

La infidelidad patrimonial como variante de administración desleal: una reconstrucción restrictiva

*Juan Pablo Mañalich Raffo**

RESUMEN

El artículo ofrece una propuesta de interpretación restrictiva de la formulación legislativa de la variante de administración desleal conocida como “infidelidad”, en consideración al déficit de precisión que la aqueja. Después de presentar una caracterización global del injusto común a las dos variantes del delito, así como una explicación de la exigencia de que el autor sea portador de un “deber de tutela patrimonial”, se argumenta a favor de la tesis de que el perjuicio ha de ser irrogado en el desempeño de las tareas o funciones que convierten al autor en garante del patrimonio comprometido.

Administración desleal; infidelidad; deber de tutela patrimonial

Breach of trust as a variant of disloyal administration: a restrictive reconstruction

ABSTRACT

The article offers a proposal for restrictively fixing the scope of the legislative formulation of the variant of disloyal administration known as “breach of trust”, in light of the lack of precision that affects it. After presenting a global characterization of the wrongfulness-basis shared by the two variants of the offense, as well as an explanation of the requirement that the offender be the subject of a “duty of patrimonial protection”, it is argued that the detriment to the victim’s patrimony must be brought about within the realm of tasks or functions that ground the offender’s specific position of duty.

Disloyal administration; breach of trust; patrimonial protection duty

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en derecho, Universidad de Bonn, Alemania. Profesor titular, Departamento de Ciencias Penales, Universidad de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4999-1469>. Correo electrónico: jpmanalich@derecho.uchile.cl.

La investigación cuyos resultados son aquí presentados fue acometida en la preparación de una díada de informes en derecho referidos a casos cuyas circunstancias no condicionan la orientación argumentativa de la presente contribución.

Artículo recibido el 29.9.2021 y aceptado para su publicación el 25.1.2022.

I. LA “INFRADETERMINACIÓN” DE LA VARIANTE TÍPICA DE INFIDELIDAD
COMO DESAFÍO A LA LEGITIMIDAD DE LA CRIMINALIZACIÓN
DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL

La tipificación del delito de administración desleal, plasmada en el Nº 11 del art. 470 del Código Penal (en adelante: CP) como resultado de la Ley Nº 21.121, responde íntegramente al modelo regulativo del § 266 del Código Penal alemán (en adelante: StGB)¹. Esto no impide reconocer que entre uno y otro texto legal existen, con todo, algunas diferencias de importancia.

En primer lugar, es posible notar que, mientras que la disposición alemana alude al “deber de velar por intereses patrimoniales ajenos” únicamente al especificar los presupuestos de la variante típica de infidelidad, la disposición chilena define explícitamente la posición del autor, tanto para la variante de abuso como para la de infidelidad, por medio de la exigencia de que aquel tenga “a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona, o de alguna parte de este”. Esto determina que bajo el art. 470 Nº 11 del CP no sea necesaria maniobra interpretativa alguna para sustentar una reconstrucción “monista” del tipo².

Una segunda divergencia significativa consiste en que, en los términos de la disposición alemana, una mera relación “fáctica” de confianza especial puede bastar para convertir a una persona en potencial autora de administración desleal por infidelidad³, en tanto que para la realización de la variante de abuso es imprescindible que el poder de disposición que el potencial autor ha de tener respecto del patrimonio protegido esté conferido por “la ley, un encargo de la autoridad pública o un acto jurídico”⁴. De acuerdo con el texto legal chileno, en cambio, para ser autor del delito, bajo una y otra variante por igual, es necesario estar a cargo de la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona, o de una parte de este, “en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto o contrato”⁵.

En lo demás, las manifiestas coincidencias en la fijación de los presupuestos típicos del delito en cuestión determinan que el tipo formulado en el art. 470 Nº 11 del CP admita ser dogmáticamente reconstruido a partir de las claves que provee el debate doctrinal y jurisprudencial alemán⁶. Una de esas claves apunta a la generalizada

¹ Al respecto, BOFILL *et al.*, 2019, pp. 69 y ss.; GÁLVEZ, 2020, pp. 752 y ss., 755 y s., 766. Véase también MAÑALICH, 2020, pp. 339 y ss. De los pormenores del modelo regulativo alemán, ROJAS, 2009, *passim*; también PASTOR y COCA, 2016, pp. 51 y ss.

² Acerca de esto, *infra*, II.2.

³ Véase SALIGER, 2017, § 266, n.m. 12, 25 y ss.

⁴ Al respecto, SALIGER, 2017, § 266, n.m. 12, con la precisión de que para la realización de la variante de infidelidad también podría venir en consideración la infracción de un deber que represente la contracara de un poder de decisión conferido por un título de cualquiera de esas últimas tres clases.

⁵ De ello, MAÑALICH, 2020, p. 357. La irrelevancia típica de la posición del llamado “administrador de hecho” es explícitamente afirmada por BOFILL *et al.*, 2019, p. 73.

⁶ Ello fue tempranamente sugerido, *de lege ferenda*, por HERNÁNDEZ, 2005, pp. 241 y ss., 256 y ss.

denuncia de la “infradeterminación estructural” que afectaría al tipo en cuestión⁷, lo que se ve reflejado en la controversia acerca de la admisibilidad constitucional del § 266 del StGB⁸. La preocupación se circunscribe, empero, a la formulación de la variante de infidelidad⁹, hasta el punto de que la sugerencia de una posible contravención del mandato constitucional de determinación no llega a ser planteada, en lo absoluto, a propósito de la formulación de la variante de abuso¹⁰.

Con la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante: BVerfG) de 23 de junio de 2010¹¹, la controversia ha quedado zanjada a favor de la conformidad del § 266 del StGB con el mandato de determinación susceptible de ser extraído, indirectamente, de la garantía de reserva de ley consagrada en el art. 103, párr. 2º, de la Ley Fundamental alemana¹². El BVerfG estableció que el déficit de determinación que aquejaría al supuesto de hecho del § 266 admitiría ser compensado mediante la sujeción del órgano judicial llamado a aplicar la norma de sanción a un “mandato de precisión” (*Präzisierungsgesbot*), que se traduciría en la exigencia de que la interpretación de la disposición legal fije “contornos claros” a la norma así formulada¹³. Si bien esto supone validar un esquema de distribución compartida, para la legislación y la jurisdicción, de la tarea de fijar el alcance de las normas de sanción penal¹⁴, ello no alcanzaría a volver admisible una maniobra de pretendida rectificación judicial de un déficit de precisión que sobrepasara el umbral a partir del cual habría que reconocer, sin más, una vulneración legislativa del mandato de determinación¹⁵.

Asimismo, el BVerfG afirmó que de la prohibición de analogía, en cuanto parámetro de aplicación de la respectiva norma de sanción, se seguiría una “prohibición de

⁷ Al respecto, y distinguiendo entre semejante “infradeterminación” –susceptible de ser interpretativamente compensada– y una “indeterminación” –sin más inadmisibles bajo el mandato constitucional de determinación– de la respectiva forma de comportamiento punible, véase SALIGER, 2017, § 266, n.m. 4, 11 y 24.

⁸ En referencia al § 266 del StGB, véase el enérgico llamado de atención de TIEDEMANN, 2008, n.m. 3. Al respecto, también PASTOR y COCA, 2016, pp. 26 y s. Acerca del problema en inmediata referencia al texto legal chileno, MAÑALICH, 2020, p. 342.

⁹ Véase PASTOR y COCA, 2016, p. 63. El punto es correctamente notado por GÁLVEZ, 2020, p. 758. *De lege ferenda*, ya HERNÁNDEZ, 2005, p. 258.

¹⁰ SCHÜNEMANN, 2014, § 266, n.m. 24.

¹¹ BVERFGE 126, 170. Véase KUHLEN, 2011, *passim*; SALIGER, 2011, *passim*; detalladamente, SCHÜNEMANN, 2014, § 266, n.m. 13, 24 y ss., 27 y s.

¹² En general al respecto, KUHLEN, 2012, pp. 153 y ss. Nótese que, bajo la Constitución Política de la República de Chile todavía vigente, el mandato de determinación está explícitamente formulado en el inc. 9º del N° 3 de su art. 19.

¹³ BVERFGE, 126, 170, párr. 81. Al respecto, KUHLEN, 2011, pp. 248 y s.; también KUHLEN, 2011, pp. 169 y ss.; SALIGER, 2011, p. 904.

¹⁴ Así KUHLEN, 2011, p. 249, destacando que un corolario de ello tendría que consistir en la extensión de la garantía contra la retroactividad desfavorable a los cambios jurisprudenciales. Para un rechazo, *inter nos*, de la postulación de semejante “mandato de precisión” como estándar aplicable en la aplicación de la ley penal, véase empero CONTRERAS, 2021, pp. 176 y s.

¹⁵ Pues como observa KUHLEN, 2012, p. 168, “una semejante ‘subsanación’ de la infracción constitucional está descartada, ya que al juez le es lisa y llanamente imposible acometer por medio de la ley la determinación de la punibilidad que el mandato de certeza impone al legislador”.

desfiguración” (*Verschleifungsverbot*) de los elementos en los que se descompone el tipo legalmente formulado, consistente en la proscripción de una interpretación que lleve a que la demarcación de esos elementos resulte difuminada o disuelta¹⁶. En palabras del BVerfG, la prohibición así delineada apuntaría a que

“la interpretación de los conceptos con los cuales el legislador ha caracterizado la conducta conminada con pena no puede conducir a que, en definitiva, se anule nuevamente la restricción de la punibilidad lograda de esa manera. Los elementos de los tipos penales en particular, entonces, no pueden ser interpretados, incluso dentro del sentido posible de las palabras, de manera tan extensa que se fundan con otros elementos típicos, es decir, que necesariamente sean realizados junto con los otros”¹⁷.

En tal medida, esta “prohibición de desfiguración” habría de operar como una garantía de interpretación “sistemática” de la disposición legal a favor del ciudadano¹⁸.

En los términos de la disposición legal chilena, parecería que la variante típica de infidelidad podría verse realizada mediante la ejecución u omisión de una “acción cualquiera”, resultante en un menoscabo para el patrimonio cuya salvaguardia o gestión está a cargo del autor, siempre que la ejecución o la omisión de la acción respectiva haya sido, además, manifiestamente contraria al interés del titular de ese patrimonio. La incertidumbre en cuanto a la fisonomía de la acción cuya ejecución u omisión hubiera de tener relevancia delictiva a este título lleva a que, también respecto del art. 470 N° 11, sea pertinente la drástica denuncia de Ransiek, según quien, a primera vista al menos, “el § 266 es siempre aplicable”, en el sentido de que, “especialmente en el derecho penal económico, es la norma que viene en consideración con total independencia de cuál sea la materia específica de la que se trate”¹⁹.

Justamente porque la sospecha de que una norma de sanción penal pudiera ser “siempre aplicable” es imposible de reconciliar con un sistema de derecho penal sometido al principio de legalidad, es necesario ofrecer criterios que hagan posible dotar de contornos más nítidos al tipo formulado en el art. 470 N° 11, y esto quiere decir, en particular: a su variante de infidelidad.

¹⁶ BVerfG, 126, 170, párr. 79. Al respecto, KUHLLEN, 2011, p. 248; también KUHLLEN, 2012, p. 170 (de donde se toma la traducción, aquí favorecida, del término alemán *Verschleifung*); SALIGER, 2011, p. 903.

¹⁷ BVerfG, 126, 170, párr. 79 (según la traducción ofrecida por BÉGUELIN y DIAS).

¹⁸ Así KUHLLEN, 2011, p. 248.

¹⁹ RANSIEK, 2004, p. 634.

II. LA ESTRUCTURA TÍPICA DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL

1. *La administración desleal como delito especial contra el patrimonio perpetrado “desde dentro”*

Para dar forma a una propuesta interpretativa del art. 470 N° 11 del CP que contribuya a determinar el ámbito típico de la administración desleal con base en criterios dogmáticamente aceptables, es posible echar mano a algunas premisas que se podrían extraer del debate alemán. Entre ellas, las siguientes pueden ser tenidas por indiscutibles.

Primeramente, es pacífico que la administración desleal tiene el carácter de un delito cuyo injusto específico consiste en la irrogación de un perjuicio patrimonial a una persona (natural o jurídica) cuyo patrimonio es, en todo o en parte, administrado por el autor²⁰. Esta caracterización preliminar vuelve inteligible que, de manera generalizada, se sostenga que la administración desleal se correspondería con un ataque al patrimonio ajeno perpetrado “desde dentro”²¹. Esta descripción metafórica suele sustentarse en una comparación de las estructuras típicas de la administración desleal y de la estafa, en consideración a que esta exhibiría, por contraste, el carácter de un ataque patrimonial desplegado “desde fuera”²².

En efecto, es propio de toda estafa que su autor no dé lugar por sí mismo a la disposición patrimonialmente perjudicial, lo que hace reconocible la función del engaño como núcleo del comportamiento típicamente relevante: el autor de una estafa provee, en contra de una pretensión de veracidad susceptible de ser esgrimida a su respecto, información falsa basada en que otra persona habría de materializar, bajo el error resultante del engaño, la respectiva disposición perjudicial. En cambio, el autor de una administración desleal detenta un poder de decisión, referido a uno o más componentes del patrimonio de otra persona, conferido por el titular de ese mismo patrimonio²³. Esto se traduce en que el potencial autor se encuentre en posición de ajustar o no el ejercicio de su poder de decisión a los lineamientos fijados por el titular del patrimonio, los que definen los términos de la “relación interna” existente entre ambos²⁴. Con ello, el carácter delictivo de una irrogación de perjuicio patrimonial a título de administración desleal depende de que ese perjuicio represente el resultado de un ejercicio del respectivo poder

²⁰ Cómo deba ser definida la noción de perjuicio patrimonial, depende de cuál sea la concepción del patrimonio que se asuma como premisa dogmática; al respecto, ROJAS, 2009, pp. 139 y ss.; MAÑALICH, 2020, pp. 348 y ss.

²¹ Para lo que sigue, MAÑALICH, 2020, pp. 347 y s.

²² Bajo sistemas jurídicos que tipifican, asimismo, un delito genérico de extorsión como forma de coacción patrimonial, esta también aparece como paradigma de un ataque contra el patrimonio perpetrado “desde fuera”; véase SCHÜNEMANN, 2014, § 266, n.m. 1.

²³ El poder de decisión en cuestión admite ser identificado con un poder de “disposición” *lato sensu*, resultando ulteriormente especificado, en el marco de la variante de abuso, como un poder de “disposición” *stricto sensu*, a saber: como un poder de enajenación o vinculación obligacional, referido al patrimonio en cuestión, cuyo ejercicio resulte jurídicamente eficaz respecto de terceros.

²⁴ KINDHÄUSER, 2018, pp. 346 y s.

de decisión que sobrepase los límites impuestos por la relación que vincula al autor con el titular del patrimonio.

Lo anterior está internamente conectado con la asimismo pacífica caracterización de la administración desleal como un delito especial propio²⁵. Esto se funda en que, para ser considerado como autor del delito, es necesario tener a cargo “la salvaguardia o la gestión” del patrimonio —en todo o en parte— de otra persona. Y esto significa, a su vez, que la posición de autor de un delito de administración desleal es equivalente a una posición de garante de protección del patrimonio comprometido²⁶.

2. *Abuso e infidelidad como variantes típicas “integradas”*

Una segunda premisa interpretativa que es posible extraer del debate doctrinal y jurisprudencial alemán consiste en la tesis de que el tipo de la administración desleal tiene la estructura de una disyunción (inclusiva) de dos variantes típicas, que suelen etiquetarse como “abuso” e “infidelidad”. La disposición legal chilena consagra una y otra variante al especificar que la irrogación de perjuicio patrimonial ha de tener lugar o bien por medio de un ejercicio abusivo de facultades “para disponer” por cuenta del, o “para obligar[...]” al, titular del patrimonio comprometido, o bien mediante la ejecución o la omisión de “cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario” al interés del titular del patrimonio comprometido²⁷. Para hacer referencia a una y otra variante típica, en lo que sigue se hará uso, ocasionalmente, de las expresiones “abuso patrimonial” e “infidelidad patrimonial”, respectivamente.

Sin embargo, el consenso reconocible en cuanto a la coexistencia de una y otra variante típica no se extiende a la determinación de la relación en la que ellas se encontrarían. La controversia consistió, tradicionalmente, en el enfrentamiento de una “concepción dualista” y una “concepción monista”: mientras que la primera sostiene que, en sentido estricto, el abuso patrimonial y la infidelidad patrimonial se corresponderían con dos tipos diferentes, la segunda proclama la asimilación de ambas formas de administración desleal como variantes de un mismo tipo²⁸. Así planteada, la disputa ha quedado zanjada a favor de la concepción monista²⁹, fundamentalmente en razón del giro experimentado

²⁵ Véase KINDHÄUSER, 2018, pp. 315 y s.; también SCHÜNEMANN, 2014, § 266, n.m. 29. En referencia a la disposición legal chilena, MAÑALICH, 2020, p. 357.

²⁶ Al respecto, MAÑALICH, 2020, pp. 353 y ss.

²⁷ Véase MAÑALICH, 2020, pp. 357 y s.

²⁸ Sobre ello, y detalladamente, KINDHÄUSER, 2018, pp. 329 y ss. Un panorama de la controversia es ofrecido en ROJAS, 2009, pp. 144 y ss.; así como en PASTOR y COCA, 2016, pp. 52 y ss.

²⁹ Una muestra elocuente de ello se encuentra en el más reciente planteamiento de Schünemann, quien a pesar de su inequívoco favorecimiento dogmático de la concepción dualista ha terminado aceptando la consolidación de una concepción monista como resultado de una consistente praxis jurisprudencial, lo que lo lleva a defender, resignadamente, una concepción monista restringida; véase SCHÜNEMANN, 2014, § 266, n.m. 13 y ss.

por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán (en lo que sigue: BGH) a partir de su pronunciamiento recaído en el caso de “la tarjeta de cheques”³⁰.

Mediante su decisión, el BGH estableció la premisa, en lo fundamental indiscutida desde entonces, de que para la realización tanto de la variante de abuso como de la variante de infidelidad es necesario que el potencial autor tenga el estatus de garante de protección del patrimonio afectado. Esto equivale a afirmar que, a pesar de lo sugerido por la sintaxis del § 266 del StGB, la exigencia de que el potencial autor sea portador de un “deber de velar por intereses patrimoniales ajenos” sería común a ambas variantes típicas, y no privativa de la variante de infidelidad³¹.

Sobre el trasfondo de la imposición doctrinal y jurisprudencial de la concepción monista, la controversia ha tendido a quedar reducida al enfrentamiento de dos versiones alternativas de esa concepción, conocidas como la versión “restringida” y la versión “irrestringida”³². Según la concepción monista restringida, la exigencia homogénea de que como autor de administración desleal venga en consideración una persona en la que recaiga un deber especial de tutelar el patrimonio de la potencial víctima sería compatible, empero, con que solamente para la configuración de una infidelidad patrimonial se exija que el autor esté investido de un poder de decisión significativamente autónomo³³. En contraste con ello, la concepción monista irrestringida equipara íntegramente los presupuestos de la posición en la que ha de encontrarse el autor de una y otra variante de administración desleal, también en lo tocante al requisito de que el poder de decisión que se le ha conferido esté revestido de una medida elevada de autonomía³⁴. La consecuencia sistemática más importante que se sigue de la adopción de la versión irrestringida de la concepción monista consiste en que, en sus términos, la variante de abuso tenga que ser entendida como una especificación de la variante –en tal medida: “general”– de infidelidad.

Como esto ya ha sido sostenido en otro lugar, la mejor reconstrucción posible de la versión irrestringida de la concepción monista de la administración desleal la provee lo que, en el marco del debate doctrinal alemán, Kindhäuser ha caracterizado como una “concepción integrada”³⁵. Se trata de una versión de concepción monista que procura identificar un conjunto de presupuestos comunes a ambas variantes típicas, por la vía de combinar o –valga la redundancia– “integrar” los presupuestos inmediatamente distintivos de cada una de ellas. Esto produce un efecto de restricción recíproca del alcance de una y otra variante³⁶. Así, y por un lado, el autor de administración desleal por abuso necesita en todo caso exhibir el estatus de garante de protección del patrimonio por él

³⁰ BGH, 26.07.1972 - 2 StR 62/72. Al respecto, véase MAÑALICH, 2020, pp. 353 y ss., con referencias ulteriores.

³¹ Al respecto, *supra*, I.

³² Véase KINDHÄUSER, 2018, pp. 329 y ss.; PASTOR y COCA, 2016, p. 55.

³³ En esta dirección, ROJAS, 2009, pp. 151 y ss., 154.

³⁴ Así, por ejemplo, SALIGER, 2017, § 266, n.m. 6 y s.

³⁵ KINDHÄUSER, 2018, pp. 331 y ss., 338 y ss.

³⁶ Sobre esto, MAÑALICH, 2020, pp. 355 y s.

administrado. Pero al mismo tiempo, y por otro lado, también tratándose de una administración desleal por infidelidad es necesario que al potencial autor haya sido conferido un poder para “disponer” (*lato sensu*) del patrimonio cuya salvaguardia o gestión se le ha confiado, el que, aun sin estar necesariamente revestido de eficacia jurídica ante terceros, amerite ser normativamente compensado mediante la sujeción de su detentador a la pretensión de que ese poder sea ejercido lealmente³⁷.

Esta última consideración apunta al núcleo del injusto de la administración desleal, que como tal es común a sus dos variantes. La elucidación de ese núcleo de injusto depende, crucialmente, de cómo sea descrita la relación en la que se encuentran sus dos componentes basales. Estos quedan conjuntamente expresados en la exigencia de que la irrogación de perjuicio para el patrimonio de la víctima tenga lugar por medio de un comportamiento distintivamente desleal, desplegado por quien es garante de protección de ese mismo patrimonio³⁸. Esto lleva a articular la relación en que han de encontrarse la irrogación de perjuicio y la deslealtad como una relación de conexión funcional: la pretensión de lealtad a la que se encuentra sometido el potencial autor no es sino la contracara de la confianza depositada por el titular del patrimonio a cuya preservación o gestión favorable aquel se encuentra obligado. En tal medida, la lealtad esperable del potencial autor cumple la función de compensar la vulnerabilidad (relativa) del patrimonio frente a quien aparece, precisamente, como garante de su protección en el ejercicio de un poder (autónomo) de decisión referido a ese mismo patrimonio³⁹.

3. *La exigencia de identidad entre el patrimonio administrado y el patrimonio perjudicado*

De lo anterior es posible extraer una consecuencia ulterior, a saber: que la realización del tipo de la administración desleal presupone la existencia de una relación de identidad entre el interés patrimonial que ha de honrar el potencial autor, por un lado, y el interés patrimonial comprometido por el comportamiento eventualmente delictivo, por otro⁴⁰. Ello descansa en el presupuesto adicional de que entre el titular del patrimonio a cuya protección se encuentra obligado el autor y el titular del patrimonio que experimenta el perjuicio resultante del comportamiento de aquel exista, asimismo, una relación de identidad⁴¹.

Esta doble exigencia de identidad queda explícitamente plasmada en la disposición legal chilena: el perjuicio ha de ser irrogado a la persona cuyo patrimonio es, en todo o

³⁷ KINDHÄUSER, 2018, pp. 331 y s., 349 y s.; coincidentemente, WACHTER, 2019, pp. 313 y ss.

³⁸ Para lo que sigue, véase MAÑALICH, 2020, pp. 347 y s.

³⁹ Así KINDHÄUSER, 2018, p. 347.

⁴⁰ Véase SCHÜNEMANN, 2014, § 266, n.m. 101; KINDHÄUSER, 2017, § 266, n.m. 59; SALIGER, 2017, § 266, n.m. 43. Para una clarificación de la función que, en este contexto, cumple el concepto de interés patrimonial, véase KINDHÄUSER, 2018, p. 352: “Frente a ello, el concepto de interés patrimonial concierne a la fijación de la finalidad determinante para el deber de tutela patrimonial, a la cual está vinculado el autor en el marco de la relación fiduciaria y que tiene que realizar con la competencia de decisión a él conferida”.

⁴¹ SCHÜNEMANN, 2014, § 266, n.m. 101.

en parte, aquello que el potencial autor tiene a su cargo salvaguardar o gestionar, y es el “interés del titular del patrimonio afectado” lo que tiene que verse contrariado por el comportamiento desplegado por el garante de ese mismo patrimonio⁴². Esto condiciona, entre otras cosas, quién sea la persona (natural o jurídica) que pudiera contar como víctima del eventual delito⁴³, y así también quién sea la persona cuyo eventual “acuerdo” (*Einverständnis*) con el comportamiento desplegado por el potencial autor tendría que llevar a descartar la relevancia típica de ese mismo comportamiento⁴⁴.

III. LOS PRESUPUESTOS DE LA POSICIÓN DE DEBER TÍPICAMENTE RELEVANTE

1. El “deber de tutela patrimonial” como marca de la posición de garante

Como ya se observara, un rasgo sobresaliente de la tipificación de la administración desleal bajo el art. 470 N° 11 del CP, en contraste con lo establecido en el § 266 del StGB, consiste en la descripción explícitamente homogénea, para ambas variantes típicas, de la posición de garante que funge como marca de autoría. En efecto, como potencial autora de administración desleal solo se puede considerar a una persona que tenga “a su cargo la salvaguardia o la gestión” del patrimonio, o de una parte del patrimonio, de otra persona, “en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto o contrato”.

Para dar mayor precisión a esta especificación legal de los presupuestos de la autoría, es posible echar mano al método con el que la jurisprudencia alemana ha ido progresivamente determinando las características que habría de exhibir el correspondiente “deber de velar por intereses patrimoniales ajenos”. El método en cuestión consiste en el recurso a un “catálogo de indicios”, que en rigor tendrían que ser entendidos como criterios o indicadores⁴⁵, en atención a estos, habría que evaluar si, dadas las particularidades

⁴² En el contexto del art. 470 N° 11 del CP, es claro que la frase adverbial “de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado” debe tomarse como calificando, exclusivamente, a la descripción que especifica la variante de infidelidad. Esto se funda en que el carácter abusivo del ejercicio de un poder de disposición revestido de eficacia jurídica, exigido por la formulación de la variante –valga la redundancia– de abuso, entraña que un comportamiento típicamente relevante a este último título haya de ser considerado *per se* “contrario al interés del titular afectado”; así MAÑALICH, 2020, pp. 357 y s.

⁴³ La que, según el art. 108 del Código Procesal Penal, ha de ser identificada con el “ofendido por el delito”.

⁴⁴ Latamente al respecto, KINDHÄUSER, 2017, § 266, n.m. 66 y ss.; también PASTOR y COCA, 2016, pp. 143 y ss., aunque valiéndose de la expresión “consentimiento”; coincidentemente, GARCÍA, 2020, pp. 154 y ss. Para una diferenciación de las nociones de consentimiento y acuerdo como categorías –funcional y estructuralmente divergentes– de exclusión del injusto propio de determinadas formas de comportamiento delictivo, véase MAÑALICH, 2019a, pp. 603 y ss., 606 y ss., con referencias ulteriores.

⁴⁵ Véase KINDHÄUSER, 2018, pp. 344 y s., 349 y ss. A diferencia de un indicio, cuya relación con aquello de lo que es indiciario es de naturaleza empírica –en el sentido, por ejemplo, en que la presencia de humo en un lugar es indiciaria de que en las cercanías hay, o ha habido, fuego–, un indicador se encuentra conceptualmente conectado con aquello de lo que es indicativo. Para esta distinción, véase PUPPE, 2011, pp. 39 y ss.

del caso del que se trate, se está o no en presencia de un deber cuya infracción pudiera ser delictiva a título de administración desleal⁴⁶. Y la fijación de ese catálogo necesita quedar legitimada por su congruencia con el específico fundamento de punibilidad de la administración desleal⁴⁷. Según Saliger, ese fundamento respondería a la caracterización de esta como “el ejercicio dolosamente contrario a un deber, y conectado con [la generación de] una desventaja patrimonial, de una posición fiduciaria de poder interna a una esfera patrimonial ajena”⁴⁸. Para aludir a un deber de esta categoría, en lo que sigue se hará uso de la expresión “deber de tutela patrimonial”⁴⁹.

Bajo el modelo de teoría de las normas aquí favorecido, esta última noción tiene que ser tomada, más bien, como un descriptor auxiliar que hace posible identificar una posición jurídica que convierte a quien la ocupa en potencial autor de administración desleal, en estricta relación con el patrimonio de cuya tutela se trate. En tal medida, quien ocupa semejante posición es alguien de quien, en los términos de la norma de sanción del art. 470 N° 11, puede decirse que tiene a su cargo la gestión o la salvaguarda del patrimonio de otro. Esto equivale a decir que esa persona es destinataria de una norma de comportamiento cuya contravención es punible bajo esa norma de sanción, siendo esa norma de comportamiento la que le impone el deber de evitar o impedir lealmente, según corresponda, la irrogación de un perjuicio patrimonial. Y este es el deber cuya infracción puede ser delictiva *sub specie* administración desleal⁵⁰.

Con ello, y en contra de lo que se seguiría de la categorización dogmática de la administración desleal como un delito “de infracción de un deber”⁵¹, el deber de tutela patrimonial no puede ser identificado, *stricto sensu*, con el deber cuya infracción es potencialmente delictiva a ese título. Más bien, se trata de que la posición jurídica “extrapenal” que convierte a alguien en portador de un deber de tutela de un patrimonio ajeno, y así en garante (de protección) de este, lo convierte también en *intranseus* de cara al posible quebrantamiento de la norma de comportamiento reforzada por esa norma de sanción⁵².

⁴⁶ Al respecto, SALIGER, 2017, § 266, n.m. 10 y s.

⁴⁷ Véase SALIGER, 2017, § 266, n.m. 11.

⁴⁸ SALIGER, 2006, p. 17.

⁴⁹ Véase la descripción ofrecida por PASTOR y COCA, 2016, pp. 56 y ss., quienes hablan de un “deber de custodia patrimonial”.

⁵⁰ Cómo haya que individuar la o las normas de comportamiento en cuestión, no es algo que necesite ser analizado aquí. *Prima facie* al menos, cabría pensar en una estrategia de individuación dualista, que juxtaponga la prohibición de producir perjuicios para el patrimonio respectivo, sea por medio de una disposición jurídicamente vinculante, sea (en general) mediante el ejercicio del poder de decisión conferido al agente, por un lado, y el requerimiento de impedir perjuicios para el patrimonio respectivo en ejercicio de ese mismo poder de decisión, por otro.

⁵¹ Para un rechazo general de esta categoría, a propósito de los delitos de malversación y de fraude al fisco, véase MAÑALICH, 2020, pp. 364 y ss.; en específica referencia a la administración desleal, CONTRERAS, 2019, pp. 58 y ss., 62 y ss.

⁵² Para la correspondiente conceptualización de los delitos especiales (“proprios”), véase MAÑALICH, 2019b, pp. 357 y ss.; en específica referencia a los delitos de omisión impropia *qua* delitos especiales de garante, MAÑALICH, 2014a, pp. 241 y ss.

Qué consecuencias pueda tener la específica fisonomía de la posición de garante así fundamentada para la determinación más precisa de las modalidades de comportamiento potencialmente constitutivas de infidelidad patrimonial, será analizado más abajo⁵³.

2. *Los criterios y su ejemplificación*

En lo fundamental, un deber “de tutela patrimonial” sería un deber cuyo “contenido esencial” consiste en una “preocupación autorresponsable por el patrimonio ajeno”⁵⁴. Esto se traduciría en que como criterios de reconocimiento de semejante deber reclamen preeminencia, ante todo, los siguientes: (1) “la orientación al interés ajeno” (*Fremdnützigkeit*) de la preocupación por el patrimonio tutelado en cuanto “deber principal”; y (2) la “autonomía” y “significación” de la responsabilidad que habría de ser desplegada en el cumplimiento de tal deber⁵⁵. En cuanto al primero de estos dos criterios, el énfasis tendría que quedar puesto en que el deber de tutela patrimonial forme parte, aun cuando de manera no exclusiva, del núcleo de la relación que vincula al potencial autor con el titular del patrimonio afectado, sin que se trate, por el contrario, de un deber más bien “acompañante” o puramente colateral⁵⁶. En cuanto al segundo criterio, lo primordial sería que en el cumplimiento del respectivo deber el potencial autor goce de un determinado “espacio de juego” para la toma de decisiones, sin encontrarse sometido a medidas o mecanismos de control más o menos inmediato dispuestos por el titular del patrimonio⁵⁷.

En el marco de la praxis judicial alemana, la aplicación de los criterios así obtenidos ha dado lugar a la consolidación de una determinación casuística de un conjunto de tareas o funciones cuyo desempeño tendría relevancia típica, y que —haciendo abstracción de aquellas fundadas en una relación puramente fáctica de confianza especial, no cubiertas por la disposición legal chilena⁵⁸— admiten ser organizadas en función de si el título en cuya virtud la respectiva tarea o función es fiduciariamente encomendada al potencial autor consiste en la ley, un encargo de la autoridad pública o un acto o negocio jurídico⁵⁹. Siendo esta tripartición a todas luces equivalente a la plasmada en el art. 470 N° 11 del CP, es claro que de ello es posible extraer directrices que orienten la aplicación de la norma de sanción formulada en la disposición legal chilena.

Así, y en términos del derecho alemán, como portadores de un deber de tutela patrimonial “en virtud de la ley” habría que reconocer al curador (en relación con el patrimonio de la persona sometida a curatela); al síndico (respecto del patrimonio sometido

⁵³ *Infra*, IV.2.

⁵⁴ SALIGER, 2006, p. 17; también SALIGER, 2017, § 266, n.m. 11.

⁵⁵ SALIGER, 2006, p. 17; también SALIGER, 2017, § 266, n.m. 10.

⁵⁶ SALIGER, 2017, § 266, n.m. 10.

⁵⁷ SALIGER, 2017, § 266, n.m. 10.

⁵⁸ *Supra*, I.

⁵⁹ SALIGER, 2017, § 266, n.m. 13 y ss. Para una exhaustiva presentación de esa misma tipología casuística, véase SCHÜNEMANN, 2014, “§ 266”, n.m. 126 y ss.; también KINDHÄUSER, 2017, § 266, n.m. 56 y ss.

al respectivo proceso concursal); al liquidador (respecto del patrimonio sometido a liquidación); al albacea (respecto de la masa hereditaria), entre otros⁶⁰. Como portadores de un deber de tutela patrimonial “en virtud de un encargo de la autoridad pública”, vendrían en consideración el alcalde (respecto del patrimonio municipal), los funcionarios de hacienda (respecto del patrimonio fiscal), el director de un hospital clínico (respecto de los recursos que conforman su presupuesto), entre muchos otros⁶¹. Finalmente, como portadores de un deber de tutela patrimonial “en virtud de un acto o negocio jurídico” destacarían el mandatario (en cuanto habilitado para ejecutar un encargo de significación patrimonial para el mandante); los integrantes del directorio de una persona jurídica organizada como asociación, como partido político, como corporación, como fundación, como sociedad anónima (en cada caso: respecto del patrimonio de la correspondiente persona jurídica); el o los administradores de una sociedad de responsabilidad limitada y el oficial de cumplimiento (asimismo respecto del patrimonio de la correspondiente persona jurídica); el agente de comercio y el contador o asesor tributario (en ambos casos: respecto del patrimonio del mandante); el notario (respecto de los bienes involucrados en el negocio documentado con su intervención), entre muchos otros⁶².

Para ejemplificar el punto, considérese cómo resultan satisfechos los criterios ya mencionados en referencia a quienes se desempeñan como directores de una sociedad anónima, según cómo su posición jurídica queda configurada en los términos del derecho chileno⁶³. Por un lado, se impone aquí la referencia al llamado “principio de lealtad fiduciaria”, que gobernaría la manera en que cada director ha de actuar en consideración a los intereses de la respectiva sociedad anónima⁶⁴. Esto es suficientemente expresivo de que esa posición jurídica queda estructurada como “orientada al interés ajeno”, que aquí se identifica con el interés de la sociedad cuya administración compete a quienes conforman su directorio. Por otro lado, el hecho de que a los directores sea reconocido un considerable margen de autonomía, sobre la base de la validación, a su respecto, de un “principio de libre apreciación de los negocios”⁶⁵, hace reconocible que a ellos se atribuye un espacio de juego para la decisión cuya amplitud justifica imponer a cada uno de ellos un deber de tutela patrimonial, en el sentido ya analizado⁶⁶.

⁶⁰ Véase SALIGER, 2017, § 266, n.m. 13.

⁶¹ SALIGER, 2017, § 266, n.m. 14.

⁶² SALIGER, 2017, § 266, n.m. 15.

⁶³ Que ello es así, resulta indubitable en atención a la regla de agravación establecida en el inc. 3° del N° 11 del art. 470, aplicable respecto de quienes tienen a su cargo la administración (del patrimonio) de una sociedad abierta o especial. Esta regla presupone, como es obvio, que en general la posición de quienes administran (el patrimonio de) una sociedad comercial sea típicamente relevante bajo el inc. 1° del mismo artículo.

⁶⁴ Un pormenorizado análisis de la estructura y el alcance de los deberes fiduciarios que recaen sobre los directores de las sociedades anónimas, y en particular del “principio de lealtad fiduciaria” que los sustenta y delimita, es ofrecido por BARROS, 2021, pp. 916 y ss. Al respecto, véase también BERNET, 2017, pp. 110 y ss.

⁶⁵ Al respecto, BARROS, 2021, pp. 908 y ss.

⁶⁶ Para un exhaustivo análisis de las posibles configuraciones que puede exhibir, en el ámbito societario, la infracción del deber fundamentado por la respectiva norma de comportamiento, desde el punto de vista de la dogmática de la intervención en el hecho punible, véase CONTRERAS, 2019, pp. 67 y ss.

IV. LA RECONSTRUCCIÓN RESTRICTIVA DE LA VARIANTE TÍPICA DE INFIDELIDAD

1. *¿La infidelidad patrimonial como delito (puramente) resultativo?*

Al ser contrastada con la variante típica de abuso, la de infidelidad se distingue por la circunstancia de que la relevancia típica del comportamiento del potencial autor puede quedar fundada en su incidencia puramente fáctica en el patrimonio cuya salvaguardia o gestión le ha sido confiada⁶⁷. Esto significa, más exactamente, que una acción cuya ejecución u omisión sea potencialmente delictiva a este título no necesita corresponderse con un acto jurídico (en lo que aquí interesa: un acto capaz de producir una alteración jurídicamente eficaz del patrimonio de la eventual víctima), sino que puede asumir la forma de una acción puramente “material”⁶⁸.

Es en este preciso sentido que, en el contexto del art. 470 N° 11 del CP, tendría que ser tomada la frase adjetival “cualquier otra”, con la que es caracterizada la acción cuya ejecución u omisión pudiera ser constitutiva de infidelidad patrimonial. Tal como ya se observara, empero, la realización de la variante de infidelidad depende, en todo caso, de que el comportamiento del potencial autor se presente como el ejercicio de un poder de decisión sobre el patrimonio conferido por el titular de este, que resulte en un perjuicio para ese mismo patrimonio⁶⁹.

Pero esta última constatación no logra dotar de contornos suficientemente precisos a la variante típica de infidelidad. Ello solo se puede alcanzar si se clarifica la conexión que tendría que ser reconocible entre la específica posición de sujeto de un deber de tutela patrimonial que ha de ocupar el potencial autor, por un lado, y la modalidad de comportamiento con el que aquel puede llegar a irrogar el correspondiente perjuicio patrimonial *qua* resultado típico, por otro.

Para advertir qué puede estar en juego aquí, es oportuno partir considerando la concepción de la variante de infidelidad que, en el debate doctrinal alemán, ha sido sobre todo defendida por Schünemann. Esta concepción destaca por la renuncia a cualificar la modalidad de comportamiento que pudiera ser constitutiva de infidelidad patrimonial en atención a la especificidad de la posición que convierte al potencial autor en garante del patrimonio expuesto al perjuicio. La crítica a la que otro sector de la doctrina alemana ha sometido el planteamiento de Schünemann puede proveernos de algunas premisas para sustentar una concepción alternativa que pueda, a su vez, iluminar la interpretación del art. 470 N° 11 del CP en lo que ahora interesa.

Lo definitorio de la concepción defendida por Schünemann consiste en su orientación a imponer a la variante de infidelidad la estructura propia de un delito (puramente) “resultativo”, esto es, de un delito cuyo injusto se agotaría en el condicionamiento de

⁶⁷ Véase KINDHÄUSER, 2017, § 266, n.m. 64; SCHÜNEMANN, 2014, § 266, n.m. 56.

⁶⁸ Así SALIGER, 2017, § 266, n.m. 36.

⁶⁹ Recuérdese que el correspondiente poder de decisión admite ser identificado con un poder para “disponer” *lato sensu* –lo que quiere decir: aunque sea de manera puramente fáctica– del patrimonio de cuya protección el potencial autor es garante; véase *supra*, nota 23.

un resultado de cierta índole⁷⁰. El punto de partida del que arranca Schünemann es difícilmente discutible: también en la variante de infidelidad, la administración desleal tiene el carácter de un delito de resultado, consistiendo el respectivo resultado en la desventaja patrimonial que ha de generar el comportamiento del autor, sin que su contenido de injusto pueda ser reducido a la mera infracción de un deber (“extrapenal”)⁷¹. Acertadamente, Schünemann vincula esta caracterización con la observación de que, también tratándose de la variante de infidelidad, el autor ha de condicionar el resultado de perjuicio abusando de un “señorío protector” (*Obbutsberrschaft*) que tendría que ser ejercido, empero, en interés del titular del patrimonio afectado⁷².

Esto último es enteramente reconciliable con la concepción “integrada” del injusto de la administración desleal, aquí favorecida⁷³. Pues la exigencia de que la respectiva infidelidad patrimonial quede asociada a un ejercicio abusivo del poder de decisión conferido al potencial autor es expresiva de cómo los presupuestos de la variante típica de infidelidad admiten ser perfilados por medio de su homologación con los presupuestos de la variante típica de abuso. El problema está, sin embargo, en que Schünemann no se atiene a la premisa así enunciada.

Ello se ve reflejado en su afirmación de que, en el contexto del § 266 del StGB, la alusión al “deber de velar por intereses patrimoniales ajenos” únicamente demarcaría “la consecuencia jurídica de la posición de protección generadora del deber y con ello la cualificación como autor”⁷⁴. Traducida a los términos del art. 470 N° 11 del CP, la tesis de Schünemann consiste en que la exigencia de que el potencial autor tenga “a su cargo la salvaguardia o la gestión” del patrimonio comprometido solo cumpliría la función de demarcar la posición (de garante) que aquel ha de ocupar. Y esto equivale a decir que esa cláusula de la disposición legal carecería de implicaciones para determinar en qué puede consistir la modalidad de comportamiento típicamente relevante. De esto tendría que seguirse, entonces, que la ejecución o la omisión de –literalmente– “cualquier acción” por parte de quien tiene a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otro podría realizar la variante típica de infidelidad, en la medida en que la ejecución u omisión de esa acción resulte perjudicial para ese mismo patrimonio.

Que, en referencia al § 266 del StGB, Schünemann se muestra enteramente dispuesto a validar esta última afirmación, queda de manifiesto en el pasaje siguiente: “Así, el tipo de la infidelidad exhibe en lo demás, como delito especial de garante contra el patrimonio, la misma estructura que el daño de cosa del § 303 [del] StGB en cuanto delito general contra la propiedad”⁷⁵. Esta es una toma de posición extremadamente elocuente para lo que aquí interesa, toda vez que el delito de daño es un paradigma de delito de resultado

⁷⁰ En detalle acerca de la categoría de los delitos de resultado puros, MAÑALICH, 2014b, pp. 17 y ss., 32 y ss.

⁷¹ SCHÜNEMANN, 2014, § 266, n.m. 29.

⁷² SCHÜNEMANN, 2014, § 266, n.m. 29.

⁷³ *Supra*, II.2.

⁷⁴ SCHÜNEMANN, 2014, § 266, n.m. 56.

⁷⁵ SCHÜNEMANN, 2014, § 266, n.m. 56.

puro, o “resultativo”⁷⁶. A este respecto, no deja de ser revelador que Schünemann hable del “tipo” –y no más bien de la “variante”– de la infidelidad, también en este preciso contexto. Más allá de que esto pueda ser indiciario de una resistencia latente de su parte a la consolidación de una concepción monista de la administración desleal⁷⁷, la sugerencia de que la configuración de una infidelidad patrimonial se correspondería con la realización de un tipo distinto de aquel cuya realización sería constitutiva de un abuso patrimonial podría volver más plausible la caracterización de la primera como un auténtico delito resultativo contra el patrimonio.

El problema radica, sin embargo, en que la concepción dualista de la administración desleal, conducente a la postulación de “dos tipos” diferentes, se encuentra doctrinal y jurisprudencialmente superada en el debate alemán, lo que es admitido por Schünemann⁷⁸. Con ello, es inconsistente pretender atribuir un carácter puramente resultativo a la variante de infidelidad, si ello no puede valer respecto de la variante de abuso. Y tendría que ser obvio que esta última variante *no* tiene la estructura propia de un delito resultativo. Pues para que se configure una administración desleal por abuso es necesario que el autor menoscabe el patrimonio a cuya protección está obligado por la vía de ejercer –valga la redundancia– abusivamente un poder de enajenación o de vinculación obligacional referido a ese mismo patrimonio, a través de cuyo ejercicio este pueda resultar afectado de manera jurídicamente eficaz.

Ergo, si una caracterización “resultativista” de la variante típica de abuso se encuentra descartada, entonces nada distinto puede valer para la variante típica de infidelidad, en la medida en que la diferencia entre una y otra tenga que entenderse acotada a la modalidad de comportamiento en el que el garante del respectivo patrimonio habría de condicionar el resultado de perjuicio⁷⁹. De ahí que, como observa Saliger, a partir de las premisas que hace suya la concepción monista irrestricta, hoy dominante, la apelación al deber de velar por el patrimonio de la potencial víctima no solo sea “constitutiva para la determinación del círculo de autores”, sino que también “fija el marco para la identificación de la concreta infracción de deber” en la que pueda consistir el comportamiento típicamente relevante⁸⁰.

2. *La relatividad posicional de la deslealtad típicamente relevante*

Si la interpretación del art. 470 N° 11 del CP ha de honrar el postulado de que el injusto del delito allí tipificado tiene que quedar determinado por un núcleo común a

⁷⁶ Véase MAÑALICH, 2020, pp. 332 y ss.

⁷⁷ Véase *supra*, nota 29.

⁷⁸ Así SCHÜNEMANN, 2014, § 266, n.m. 13, dando cuenta del “señorío” jurisprudencial ostentado por la construcción monista a lo largo de un lapso que –en 2014– se extendía ya por cuarenta años.

⁷⁹ Así ya MAÑALICH, 2020, pp. 356 y s.

⁸⁰ SALIGER, 2017, § 266, n.m. 9. Esto es compatible con que, a diferencia de lo sugerido por SALIGER, aquí se sostenga que el respectivo deber de tutela patrimonial no es idéntico al deber cuya infracción es delictiva a título de administración desleal; *supra*, III.1.

ambas variantes, entonces también tratándose de la variante de infidelidad es necesario que el perjuicio patrimonial sea irrogado mediante un comportamiento que admita ser caracterizado como una instancia de deslealtad en la administración del patrimonio de la víctima. Y esta caracterización no admite ser reducida al hecho de que el comportamiento en cuestión haya resultado, eventualmente, en un perjuicio para el patrimonio cuya protección fuera confiada al potencial autor.

Esto último puede entenderse como una aplicación específica de lo que, en su jurisprudencia concerniente a la admisibilidad constitucional de la tipificación de la administración desleal⁸¹, el BVerfG acuñó como la “prohibición de desfiguración” de los elementos del tipo⁸². Así como esta prohibición volvería inadmisibile pretender fundar la existencia del perjuicio típicamente exigido en el hecho de que al potencial autor sea atribuible la infracción del respectivo deber de tutela patrimonial, así también sería improcedente pretender inferir la existencia de la infracción de tal deber a partir de la sola constatación de la generación de un perjuicio patrimonial por parte del garante del respectivo patrimonio⁸³. Esto habla decisivamente en contra de interpretar la formulación de la variante de infidelidad como si esta se correspondiera con un delito puramente resultativo de perjuicio patrimonial perpetrado por un garante del patrimonio afectado.

La vía más promisorias para ajustar la interpretación del art. 470 N° 11 del CP a la ya aludida “prohibición de desfiguración”, en lo específicamente concerniente a los presupuestos de una infidelidad patrimonial, consiste en condicionar la relevancia típica del comportamiento desplegado por el potencial autor a que ese comportamiento quede internamente conectado con el desempeño de las tareas o funciones que fundamentan el respectivo deber de tutela patrimonial y que lo convierten, así, en garante del patrimonio comprometido⁸⁴. Según Saliger, esto se traduciría en que la o las normas “externas al derecho penal” que sirvan de sustento a la posición de deber ocupada por el potencial autor tendrían que exhibir un “carácter a lo menos mediatamente protector del patrimonio ajeno”⁸⁵. De ahí que, verbigracia, una posición de deber instituida por una norma orientada a la promoción o al resguardo de un interés público no pueda convertir a quien la ocupa en potencial autor de administración desleal⁸⁶. Pero es todavía más importante notar lo siguiente: la prohibición de desfiguración que tendría que ser observada en la interpretación de la disposición legal volvería insostenible una concepción de la infidelidad patrimonial que lleve a hacer equivalentes, como indicativas de una posible infidelidad patrimonial, la infracción de un deber de tutela patrimonial y la infracción de un deber jurídico cualquiera que pudiera recaer sobre el garante del

⁸¹ *Supra*, I.

⁸² Así, explícitamente, SALIGER, 2017, § 266, n.m. 50, rechazando la pretensión de derivar un deber de tutela patrimonial a partir de la prohibición general de dañar el patrimonio ajeno.

⁸³ Así, SALIGER, 2017, § 266, n.m. 8.

⁸⁴ Véase KINDHÄUSER, 2017, § 266, n.m. 62 y s.

⁸⁵ SALIGER, 2017, § 266, n.m. 37.

⁸⁶ SALIGER, 2017, § 266, n.m. 38 y s.

patrimonio comprometido, también cuando ello pudiera resultar en un perjuicio para ese mismo patrimonio⁸⁷.

Como ejemplos de situaciones en las que el garante del patrimonio afectado indudablemente infringiría un deber, condicionando un perjuicio para ese patrimonio, pero sin que la infracción de ese deber pudiera ser constitutiva de administración desleal por infidelidad, Saliger nos propone, entre otros, los siguientes: (1) el caso del gerente de una sociedad que, a sabiendas, deja estacionado el automóvil de la firma en un lugar donde rige una prohibición de estacionamiento, lo que desencadena una multa que habrá de ser soportada por la persona jurídica en cuanto propietaria del vehículo; y (2) el caso del miembro del directorio de la sociedad que controla una cadena de supermercados que, por la noche, ingresa clandestinamente en un establecimiento de la cadena y se lleva dos botellas de vino⁸⁸. En ambos casos estaríamos, indudablemente, ante la infracción de un deber jurídico por parte de quien es, además, portador de un deber de tutela respecto del patrimonio que resulta respectivamente perjudicado. En ambos casos, sin embargo, el deber infringido es enteramente inconexo respecto del deber de tutela patrimonial⁸⁹. Y esto equivale a decir que, en casos como estos, el perjuicio no es generado desde la específica posición que convierte al potencial autor en garante del patrimonio afectado⁹⁰.

No deja de ser relevante que, en contraste con la solución así alcanzada por Saliger, Schünemann se incline decididamente por sostener que, en casos como los recién analizados, habría que asumir la configuración de una infidelidad patrimonial⁹¹. Para sustentar este aserto, Schünemann afirma que también en casos de estas características la generación del perjuicio se desenvolvería “dentro del círculo patrimonial confiado para ser custodiado”⁹². Pero esto no puede estimarse satisfactorio. Pues no está en cuestión que, en los casos aquí considerados, el perjuicio efectivamente recae en el patrimonio cuyo resguardo ha sido encomendado a quien, en tal medida, cuenta como garante de su protección. El punto es que, si esta última constatación fuera tenida por suficiente para entender configurada una infidelidad patrimonial, entonces esta resultaría reducida a una forma puramente resultativa de administración desleal. Y tal como ya se ha mostrado, ello supondría renunciar a identificar un núcleo de injusto común para las dos variantes típicas de administración desleal, lo que es incompatible con las premisas que impone la adopción de una concepción monista.

Con ello, la pregunta tiene que ser, más bien, la siguiente: en casos como los aquí considerados, ¿cabría decir que la generación de ese perjuicio tiene lugar mediante un

⁸⁷ SALIGER, 2017, § 266, n.m. 42.

⁸⁸ SALIGER, 2017, § 266, n.m. 42.

⁸⁹ Así SALIGER, 2017, § 266, n.m. 42.

⁹⁰ Coincidentemente, KINDHÄUSER, 2017, § 266, n.m. 62. Véase también PASTOR y COCA, 2016, p. 121, quienes argumentan en referencia inmediata a las particularidades del texto del art. 252 del Código Penal español.

⁹¹ SCHÜNEMANN, 2014, § 266, n.m. 102.

⁹² SCHÜNEMANN, 2014, § 266, n.m. 102.

ejercicio desleal del específico poder de decisión conferido por el titular de ese patrimonio? De acuerdo con lo ya sostenido, la respuesta solo puede ser negativa.

No estaría de más recordar que, tal como ella se encuentra formulada en el art. 470 Nº 11 del CP, la variante típica de infidelidad se desdobra en una modalidad de comportamiento activo (“ejecutando”), por un lado, y otra modalidad de comportamiento omisivo (“omitiendo”), por otro⁹³. Esto último es consistente con que la posición jurídica ocupada por el potencial autor lo convierta en garante de protección del patrimonio comprometido⁹⁴. Para que se configure una infidelidad patrimonial por omisión será necesario, entonces, que la acción omitida por el potencial autor sea una acción a cuya ejecución él haya estado específicamente obligado en el desempeño de sus funciones o tareas *qua* garante del patrimonio en cuestión.

3. *La irrelevancia criteriológica de la eventual realización concomitante del tipo de un delito común*

En contra de lo sugerido por Schünemann, la delimitación así obtenida del deber cuya infracción puede ser delictiva a título de administración desleal, en consideración al ámbito de tareas o funciones en el que queda radicada la posición de garante del potencial autor, no es incompatible en lo absoluto con que la infracción de ese deber pudiera ser coextensiva con la realización del tipo de un delito común –en el sentido de “no-especial”– contra la propiedad o el patrimonio⁹⁵. Es obvio, por ejemplo, que el jefe de la sucursal de una casa comercial incurriría en administración desleal por infidelidad, si él se hiciera del dinero disponible en una caja registradora del recinto, sin que ello hubiera de verse afectado por el hecho de que –dependiendo de las particularidades del sistema jurídico de referencia– ese mismo comportamiento también pudiera tener relevancia típica en la forma de un delito (común) de apropiación de cosa ajena⁹⁶.

De ahí que no tenga relevancia alguna la consideración de si el perjuicio irrogado desde la específica posición de garante asociada al deber de tutela patrimonial pudiera haber sido igualmente irrogado por alguien que no fuera portador de semejante deber y que contara, así, como *extraneus*⁹⁷. Antes bien, lo determinante es si la irrogación del eventual perjuicio para el patrimonio a cuya tutela el potencial autor está obligado se corresponde con la generación de un perjuicio que aquel tendría que haber evitado o impedido, precisamente, en el desempeño de las tareas o funciones que lo sitúan en

⁹³ En referencia a la disposición legal alemana, KINDHÄUSER, 2017, § 266, n.m. 60 y 64; SALIGER, 2017, § 266, n.m. 51.

⁹⁴ Véase SALIGER, 2017, § 266, n.m. 51.

⁹⁵ Véase SCHÜNEMANN, 2014, § 266, n.m. 102.

⁹⁶ Así KINDHÄUSER, 2017, § 266, n.m. 62.

⁹⁷ KINDHÄUSER, 2017, § 266, n.m. 62; coincidentemente, SALIGER, 2017, § 266, n.m. 42. En una dirección tendencialmente opuesta argumentan PASTOR y COCA, 2016, p. 121, poniendo el foco en la pregunta de si el poder fáctico del que se vale el potencial autor al dar lugar al perjuicio es uno que podría ser ejercido, de la misma manera, por un *extraneus*, en cuyo caso habría que descartar la realización del tipo de la administración desleal.

la correspondiente posición de garante. En palabras de Saliger, “[e]l autor tiene que infringir el concreto deber *no solamente con ocasión de su resguardo del patrimonio, sino al mismo tiempo en cuanto guardián del patrimonio*”⁹⁸.

BIBLIOGRAFÍA

- BARROS, Enrique, 2021: *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (2ª edición), tomo II, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BERNET, Manuel, 2017: “El deber de lealtad de los directores y los contratos en conflicto de interés”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 8.
- BOFILL, Jorge, JELVEZ, Valeria y CONTRERAS, Sebastián, 2019: “Consideraciones sobre el nuevo delito de administración desleal en el derecho chileno”, *Revista Derecho y Sociedad*, N° 52.
- CONTRERAS, Marcos, 2019: “Intervención delictiva y administración desleal societaria”, *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 39.
- CONTRERAS, Lautaro, 2021: “Mandato constitucional de determinación y delitos imprudentes de homicidio y lesiones”, *Política Criminal*, volumen 16, N° 6.
- GÁLVEZ, Jorge, 2020: “La pérdida de una oportunidad: ¿perjuicio típico en el delito de administración desleal del Código Penal chileno?”, en Nicolás Acevedo, Rafael Collado y Juan Pablo Mañalich (coordinadores), *La justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 749-773.
- GARCÍA, Percy, 2020: “Aproximación al estudio del delito de administración fraudulenta: modelos de regulación y problemas dogmáticos”, *InDret*, 4.2020.
- HERNÁNDEZ, Héctor, 2005: “La administración desleal en el derecho penal chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, volumen XXVI.
- KINDHÄUSER, Urs, 2017: “§ 266”, en Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann y Hans-Ullrich Paeffgen (coordinadores), *Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar* (5ª edición), tomo III, pp. 869-936.
- KINDHÄUSER, Urs, 2018: *Abhandlungen zum Vermögensstrafrecht*, Baden-Baden: Nomos.
- KUHLEN, Lothar, 2011: “Gesetzlichkeitsprinzip und Untreue”, *Juristische Rundschau*, 6/2011.
- KUHLEN, Lothar, 2012: “Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de analogía”, en Juan Pablo Montiel (editor), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo: Marcial Pons, pp. 151-172.
- MAÑALICH, Juan Pablo, 2014a: “Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 21, N° 2.
- MAÑALICH, Juan Pablo, 2014b: *Norma, causalidad y acción*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo: Marcial Pons.
- MAÑALICH, Juan Pablo, 2019a: “*Volenti non fit iniuria*. Sobre la función y la estructura del consentimiento como categoría jurídico-penal”, en Manuel Cancio *et al.* (editores), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Madrid: UAM Ediciones, volumen I, pp. 595-608.
- MAÑALICH, Juan Pablo, 2019b: “Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo”, *Política Criminal*, volumen 14, N° 27.
- MAÑALICH, Juan Pablo, 2020: *Estudios sobre la parte especial del derecho penal chileno*, Santiago: Thomson Reuters.

⁹⁸ SALIGER, 2017, § 266, n.m. 45 (cursivas en el original).

- PASTOR, Nuria y COCA, Ivó, 2016: *El delito de administración desleal*, Barcelona: Atelier.
- PUPPE, Ingeborg, 2011: *Kleine Schule des juristischen Denkens* (2ª edición), Gotinga: Vandenhoeck & Ruprecht.
- RANSIEK, Andreas, 2004: “Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, volumen 116.
- ROJAS, Luis Emilio, 2009: “El tipo de la administración desleal en el Derecho penal alemán”, *Revista Penal*, Nº 23, 2009.
- SALIGER, Frank, 2006: “Gibt es eine Untreuemode? Die neuere Untreuedebatte und Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung”, *HRRS* Januar/2006.
- SALIGER, Frank, 2011: “Auswirkungen des Untreue-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 23.6.2010 auf die Schadensdogmatik”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11/2011.
- SALIGER, Frank, “§ 266”, en Robert Esser *et al.*, *Wirtschaftsstrafrecht (Kommentar mit Steuerstrafrecht und Verfahrensrecht)*, Colonia: Dr. Otto Schmidt, pp. 613-713.
- SCHÜNEMANN, Bernd, 2014, “§ 266”, en Gabriele Cirener *et al.* (coordinadores), *Leipziger Kommentar StGB online*, Berlín y Boston: De Gruyter.
- TIEDEMANN, Klaus, 2008: *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil*, tomo II (2ª edición), Colonia y Múnich: Carl Heymann.
- WACHTER, Matthias, 2019: “Pflichtverletzung und Vermögensbetreuungspflicht bei der Untreue”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, volumen 131.

Legislación citada

- CÓDIGO Penal de la República de Chile.
- CÓDIGO Penal del Reino de España.
- CÓDIGO Penal (*Strafgesetzbuch*) de la República Federal de Alemania.
- CÓDIGO Procesal Penal de la República de Chile.
- CONSTITUCIÓN Política de la República de Chile.

Jurisprudencia citada

- TRIBUNAL Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*), Alemania, sentencia de fecha 26 de julio de 1972, 2 StR 62/72.
- TRIBUNAL Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), Alemania, sentencia de fecha 23 de junio de 2010, BVerfGE 126, 170. (Traducción al español: Béguelin, José y Dias, Leandro, 2018: “Decisión del Tribunal Constitucional Federal [BVerfG] del 23 de junio de 2010 [BVerfGE 126, 170] sobre administración fraudulenta”, *En Letra: Derecho Penal*, año IV, núm. 7).