, excediéndose de los límites de la relación interna concedida por el principal y aceptada por el agente. Se trata de una deslealtad a partir del uso de facultades.

Por su parte, el elemento típico “de modo manifiestamente contrario al interés del titular” en la subhipótesis de infidelidad cumple una función mucho más eficiente – que ser una mera consideración meramente cuantitativa de gravedad – si se entiende como una cláusula de deslealtad (máxime si utiliza la misma estructura del art. 2149 del Código Civil que, precisamente tiene dicho contenido). Esto es, una cláusula sintética que deriva de la necesidad que ha tenido el legislador de cristalizar la idea de que no es suficiente con la infracción al puro deber de diligencia con relación al objeto patrimonio en una posición institucional u organizativa (estar a cargo), sino que el ilícito se expresa esencialmente en un modo conductual – cualquier acto material y por la omisión -que se presenta grosera, ostensible y prototípicamente desleal en relación con el titular y sus objetivos. Aquello fue expresado, incluso con mayor claridad, en los proyectos anteriores a su inclusión en el Código penal (Foro penal de 2013¹⁴² y Anteproyecto de 2015¹⁴³) de modos casuísticos y sintéticos en que la idea quedaba más clara aun: “manifiestamente desleal”. En este caso, ni el ejercicio de facultades ni el acuerdo expreso resultan ser el centro de la desvaloración, menos aún las meras infracciones generales en torno al encargo o función (consideraciones puramente civiles o administrativas), sino la “deslealtad” orgánica y funcional que ordenan la actividad.

Los efectos dogmáticos de la fórmula que concreta el modelo de “la infracción cualificada al deber de lealtad”, son al menos tres:

El primer efecto es negativo: implica que el sistema regulativo del tipo reconoce que pueden haber conductas contrarias o riesgosas a los intereses patrimoniales de la víctima, que suponen una infracción al deber de tutela patrimonial, pero que son atípicas; con otras palabras, no toda conducta riesgosa para el patrimonio ajeno o contraria al deber de tutela patrimonial - por ejemplo, la sola vulneración de deberes de diligencia o cuidado–, será

¹⁴² Disponible en: <https://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Hernández-Basualto-Héctor-Delitos-contral-patrimonio.pdf>

¹⁴³ Disponible en: <https://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Mañalich-Delitos-contral-la-propiedad-y-el-patrimonio.pdf>

punible como administración desleal, sino solo aquella que se haga de “un modo” manifiestamente desleal al interés patrimonial de su titular¹⁴⁴.

El segundo efecto es que – a partir de la cláusula “manifiestamente” – se exige que el sujeto activo identifique *ex ante* en la ejecución de su conducta no solo una idoneidad para afectar el patrimonio, sino principalmente que en la ejecución de la función de salvaguardia o de gestión, se ejecute u omita un acto de “un modo desleal”. Esto es, exige que no haya duda, “clara y descubiertamente, con evidencia y certidumbre” (RAE), de que se trata de una conducta contraria a los intereses patrimoniales del principal y que lesiona el deber de lealtad¹⁴⁵. Determinar esos modos es un trabajo pendiente.

La exigencia de ostensibilidad del modo desleal de la conducta, en tanto elemento incorporado en la norma de sanción penal, podría eventualmente servir como un elemento típico que le permite al aplicador del derecho descartar las hipótesis discutibles o dudosas, sin perjuicio de que un análisis *ex post*, eminentemente jurídico, la califique como lesiva para el patrimonio (e, incluso, perjudicial). Es decir, le permitirían calificar como punible solo aquella hipótesis que, desde la perspectiva *ex ante*, era para la mayoría “ostensible, evidente y prístinamente” contraria al interés del titular del patrimonio¹⁴⁶ o desleal.

Un tercer efecto es de carácter normativo y tiene una función sistemática que obliga a adoptar una posición de coherencia interna entre los elementos típicos. El resultado de perjuicio patrimonial, que se atribuirá causalmente al sujeto de imputación, debe ser imputado objetivamente a la infracción de un deber específico que no es el puramente negativo de no lesionar, sino precisamente el de tutela patrimonial infringido *de manera desleal*. El resultado debe ser expresión de sentido de dicha deslealtad.

¹⁴⁴ CONTRERAS/CASTRO (2023), p. 857; en un sentido similar MAÑALICH (2022), pp. 313 y s.

¹⁴⁵ También MAYER (2020), p. 352.

¹⁴⁶ CONTRERAS/CASTRO (2023), pp. 857 y s.

Referencias bibliográficas.

- ABANTO, Manuel (2019): “La ‘administración desleal’ como injusto punible en derecho comparado”, en: *Doctrina y Jurisprudencia Penal* (N° 39), pp. 3 y ss.
- ARNOLD, Stefan (2006): *Untreue im GmbH- und Aktienkonzern*, (Herbolzheim, Centaurus).
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo (1986): *Instituciones de Derecho Romano* (Buenos Aires, Ediciones Depalma).
- ARZT, Gunther/ WEBER, Ulrich (2000): *Strafrecht, Besonderer Teil* (Lehrbuch), Bielefeld (Giesecking).
- ÁVILA, Alexander y CASTELLANOS, Nilson (2015): “La libertad y el derecho penal en Hegel. Una comprensión desde el derecho abstracto”, en: *Revista Vía Iuris*, (N° 18, Enero-Junio), pp. 87-100.
- BASCUÑÁN, Antonio (2004): “Delitos contra intereses instrumentales”, en: *Revista de Derecho de la UAI*, (N° 1), pp. 291-345.
- BASCUÑÁN, Antonio (2021): “Problemas básicos de los delitos contra la propiedad”, en: *Couso, Jaime et al. (eds.), Justicia Criminal y Dogmática Penal en la era de los Derechos Humanos. Estudios en homenaje a Jorge Mera Figueroa* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 453-478.
- BARROS, Enrique (2021): “Anotaciones sobre deberes fiduciarios en el derecho chileno”, en: *Correa, Mario (ed.), Las Razones del Derecho, Estudios en honor de José J. Ugarte G.* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 453-478.
- BINDING, Karl (1896): *Lehrbuch des Besonderen Teils*, Bd 1, 1ª ed., (Leipzig, Wilhelm Engelmann).
- BOFILL, Jorge, JELVEZ, Valeria y CONTRERAS, Sebastián (2019): “Consideraciones sobre el nuevo delito de administración desleal en el derecho chileno”, en: *Revista Derecho & Sociedad*, (N° 52), pp. 59 y ss.
- BRÄUNIG, Alexander (2011): *Untreue in der Wirtschaft. Berlin*, (Berlin, Duncker & Humblot).
- CARRARA, Francesco (1981): *Programa de Derecho Criminal, parte especial*, Tomo 6, v. IV, 4ª edición (Bogotá, Editorial Temis).
- CONTRERAS, Lautaro y 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.º 11 inc. 1º del Código Penal)”, en: *Carnevali, Raúl (Dir.), Hacia un derecho penal liberal. Libro homenaje al profesor Carlos Künsemüller* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- COCA VILA, Ivó (2019): “El pago de los gastos de defensa jurídica y de las penas de multa impuestas a un directivo como delito de administración desleal (art. 252 CP)”, en: *La Ley Compliance Penal*, (N° 6), pp. 1 y ss.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2007): *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial III*, 5ª edición (Pamplona, Thomson Civitas).
- DÍEZ SOTO, Carlos (1995): *El depósito profesional* (Barcelona, J.M. Bosch editor).
- DEL RÍO, Raimundo (1947): *Manual de Derecho Penal* (Santiago, Ed. Nascimento).

- DUNKEL, Wolfgang (1976): *Erfordernis und Ausgestaltung des Merkmals Vermögensbetreuungspflicht im Rahmen des Mißbrauchstatbestandes der Untreue (§ 266 I, 1. Alternative StGB)* (Bochum).
- EASTERBROOK, Frank H. y FISCHER, Daniel R. (2001): “Contrato y obligación fiduciaria”, en: *Derecho & Sociedad*, (Nº 17), pp. 269-283
- FARALDO, Patricia (1996): “Los negocios de riesgo en el Código Penal de 1995”, en: *EPC*, (XIX), pp. 171 y ss.
- FERNÁNDEZ CASTEJÓN, Elena (2019): “Los deberes fiduciarios: alcance y limitaciones para la determinación de la responsabilidad penal de los altos directivos”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (núm. 21-26), pp. 1-35.
- FEHLING, Michael; FAUST, Florian; RÖNNAU, Thomas (2006): “Durchblick: Grund und Grenzen des Eigentums- und Vermögensschutzes”, en: *JuS*, (Heft 1), pp. 18-25.
- FOFFANI y NIETO (2006): *Corporate Governance y administración desleal. Casos y problemas de derecho comparado europeo*, en: *Revista Penal*, (Nº 17), p. 113.
- GÁLVEZ J., Aixa (2015): “Reflexiones sobre el delito de administración fraudulenta: concepto y bien jurídico”, en: *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología*, pp. 1 – 32.
- GÁLVEZ J., Aixa (2019): *El delito de administración desleal (artículo 252 del Código Penal) en el ámbito de las sociedades de capital*, Dykinson, Madrid, 2019.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE (1976): *Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil* (España, Cuadernos Civitas).
- GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo (2020): “El ‘injusto de buena fe’ como un criterio de distinción entre incumplimiento civil y el delito penal en Hegel”, en: *Arancibia, Jaime (ed.), Homenaje 30 años Facultad de Derecho Universidad de Los Andes* (Chile, Tirant lo Blanch).
- GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo (2024): “El marco de relaciones de confianza en la estructura del delito chileno de administración desleal”, en: *Polít. Crim.*, Vol. 19, Nº 37, Art. 2, pp. 33-68.
- GARCÍA CAVERO, Percy (2020): “Aproximación al estudio del delito de administración fraudulenta: modelos de regulación y problemas dogmáticos”, en: *InDret* (4.2020), p. 155.
- GARRIDO MONTT, Mario (2010): *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III (Santiago, Edit. Jurídica de Chile).
- GEERDS, F. (1954): “Einwilligung und Einverständnis des Verletzen im Strafrecht”, en: *Goldammer's Archiv*, pp. 262 y ss.
- GINOU, Ioanna (2020): *Die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht bei der Untreue. Ein rechtspolitischer Restriktionsvorschlag* (Baden Baden, Ed. Nomos).
- GÓMEZ JARA, Carlos (2011): “Un problema de la administración desleal de los órganos societarios: la remuneración abusiva de los administradores”, en: *Dogmática penal de derecho penal económico y política criminal: homenaje a Klaus Tiedemann*, Vol. 1, pp. 469-492.
- GREEN, Stuart (2013): *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno* (Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2014): “El depósito irregular en el derecho chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, (Nº 23), pp. 87-137.
- HANTSCHER, Ulrike (2010): *Untreuevorsatz, Eine Untersuchung zu Begriff und Beweis des Vorsatzes bei § 266 StGB* (Berlin, Duncker & Humblot).

- HILLENKAMP, Thomas (1981): “Risikogeschäft und Untreue”, en: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, pp. 164-168.
- HÉRNANDEZ, Héctor (2005): “La Administración desleal en el derecho penal chileno”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (vol. 1, núm. XXVI), pp. 201 y ss.
- HÜBNER, Engelbert (1973): “Scheckkartenmißbrauch und Untreue”, en: *JuristenZeitung (JZ)*, (28. Jahrg., Nr. 13), pp. 407 y ss.
- HUERTA DE SOTO, Jesús (2016): *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos* (Madrid, Unión Editorial).
- ÍÑIGO, Elena (2022): “El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción del que consiente”, en: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo LXXV, pp. 167-203.
- JAKOBS, Günther (2008): “La privación de un derecho como delito patrimonial”, en: *InDret* (4/2008), pp. 1 y ss.
- JORDANO, Juan (1959): *El negocio fiduciario* (Barcelona, Ed. Bosch).
- KARGL, Walter (2001): “Die Missbrauchskonzeption der Untreue (§ 266 StGB)”, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, en: *ZStW*, (N° 113), pp. 565 y ss.
- KINDHÄUSER, Urs (2002): “Estudios de derecho penal patrimonial”, en: *Caro, José A. y García Caverio, Percy (eds.), Estudios de Derecho Penal Patrimonial* (Lima, Jurídica Grijley), pp. 43-79.
- KINDHÄUSER, Urs (2004): “Pflichtverletzung und Schadenszurechnung bei der Untreue (§ 26 StGB)”, en: *Dieter Dölling (Hrsg.), Jus humanum. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe*, pp. 709-726.
- KINDHÄUSER, Urs (2017): “§ 266 Untreue”, en: *Kindhäuser, Urs; Neumann, Ulfrid; Paefgen, Hans-Ullrich (eds.), Strafgesetzbuch* (5ª ed., Baden-Baden, Nomos).
- KUBICIEL, Michael (2005): “Gesellschaftsrechtliche Pflichtwidrigkeit und Untreuestrafbarkeit”, en: *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, pp. 353 y ss.
- LABATUT, Gustavo (1996): *Derecho Penal II*, 7ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- LAGOS, Osvaldo y WILENMANN, Javier (2025): “Los deberes de cuidado de directores y ejecutivos de sociedades anónimas en Chile y su enforcement”, en: *Revista de Derecho* (Valdivia) Vol. XXXVIII, N° 1, pp. 75-94.
- LINDEMANN, Michael (2012): *Voraussetzungen und Grenzen legitimen Wirtschaftsstrafrechts* (Mohr Siebeck, Tübingen).
- MENANTEAU, Joaquín y SAZO, María José (2021): *Los deberes de tutela patrimonial en el delito de administración desleal de las Sociedades Anónimas*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Repositorio Universidad de Chile).
- MAYER, Laura (2018): *Delitos económicos de estafa y otras defraudaciones*, primera edición (Santiago, Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial).
- MAYER, Laura (2020): “La administración desleal como defraudación”, en: *Mayer/Vargas (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 (Dir.), Derecho Penal, parte especial*, Vol. II (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 391 y ss.

- MARTÍNEZ BUJÁN (2015): *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, 5ª ed. (España, Tirant lo Blanch).
- MANALICH R., Juan Pablo (2018): “Apropiación y distracción indebidas. Una propuesta de reconstrucción unificadoramente dualista del art. 470 N° 1 del Código Penal”, en: *RDUCN* (vol. 25, n.º 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 y ss.
- MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos (2015): “Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida”, en: *Estudios penales y criminológicos*, (N° 35), pp. 457 – 566.
- MATUS, Jean Pierre (2019): *Derecho Penal Económico. Escritos diversos* (Santiago de Chile, Ed. Olejnik).
- MAURACH, Reinhart; SCHROEDER, Friedrich-Christian y MAIWALD, Manfred (1988): *Strafrecht, Besonderer Teil*, 7ª edición (Heidelberg, C. F. Müller).
- MUNDÓ, Jordi (2020): “Las relaciones fiduciarias y sus contextos: continuidades, analogías y metáforas. (Presentación del número monográfico)”, en: *Revista Internacional de Filosofía*, (N° 81), pp. 7-16.
- NIETO MARTÍN (2018): *Derecho Penal Económico y de la Empresa* (Madrid, Dyckinson).
- NELLES, Ursula (1991): *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften Zugleich ein Beitrag zur Struktur des Vermögensbegriffs als Beziehungsbegriff*, (Band 52, XXXIV, Dunker & Humblot, Berlín, Alemania).
- OTTO, Harro (1970): *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes* (Berlín, Duncker & Humblot).
- OLIVER, Guillermo (2013): *Delitos contra la Propiedad* (Santiago, Thomson Reuters).
- PAWLIK, Michael (2008): “¿Engaño por medio del aprovechamiento de defectos de organización ajenos?: acerca de la distribución de riesgos conforme al 263 StGB en casos de errónea acreditación en cuenta y constelaciones emparentadas”, en: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, (Tomo 61, Fasc/Mes 1), pp. 31-52.
- PAWLIK, Michael (2019): *Ciudadanía y Derecho Penal* (Barcelona, Atelier).
- PASTOR, Nuria y COCA, Ivó (2016): *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código penal* (Barcelona, Atelier).
- PASTOR, Nuria y COCA, Ivó (2015): “¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado? Un análisis dogmático a la luz del art. 252 del Proyecto de Reforma del Código Penal de 4 de Octubre de 2013”, en: *InDret* (1.2015), pp. 1-32.
- PRADA L., Manuel (2015): “La idea de reconocimiento en el Hegel de Jena. Una lectura con Paul Ricœur”, en: *Franciscanum* (163, Vol. LVII), pp. 21-49.
- POLITOFF, Sergio (1957): *El delito de Apropiación Indebida* (Santiago de Chile, Editorial Nascimento), p. 58.
- PERRON, Walter (2019): “StGB § 266 Untreue”, en: *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch. Kommentar* (30ª ed., Múnich, C.H. Beck).
- RANSIEK (2006): “Anerkennungsprämien und Untreue – Das ‘Mannesmann’ Urteil des BGH”, en: *NJW*, pp. 814 y ss.

- RENIKOWSKI, Joachim (2024): *Norma e Imputación* (Barcelona, Atelier).
- ROJAS, Luis Emilio (2011a): “Perjuicio patrimonial e imputación objetiva”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, pp. 415-434.
- ROJAS, Luis Emilio (2011b): *Grundprobleme der Haushaltsuntreue* (Alemania, Nomos).
- ROJAS, Luis Emilio (2009): “El tipo de la administración desleal en el Derecho penal alemán”, en: *Revista Penal*(N° 23), pp. 138-171.
- ROJAS, Luis Emilio (2023): “Administración desleal: art. 470 n. 11 del Código Penal”, en: *Navas, Iván y Oxman, Nicolás (coords.), Lecciones de Derecho Penal Económico chileno* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 303-326.
- ROMERO, Diego (2018), “Capítulo 2. Responsabilidad de los administradores societarios”, en: *Fernández, Daniel y Mallada, Covadonga (Coord), Delincuencia Económica*, Aranzadi, Navarra.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim (1970): “Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs”, en: *Festschrift für Richard M. Honig* (Göttingen, Verlag Otto Schwartz & CO), S. 151 ff.
- SALIGER, Frank (2007): “Rechtsprobleme des Untreuetatbestandes”, en: *Juristische Arbeitsblätter* (2007), pp. 332 ss.
- SALIGER, Frank (2006): “Gibt es eine Untreuemode? Die neuere Untreuedebatte und Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung”, en: *Zeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht* (1/06), pp. 10 y ss.
- SALIGER (2014): Comentario al “§ 266”, en: *Satzger et al. (eds.), SSW-StGB*, 2ª ed. (Köln, Carl Heymanns).
- SÁNCHEZ-OSTIZ (2020): *A vueltas con la Parte Especial (Estudios de Derecho penal)* (Barcelona, Atelier).
- SEGRELLES DE ARENZA, Íñigo (2022): “Capítulo II: Delitos de los administradores y/o de los empleados”, en: *Del Rosal, Bernardo (Coord.) y otros, Derecho Penal de Sociedades Mercantiles* (Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi).
- SCHÜNEMANN, Bernd (2005): “Die gravierende Pflichtverletzung bei der Untreue: dogmatischer Zauberhut oder taube Nuss?”, en: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, pp. 473 y ss.
- SCHÜNEMANN, Bernd (2008): “El tribunal supremo en la maraña del tipo de la administración desleal”, en: *Gómez-Jara (ed.), La administración desleal de los órganos societarios* (Barcelona, Atelier), pp. 123 y ss.
- SCHÜNEMANN, Bernd (2012): “Comentarios al § 266 StGB”, en: *Cirener et al. (coords.), Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar* (12ª ed., Berlín, Walter de Gruyter).
- SCHLACK, Andrés (2008): “El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa”, en: *Revista Chilena de Derecho*, (vol. 35 N° 2), pp. 261-292.
- SILVA SANCHEZ, Jesús María (2022): *El riesgo permitido en el Derecho Penal económico* (Barcelona, Atelier).
- SOLER, Sebastián (2022): *Tratado de Derecho Penal, parte especial*, 6ª ed., actualizada y ampliada (Buenos Aires, Editorial Astrea).
- STOILOV, G (2016), “El actor y la acción típica en el delito de administración desleal”, en: *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá*, (2016), pp. 89 – 118.
- URE, Ernesto (1943): *El delito de apropiación indebida* (Buenos Aires, Editorial Ideas).