

22 NOV 2005

REVISTA DE DERECHO
DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE VALPARAÍSO
(fundada en 1977)

XXVI
2005
SEMESTRE I



LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN EL DERECHO PENAL CHILENO*

HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO**
Universidad Alberto Hurtado

RESUMEN

En el artículo se examina el *status* jurídico-penal de las conductas de administración desleal de patrimonios ajenos en el derecho chileno. Ante la ausencia de tipos penales específicamente concebidos para hacer frente a la administración desleal, se revisan las posibilidades de subsumir tales conductas en los tipos penales disponibles en la legislación vigente, en particular la estafa, la apropiación indebida, las figuras de insolvencia punible y los delitos funcionarios de malversación y fraude al Estado. De dicha revisión, a propósito de la cual se exponen nuevos puntos de vista sobre la interpretación de los respectivos tipos penales, se desprende la insuficiencia de la legislación vigente para abordar adecuada-

ABSTRACT

In this article, the legal-criminal status of disloyal administration of another's equity in Chilean law is examined. Because of the absence of criminal types specifically thought up to face disloyal administration, the article reviews possibilities to incorporate this kind of conduct into the criminal types available in the law in force, in particular swindle, conversion, legal definition of punishable insolvency, and offenses committed by public officials, such as misappropriation of funds and tax evasion. From said review, which offers the opportunity to expose new points of view on the interpretation of the respective criminal types, inadequacies of the legislation in force to properly address the issue are derived, and

* Trabajo presentado en las "Primeras Jornadas de Derecho Penal y Ciencias Penales" celebradas en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, los días 18 a 20 de noviembre de 2004, en conmemoración del centésimo décimo aniversario de la fundación del Curso de Leyes de los Sagrados Corazones de Valparaíso, actual Escuela de Derecho de la mencionada Universidad.

** Profesor titular de Derecho penal y Derecho procesal penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Dirección postal: Almirante Barroso 40. Santiago. Correo electrónico: hhernand@uahurtado.cl. El autor agradece al Prof. Miguel Soto Piñeiro por sus siempre generosos aportes bibliográficos y las numerosas discusiones sobre el tema.

mente el problema, lo que constituiría un grave déficit que reclama ser corregido por vía legislativa. De la mano de una mirada del derecho comparado, que sirve también para entender mejor la actual situación en Chile, se señalan las alternativas técnicas que se ofrecen para la introducción de un delito de administración desleal y se advierte sobre los peligros que deben sortearse para asegurar la legitimidad del mismo, especialmente el riesgo de la indeterminación y de la prisión por deudas.

PALABRAS CLAVE: Administración desleal – Apropiación indebida – Fraude al Estado – Prisión por deudas – Delitos contra la propiedad – Delitos contra el patrimonio – Derecho comparado.

this would constitute a serious deficit that demands to be corrected via legislation. Based on comparative law, which is also useful for a better understanding of the current situation in Chile, technical alternatives to disloyal administration are suggested in the article, where there also is a warning about the hazards that must be avoided to ensure its legitimacy, in particular the risk of indeterminacy and imprisonment for indebtedness.

KEY WORDS: Disloyal administration – Misappropriation of funds – Tax evasion – Imprisonment for indebtedness – Offenses against property – Offenses against another's equity – Comparative law.

I. EL PROBLEMA

El objeto de este trabajo es el *status* jurídico-penal que en el derecho chileno ostentan conductas como las del administrador de una sociedad que vende los bienes de la misma a precios irrisorios, o bien otorga créditos sin garantías a deudores insolventes o asume enormes deudas o incurre en ingentes gastos para fines superfluos, todo esto con perjuicio económico para la sociedad. Estas conductas, entre muchas otras imaginables, corresponden a lo que en el derecho comparado se conoce como administración desleal, fraudulenta o infiel¹. Tienen en común que el agente cuenta con un poder legítimo de disposición sobre patrimonio ajeno, poder que, sin embargo, ejerce de modo irregular y contra los intereses del mismo. Como ha sido destacado por algunos autores, es en virtud de este poder de disposición sobre el patrimonio en cuestión que la administración desleal puede caracterizarse como un ataque patrimonial desde adentro².

En las páginas siguientes se abordan las posibilidades de subsunción de dichas conductas en los tipos penales tanto del Código del ramo como de la legislación penal especial, se valoran críticamente tales posibilidades, se toma posición respecto de la necesidad de incorporar nuevos tipos penales en la legislación chilena y se señalan los desafíos técnicos que este último proceder debería sortear.

II. INEXISTENCIA DE UN TIPO GENERAL ESPECÍFICO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN EL DERECHO CHILENO

1. Las “administraciones desleales” del § 8 del Título IX del Libro Segundo del Código Penal

El Código Penal chileno no contiene ninguna disposición general de administración desleal. Atendidos ciertos usos terminológicos de nuestra literatura, esta aseveración merece una explicación previa. Lo que en este contexto se entiende por un tipo de administración desleal es una figura penal que reprime *per se* la administración desleal, y no sólo mediatamente, en cuanto aparición concomitante de otra conducta típica. Desde esa perspectiva, no constituyen hipótesis de administración desleal las previstas en los N.ºs. 3 y 4 del art. 469 CP³, que simplemente recogen hipótesis específicas de estafa⁴. En efecto, dichas disposiciones reprimen: “3. A los comisionistas que cometieren defraudación alterando en sus cuentas los precios o las condiciones de los contratos, suponiendo gastos o exagerando los que hubieren hecho. 4. A los capitanes de buques que defrauden suponiendo gastos o exagerando los que hubieren hecho, o cometiendo cualquiera otro fraude en sus cuentas”.

Naturalmente es difícil negar que en estos casos se esté en presencia de una administración desleal, pues ya la rendición de cuentas falsas es en sí un acto desleal. Pero si bien se mira, se advierte que no es en razón de tal deslealtad que se impone la sanción, sino por el hecho de defraudar al mandante mediante un engaño al momento de rendirle cuentas: los comisionistas alteran precios y condiciones en sus cuentas, en tanto que los capitanes de buque suponen gastos o los exageran, también en sus cuentas, y de este modo lo defraudan. Por cierto se trata de una administración desleal, pero ésta no se castiga en cuanto tal, sino sólo en la medida en que dicha deslealtad se expresa en un engaño al mandante, en virtud del cual éste, que ha creído lo que se le rinde (error) y aprobado en consecuencia la cuenta, con renuncia implícita de derechos o entrega de fondos para solventar la cuenta falsa (disposición patrimonial) sufre un perjuicio patrimonial⁵. Si, en cambio, el comisionista o capitán que ha dilapidado dolosamente los bienes de su mandante en vez de mentirle le exhibe con todo descaro sus desmanes en cuentas verdaderas, no incurre en estos delitos, los que, como se ve,

³ Como tampoco lo hace la hipótesis del art. 469 N.º 5 CP. (“A los que cometieren defraudación con pretexto de supuestas remuneraciones a empleados públicos, sin perjuicio de la acción de calumnia que a éstos corresponda”), que presenta la misma estructura, pero que no suele ser considerada conjuntamente con las dos precedentemente mencionadas. Para ella rige también lo que se expresa en el texto.

⁴ Ven, sin embargo, una hipótesis de administración desleal (“fraudulenta”) en estos casos ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998), III, pp. 435 ss.; GARRIDO, Mario, *Derecho Penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000), IV, pp. 373 ss.

⁵ Sobre los alcances de la estafa en el derecho chileno, HERNÁNDEZ, Héctor, *Aproximación a la problemática de la estafa*, en AA. VV., *Problemas actuales de derecho penal* (Temuco, Universidad Católica de Temuco, 2003), pp. 147 ss.

¹ En lo sucesivo se emplea exclusivamente la expresión “administración desleal”.

² SCHÜNEMANN, Bernd, en *Leipziger Kommentar. Strafgesetzbuch (LK)* (11. Aufl., Berlin – New York, De Gruyter, 1998), § 266 Rdn. 1.

no son más que simples estafas cometidas con ocasión de una administración desleal⁶.

Algo distinto ocurre con la que parece ser la única tipificación inequívoca de administración desleal en el Código chileno, esto es, con la figura del art. 470 N° 2 CP., que reprime: *"A los capitanes de buques que, fuera de los casos y sin las solemnidades prevenidas por la ley, vendieren dichos buques, tomaren dinero a la gruesa sobre su casco y quilla, giraren letras a cargo del naviero, enajenaren mercaderías o vituallas o tomaren provisiones pertenecientes a los pasajeros"*.

A diferencia de los casos anteriores, aquí se puede apreciar cómo el legislador reprime directamente la administración abusiva de los capitanes de buque que actúan, como con razón apunta la literatura, "por cuenta del naviero"⁷. Se trata precisamente de efectuar actos de disposición en nombre del naviero, para lo cual están facultados por la ley, pero "fuera de los casos y sin las solemnidades" prevenidas por ésta, afectando con eso el patrimonio de aquél, sea reduciendo su activo, como ocurre con la venta o gravamen del buque, sea aumentando su pasivo, como pasa con el giro de letras a su cargo. A la ley le basta con estos excesos para imponer sanciones. No se necesita nada más, particularmente no se necesita engaño de ningún tipo⁸, pues, como bien destaca Garrido, "el capitán no necesita recurrir a ninguna maquinación o ardid, como sucede con la estafa, porque las especies están en su poder y se le han confiado para que las administre o mantenga, es la violación de los deberes que le corresponden por su condición de administrador la que da origen al delito"⁹. Por lo mismo, la conducta del capitán se sanciona de igual modo si el capitán informa con lujo de detalles al naviero de sus tropelías y es particularmente cuidadoso en sus cuentas, lo que marca una diferencia esencial con los casos anteriores.

Ahora bien, las propias características del precepto permiten adivinar que su aplicación práctica está muy circunscrita, de suerte que no es una norma que pueda servir como cláusula general de administración desleal en el derecho penal chileno.

2. La legislación especial

Si se analiza ahora la legislación especial, se podrá comprobar, con cierto estupor, que tampoco existen normas suficientes al respecto. En efecto, si se examinan los ámbitos de regulación mercantil o económica en las que sería de

⁶ Así, respecto del art. 469 N° 3 CP., LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal* (7° edición a cargo de Julio Zenteno, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1983), II, p. 228: "Las cuentas falsas son el medio engañoso de que se vale el agente para estafar"; y ahora, respecto de ambos casos, si bien con gran énfasis en la idea de abuso de confianza, POLITOFF, Sergio - MATUS, Jean Pierre - RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte Especial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004), pp. 430 s.

⁷ Así ETCHEBERRY, cit., III, p. 438; Garrido, pp. 378 ss.; POLITOFF, Sergio, *El delito de apropiación indebida* (2° edición, Santiago, ConoSur, 1992), pp. 196 ss.

⁸ Parecen exigir engaño, sin embargo, POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, cit., pp. 430 ss., aunque las explicaciones no son del todo claras en ese sentido.

⁹ GARRIDO, cit., p. 379.

suponer la presencia de normas penales complementarias sobre el particular, específicamente las regulaciones de gobierno corporativo y, en general, de administración de sociedades, se puede constatar un vacío rotundo¹⁰.

La Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas contiene una serie de disposiciones referidas al gobierno y administración de dichas sociedades, entre las que destacan las prohibiciones a los directores que establece el art. 42 (aplicables también a los gerentes de acuerdo con el art. 50), todas encaminadas a resguardar el interés social frente al interés personal del director o gerente¹¹, pero su infracción sólo da lugar a responsabilidad civil, sin perjuicio de las sanciones administrativas que pudiera aplicar la Superintendencia de Valores y Seguros. No deja de sorprender entonces la solemnidad con que el art. 133 de la ley dispone en general que todas las infracciones a la ley que producen daño obligan a indemnizar, *"sin perjuicio de las demás sanciones civiles, penales y administrativas que correspondan"*, en circunstancias que las sanciones penales simplemente no están previstas. Ni aun para casos particularmente extremos como es el de las infracciones a las normas sobre auto-contratación previstas en el art. 44 de la ley¹², se consultan consecuencias penales, a despecho de la críptica referencia del mismo artículo a *"las sanciones administrativas en su caso y penales que correspondan"*.

En lo que respecta a la Ley General de Bancos, su art. 84 establece rigurosas limitaciones de crédito —referidas al máximo de concentración de créditos, al

¹⁰ Una visión crítica, desde la perspectiva de la quiebra del sistema bancario durante la crisis económica de 1982 en HERNÁNDEZ, Héctor, "Perspectivas del derecho penal económico en Chile", en *Persona y Sociedad*, 19 (2005) N° 1, pp. 101 (122 ss.).

¹¹ Art. 42 Ley de Sociedades Anónimas: *"Los directores no podrán: 1. Proponer modificaciones de estatutos y acordar emisiones de valores mobiliarios o adoptar políticas o decisiones que no tengan por fin el interés social, sino sus propios intereses o los de terceros relacionados; 2. Impedir u obstaculizar las investigaciones destinadas a establecer su propia responsabilidad o la de los ejecutivos en la gestión de la empresa; 3. Inducir a los gerentes, ejecutivos y dependientes o a los inspectores de cuentas o auditores, a rendir cuentas irregulares, presentar informaciones falsas y ocultar información; 4. Presentar a los accionistas cuentas irregulares, informaciones falsas y ocultarles informaciones esenciales; 5. Tomar en préstamo dinero o bienes de la sociedad o usar en provecho propio, de sus parientes, representados o sociedades a que se refiere el inciso segundo del artículo 44, los bienes, servicios o créditos de la sociedad, sin previa autorización del directorio otorgada en conformidad a la ley; 6. Usar en beneficio propio o de terceros relacionados, con perjuicio para la sociedad, las oportunidades comerciales de que tuvieron conocimiento en razón de su cargo, y 7. En general, practicar actos ilegales o contrarios a los estatutos o al interés social o usar de su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados en perjuicio del interés social. Los beneficios percibidos por los infractores a lo dispuesto en los tres últimos números de este artículo pertenecerán a la sociedad, la que además deberá ser indemnizada por cualquier otro perjuicio. Lo anterior, no obsta a las sanciones que la Superintendencia pueda aplicar en el caso de sociedades sometidas a su control"*.

¹² Art. 44 inciso primero Ley de Sociedades Anónimas: *"Una sociedad anónima sólo podrá celebrar actos o contratos en los que uno o más directores tengan interés por sí o como representantes de otra persona, cuando dichas operaciones sean conocidas y aprobadas por el directorio y se ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado. Los acuerdos que al respecto adopte el directorio serán dados a conocer en la próxima junta de accionistas por el que la presida, debiendo hacerse mención de esta materia en su citación"*.

máximo de operaciones con personas relacionadas, etc.—, cuya infracción, sin embargo, sólo da lugar a la imposición de las multas administrativas que el propio precepto señala, sin consecuencias penales directas. Las posibles consecuencias penales de la administración desleal en la Ley General de Bancos se dan siempre por vía indirecta. Así, por ejemplo, conforme al art. 141 N° 8 y N° 9 de la ley, la posible relevancia jurídico-penal de las infracciones al citado art. 84 —y sólo en cuanto sean reiteradas— depende de la eventual liquidación forzosa del banco dentro del año siguiente a las mismas, caso en el cual la quiebra se considera fraudulenta y, como tal, punible¹³. También procede la imposición de sanciones penales cuando los directores, gerentes, administradores o apoderados infringen las prohibiciones impuestas por la Superintendencia de Bancos conforme al art. 20 de la ley, cuando la institución presenta precisamente inestabilidad financiera o administración deficiente. Pero no se contemplan consecuencias penales directas.

No es de extrañar entonces que en las regulaciones pertinentes para formas societarias y giros más sencillos tampoco se encuentren, en general, disposiciones penales referidas a la administración desleal. Una excepción relevante pero acotada se encuentra ahora en el art. 59 letra e) de la Ley de Mercado de Valores, en relación con el art. 162 letra h) de la misma ley¹⁴, en virtud del cual se reprime con pena de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo a quien infrinja la prohibición de auto-contratación que pesa sobre las sociedades administradoras de fondos fiscalizados por la Superintendencia de Valores y Seguros¹⁵. Con todo, como se ve, la legislación penal especial no subsana convenientemente el vacío del Código Penal.

¹³ En tanto que el art. 142 de la Ley General de Bancos prevé para estos casos la responsabilidad penal de los “directores, gerentes u otras personas que hayan participado a cualquier título en la dirección o administración del banco”. Estos artículos fueron introducidos, conjuntamente con todo el nuevo Título XV sobre medidas para regularizar la situación de los bancos y sobre liquidación forzosa de los mismos, mediante Ley N° 18.576, de 27 de noviembre de 1986. Es dudoso, sin embargo, que el agregado realmente sea un aporte a las tradicionales hipótesis de quiebra punible previstas por la ley del ramo (Ley N° 18.175, arts. 219 y 220), sobre los que se volverá más abajo.

¹⁴ Tanto la modificación de la letra e) del art. 59 como el Título XX de la Ley de Mercado de Valores (“De la responsabilidad de las sociedades administradoras de fondos fiscalizados por la Superintendencia”), en el cual se encuentra el art. 162, fueron introducidos mediante Ley N° 19.301, de 19 de marzo de 1994. La actual redacción de la letra h) del art. 162 se debe a la Ley N° 19.769, de 7 de noviembre de 2001.

¹⁵ El art. 162 letra h) de la Ley de Mercado de Valores prohíbe a las administradoras “la adquisición o enajenación de bienes por cuenta del fondo en que actúe para sí como cedente o adquirente la administradora o un fondo privado, de los del Título VII de la Ley N° 18.815, bajo su administración o de una sociedad relacionada a ella. Asimismo, la adquisición o enajenación de bienes por cuenta del fondo a personas relacionadas con la administradora o a fondos administrados por ella o por sociedades relacionadas, salvo que ésta se lleve a cabo en mercados formales, conforme a los requisitos y condiciones que establezca la Superintendencia, mediante norma de carácter general”. Tienen también importancia, aunque se encuentran más en la línea de la apropiación indebida, los tipos penales que resultan de la conjunción del mismo art. 59 letra

III. POSIBLE APLICACIÓN DE TIPOS PENALES GENERALES

Ante la ausencia de un tipo penal específico que reprima las conductas de administración desleal, cabe preguntarse si éstas pueden subsumirse en los tipos penales generales que contiene nuestra legislación para la protección de la propiedad y el patrimonio, también en el ámbito público. A continuación se analizará la posible subsunción de tales conductas en los tipos de estafa, de insolvencia punible, de apropiación indebida, de malversación de caudales públicos y de fraude al fisco.

1. *Inaplicabilidad del tipo de estafa.* Aunque no puede negarse de antemano que algunas peculiares hipótesis concretas de administración desleal puedan ir acompañadas de elementos que satisfagan las exigencias de la estafa, sí puede afirmarse que en general, por razones estructurales, este tipo penal no es aplicable a la administración desleal propiamente tal. En efecto, si se asume el concepto de estafa desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia chilenas desde los años 60, concepto aplicable, como se reconoce unánimemente, a todas las hipótesis particulares de estafa contenidas en la legislación —esto es, tanto a la figura calificada del art. 468 CP. como a la figura residual del art. 473 y a los múltiples casos particulares dispersos en el Código y en la legislación especial—, la estafa supone un engaño que produce error en virtud del cual se realiza una disposición patrimonial perjudicial¹⁶.

Pues bien, a simple vista se puede apreciar que en la conducta de administración desleal derechamente no se da el núcleo esencial de la estructura típica de la estafa. En efecto, no concurre el elemento del engaño que debe dar lugar —a través del error— a la disposición patrimonial perjudicial, y esto por la sencilla razón que es el agente mismo, y no un posible tercero engañado, el que efectúa dicha disposición. El que tiene poder de disposición sobre patrimonio ajeno no necesita engañar a nadie para obtener una disposición patrimonial, porque la

e) con la prohibición del art. 162 letra a): “las operaciones realizadas con los bienes del fondo para obtener beneficios indebidos, directos o indirectos”. Queda fuera del ámbito típico, sin embargo, la infracción de otras prohibiciones del art. 162 que representan al menos el riesgo de una administración desleal, como ocurre con las hipótesis de las letras b) y c), entre otras.

¹⁶ ETCHEBERRY, cit., III, pp. 392 ss.; GARRIDO, cit., p. 321 ss.; POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, cit., p. 398 s.; MERA, Jorge, *Fraude civil y penal. El delito de entrega fraudulenta* (2° edición, Santiago, ConoSur, 1994), p. 42 s.; SILVA, Hernán, *Las estafas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996), pp. 31, 32 ss.; YUBERO, Julio, *El engaño en el delito de estafa* (Santiago, ConoSur, 1993), pp. 44 ss., 47 ss.; HERNÁNDEZ, *Aproximación*, cit., pp. 150 ss.; PIÑA, Juan Ignacio, *Fraude de seguros* (Santiago, Universidad de los Andes, 2004), pp. 41 ss. (sin perjuicio sobre sus reservas a propósito del elemento “error”, pp. 76 ss.). En cuanto a la jurisprudencia, baste un fallo relativamente reciente: SCS de 17 de junio de 1999, *Contra Roberto Óscar Sassone Fernández*, en *GJ*. N° 228 (1999), p. 107 (108): “tanto la mejor doctrina como la jurisprudencia reconocen unánimemente que para la configuración de la estafa descrita por el artículo 468 son elementos indispensables la existencia de un engaño que causa en la víctima un error, a consecuencias del cual esta última efectúa una disposición patrimonial la que, a su vez, le provoca un perjuicio económico”.

realiza él directamente. No puede descartarse, desde luego, que el agente despliegue también conductas engañosas para evitar ser descubierto, pero éstas no serían más que maniobras de autoencubrimiento que no constituyen engaño típico en los términos de la estafa. En otras palabras, si es que hubiese un posible engaño, éste, sin embargo, no realizaría ninguna disposición patrimonial, en tanto que quien realiza la disposición patrimonial—el propio agente—actúa libre de error, porque evidentemente no ha podido engañarse a sí mismo¹⁷.

Como se ve, la estructura misma del delito de estafa impide que este tipo penal alcance los casos normales de administración desleal, tal como lo confirma, por lo demás, la revisión del derecho comparado (véase infra V).

2. Amplia (pero condicional y tardía) aplicabilidad de los tipos de insolvencia punible.

Generalmente—y con razón—los delitos de insolvencia punible son considerados desde la perspectiva de los terceros que se ven afectados por la crisis del fallido, en especial desde la perspectiva de los acreedores. Pero tratándose de fallidos cuyo patrimonio es administrado por otros—caso necesario tratándose de personas jurídicas—, los respectivos tipos penales, desde la perspectiva del fallido, se muestran inequívocamente también como tipos de administración desleal¹⁸.

Si bien esto todavía no logra apreciarse con claridad en el art. 466 CP, cuyas conductas típicas—alzamiento de bienes, insolvencia por ocultación, dilapidación o enajenación maliciosa de bienes y otorgamiento perjudicial de contratos simulados—tienden casi exclusivamente a la protección de los acreedores, sí se ve confirmado cuando se consideran desde esta otra perspectiva diversas hipótesis típicas previstas en la Ley de Quiebras (Ley N° 18.175, de 1982)¹⁹, como, por ejemplo, las de los números 7 y 8 del art. 219 (*“si hubiere prestado fianzas o contraído por cuenta ajena obligaciones desproporcionadas a la situación que tenía cuando las contrajo, sin garantías suficientes”* o *“si hubiere hecho donaciones desproporcionadas a su situación de fortuna, considerada en el momento de hacerlas”*) o las de los números 8, 9 y 12 del art. 220 (*“si, con intención de retardar la quiebra, el deudor hubiere comprado mercaderías para venderlas por menor precio que el corriente, contraído préstamos a un interés superior al corriente de plaza, puesto en circulación valores de crédito o empleado otros arbitrios ruinosos para hacerse de fondos”*, *“si, inmediatamente después de haber comprado mercaderías al fiado, las vendiere con pérdidas”* o *“si, en estado de manifiesta insolvencia, hubiere*

¹⁷ Debe recordarse que disposición patrimonial típica es sólo aquella que realiza el engaño; al respecto, por todos, HERNÁNDEZ, *Aproximación*, cit., p. 154 s., con referencias.

¹⁸ Cuando la administración de un patrimonio no coincide con la titularidad sobre el mismo, no se puede desconocer que su dilapidación y la crisis terminal que representa la quiebra afectan en primera línea a su titular.

¹⁹ Conforme al art. 234 de la Ley de Quiebras, las disposiciones penales de dicha ley son aplicables sólo a la quiebra de los llamados deudores del art. 41, esto es, a los que ejerzan una actividad comercial, industrial, minera o agrícola. Para la quiebra de los otros deudores rige el citado art. 466 CP, que hace referencia al *“deudor no dedicado al comercio”*.

hecho donaciones cuantiosas”), además de la importante cláusula genérica final del N° 16 del mismo art. 220: *“En general, siempre que hubiere ejecutado dolosamente una operación cualquiera que disminuya su activo o aumente su pasivo”*²⁰, conductas todas que, realizadas sobre patrimonio ajeno, representan casos paradigmáticos de administración desleal. Ciertamente las aludidas conductas típicas están previstas como conductas del fallido, pero la propia Ley de Quiebras se encarga de regular la responsabilidad penal de los administradores o representantes de aquél en sus arts. 232 y 233²¹.

Con todo, es fácil advertir que los tipos de insolvencia punible, por su propia naturaleza, no están en condiciones de prodigar adecuada protección frente a la administración desleal. Prescindiendo de las mencionadas restricciones legales al ámbito de aplicación de la Ley de Quiebras—así como de la estrechez del art. 466 CP—y de las dificultades que ofrece la técnica extremadamente casuística de dicha ley, su déficit fundamental desde la perspectiva de la administración desleal radica en que su aplicación presupone el acto formal de la declaratoria de quiebra (art. 222 Ley de Quiebras)²², con lo cual, o bien, llegan necesariamente tarde, o bien, cuando el patrimonio del fallido es—por fortuna—lo suficientemente sólido como para resistir la mala administración sin caer en insolvencia,

²⁰ Todo indica que en la deficiente terminología de la ley por “doloso” no se entiende simplemente el dolo propio del derecho penal—de lo contrario cualquier disminución consciente del activo o cualquier aumento consciente del pasivo sería punible, lo que sería francamente absurdo—, sino que un propósito defraudatorio expresado en un acto de grave administración perjudicial. En rigor todas las hipótesis de “quiebra” punible son dolosas, esto es, requieren conocimiento y voluntad de realización de la conducta señalada en cada caso. La diferencia entre los casos del art. 219 y 220 de la Ley de Quiebras es de carácter objetivo y está dada por la mayor o menor gravedad de la conducta desde el punto de vista de una correcta administración (en esa línea PUGA, Juan Esteban: *Derecho concursal. Delitos de la quiebra* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994), pp. 112 ss., si bien, como compromiso con la opinión tradicional, admite algunas hipótesis culposas; GARRIDO, cit., pp. 309 s., entiende que la voz “culpable” abarca tanto hipótesis dolosas como culposas, según el caso; ETCHEBERRY, cit., III, p. 382, entiende que todas las hipótesis del art. 219 son culposas).

²¹ Art. 232, inciso primero Ley de Quiebras: *“Los gerentes, directores o administradores de una persona jurídica declarada en quiebra, cuyo giro quede comprendido en el artículo 41, serán castigados, sin perjuicio de la responsabilidad civil que les pueda afectar, como reos de quiebra culpable o fraudulenta, según el caso, cuando en la dirección de los negocios del fallido y con conocimiento de la situación de éstos, hubieren ejecutado alguno de los actos o incurrido en alguna de las omisiones a que se refieren los artículos 219 y 220, o cuando hubieren autorizado expresamente dichos actos u omisiones”*. Art. 233, inciso primero Ley de Quiebras: *“Los factores o representantes del fallido que sea persona natural serán castigados como autores de quiebra culpable o fraudulenta si, en representación de su principal o mandante y en conocimiento de la situación de éste, hubieren ejecutado sin órdenes o instrucciones tuyas algunos de los actos o hubieren incurrido en algunas de las omisiones a que se refieren los artículos 219 y 220”*.

²² Se discute, en cambio, si la aplicación del art. 466 CP requiere también declaratoria de quiebra previa: afirmativamente ETCHEBERRY, cit., III, p. 387; en contra, convincentemente, GARRIDO, cit., p. 285; PUGA, cit., pp. 221 s., ambos con abundantes referencias. Como sea, nadie discute que se exige al menos la insolvencia del deudor, con lo cual se afirma la valoración hecha en el texto.

no pueden tener aplicación²³.

3. Aplicabilidad parcial de la apropiación indebida

No parece discutible que algunas hipótesis de administración desleal pueden satisfacer las exigencias del tipo de apropiación indebida, contenido en el art. 470 N° 1 CP, conforme al cual se sanciona a “los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla”. La determinación de la medida en que lo hacen requiere, sin embargo, un examen siquiera sintético de los alcances de este importante tipo penal, respecto del cual, pese a la atención que le han dispensado tanto la literatura como la jurisprudencia, no parece reinar todavía completa claridad. En particular se tratará la situación de la apropiación indebida de dinero (infra III, 3, a), no sólo porque probablemente constituye el aspecto más problemático del tipo, sino porque, además, a partir de él se han desarrollado en el derecho comparado (infra III, 3, b) esquemas conceptuales relevantes en relación específica con la administración desleal. Las conclusiones provisionales, tanto respecto de la interpretación del tipo (infra III, 3, c), como en cuanto a su potencial frente a la administración desleal (infra III, 3, d) se encuentran al final del acápite.

a) *La apropiación indebida de dinero en el debate chileno.* Como se adelantaba, desde ya existe discusión sobre el alcance de la propia conducta típica del delito de apropiación indebida. En principio, la interpretación del verbo apropiarse es pacífica. Por apropiación se entiende unánimemente en nuestra doctrina y jurisprudencia todo acto que importe comportarse como señor y dueño de la cosa recibida. Se requiere, en consecuencia, que el ánimo de señor y dueño (*animus rem sibi habendi*) presida y se manifieste en los actos del agente sobre la cosa. Materialmente la apropiación consiste en no restituirla, sea porque el agente la retiene para sí, sea porque dispone de ella, disposición que puede consistir en su consumo o enajenación²⁴.

No existe consenso, en cambio, sobre el significado de la distracción típica. Algunos autores y parte de la jurisprudencia han entendido que ya constituye distracción el simple hecho de dar a la cosa que se tiene en virtud de un título de mera tenencia un uso o destino diferente de los previstos²⁵, interpretación que,

sin embargo, conduce a resultados a todas luces desproporcionados. En efecto, no parece justificada la sanción penal asociada a un simple incumplimiento – menor, por añadidura – de las obligaciones civiles del tenedor de la cosa ajena. Dogmáticamente esta consideración se ve confirmada por la equiparación valorativa y penológica que hace la ley entre apropiación y distracción, la que sugiere, por elementales razones de simetría, que ambas hipótesis contienen un contenido de desvalor más o menos equivalente, y ciertamente no es lo que se aprecia cuando se compara la disposición o retención arbitraria de la cosa, por una parte, con su simple uso indebido, por la otra²⁶.

Por eso, y sin perjuicio de parecer posibles –y más satisfactorias– otras interpretaciones de la hipótesis de distracción a partir de ejes conceptuales totalmente diferentes, como se señala más abajo, resulta en principio altamente preferible la interpretación que ve en la distracción sólo una forma o especie de apropiación, la que, como tal, también ha de estar presidida por el ánimo de señor y dueño, de tal suerte que no se confunde con el mero uso indebido de la cosa. Concretamente, la distracción sería una forma de apropiación con el propósito de restituir, esto es, una apropiación transitoria²⁷. Esta última posición también

1947), p. 412; ESPINOZA, Gustavo - VALENZUELA, Guillermo, *Jurisprudencia sobre el delito de estafa (1900 - 1950)*, Memorias de Licenciados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Vol. XXIX, Santiago, Editorial Jurídica de Chile. (1953), p. 235 (293); ETCHEBERRY, cit., III, pp. 425 s., a quien sigue SILVA, cit., pp. 153 s. En la jurisprudencia destacan algunos fallos que, sin embargo, no giran en realidad en torno al concepto de distracción, sino exclusivamente en torno a la pregunta de si el dueño de la cosa puede ser sujeto activo del delito de apropiación indebida. En efecto, los fallos tienen por objeto hipótesis en las que el dueño de una cosa embargada dispone indebidamente de ella. Como es evidente que de este modo el dueño no ha podido “apropiarse” indebidamente de cosas que ya son de su propiedad, se ha recurrido a la conducta alternativa de la distracción –entendida como simple “disposición”– para fundamentar una sentencia condenatoria, cfr. entre otras SCS de 10 de junio de 1952, RDJ T. XLIX, 2° parte, sección 4°, 160 ss.; más recientemente SCA Valdivia de 8 de febrero de 1985, GJ N° 58 (1985), 152 ss. y SCA Punta Arenas de 25 de enero de 1990, en GJ. N° 115 (1990), pp. 97 s. Esta argumentación parece confirmar la doctrina en cuestión, pero la apariencia se diluye cuando se observa que en los casos resueltos se trata siempre de la *enajenación* –al menos parcial, como por ejemplo en el caso de la constitución de un derecho real de prenda– de la cosa, es decir, de hipótesis en las que, de no haber sido el dueño el agente, se habría configurado sin lugar a dudas una apropiación indebida de la cosa en sentido estricto, pues se trata de actos incompatibles con la mera tenencia.

²⁶ El posible argumento en contra de ETCHEBERRY, cit., IV, pp. 425 s., basado en que sólo habrá delito cuando se verifique el perjuicio y que eso sólo ocurre excepcionalmente, choca con el hecho de que, siendo en su sistema el perjuicio el resultado típico de la conducta (p. 428 s.), de todas formas cabría castigar el simple uso no autorizado, por insignificante que este sea, como distracción frustrada.

²⁷ A partir de POLITOFF, cit., pp. 116, 268 ss. (270 s.), quien sigue fuentes doctrinales tanto extranjeras como, especialmente, la interpretación de BUNSTER, Álvaro, *La malversación de caudales públicos. Estudio de doctrina y jurisprudencia* (Memoria de Prueba de la Universidad de Chile, Santiago 1948), p. 76, sobre el art. 235 CP; también LABATUT - ZENTENO, cit., p. 235; SOTO, cit., pp. 54 ss., 60; MERA, Jorge, *Derechos Humanos en el derecho penal chileno* (Santiago, ConoSur, 1998), pp. 215 ss.; POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, cit., p. 438. Aparentemente también, aunque en términos dudosos, GARRIDO, cit., p. 368.

²³ Sin contar con que la ley no le reconoce legitimación activa al fallido que no ha incurrido en los delitos y que, más bien, también ha sido víctima de la mala administración, cfr. art. 222 de la Ley de Quiebras. Para el art. 466 CP. habrá que estar a la interpretación que para ese caso específico se haga del art. 108 C.P.P.

²⁴ Cfr. POLITOFF, cit., p. 248 ss.; ETCHEBERRY, cit., III, p. 424 s.; LABATUT - ZENTENO, cit., p. 235; GARRIDO, cit., p. 368; SOTO, Miguel, *La apropiación indebida (acción, autor y resultado típico)* (Santiago, ConoSur, 1994), p. 46 (con notas 28 y 29), 49 ss.; POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, cit., pp. 437 s.

²⁵ FUENSALIDA, Alejandro, *Concordancias i comentarios del Código Penal chileno* (Lima, Imprenta Comercial, 1883, III, p. 221 s.; DEL RÍO, Raimundo, *Derecho Penal* (Santiago, Nascimento, 1935), III, p. 483; EL MISMO, *Manual de Derecho Penal* (Santiago, Nascimento,

ha recibido cierto respaldo jurisprudencial²⁸.

Es también la solución dominante en el derecho comparado. En efecto, y sin perjuicio de abordar con algo más de detalle los aspectos centrales de la apropiación indebida en otros ordenamientos jurídicos (infra III, 3, b), puede desde ya decirse que en todos los ordenamientos revisados existe acuerdo en cuanto a que el simple uso indebido de las cosas recibidas no constituye conducta típica, al menos en la medida en que éste no importa una pérdida de valor del cual el agente se haya apropiado. Esto no es objeto de discusión en el derecho alemán o austriaco, que sólo consideran la apropiación como conducta típica, en tanto que en el derecho español, no obstante la presencia de una hipótesis alternativa de distracción, ésta es también la opinión ampliamente dominante²⁹. La situación en el derecho italiano merece un análisis especial, no porque se discuta este aserto³⁰, sino porque la expresión distracción, contemplada hasta el año 1990 en el tipo de malversación de caudales públicos (art. 314 CP.), fue entendida por algunos en ese contexto como simple uso indebido³¹, de donde podrían extraerse conclusiones para el derecho chileno diferentes a las mantenidas en este trabajo. Al respecto puede decirse que, sin perjuicio de tratarse de una interpretación que no era unánime en el debate italiano, las razones expuestas en su abono giraban en torno a las peculiaridades del patrimonio público como patrimonio enderezado a la consecución de fines públicos y a la especial calidad del funcionario público como sujeto de deberes para con esos fines³². En esa perspectiva podía justificarse un tratamiento más severo que el previsto para la simple apropiación indebida. Llevada esta reflexión ahora al derecho chileno, se puede apreciar que la idea y el fundamento de la antigua "*distrazione*" italiana se expresa en nuestro art. 236 CP., esto es, en el delito funcionario de aplicación pública dife-

²⁸ SCS de 28 de octubre de 1950, GT. (1950 - II), p. 423, N° 70, donde se declara que la distracción constituye una forma de apropiación.

²⁹ A la literatura citada por SOTO, cit., p. 8 (con nota 4), agréguense, entre otros, ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Delitos contra la propiedad y el patrimonio* (Madrid, Akal, 1988), p. 82; DE LA MATA BARRANCO, *Tutela penal*, cit., pp. 153 ss., 186 ss., 236; VALLE MUNIZ, José Manuel, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (2ª edición, Elcano, Aranzadi, 1999), p. 553; SILVA CASTAÑO, María Luisa, *El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno* (Madrid, Dykinson, 1997), pp. 96 ss.; LA MISMA, *El delito de apropiación indebida y la distracción de dinero (arts. 252 a 254 del Código Penal)*, en BACIGALUPO, Enrique (Director), *Derecho Penal Económico* (Buenos Aires, Hammurabi, 1999), pp. 167 s.; SÁNCHEZ-VERA, Javier, *Administración desleal y apropiación indebida: consecuencias de la distinción jurisprudencial*, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo - ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Coordinadores), *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo* (Madrid - Barcelona, Marcial Pons, 2004), II, pp. 1222 s.

³⁰ Por todos CRESPI, Alberto - STELLA, Federico - ZUCCALA, Giuseppe, *Commentario breve al Codice Penale* (Padova, Cedam, 1992), p. 1521 (II marg. 19); FIANDACA, Giovanni - MUSCO, Enzo, *Diritto penale. Parte speciale* (3ª edizione, Bologna, Zanichelli, 2002), II, II, p. 106 s.

³¹ Así ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di diritto penale. Parte Speciale* (4ª edizione, Milano, Giuffrè, 1960), II, I, p. 634 s.; una visión más matizada de la antigua situación legal en CRESPI - STELLA - ZUCCALA, cit., p. 698 (VI).

³² ANTOLISEI, *Manuale*, cit., pp. 634 s.

rente, que no es más que un uso indebido sin apropiación, tipo penal que, sin embargo, carece de correlato en el ámbito de la economía privada y que no parece razonable construir —menos aún con la misma pena que la apropiación propiamente tal— a partir de una simple coincidencia terminológica con el derecho italiano. Por último, siempre en relación con la situación en Italia, puede mencionarse que la voz distracción, aunque desaparecida del léxico del Código Penal, ha experimentado un cierto renacimiento en el debate de ese país, precisamente a propósito de los alcances de la apropiación indebida, aunque no en el sentido de uso indebido sino que en términos de una administración desleal³³, aspecto que la acerca, como se verá en su momento, a la discusión a que se asiste en el derecho español.

Desde otra perspectiva, sin embargo, y volviendo al derecho chileno, el aspecto más perturbador de la interpretación del delito de apropiación indebida dice relación con la aplicación del tipo a géneros (bienes fungibles o consumibles), particularmente al dinero, objeto en torno al cual girarán las explicaciones siguientes. Los conceptos precedentemente expuestos de apropiación y de distracción, este último en sus dos variantes antagónicas, se dejan aplicar sin dificultades a especies o cuerpos ciertos: habrá apropiación de, por ejemplo, una herramienta, cuando se disponga de ella (venta, donación o permuta de la misma) se le retenga definitivamente (negándose a devolverla), en tanto que es del todo imaginable la distracción de la misma, sea que se entienda ésta, conforme a la interpretación que aquí se ha fustigado, como su mero uso indebido (uso fuera del lugar previsto), sea que se entienda como apropiación transitoria, en todos aquellos casos en los que la cosa es recuperable y, consecuentemente, restituible (venta y posterior compra de la herramienta).

Tratándose, en cambio, de dinero, nadie debería dudar a la luz de los principios básicos del derecho privado chileno que quien lo recibe puede disponer de los billetes recibidos, porque respecto de dinero que no se entregue excepcionalmente como cuerpo cierto (arca cerrada, individualización de los billetes por su número de serie, etc.), todos los títulos son traslativos de dominio, de modo que el que los recibe se hace dueño de los mismos y puede en tal calidad disponer libremente de ellos, quedando sólo obligado a restituir una cantidad equivalente a la recibida.

La única excepción adicional a la del dinero entregado como especie o cuerpo cierto que eventualmente podría discutirse, es la de aquellos casos en los que no se entrega la custodia del dinero sino sólo la aprehensión física transitoria y controlada del mismo, por ejemplo cuando se entrega para que el otro pueda examinarlo o apreciarlo o bien, más importante, cuando se trata de sistemas de tratamiento físico del dinero que —fundamentalmente por medio de mecanis-

³³ Al respecto FIANDACA - MUSCO, cit., pp. 105 s., con referencias bibliográficas, siendo de destacar cómo estos autores tratan el punto en forma completamente separada al del simple uso indebido de los bienes (p. 106 s.). El ejemplo que se da es el del empleado bancario que, concertado con un cliente, le concede un crédito con incumplimiento de las normas del banco.

mos de control— impiden que quien lo recibe materialmente tenga poder de disposición sobre las piezas recibidas. Es la situación en que se encuentran, según el concreto sistema de gestión que se implante, los cajeros encargados de recibir pagos en dinero. Si la gestión de las cajas está organizada de modo tal que el cajero sólo reciba mecánicamente el dinero entregado sin poder disponer del mismo, porque todo el dinero recolectado es retirado por terceros y se han adoptado mecanismos que impiden la confusión de las piezas recibidas con las propias del cajero, en esos casos parece posible decir que éste no ha adquirido la custodia del dinero³⁴ ni se ha hecho dueño del mismo. Al margen de estos casos excepcionales, haciéndose el que recibe dueño del dinero entregado, se presentan serios problemas para la aplicación del delito de apropiación indebida:

i) En rigor no puede hablarse de apropiación, porque el que recibió el dinero se hizo dueño del mismo al momento de recibirlo, de modo que no puede incurrir en una posterior conducta de apropiación de lo que ya es propio.

ii) Tampoco puede hablarse de distracción en el sentido de apropiación transitoria, por la sencilla razón que no es posible apropiación de ningún tipo, a lo que habría que agregar que, en todo caso, de ser imaginable alguna apropiación del dueño, ésta no sería transitoria, sino siempre definitiva, porque la “restitución” —salvo casos de laboratorio— nunca sería tal, sino simplemente el pago de una cantidad equivalente.

En síntesis, conforme a una interpretación del tipo coherente con los principios y reglas del derecho privado, no puede haber apropiación indebida de dinero, salvo en los extraños casos en que éste se entrega como especie o cuerpo cierto, o bien, sin constituir custodia sobre el mismo. Son muy pocos, sin embargo, los que han mantenido esta posición³⁵. Tratándose de una conclusión que no sólo choca contra el tenor literal de la ley, que expresamente se refiere a la apropiación indebida de dinero, sin que parezca plausible que dicha referencia legal se circunscriba a casos más bien pintorescos, sino que, además, resulta contra-intuitiva a la luz de la práctica abrumadora del sistema de justicia criminal, la mayor parte de la doctrina chilena se ha esmerado en eludir esta consecuencia, procurando fundar la posibilidad de una apropiación indebida de dinero recibido como género, en términos que sean —o al menos parezcan ser— conciliables con los principios del derecho privado. Al mismo tiempo, la doctrina debe hacerse cargo del hecho indubitado de que no toda omisión de devolver dinero previamente recibido puede constituir delito, pues de lo contrario todo présta-

³⁴ Circunstancia en virtud de la cual, adicionalmente, la apropiación de las piezas debe ser calificada como hurto o robo, pero en ningún caso como apropiación indebida.

³⁵ Entre nosotros, aparentemente, DEL RÍO, *Derecho Penal*, cit., p. 484, cuando señala que “(a)l referirse la ley a ‘cualquier otro título que produzca la obligación de entregar o devolver la cosa’, alude a aquéllos que obligan a devolver la cosa misma, y no otro tanto de la misma especie o calidad” (énfasis en el original; prácticamente idéntico en EL MISMO, *Manual*, cit., p. 412), aunque siembra la duda cuando luego indica, sin más detalles, que el dinero constituye una excepción. Más nítidamente, mediante la decidida exigencia de identidad entre lo entregado y lo no restituido, coherente con su interpretación del tipo como un delito contra la propiedad, SOTO, cit., p. 41 s.

mo impago estaría criminalizado. Esto último sugiere un desafío adicional, probablemente de mayor envergadura, como es espantar el amenazante fantasma de la prisión por deudas, problema que tratándose de la genuina apropiación de especies o cuerpos ciertos se ve razonablemente neutralizado en la medida en que el incumplimiento lleva aparejado un atentado no ya sólo contra el derecho personal del acreedor, sino que contra la propiedad del dueño. Es más que dudoso, sin embargo, que los esfuerzos de la doctrina hayan sido exitosos.

Entre nosotros se conocen dos aproximaciones al tema, aparentemente coincidentes, pero con profundas diferencias.

La primera simplemente señala, sin mayores explicaciones, que tratándose de dinero el delito no se verifica con la apropiación (o distracción) del mismo, porque se reconoce que por su naturaleza el dinero puede ser legítimamente utilizado por quien lo ha recibido, sino con la negativa de pagar una cantidad equivalente³⁶. Esta doctrina reformula el tipo de apropiación indebida de dinero, concibiéndolo como un delito de omisión propia, en el cual la omisión típica consiste en no pagar lo debido. Al margen de la posible plausibilidad de sus resultados, su debilidad fundamental radica, por una parte, en que no explica cómo puede incurrir en el delito quien se ha hecho dueño del dinero entregado —cuestión que implícitamente se reconoce al admitirse que se puede hacer legítimo uso del mismo y que sólo subsiste la obligación de pagar una suma equivalente— y, por la otra, en que tampoco explica en virtud de qué sólo algunas omisiones de pago, no todas, configuran el delito.

La segunda aproximación ha sido principalmente desarrollada, en detalle, por POLITOFF, en su señero trabajo sobre el delito de apropiación indebida (1957). Este autor reconoce que si el que recibe el dinero se hace dueño del mismo —lo que a su juicio será lo que habitualmente ocurra, porque lo normal es que las cosas consumibles como el dinero se entreguen para su fin natural de ser consumidas—, no será posible que se configure el delito, ni aun cuando no cumpla luego con su obligación de devolver una cantidad equivalente³⁷, lo que constituiría un simple incumplimiento civil. Agrega, sin embargo, que “bien puede suceder que las cosas consumibles se entreguen ‘para un fin diverso al propio de su destino natural’ o, lo que es lo mismo, que no se reciban ‘bajo su aspecto consumible’”³⁸, pues a su juicio “las cosas consumibles se reciben en dominio o en mera tenencia, según que exista o no una autorización explícita o presunta para usar de ellas conforme a su destino natural. En el primer caso el título será traslativo de dominio (mutuo, depósito irregular, cuasiusufructo, etc.) y el delito de apropiación indebida no puede surgir, aunque no se devuelva el equivalente; en el segundo, el título es de mera tenencia, por lo que se da el presupuesto de

³⁶ FUENSALIDA, cit., III, p. 222; ESPINOZA - VALENZUELA, cit., pp. 328 s.; LABATUT - ZENTENO, cit., pp. 235 s.; SCS de 11 de enero de 1951, en *RDJ*, 48, segunda parte, sección cuarta, p. 15; antes SCA Chillán de 24 de noviembre de 1938, en *GT*, (1938-II), p. 429, N° 91; y SCA Talca de 23 de noviembre de 1939, en *GT*, (1939-II), p. 611, N° 145.

³⁷ POLITOFF, cit., p. 87.

³⁸ POLITOFF, cit., p. 87 (énfasis en el original).

dicha figura delictiva³⁹. Si, no obstante, en este segundo caso el pago de una cantidad equivalente conlleva reconocidamente la impunidad del sujeto, no es entonces porque no haya habido apropiación (o distracción) típica, sino exclusivamente porque no se ha verificado el perjuicio exigido por la ley⁴⁰, perjuicio que en el sistema de Politoff constituye una condición objetiva de punibilidad⁴¹.

⁴² Ideas similares exponen Etcheberry⁴³ y Garrido⁴⁴, si bien estos autores, para quienes el perjuicio es el resultado típico de la figura, deberían consecuentemente concluir, contra la práctica general, que habiendo apropiación el pago del valor equivalente sólo impide la consumación del delito, pero no la punición a título de delito frustrado⁴⁵.

Con independencia de tales variaciones, esta interpretación tiene el mérito de hacerse cargo de los problemas apuntados: reconoce que generalmente el que recibe dinero se hace dueño del mismo y no puede incurrir en el delito, ofrece un criterio aparentemente razonable para distinguir entre esos casos y aquéllos en los que sería conceptualmente posible, sin aparente contradicción con el derecho civil, ver una posterior apropiación y, por ello, delito, en tanto que explica la razón por la cual, no obstante haber apropiación típica, el posterior pago excluye la punibilidad de la conducta, completamente o al menos a título de consumación. Adolece, sin embargo, de un defecto insubsanable, como es que, en definitiva, es incompatible con el derecho (civil) vigente. En efecto, en nuestro derecho, con la única salvedad de los raros casos en que el dinero está individualizado, las obligaciones de dinero son, por definición, de género, no de

³⁹ POLITOFF, cit., p. 88 (énfasis en el original).

⁴⁰ POLITOFF, cit., p. 88 y, especialmente, p. 89 con crítica a la citada SCS de 11 de enero de 1951.

⁴¹ POLITOFF, cit., pp. 88, 262.

⁴² La claridad conceptual de esta construcción se pierde, sin embargo, en POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, cit., p. 436, cuando se señala que "(t)ratándose de cosas fungibles, por su propia naturaleza, la entrega lícita originaria sólo puede generar la obligación de devolver otras tantas de la misma especie y calidad, produciéndose necesariamente la tradición a favor del obligado que, de este modo, comete el delito sólo si omite su obligación de restituir las cantidades recibidas" (énfasis en el original), sin que se explique cómo podría el dueño apropiarse, esto es, incurrir en la conducta típica, respecto de lo que ya es propio. La distinción entre la entrega con o sin autorización para usar de las cosas consumibles sigue separando lo punible de lo no punible (p. 436 s.), pero sin justificar, como pretende hacer la construcción original de Politoff, por qué el que recibe no se hace dueño y comete apropiación indebida. Más bien al contrario, se reconoce abiertamente que el que recibe siempre se hace dueño, con lo cual queda en entredicho tanto la subsumibilidad de la conducta en el tipo como la justificación político-criminal del castigo. Puede verse aquí un reconocimiento tácito de la inviabilidad de la distinción entre entregas de dinero en dominio y en mera tenencia, como se aborda luego en el texto, pero sin que se extraigan sus consecuencias. En rigor, se trata de una expresión de la criticada primera aproximación al tema.

⁴³ ETCHEBERRY, cit., III, pp. 427 s.

⁴⁴ GARRIDO, cit., p. 370.

⁴⁵ ETCHEBERRY, cit., III, pp. 427 s.; GARRIDO, cit., pp. 370 s. (quien admite la punición por la ejecución imperfecta).

especie⁴⁶, es decir, se debe siempre una cantidad de dinero y nunca monedas o billetes determinados, lo que forzosamente tiene como consecuencia que el que entrega dinero, si está del todo excluido que pueda luego exigir que le devuelvan exactamente el mismo dinero que entregó⁴⁷, hace tradición y pierde el dominio del mismo y sólo le queda un crédito sobre una cantidad equivalente.

Este principio, que no es más que presupuesto y corolario de la imposición por razones de orden público⁴⁸ del dinero como medio preceptivo de pago con pleno y directo poder liberatorio⁴⁹, es el que precisamente refleja el art. 2221 CC: "*En el depósito de dinero, si no es en arca cerrada cuya llave tiene el depositante, o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura, se presumirá que se permite emplearlo, y el depositario será obligado a restituir otro tanto en la misma moneda*". Esta norma sobre depósito irregular no es en absoluto una regla particular, sino la reafirmación del principio para un caso que podría ser dudoso si es que se hubiesen tomado resguardos menos rigurosos para el depósito, y en definitiva resuelve que si no se asegura debidamente el carácter de *especie* del depósito —tal como exige el art. 2211 CC— prima en lo fundamental el carácter esencialmente genérico del dinero. Si no hay una norma así para el comodato es por la sencilla razón que en ese contexto no se divisa que puedan haber dudas sobre que se trata de una especie cuyo uso se autoriza, tal como en el mutuo nunca habrá dudas sobre el carácter genérico del objeto. Tampoco las hay en general respecto de otros contratos donde una de las partes pone a disposición de la otra una cantidad de dinero, pero las pocas existentes confirman el principio. Así, en materia de mandato, el art. 2153 CC reafirma los principios correlativos según los cuales "las cosas perecen para su dueño" y "el género no perece"⁵⁰ al disponer que "*Las especies metálicas que el mandatario tiene en su poder por cuenta del mandante, perecen para el mandatario aun por fuerza mayor o caso fortuito, salvo*

⁴⁶ Entre otros FUEYO, Fernando, *Derecho Civil* (Santiago, Universo, 1958), IV: *De las obligaciones*, I, pp. 163 s.; TOMASELLO, Leslie, *Las obligaciones de dinero, régimen de reajuste e intereses* (Valparaíso, EDEVAL, 1983), p. 19; ABELIUK, René, *Las obligaciones* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993), I, p. 291; ALESSANDRI, Arturo - SOMARRIVA, Manuel - VODANOVIC, Antonio, *Tratado de las obligaciones. Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004), pp. 65 s.; RAMOS PAZOS, René, *De las obligaciones* (Santiago, Lexis-Nexis, 2004), pp. 49 ss.

⁴⁷ Art. 1509 CC primera parte: "*En la obligación de género, el acreedor no puede pedir determinadamente ningún individuo [...]*", art. 1510 CC segunda parte: "*[...] el acreedor no puede oponerse a que el deudor las enajene o destruya [las cosas], mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que debe*".

⁴⁸ En efecto, es posible que el que entrega no quiera transferir el dominio (posiblemente no pueda hablarse siquiera de un "título"), con lo cual faltarían requisitos esenciales de la tradición (cfr. por todos PENAILLO, Daniel, *Los bienes* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997), pp. 129 ss.), sin embargo, no puede sino reconocerse que todo el sistema de la ley impone ese resultado por razones superiores que atienden a las necesidades básicas de la vida económica, esto es, por razones de orden público.

⁴⁹ TOMASELLO, cit., pp. 16 s.

⁵⁰ Art. 1510 CC primera parte: "*La pérdida de algunas cosas de género no extingue la obligación [...]*". Si parece, en cambio, la especie o cuerpo cierto y, con ello, la obligación, conforme al art. 1567 N° 7 CC.

que estén contenidas en cajas o sacos cerrados y sellados sobre los cuales recaiga el accidente o fuerza, o que por otros medios inequívocos pueda probarse incontestablemente la identidad". Esto es así precisamente porque, salvo en los casos excepcionales de dinero resguardado como especie, el mandatario se ha hecho dueño del dinero recibido, a la vez que ha contraído una obligación genérica para con el mandante, de la cual no puede sustraerse alegando la pérdida de algunas especies del género⁵¹.

Conviene destacar en este punto que la interpretación del art. 470 N° 1 CP. no puede apartarse sin más de estas conclusiones del derecho privado. En esta materia, mucho más que en otras, el derecho penal debe ser accesorio y no puede desconocerle la calidad de dueño de una cosa a quien lo es en virtud del derecho privado, único ordenamiento llamado a atribuir derechos sobre bienes. El desarrollo de un concepto "penal" de dominio no sólo promete ser fuente segura de contradicciones valorativas al interior del sistema jurídico, sino que, además, puede conducir a consecuencias indeseadas y completamente insospechadas, tanto en el ámbito civil como penal⁵². Es cierto que en algunos países se ha discutido la conveniencia de mantener esta estricta accesoriedad respecto de los delitos contra la propiedad, pero, si bien se mira, las dudas responden principalmente a ciertos excesos punitivos a los que aquélla parece conducir y no al propósito de suplir "vacíos" del derecho privado. Así visto, se aprecia que la postulada "emancipación" del derecho penal respecto del derecho privado no es más que una expresión particular del carácter fragmentario del derecho punitivo, que siempre permite contraer legítimamente la protección penal a ámbitos más acotados⁵³.

No hay pues, salvo en los casos excepcionales señalados, entregas de dinero en mera tenencia, sino siempre en dominio. Consecuentemente, el que recibe dinero siempre se hace dueño del mismo y puede, en cuanto dueño, disponer libremente de él, sin perjuicio de la deuda que haya asumido. Las consecuencias para el tipo de apropiación indebida ya han sido señaladas: o bien, derechamente no hay apropiación indebida de dinero, o bien, ésta requiere una fundamentación que hasta ahora no ha tenido entre nosotros, que sea capaz de superar al menos dos escollos, uno estrictamente dogmático, como es la subsunción en el tipo de conductas que por definición —a menos que se desnatu-

⁵¹ A partir de las mismas normas POLITOFF, cit., pp. 199 ss. llega a las conclusiones inversas, con una bien urdida argumentación, que, sin embargo, no parece asegurar la función del dinero en la vida económica.

⁵² Así, en el ámbito penal, en cuanto el pago posterior sólo liberara de punibilidad (y para algunos autores ni siquiera eso), pero no obsta al carácter típico y antijurídico de la disposición, debería admitirse legítima defensa, por ejemplo, contra el tesoro que pretende pagar una cuenta propia con los billetes que se le entregaron.

⁵³ Véanse, por ejemplo, las críticas que se le dirigen en distintos países a la represión por apropiación indebida del comprador de la cosa vendida con reserva de dominio hasta el íntegro pago del precio y que dispone indebidamente de ella; cfr. en Alemania ARZT, Gunther-WEBER, Ulrico, *Strafrecht* (Bielefeld, Gieseking, 2000), § 15 Rdn. 5 ss.; en Italia FIANDACA-MUSCO, cit., p. 109.

ralice completamente el concepto— no pueden ser calificadas como "apropiación", y otro de legitimación político-criminal, toda vez que la pretensión de imponer castigo penal por el simple hecho de no devolver una cantidad equivalente a la recibida, cualesquiera que sean los términos bajo los cuales le fue entregada, no es más que la consagración de un caso de prisión por deudas. Si bien la distinción propuesta en base al título de la entrega o a los términos específicos de la misma puede resultar plausible y útil a la hora de hacer distinciones entre distintas formas de incumplimiento civil —ya que no, como se ha dicho, para negar la tradición del dinero—, mientras la punibilidad no se funde en algo que trascienda de los requisitos de la responsabilidad contractual, nadie podrá negar seriamente que se castiga por no pagar lo debido.

b) *Notas de derecho comparado.* Las reflexiones precedentes pueden situarse en el contexto más general de la discusión comparada, particularmente de la española, en razón de la manifiesta semejanza legislativa. Parece útil, sin embargo, dirigirle previamente también una mirada, siquiera sintética, a otros modelos de regulación de la apropiación indebida y a la solución que en su seno encuentra la apropiación indebida de dinero.

En el derecho alemán, hasta 1998 el tipo básico de apropiación indebida del § 246 StGB (*Unterschlagung*) exigía que el agente se apropiara de una cosa mueble ajena que tuviera en posesión o custodia, sin mención alguna a una entrega previa ni, consecuentemente, al título de misma. La situación del dinero como objeto idóneo del delito de apropiación indebida dependía entonces de si a su respecto se daba el requisito de ajeneidad o, dicho en otras palabras, de si se tenía en posesión o custodia (y no en dominio)⁵⁴, lo que, según opinión ampliamente mayoritaria, dependía exclusivamente de las reglas del derecho civil. De esta forma, si había mediado entrega previa del dinero en cuanto género, lo que en principio implica tradición, se admitía en general que el agente no podía incurrir en el delito de apropiación indebida⁵⁵. Con la Sexta ley de Reforma del Derecho Penal de 1998, el tipo sufrió una transformación radical al renunciarse a la exigencia de posesión o custodia. Ahora el tipo básico se limita a reprimir la apropiación antijurídica (para sí o para un tercero) de una cosa mueble ajena, "si el hecho no está conminado con pena más grave en otras disposiciones"⁵⁶. Con esta nueva redacción se pretende superar ciertas discusiones en cuanto a los alcances del tipo original⁵⁷, pero en nada se altera el régimen del objeto del delito

⁵⁴ La opinión dominante entendía que el concepto decisivo era el de *custodia* (*Gewahrsam*), como poder concreto y directo sobre la cosa, y no el más abstracto de *posesión* (*Besitz*), de suerte que se interpretaban como conceptos sinónimos, en el sentido de custodia. Así, por todos, LACKNER, Kart, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen* (20. Aufl., München, Beck, 1993), § 246 Rdn. 3.

⁵⁵ Sobre todo esto véase la literatura citada más abajo a propósito de la nueva situación legislativa.

⁵⁶ Tanto el nuevo precepto como el anterior contemplan como hipótesis calificada el caso en que la cosa le haya sido confiada ("*anvertraut*") al agente. La hipótesis calificada se conoce con el nombre de *Veruntreuung*.

⁵⁷ Como, por ejemplo, si la posesión o custodia de la cosa debía ser *previa* a la apropiación.

que, tal como antes, es una cosa mueble ajena, lo que se determina conforme a las reglas del derecho civil⁵⁸. Bien jurídico protegido por la apropiación indebida es sólo la propiedad⁵⁹. La disposición abusiva de dinero obtenido en propiedad con el fin de atender intereses patrimoniales ajenos sólo puede ser punible a título de estafa (§ 263 StGB) o de administración desleal (§ 266 StGB), supuesto, naturalmente, que se den los presupuestos de una u otra figura.

Un contraste interesante lo ofrece el derecho austriaco con su apropiación indebida de bienes confiados del § 133 öStGB (*Veruntreuung*)⁶⁰, consistente en la apropiación (para sí o para un tercero) de un bien que ha sido confiado al agente, hecha con el propósito de enriquecerse (o de enriquecer al tercero) ilícitamente. La ley emplearía deliberadamente la palabra "bien" (*Gut*) en vez de "cosa" (*Sache*) y se cuidaría de no exigir su ajenidad, precisamente para evitar lagunas de punibilidad derivadas del hecho que, conforme a las reglas del derecho civil, el traspaso de la propiedad de cosas fungibles se verifica ya con la entrega de las mismas. De esta forma, el tipo no se hace cargo sólo de lesiones a la propiedad sino que también a otros perjuicios patrimoniales, "por ejemplo en sumas de dinero que, en efecto, han pasado a la propiedad del agente, pero que económicamente pertenecen a otra persona"⁶¹. Como se ve, el derecho austriaco

ción o si, en cambio, ambos elementos podían coincidir temporalmente, como reclamaba la llamada "pequeña interpretación correctiva" (*kleine berichtigende Auslegung*) ante casos, entre otros, de "hurto de hallazgo", no tipificado especialmente; o si la posesión a que aludía el texto legal comprendía también la posesión "mediata", sin custodia de la cosa; o en fin, si, como reclamaba la llamada "gran interpretación correctiva" (*grosse berichtigende Auslegung*), la referencia a la posesión y a la custodia no era más que un —mal formulado— criterio de distinción con el hurto, con el cual sólo quería significarse cualquier apropiación ilícita *sin ruptura de custodia*. Como se ve, la reforma legal parece decantarse, para superar posibles lagunas de punición, por esta última tesis, si es que no va incluso más lejos. Al respecto WESSELS, Johannes - HILLENKAMP, Thomas, *Strafrecht* (21. Aufl., Heidelberg, C. F. Müller, 1999), Rdn. 290 ss.; KÜPER, Wilfried, *Strafrecht*, BT, *Definitionen mit Erläuterungen* (3. Aufl., Heidelberg, C. F. Müller, 1999), pp. 447 ss.

⁵⁸ KINDHÄUSER, Urs, *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar* (Baden-Baden, Nomos, 2002), § 246, Rdn. 5; ESER, Albin, en SCHÖNKE, Adolf - SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch. Kommentar* (26. Aufl., München, Beck, 2001), § 246, Rdn. 4 a ss., especialmente sobre el dinero Rdn. 6; TRÖNDLE, Herbert - FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* (49. Aufl., München, Beck, 1999), § 246 Rdn. 3 a (con especial referencia al dinero). De otra opinión, entre otros, OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht*, BT (3. Aufl., Berlin - New York, De Gruyter, 1991), pp. 134 s. (a propósito del hurto, pero expresamente aplicable a la apropiación indebida, p. 159).

⁵⁹ WESSELS - HILLENKAMP, cit., Rdn. 277; KINDHÄUSER, LPK, § 246 Rdn. 1; SCHÖNKE - SCHRÖDER - ESER, § 246 Rdn. 1; LACKNER, Karl - KÜHL, Kristian, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen* (23. Aufl., München, Beck, 1999), § 246 Rdn. 1; TRÖNDLE - FISCHER, § 246 Rdn. 2.

⁶⁰ En el derecho austriaco el tipo básico exige ya que el bien haya sido confiado al agente, lo que en el derecho alemán es sólo presupuesto del tipo calificado. La expresión que en Alemania se emplea para designar al tipo básico (*Unterschlagung*), en Austria se reserva en el § 134 öStGB para hipótesis de hurto de hallazgo y de apropiación de bienes entregados por error o tomados sin ánimo inicial de apropiación.

⁶¹ FABRIZY, Ernst Eugen, *Strafgesetzbuch und ausgewählte Nebengesetze* (8. Aufl., Wien, Manz, 2002), § 133 Rdn. 2 (énfasis agregado). El concepto de "bien" iría incluso más allá del concepto de cosa corporal, permitiendo, por ejemplo, acoger el llamado dinero "giral".

resuelve el problema dogmático de la apropiación indebida de dinero, aunque no parece evidente que resuelva los problemas de la necesaria delimitación con el simple incumplimiento contractual, pues si bien se reconoce que del deber general de cumplir con los contratos o de la circunstancia de deberle una suma de dinero a alguien no puede derivarse sin más un encargo de confianza en los términos del § 133 öStGB⁶², los criterios de delimitación no son nada claros. Por otra parte, el efecto eximente —por supuesto defecto de las exigencias subjetivas— que la jurisprudencia le atribuye a la existencia de un "fondo presente de cobertura" (*präsenster Deckungsfonds*), esto es, a la circunstancia de contar al momento del hecho efectivamente y con libertad de disposición de una cosa equivalente a la que se le ha confiado, con la cual se pueda y se quiera reemplazar ésta⁶³, sugiere fuertemente, al menos respecto del dinero, la idea de prisión por deudas.

Algo similar ocurre con el "abuso de confianza" (*abus de confiance*) del derecho francés. El art. 314-1 del Código Penal de 1992 define el abuso de confianza como el hecho de "distraer, en perjuicio de otro, fondos, valores o un bien cualquiera que le hayan sido entregados y que haya aceptado con cargo de devolverlos, presentarlos o hacer con ellos un uso determinado"⁶⁴. Aunque se reconoce que la consideración del dinero como objeto material del delito provoca dificultades tanto conceptuales como prácticas⁶⁵, en general ésta no se pone en duda, siendo decisivo al respecto si se le ha otorgado o no al agente la facultad de disponer del mismo en beneficio propio: si no es el caso, hay distracción y abuso de confianza⁶⁶. A la hora de valorar dogmáticamente esta solución debe tenerse presente que el tipo penal francés no se construye sobre la idea de apropiación, sino casi exclusivamente sobre la noción literal de "abuso de confianza", lo que se expresa en la propia ley cuando hace referencia al "uso determinado", cuya infracción constituiría distracción típica⁶⁷. A esto debe agregarse que, según opinión asentada, también las cosas incorpóreas pueden ser objeto del delito⁶⁸ y que el "perjuicio" a que se refiere la ley puede ser tanto material como simplemente moral, al tiempo que puede ser actual o sólo eventual, puesto que lo

⁶² FABRIZY, § 133 Rdn. 4.

⁶³ FABRIZY, § 133 Rdn. 6.

⁶⁴ La redacción, si bien notablemente simplificada, coincide en lo fundamental con la del antiguo art. 408 del *Code* de 1810, cuya última versión rezaba (inciso primero): "*Quiconque aura détourné ou dissipé, au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge, qui ne lui auraient été remis qu'à titre de louage, dépôt, de mandat, de nantissement, de prêt à usage, ou pour un travail salarié ou non salarié, à la charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé, sera puni des peines portées en l'article 406*".

⁶⁵ LARGUIER, Jean - CONTE, Philippe, *Droit pénal des affaires* (11^e édition, Paris, Armand Colin, 2004), pp. 187 s.

⁶⁶ LARGUIER - CONTE, cit., pp. 176, 177.

⁶⁷ LARGUIER - CONTE, cit., p. 193.

⁶⁸ Por ejemplo un número de tarjeta bancaria; al respecto, con abundantes referencias jurisprudenciales, MAYAUD, Yves, *Code pénal* (100^e édition, Paris, Dalloz, 2003), Art. 314-1 N° 21 bis (p. 607).

único decisivo es que exista abuso de confianza⁶⁹. Desde esta perspectiva es ciertamente coherente que la restitución de aquello de lo cual se ha dispuesto indebidamente no impida que la disposición sea calificada de distracción (consumada)⁷⁰, aunque con seguridad, tratándose de géneros, contribuye a aumentar las dudas que, desde una perspectiva externa, surgen sobre la legitimidad del castigo de conductas que en sí parecen simples incumplimientos contractuales.

Más problemática, sin embargo, se muestra la situación en el derecho italiano. El art. 646 CP. italiano castiga al que, procurando para sí o para un tercero un beneficio ilícito, se apropia dinero o cosa mueble de otro, cuya posesión tiene por cualquier título. A primera vista la interpretación debería ser similar a la que domina en Alemania, pues se trata claramente de la apropiación de cosas ajenas ("de otro") que se tienen sólo en "posesión" pero no en dominio⁷¹. Por otra parte, superada por el Código Rocco (1930) la referencia al abuso de confianza presente en el Código Zanardelli (1889), la opinión dominante en la actualidad tiende a ver en la propiedad el bien jurídico protegido por la figura⁷². Sin embargo, precisamente la mención expresa del dinero como objeto del delito y, aparentemente, razones de "justicia material" habrían impedido una interpretación del tipo penal conciliable con las definiciones del derecho privado. Así, al mismo tiempo que se declara que se excluye de la tipicidad la posesión que se tiene en virtud de un título que transmita también el dominio⁷³, se admite que tratándose de dinero —y de cosas fungibles en general— no tendría aplicación para fines penales el principio civil según el cual la propiedad de las cosas fungibles no especificadas especialmente se transmite con su entrega⁷⁴. Y mientras algunos expresan tímidas reservas frente a este proceder a la luz del principio de legalidad⁷⁵, otros sostienen en forma abierta —y más coherente— que el concepto de ajeneidad del derecho civil no es vinculante para el derecho penal, al menos no en materia de apropiación indebida, ámbito en el cual la ajeneidad coincidiría con el destino actual de la cosa a fines que interesan a otra persona⁷⁶. En todo

⁶⁹ LARGUIER - CONTE, cit., p. 192.

⁷⁰ LARGUIER - CONTE, cit., p. 192.

⁷¹ Tal como ocurre en el derecho chileno, por posesión (*possesso*) se entiende algo distinto de tenencia (*detenzione*), lo que en este punto —contrariamente a lo que es su tendencia, según luego se podrá observar— ha sido tomado al pie de la letra por la jurisprudencia penal para los fines de la apropiación indebida, a diferencia de la interpretación dominante en Alemania que, como se dijo, se centra en la idea de custodia, lo que ha creado ciertas dificultades interpretativas. Al respecto CRESPI - STELLA - ZUCCALÀ, cit., p. 1519 (II marg. 3 ss.).

⁷² FIANDACA - MUSCO, cit., p. 100; CRESPI - STELLA - ZUCCALÀ, cit., p. 1518 (I), si bien todos con reservas en la línea de lo que luego se expone en el texto.

⁷³ CRESPI - STELLA - ZUCCALÀ, cit., p. 1529 (II marg. 8); tácitamente también FIANDACA - MUSCO, cit., p. 104.

⁷⁴ CRESPI - STELLA - ZUCCALÀ, cit., p. 1520 (II marg. 11). De esta forma, según estos autores, sería típica la apropiación de cosas entregadas no sólo a título de depósito regular, sino que también las entregadas a título de depósito irregular (contra expresa previsión del art. 1782 CC italiano!) y de mandato.

⁷⁵ CRESPI - STELLA - ZUCCALÀ, cit., p. 1520 (II marg. 11).

⁷⁶ FIANDACA - MUSCO, cit., p. 108.

caso, esto no obstaría al uso del dinero, supuesto que subsista el propósito y la posibilidad concreta de pagar una cantidad equivalente en el momento debido⁷⁷. En ese contexto no es de extrañar que se haya sostenido que, bien visto, el bien jurídico protegido sería efectivamente la propiedad, pero "una suerte de propiedad en sentido penal", esto es, un derecho real o personal sobre la cosa que, en el caso concreto, tenga el mayor peso económico-social⁷⁸, o más aún, derechamente, que se protege el respeto al destino originario dado a la cosa⁷⁹.

Pero sin duda el caso más relevante para este trabajo es el del derecho español, a partir de textos legales virtualmente idénticos al nuestro⁸⁰. Cuando se revisa lo que podría calificarse como la opinión dominante expresada en la jurisprudencia y en las obras estándar se aprecia un consenso plagado de contradicciones. Mientras mayoritariamente se declara que el dueño no puede ser sujeto activo del delito y que las expresiones apropiación y distracción son cuanto menos que sinónimas, a la vez que, llevados al punto específico no siempre abordado, en general nadie pone en duda que el que recibe dinero se hace dueño del mismo⁸¹, simultáneamente se admite, sin embargo, también de modo mayoritario —por razones de "justicia material" o por simple inercia— la aplicación del tipo penal a supuestos de no devolución de dinero recibido en su calidad de género (por ejemplo: "fondos de la sociedad"), sin que, por cierto, se explique cómo el dueño podría apropiarse de lo propio ni en base a qué criterios se distingue entre delito y simple incumplimiento contractual⁸².

Sólo en los últimos lustros la dogmática española ha iniciado el camino para superar esta inconfortable situación, dando el primer paso al reconocer como problemático el carácter esencialmente genérico y ultra-fungible del dinero como posible objeto del delito de apropiación indebida. Así, se empiezan a vislumbrar

⁷⁷ FIANDACA - MUSCO, cit., p. 108.

⁷⁸ CRESPI - STELLA - ZUCCALÀ, cit., p. 1518 (I), con cita a Pagliaro.

⁷⁹ FIANDACA - MUSCO, cit., p. 100, con referencias a Pedrazzi y a Sgubbi.

⁸⁰ En lo que nos interesa, el art. 535 CP. 1973 —cuya redacción en lo esencial, al margen de cambios de ubicación y agregados que no afectan la parte transcrita, así como de lo dispuesto en el efímero Código de 1928, se remontaba al Código de 1848, de donde, como se sabe, a través de su versión de 1850 fue tomado por los redactores del Código chileno (al respecto, por todos, POLITOFF, cit., pp. 40 ss.)— disponía: "Serán castigados [...] los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos", en tanto que el actual art. 252 CP. dispone: "Serán castigados [...] los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos".

⁸¹ Con excepción de la jurisprudencia frente a algunos tipos penales en leyes especiales que expresamente se han remitido al tipo de apropiación indebida, como da cuenta críticamente MANJÓN-CABEZA, Araceli, *Nuevo enfoque de la apropiación indebida. Especial consideración de la no devolución de cantidades entregadas a cuenta para la construcción y adquisición de viviendas* (Madrid, Civitas, 1988), pp. 75 ss.

⁸² Paradigmáticas resultan las explicaciones de MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial* (14ª edición (Valencia, Tirant lo Blanch, 2002), pp. 430 ss.

las consecuencias de reconocer que, salvo en casos muy excepcionales, el que recibe dinero se hace dueño del mismo, de suerte que, o bien, no hay en general lugar para la apropiación indebida de dinero, o bien, se castiga al dueño por su incumplimiento, lo que resulta sospechoso de constituir prisión por deudas⁸³. La mención expresa del dinero en la ley ha sido el gran argumento para asumir que necesariamente el tipo penal debe tener aplicación sobre el dinero entregado como género⁸⁴, de modo que el camino seguido invariablemente ha sido el de intentar justificar esta premisa.

Si bien prescindiendo completamente del escollo dogmático —cómo puede el dueño apropiarse de lo propio— y más bien confirmándolo, Manjón-Cabeza ha destacado que la apropiación de dinero recibido como género no puede representar un atentado contra la propiedad, de suerte que el bien jurídico protegido por el delito, al menos en esos casos, debe ser uno distinto. Así, debe distinguirse según si la conducta recae sobre cosas no fungibles o sobre cosas fungibles. En el primer caso el bien jurídico es la propiedad, en el segundo es “el derecho al cumplimiento de la obligación” o, simplemente, el “derecho de crédito”⁸⁵. A la hora de explicar de qué forma esto último no constituye, como la propia expresión sugiere, lisa y llanamente prisión por deudas, la autora se ha limitado a negarlo sosteniendo que la no devolución de dinero sólo será punible en casos determinados⁸⁶, que resultan de aplicar su propuesta para la indispensable distinción entre delito y simple incumplimiento. Consciente de la inaplicabilidad en este nuevo contexto de la distinción entre títulos traslativos y no traslativos de dominio, no impuesta por lo demás por la letra de la ley, la autora se sirve de la distinción civil entre débito y responsabilidad⁸⁷, para postular que sólo da lugar a la apropiación indebida un título respecto del cual la devolución del dinero constituye el débito⁸⁸, que sea título tanto de la entrega como de la devolución (identidad del título)⁸⁹ y, por último, que no otorgue disponibilidad absoluta sobre el bien sino sólo una determinada y restringida⁹⁰, como se ve, un criterio equivalente al desarrollado treinta años antes por Politoff y defendido en general en nuestra literatura. La diferencia principal estriba, sin embargo, en que Manjón-Cabeza, correctamente, no pretende negar la adquisición del do-

⁸³ Véanse, por ejemplo, las intuiciones de Vives Antón, Tomás, en EL MISMO (Coordinador), *Derecho Penal. Parte Especial* (3ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990) p. 954; y, especialmente, de BAJO FERNÁNDEZ, Miguel - PÉREZ MANZANO, Mercedes - SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, *Manual de derecho penal. Parte Especial II* (Madrid, CEURA, 1993), p. 428.

⁸⁴ Así, por todos, DE LA MATA BARRANCO, Norberto, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida* (Barcelona, PPU, 1994), p. 208.

⁸⁵ MANJÓN-CABEZA, cit., pp. 221 ss., 224, 298 s.

⁸⁶ MANJÓN-CABEZA, cit., p. 225.

⁸⁷ Correspondiente, desde el punto de vista de la obligación, a la distinción usual en Chile, desde el punto de vista del pago, entre cumplimiento *en naturaleza* y cumplimiento *por equivalencia*; cfr. MANJÓN-CABEZA, cit., pp. 101 ss., 104, 108 ss.

⁸⁸ MANJÓN-CABEZA, cit., pp. 108, 110 ss., 292.

⁸⁹ MANJÓN-CABEZA, cit., pp. 103, 108, 114.

⁹⁰ MANJÓN-CABEZA, cit., pp. 104, 118, 293.

minio, si bien precisamente este acierto deja en evidencia las deudas pendientes de su trabajo⁹¹.

La consideración del “derecho de crédito” como bien jurídico protegido por el delito en cuanto recae sobre bienes fungibles, específicamente sobre dinero, es recogida, entre otros⁹², por De la Mata Barranco⁹³, quien, sin perjuicio de concordar en lo fundamental con el criterio de la disponibilidad propuesto por Manjón-Cabeza, lo considera criterio necesario, pero no suficiente, pues entiende que debe exigirse adicionalmente la lesión material del bien jurídico propiedad o derecho de crédito, según el caso⁹⁴. Más importante aún, desde el punto de vista del “escollo dogmático”, es que este autor destaca el potencial de la alternativa típica de la distracción, que puede ser interpretada de un modo diferente, no asociado a la apropiación, precisamente para recoger la no devolución de objetos que, por su propia naturaleza, una vez recibidos no son susceptibles de ser posteriormente apropiados por quien los recibió, esto es, para la no devolución de géneros, particularmente de dinero⁹⁵. Queda pendiente, sin embargo,

⁹¹ En esa línea la STS de 25 de febrero de 1991 (ponente: Delgado García): “El título por el que se recibe la cosa mueble ha de originar una obligación de entregar o devolver esa cosa mueble. La ley relaciona varios de tales títulos, depósito (en párrafo aparte alude al depósito miserable o necesario), comisión y administración, y termina con una fórmula abierta que permite incluir todas aquellas relaciones jurídicas por las cuales la cosa mueble se incorpora al patrimonio de quien antes no era su dueño, bien transmitiendo la propiedad cuando se trata de dinero u otra cosa fungible, en cuyo caso esta transmisión se hace con una finalidad concreta, consistente en dar a la cosa un determinado destino (por esto se excluyen el mutuo y el depósito irregular, porque en éstos la cosa fungible se da sin limitación alguna a quien la recibe para que éste la emplee como estime oportuno), o bien, sin tal transmisión de propiedad, esto es, por otra relación diferente, cuando se trate de las demás cosas muebles, las no fungibles, que obliga a conservar la cosa conforme al título por el que se entregó”.

⁹² VIVES ANTÓN, cit., p. 954; VALLE MUÑOZ, en QUINTERO OLIVARES (Director), cit., p. 556.

⁹³ DE LA MATA BARRANCO, cit., pp. 100 s., 208 s., 222 ss., con expresas referencias a Manjón-Cabeza.

⁹⁴ DE LA MATA BARRANCO, cit., p. 235 (anunciado ya en p. 101).

⁹⁵ DE LA MATA BARRANCO, cit., pp. 186 ss., 188, 209. Con anterior esta posibilidad había sido sugerida por VIVES ANTÓN, cit., pp. 957, 954. Admite también la posibilidad de una interpretación diferente del verbo distraer, aunque sin abundar en ella, la citada STS de 25 de febrero de 1991: “Ambas expresiones, apropiar o distraer, tienen una significación similar, pues se refieren a la realización de uno de los actos de disposición antes referidos, si bien cuando la ley dice apropiar podría entenderse que se refiere a aquellos supuestos en que quien recibió la cosa lo hizo sin adquirir el dominio de la misma, de modo que la acción de este delito consiste precisamente, como se ha dicho reiteradamente, en la ilícita transformación de la posesión en propiedad, que es lo que ocurre cuando la apropiación indebida se refiere a una cosa mueble no fungible, mientras que cuando tiene por objeto el dinero u otra cosa fungible el delito se comete cuando a la cosa, que ya se ha adquirido en propiedad, se le da un destino distinto del pactado, que impide que ésta llegue a quien, conforme al título por el que se transfirió, tenía que haberlo recibido en definitiva (por ejemplo, el gerente de una sociedad que recibe dinero por tal cargo en una determinada operación mercantil y, en lugar de hacerlo llegar al patrimonio de la sociedad, lo incorpora a su propio peculio). Parece que para estos últimos supuestos encaja mejor el término distraer, porque a una cosa, que se toma en propiedad precisamente por su carácter fungible, quien la recibe no le da el destino a que está obligado”.

la cuestión político-criminal, pues no se aporta mayor justificación para la protección penal del "derecho de crédito", sin que la idea implícita de cierta deslealtad o irregularidad precedente al incumplimiento por parte del deudor resulte suficiente "dado que todo deudor que incumpla 'defrauda' la confianza de su acreedor"⁹⁶.

A partir de estos primeros esfuerzos, en los últimos años se ha desarrollado una importante tesis según la cual el art. 252 CP. español daría cabida a dos tipos penales completamente diferentes: por una parte la apropiación indebida, delito contra la propiedad consistente en la apropiación de especies o cuerpos ciertos recibidos con cargo de restituirlos; y por la otra la distracción indebida de dinero (u otros géneros), delito contra el patrimonio, que no sería más que una hipótesis de administración desleal de patrimonio ajeno⁹⁷. Esta tesis, fuertemente asociada al entorno de Enrique Bacigalupo, ha tenido resonancia en —y más aún, ha sido en buena medida fomentada por— la jurisprudencia del Tribunal Supremo español⁹⁸, ámbito en el cual su formulación original, para el entonces vigente art. 535 CP. 1973, quedó fijada en los siguientes términos: "el art. 535 CP. no sólo contiene el tipo clásico de apropiación indebida de cosas, sino también en cuanto se refiere al dinero, un tipo de gestión desleal, de alcances limitados, que se comete cuando el administrador o el comisionista perjudican patrimonialmente a su principal en la medida en la que, habiendo recibido sumas de dinero para ser entregado a dicho principal no lo hacen distrayendo el dinero de cualquier manera. En esta hipótesis particular no se afecta la propiedad de cosas mediante apropiación ni la propiedad del dinero, pues ello no sería posible, dado su carácter fungible. Se trata por el contrario de una forma de realización del tipo que requiere un perjuicio patrimonial ocasionado al titular del patrimonio administrado o al patrimonio del comitente, como consecuencia de la utilización contraria al deber de las sumas recibidas. Por lo tanto, en esta hipótesis típica en la que no se da una verdadera acción de apropiación, el *animus rem sibi habendi* es totalmente innecesario. El autor sólo debe haber tenido conocimiento de producir el perjuicio patrimonial del sujeto pasivo"⁹⁹.

El gran mérito que debe reconocerse a esta interpretación radica en retomar el esfuerzo por darle un asidero en la ley a una práctica que en principio puede parecer materialmente justa, abriendo de paso la posibilidad, a partir de un nue-

⁹⁶ SILVA CASTAÑO, *El delito de apropiación indebida*, cit., p. 64.

⁹⁷ Véase SILVA CASTAÑO, *El delito de apropiación indebida*, cit., pp. 71 ss. y *passim*; LA MISMA, en BACIGALUPO (Director), cit., pp. 157 ss.; BACIGALUPO, Enrique, *Administración desleal y apropiación indebida*, en EL MISMO (Director), cit., p. 195 (hay edición española de este libro: BACIGALUPO, Enrique [Director], *Curso de derecho penal económico* (Madrid - Barcelona, Marcial Pons, 1998), en la cual, sin embargo, sólo se encuentra el trabajo de SILVA CASTAÑO [p. 99 ss.]); SÁNCHEZ-VERA, en *Lib. hom. Bacigalupo*, cit., pp. 1207 ss.

⁹⁸ A través, entre otras, de las STS de 14 de marzo de 1994 (ponente: Bacigalupo), de 26 de febrero de 1998 (ponente: Jiménez Villarejo; caso Argentinia Trust), de 12 de mayo de 2000 (ponente: Aparicio Calvo-Rubio), de 16 de febrero de 2001 (ponente: Granados Pérez) y, recientemente, de 4 de junio de 2004 (ponente: Granados Pérez).

⁹⁹ STS de 14 de marzo de 1994 (ponente: Bacigalupo).

vo enfoque conceptual, de limitar más estrictamente los alcances del tipo penal en relación con el dinero, en términos de impedir el castigo penal por el simple incumplimiento contractual. Parece ser un buen punto de partida para la reconstrucción dogmática de la apropiación indebida mientras la ley siga refiriéndose al dinero como objeto idóneo del delito. Sus defectos, sin embargo, no son menores.

El primero consiste en que no ha pasado de ser un punto de partida que sigue esperando ser desarrollado. En efecto, la doctrina en comento no ha ofrecido hasta ahora mucho más que una nueva denominación del problema. Se podría afirmar que en estos casos no se castiga por el simple hecho de no pagar el dinero debido, sino que por la administración desleal del dinero recibido con fines determinados, pero sin que hasta ahora se haya construido sólidamente aquello que debe reemplazar al incumplimiento. No se ha desarrollado el concepto penal de deslealtad de la administración, mucho menos referido al caso particular de dineros entregados en virtud de un contrato. Consecuentemente, tampoco se ha explicado en qué medida tal deslealtad es un *aliud* o al menos un *plus* relevante respecto del incumplimiento. En otras palabras, no se han desarrollado los criterios bajo los cuales debe analizarse la posible tipicidad de una conducta en los términos del supuesto subtipo de distracción de dinero. Mientras esta tarea no se aborde, todo sugiere un fraude de etiquetas, mediante el cual sólo se legitima indiferenciadamente la práctica y, por lo mismo, en alguna medida, también la prisión por deudas.

Y no sólo eso. En la medida en que el pretendido subtipo de distracción no reciba contornos más exigentes, se corre incluso el riesgo de tornar superflua la hipótesis de apropiación, pues si la simple omisión de pagar una cantidad equivalente a la recibida en dominio puede por sí misma considerarse un caso de administración desleal del patrimonio ajeno, con seguridad se puede predicar lo mismo de conductas más tenues pero realizadas sobre cosas ajenas entregadas por su dueño con cargo de devolverlas, sin que sea necesaria su apropiación. Es claro que los autores que promueven la nueva interpretación de la distracción no pretenden alterar la concepción tradicional de la apropiación *stricto sensu*, insistiendo en que se trataría de dos tipos completamente diferenciados, pero es evidente que han abierto esa posibilidad sin proveer hasta ahora de los resguardos necesarios.

Pero probablemente el problema mayor de esta doctrina, si bien no se trata de un elemento intrínseco de la misma, sino más bien del resultado del uso que se le ha dado en un contexto social y político determinado, condicionado por algunos casos emblemáticos, es que de modo alguno ha servido sólo para resolver el acusado problema dogmático, sino que amenaza con convertir la apropiación indebida, con todos sus problemas a cuestas, en el tipo de administración desleal por antonomasia, paradójicamente, a despecho del nuevo tipo de administración desleal societaria del art. 295 CP. español. Si bien el fenómeno se ha visto favorecido por factores anexos, como los retoques sufridos en el nuevo Código por el tipo de apropiación indebida, que le han conferido ribetes más laxos, o las deficiencias atribuidas al nuevo tipo de administración desleal (restringido a la administración de sociedades, injustificada menor penalidad), pa-

rece difícil imaginar este desarrollo sin la idea de la existencia de un tipo de administración desleal en el seno de la apropiación indebida. De esta forma, lo que simplemente parecía ser un camino para explicar de un modo coherente y libre de contradicciones intrasistémicas el delito de apropiación indebida, a la vez que un enfoque que permitiera discernir adecuadamente, más allá del simple hecho del incumplimiento contractual, lo que debe ser relevante en esta materia desde el punto de vista del Derecho Penal, parece dar paso a un tipo tremendamente genérico, más aún si no se acomete todavía, como se ha acusado, la tarea de precisar sus contornos, y cada vez más desvinculado de la idea misma de apropiación indebida, cuando no —por mucho que el nuevo texto legal español sea más amplio que el tradicional— de la propia letra de la ley¹⁰⁰. Una visión crítica de este desarrollo desde la óptica específica de la administración desleal se expone infra V, 4.

A partir de este panorama, se expone a continuación una posible interpretación del tipo de apropiación indebida en el derecho chileno que permita hacerse cargo razonable y legítimamente de la llamada “apropiación indebida de dinero”.

c) *Esbozo de una nueva interpretación de la apropiación indebida de dinero: la distracción como hipótesis especial de insolvencia punible*. Coincidiendo en este punto con la interpretación de la apropiación indebida que ofrece el último sector mencionado de la doctrina española, en cuanto a que en el respectivo precepto legal cohabitan dos tipos penales diferentes, aquí también se entiende que el art. 470 N° 1 CP. prohija dos figuras delictivas. Por una parte la apropiación indebida propiamente tal, delito contra la propiedad que sólo puede recaer sobre especies o cuerpos ciertos ajenos y cuya conducta típica consiste en la apropiación entendida como disposición de tales especies o cuerpos ciertos como señor y dueño de los mismos. Por otra parte la distracción indebida de dinero, delito contra el patrimonio¹⁰¹ que, como la denominación propuesta indica, sólo puede recaer sobre dinero u otros géneros¹⁰² y cuya conducta típica consiste

en el no pago jurídico-penalmente reprochable —conforme a los criterios que más abajo se indican, indispensables para no permanecer en el ámbito de las etiquetas— de cantidades equivalentes a las recibidas.

Este punto de partida ofrece una vía razonable para abordar tanto los problemas dogmáticos como de legitimación que ofrece la aplicación del tipo de apropiación indebida al dinero entregado como género, aplicación que, no obstante, parece ineludible ante el tenor del art. 470 N° 1 CP. Tal interpretación permite, sin contradicción con el derecho privado, que al menos una de las hipótesis típicas —la distracción— sea efectivamente concebible respecto del dinero, en tanto que su entendimiento como manifestación de otra figura delictiva debería necesariamente imponer exigencias adicionales a la hora de afirmar la tipicidad ahí donde hasta ahora ha bastado la simple omisión de devolver la cantidad equivalente, con lo cual tiene una clara orientación restrictiva¹⁰³. De paso permite también darle un sentido a la existencia de dos hipótesis legales que en principio deberían distinguirse, pero que hasta ahora entre nosotros han sido interpretadas por un importante sector de la doctrina prácticamente como sinónimas, sólo para evitar el mal mayor que representa la interpretación alternativa¹⁰⁴.

El concepto de distracción puede empezar a construirse a partir de las mismas representaciones que sobre la apropiación indebida de dinero imperan en nuestro medio. Así, si se asume, como hace la opinión dominante¹⁰⁵, que la conducta típica en este caso no puede coincidir con la simple disposición del dinero y que, más bien, se identifica con la omisión del pago de una cantidad equivalente a la recibida, entonces la tarea pendiente consiste en fundamentar el carácter jurídico-penalmente reprochable de dicha omisión, esto es, el plus de relevancia que justifique la reacción penal frente a conductas que, en principio, no constituyen más que un incumplimiento de obligaciones civiles.

La diferencia fundamental con la opinión dominante radica en que, a diferencia de lo que ésta asume, el necesario *plus* de relevancia jurídico-penal no puede venir dado sin más por las características del título de la entrega, pues

¹⁰⁰ Así, por ejemplo, a partir de la expresión “o activo patrimonial” agregada *luego* del cierre de la enumeración de las cosas muebles, se sostiene por varios autores que el delito puede recaer en inmuebles (así Valle Muñoz, en Quintero Olivares [Director], cit., p. 554; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo [Director], *Comentarios al Código Penal* (Madrid, Civitas, 1997), p. 722; SÁNCHEZ-VERA, en *Lib. hom. Bacigalupo*, cit., p. 1219 s.). Por su parte, precisamente por la ampliación del objeto del tipo, BACIGALUPO, en EL MISMO (Director), cit., p. 210, llega a poner en duda respecto de la distracción la exigencia de una entrega previa en virtud de un título que obligue a entregar o devolver: “Más aún: ¿hasta qué punto se podría decir de los activos patrimoniales que han sido recibidos ‘en depósito’? ¿puede un activo patrimonial haber sido entregado a otro por un título que produzca obligación de entregar o devolver?”. La extensión que se le puede acordar al simple tipo de distracción de dinero puede vislumbrarse cuando se revisan los vacíos que, según SÁNCHEZ-VERA, en *Lib. hom. Bacigalupo*, cit., pp. 1218 ss., pueden “colmarse” gracias al mismo, siendo de destacar el caso del simple uso indebido de objetos (p. 1222 s.).

¹⁰¹ Sobre la distinción entre delitos contra la propiedad y delitos contra el patrimonio, infra IV.

¹⁰² Esta forma de entender la distracción a partir del carácter genérico de su objeto parece

verse confirmada por el art. 251 CCom, anterior a la tipificación de la apropiación indebida en la codificación, cuando dispone que “(e)l comisionista que habiendo recibido fondos para evacuar un encargo, los distrajera para emplearlos en un negocio propio [...] (i)ncurrirá además en las penas del abuso de confianza, y en caso de quiebra será tratado como fallido fraudulento”.

¹⁰³ Al menos respecto de la opinión dominante, ya que no, por cierto, respecto de la tesis radical que niega la tipicidad de la apropiación indebida de dinero entregado como género, para la cual la tesis que aquí se defiende probablemente sólo resulte legitimante del actual estado de cosas.

¹⁰⁴ No puede desconocerse que lleva razón ETCHEBERRY, cit., III, p. 426, cuando señala que la tesis de la apropiación transitoria hace prácticamente idénticas hipótesis que el legislador parece haber querido distinguir, esto sin contar con que el paralelo que se pretende hacer con la regulación de la malversación de caudales públicos en los arts. 233 y 235 CP., donde efectivamente se distingue entre apropiación definitiva y transitoria, resulta poco convincente cuando se considera que en la apropiación indebida, a diferencia de lo que ocurre en el mencionado ámbito funcionario, la pena es la misma para ambas hipótesis.

¹⁰⁵ Con excepción, como se vio, del primer Politoff.

cualesquiera que éstas sean sólo definen los alcances de la obligación y, con ello, sólo fundan la ilicitud civil del eventual incumplimiento, sin aportar en sí mismas fundamento a un reproche estrictamente penal. Esto no significa, sin embargo, que las características del título en cuestión sean irrelevantes para la fundamentación del reproche penal. Al contrario, el que desde siempre sólo ciertos títulos en virtud de los cuales se ha recibido dinero den lugar a la aplicación del art. 470 N° 1 CP., permite orientar el análisis. Si bien se mira, esos títulos, entre los que destacan nítidamente en relación con la entrega de dinero el mandato y la sociedad, tienen en común que, en cuanto las cantidades entregadas están vinculadas a fines propios del que las entrega, importan en alguna medida la gestión de negocios ajenos, aspecto que no desaparece por el carácter traslativo de la entrega del dinero. En esa perspectiva resulta evidente la conexión con la doctrina aquí expuesta que ve el factor legitimante del castigo penal en estos casos en la administración desleal de intereses patrimoniales ajenos.

Pero para que esto sea más que un mero ejercicio terminológico, debe avanzarse efectivamente desde la mera constatación de la omisión del pago de una cantidad equivalente a la recibida a un examen que se extienda también a la conducta previa del agente y en virtud del cual sea posible predicar de dicha conducta el carácter de administración desleal. No es la omisión del pago por sí sola la que puede fundar la responsabilidad penal, sino que debe considerarse también la conducta previa que condujo a tal omisión, conducta que debe comprobarse defraudatoria de intereses patrimoniales ajenos respecto de los cuales se han asumido deberes de resguardo. Ahora bien, precisamente porque se trata de fundar la relevancia específicamente penal de la conducta, el incumplimiento debe ser reprochable más allá de los términos que dan lugar a la responsabilidad contractual. En otras palabras, el incumplimiento que importa distracción típica para los fines del derecho penal debe ser consecuencia de una falta grave a elementales deberes de cuidado del crédito ajeno, a una gestión irracional que naturalmente deba conducir a la imposibilidad de pago.

Para mayor precisión conceptual, cabe destacar que estas mismas consideraciones sugieren que la noción que mejor expresa el contenido de injusto de la distracción en los términos que aquí se proponen no es, en rigor, la de administración desleal, asociada a un poder de disposición directo sobre patrimonio ajeno, sino que la de insolvencia punible, caracterizada por la afección de patrimonio ajeno pero a través de la gestión del patrimonio propio¹⁰⁶ ¹⁰⁷. La distracción típica del art. 470 N° 1 CP. sería una hipótesis de insolvencia punible, en

¹⁰⁶ Sin perjuicio que, como se ha dicho (supra III, 22), esta diferencia desaparece cuando se separa la administración de la titularidad del patrimonio.

¹⁰⁷ La preferencia por la noción de insolvencia punible tiene, además, la ventaja de ser coherente con la relevancia decisiva que tanto aquí como en la opinión dominante se le asigna a la omisión de pago. Si, en cambio, se tomara en serio la interpretación de la distracción como una forma de administración desleal, toda disposición contraria a deber del dinero debería ser típica, sin necesidad de esperar la ulterior ausencia de pago.

este caso singular y no universal, sin sujeción a requisitos formales, respecto de la omisión de la devolución de una determinada cantidad de dinero o géneros que se ha recibido en virtud de un título que implica resguardo especial de intereses patrimoniales ajenos por la especial vinculación a fines de la cantidad entregada¹⁰⁸. En cuanto hipótesis especial de insolvencia punible, la distracción típica supone, como se ha dicho, un comportamiento económico intolerablemente descuidado, cuya valoración en la práctica puede orientarse inicialmente siguiendo los criterios expresados en varias de las hipótesis de insolvencia punible de la Ley de Quiebras, como las arriba mencionadas de los números 7 y 8 del art. 219 o de los números 8, 9 y 12 del art. 220 de dicha ley, sin perjuicio del necesario desarrollo progresivo de criterios propios desligados del casuismo que campea en esa regulación.

Sólo bajo estas condiciones parece posible sostener que la apropiación indebida de dinero —o como aquí se propone: la distracción indebida de dinero— no constituye prisión por deudas.

d) *Límites de la apropiación y la distracción indebidas como tipos de administración desleal.* En las páginas precedentes se ha expuesto en términos generales el estado del debate dogmático sobre el tipo de apropiación indebida en nuestro país, frente al cual se ha esbozado una posible interpretación alternativa, con especial preocupación —probablemente más de la que el objeto de este trabajo hubiese exigido— por la hipótesis de “distracción”. La justificación de este proceder desde la perspectiva de un estudio sobre la administración desleal radica en la necesidad de despejar posibles malentendidos y expectativas desmedidas sobre el potencial del art. 470 N° 1 CP. para hacer frente a los casos en cuestión. En efecto, aquí se ha propuesto interpretar la distracción como un delito contra el patrimonio y que guardaría algún grado de similitud con una administración desleal de géneros, con lo cual podría entenderse que esta hipótesis ofrece respuesta adecuada para el problema expuesto en este artículo. Sin embargo, es precisamente lo contrario lo que aquí se quiere demostrar.

En situaciones concretas es evidente que la administración desleal de un patrimonio puede adoptar la forma de una apropiación indebida o de una distracción indebida en los términos aquí propuestos, pero eso sólo ocurrirá bajo ciertas circunstancias que no siempre se dan. Tanto si se siguen las interpretaciones tradicionales como si se opta por la diferenciación que aquí se ha propuesto, deberá admitirse que los alcances de esta variante y, en general, del art. 470 N° 1

¹⁰⁸ La relación entre apropiación indebida de dinero e insolvencia punible había sido destacada con anterioridad por BAJO FERNÁNDEZ - PÉREZ MANZANO - SUÁREZ GONZÁLEZ, cit., p. 415, donde, luego de constatar que la apropiación indebida de dinero se aplica por regla general a insolventes, se declara: “La *insolvencia* se convierte, entonces, en ese mayor desvalor necesario para explicar el delito de apropiación indebida (de dinero) que, unido a la *deslealtad* y a la *irregularidad* del comportamiento causante de la insolvencia aleja el delito de la prisión por deudas” (énfasis en el original). Sin embargo, esto no pasa de ser una declaración, pues la supuesta deslealtad e irregularidad simplemente se presume, en tanto que no se le imponen exigencias especiales a la insolvencia, de modo que sólo queda el hecho bruto del incumplimiento y, con ello, la presencia —más inmediata que lejana— de la prisión por deudas.

CP. son limitados, de modo que el tipo no está en condiciones de servir de tipo genérico de administración desleal en el derecho chileno. Porque cualquiera que sea la interpretación que se le acuerde a la figura, ésta no puede substraerse de las exigencias legales que son comunes a ambas hipótesis típicas y que condicionan estructuralmente sus posibilidades de aplicación. Las limitaciones más evidentes son las siguientes:

i) Ambas conductas típicas reconocen como objeto material “dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble”, lo que se identifica prácticamente sin discusión con el objeto material del hurto, esto es, con cosas corporales muebles¹⁰⁹, excluyéndose en consecuencia las cosas incorpóreas, particularmente, por ejemplo, el llamado dinero giral, de enorme importancia desde la perspectiva de la gestión desleal de patrimonios ajenos, pues las disposiciones patrimoniales no sólo no requieren recaer sobre dinero o documentos representativos del mismo, sino que, además, crecientemente tienden a no hacerlo.

ii) Por la misma razón son atípicas todas las disposiciones indebidas de bienes raíces ajenos que se tienen en administración, aspecto que, al menos en el derecho chileno, no admite discusión¹¹⁰.

iii) Asimismo, no son subsumibles en el art. 470 N° 1 CP. las conductas que, si bien afectan el patrimonio del titular, lo hacen por la vía de aumentar el pasivo del mismo, en vez de representar una merma del activo en términos de pérdida de cosas corporales muebles. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando se asumen indebidamente deudas que no corresponden por cuenta del patrimonio administrado. Es posible, desde luego, que el pago al momento del vencimiento se verifique mediante la disposición de cosas corporales muebles, pero mientras esto no ocurra la conducta es sencillamente atípica¹¹¹.

Esto sin considerar otros aspectos que, si bien sugeridos por las características del objeto material del delito, son mucho más discutibles y que, según la decisión que se adopte a su respecto, podrían restringir adicionalmente las posibilidades del precepto, como ocurriría, por ejemplo, si se exige que la entrega previa¹¹² de las cosas haya sido una entrega material y no ficta¹¹³, o que, en general, las conductas de apropiación y de distracción deban ser conductas materiales sobre las cosas corporales muebles.

¹⁰⁹ Por todos POLITOFF, cit., pp. 74 s., 91: “La circunstancia que el artículo 580 del Código Civil *repute* bienes muebles a los derechos o acciones, ficción que nada tiene que hacer con la ‘movilidad’ material de la cosa, no obsta a la exclusión de las cosas incorpóreas como eventual objeto de apropiación indebida” (énfasis en el original).

¹¹⁰ Como tampoco se admite en el derecho alemán, francés e italiano (cfr. supra III, 3, b). Si aparentemente esto ha dejado de ser así en España, es sólo debido a cambios en la redacción legal de la figura, cambios que no tienen equivalencia en nuestro derecho.

¹¹¹ Como también lo es si la disposición de tales cosas corporales muebles, en definitiva, no la realiza el agente.

¹¹² Al menos la exigencia de entrega previa es indiscutible en el derecho chileno, donde no tiene cabida, por ejemplo, la antigua discusión del derecho alemán sobre si la custodia de la cosa podía obtenerse simultáneamente con la apropiación (supra III, 3, b).

¹¹³ Como sugiere Soto, cit., p. 22; claramente en contra POLITOFF, cit., pp. 151 s., 206.

Ahora bien, probablemente el aspecto más dudoso en relación con la aplicación del art. 470 N° 1 CP. a casos de administración desleal sea si los verbos apropiarse y distraer son predicables de actuaciones en nombre y por cuenta de otro de parte del que posee poderes de disposición sobre el patrimonio en cuestión, poderes en virtud de los cuales, precisamente, actúa. La cuestión ha sido planteada particularmente a propósito de la hipótesis de apropiación, pero las reflexiones son válidas también para la distracción, aun en los términos en que aquí se ha interpretado. Entre nosotros Politoff ha apuntado que “mientras el administrador actúe por cuenta y riesgo del mandante, afectando el patrimonio de éste, gastando, comprando y vendiendo por y para éste, es evidente que no excede su condición de mero tenedor de bienes ajenos ni comete apropiación, aunque sea torpe y hasta negligente en la conducción de los negocios”¹¹⁴. Y, en efecto, si el administrador ha sido dotado de la facultad de disponer de los bienes del titular a nombre de éste, es evidente que las disposiciones hechas precisamente en ejercicio de esa facultad no pueden importar una apropiación, aun cuando el ejercicio sea abusivo. En otras palabras, la apropiación de bienes es algo distinto de una mala administración de los mismos.

El mismo Politoff advierte, sin embargo, que frente a hipótesis de mala administración del patrimonio ajeno se ha de estudiar siempre caso a caso si no se trata, pese a la apariencia, de una apropiación indebida encubierta¹¹⁵, aunque sin dar, lamentablemente, más luces al respecto. Los criterios de distinción esbozados en otros países distan también de ser claros. Así, por ejemplo, la jurisprudencia francesa atiende a los “móviles del agente” y, tratándose de administradores de sociedades, al “interés social”, conceptos bajo los cuales parece subyacente la idea de conflicto de intereses, aunque se reconoce que muchas veces son las notas escandalosas del caso concreto las que deciden la cuestión¹¹⁶. Por su parte, en España, Gómez Benítez sitúa la diferencia en el ámbito subjetivo, lo que ejemplifica, entre otros casos, con el del autopréstamo del administrador: si se presta con el propósito de devolver y no existe ánimo de ocasionar perjuicio la conducta es atípica, si se confía en la devolución pero se presta conscientemente en condiciones económicas desventajosas se trata de un delito de administración desleal, en tanto que si se presta con el propósito de no devolver se configura una apropiación indebida¹¹⁷. Ciertamente este autor le atribuye relevancia a las circunstancias objetivas del hecho, pero en la medida en que lo decisivo termina siendo el dolo del agente, aquéllas parecen ser relevantes sólo como indicios de éste¹¹⁸. Si se quisiera ensayar un criterio objetivo —como parece indispensable—,

¹¹⁴ POLITOFF, cit., p. 205 (énfasis en el original), lo que hace extensivo a los administradores de sociedades, sean éstos socios o no, p. 213 s.

¹¹⁵ POLITOFF, cit., p. 205.

¹¹⁶ LARGUIER - Conte, cit., pp. 194 s.

¹¹⁷ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles* [1997], en *El mismo: Estudios penales* (Madrid, Colex, 2001), p. 182.

¹¹⁸ Como queda de manifiesto en GÓMEZ BENÍTEZ, cit., p. 184, donde a propósito del

se podría hablar de una apropiación indebida encubierta cuando los actos de administración conducen sin más al traspaso gratuito —o exageradamente favorable— y definitivo de la cosa desde su dueño al administrador o a personas vinculadas a éste. Ahora bien, si incluso esto último es discutible, se advierte cuán dudosa puede llegar a ser la aplicación del tipo a hipótesis menos extremas.

De todo lo anterior se desprende que el tipo de apropiación indebida, si bien puede recibir aplicación en un número relativamente significativo de casos, presenta limitaciones estructurales que le impiden cumplir a cabalidad las funciones de un genuino tipo de administración desleal.

4. Aplicabilidad de ciertos delitos funcionarios

Si se acepta que ciertas hipótesis de administración desleal son subsumibles en el tipo de apropiación indebida, no debería haber dificultades para aceptar lo mismo respecto de los distintos tipos de malversación de caudales públicos contenidos en la legislación vigente. Más bien al contrario, las dudas sobre la legitimidad de la relevancia jurídico-penal de la no devolución de dinero entregado como género en este contexto aparecen en buena medida resueltas con el recurso a la infracción de deberes funcionarios, co-fundante del injusto en estas figuras. Adicionalmente, la consagración de una hipótesis de malversación imprudente (art. 234 CP.), así como de la figura de aplicación (arbitraria) pública diferente (art. 236 CP.) amplían significativamente las posibilidades de capturar por esta vía disposiciones abusivas de caudales o efectos públicos¹¹⁹ cuya custodia ha sido confiada en razón del cargo.

Con todo, las limitaciones de los mencionados tipos penales para hacer frente al problema general de la administración desleal son igualmente evidentes, pues exhiben muchos de los límites ya mencionados a propósito del delito de apropiación indebida, como es que la conducta deba recaer sobre cosas corporales y muebles¹²⁰.

Estos inconvenientes pueden ser eludidos aparentemente por la regulación

tratamiento de las comisiones pagadas a sociedades relacionadas con el administrador, pero por contraprestaciones independientes de las tareas propias de éste, comisiones que serían en principio atípicas o, en caso de exceso, constitutivas de administración desleal en esa medida, se lee: "En algunos casos, sin embargo, la gran desproporción del exceso pagado podría evidenciar una indiciaria apropiación indebida, por constatarse un *dolo de apropiación*, debido a la palmaria carencia de fundamento del importe de la comisión" (énfasis agregado).

¹¹⁹ Así como caudales o efectos "*de particulares en depósito, consignación o secuestro*" (art. 233 CP.) y "*fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia*" (art. 238 CP.).

¹²⁰ Cfr. por todos LABATUT - ZENTENO, cit., p. 79, con lo cual el dinero giral y los inmuebles estatales no pueden ser objeto idóneo del delito. Al respecto cabe mencionar que el Código español de 1995 se hace cargo especialmente de la aplicación indebida de inmuebles estatales a fines privados en su art. 434, que reza: "*La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad estatal, autonómica o local u Organismos dependientes de alguna de ellas, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años*".

del llamado "*fraude al Estado*" o "*fraude al Fisco*" del art. 239 CP., que sanciona al "*empleado público que en las operaciones en que interviniere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las Municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo*". En efecto, cualesquiera que sean los alcances precisos que se le asignen a esta figura, todo indica que se trata de un delito contra el patrimonio estatal en su conjunto, cuya conducta típica consecuentemente no necesita recaer sobre cosas determinadas, pudiendo incluso recaer exclusivamente en el pasivo de dicho patrimonio. Las dificultades que ofrece el art. 239 CP. no se refieren entonces a la estrechez de sus términos, sino, más bien al contrario, a la desmesurada amplitud —apenas conciliable con el principio de reserva legal— de un delito que consiste simplemente, sin mayores precisiones, en "defraudar al Estado". Ahora bien, conforme a la clasificación tradicional que de los fraudes se hace en la literatura chilena, éstos pueden verificarse a través de ajenidad o mediante abuso de confianza¹²¹, de modo que podría en principio sostenerse que la conducta del art. 239 CP. responde a una de estas tipologías.

Sin embargo, un importante sector de la doctrina nacional ha mantenido que se trata de una figura tan amplia que asume por igual tanto hipótesis de engaño como de abuso de confianza¹²², lo que ciertamente puede parecer plausible atendida la vaguedad de la formulación legal, pero importa renunciar sin más a una interpretación que precise los contornos de la figura, validando un grado de indeterminación difícilmente conciliable con el mandato de certeza en materia penal. De ahí que parezcan preferibles interpretaciones que circunscriban el tipo a alguna de las tradicionales formas defraudatorias.

En esa línea, recientemente Politoff, Matus y Ramírez han sostenido que el art. 239 CP. contiene una hipótesis especial de estafa, calificada tanto por el sujeto activo, un funcionario público, como por el sujeto pasivo, el Fisco¹²³. Esta interpretación, confirmada por alguna jurisprudencia¹²⁴, tiene la virtud indudable de limitar los alcances del tipo, pero lo hace, sin embargo, en términos tan extremos que autorizan a dudar de su plausibilidad. Porque si efectivamente se trata de un caso de estafa no puede cometer el delito el funcionario que dispone directamente sobre patrimonio estatal, sino sólo aquel funcionario que engaña a otro funcionario que actúa por el Estado y obtiene de éste la realización de una disposición perjudicial de patrimonio estatal, situación que será totalmente excepcional, pues los funcionarios públicos rara vez son contraparte del Estado más allá de su relación estatutaria o laboral, ámbito en el cual, sin embargo, no intervienen por razón de su cargo¹²⁵.

¹²¹ Véase, por todos, MERA, *Fraude civil y fraude penal*, cit., p. 87.

¹²² ETCHEBERRY, cit., IV, p. 247; MERA, *Fraude civil y fraude penal*, cit., p. 92; URREJOLA, Eduardo, *El incumplimiento de deberes funcionarios como medio idóneo para cometer fraude al Estado*, en *Revista de Derecho* (CDE.) N° 6 (2002), p. 91.

¹²³ POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, cit., p. 476.

¹²⁴ Así SCS de 30 de noviembre de 1960, en *RDJ.* 57, segunda parte, sección cuarta, p. 251; SCS de 18 de abril de 1966, *RDJ.* 63, segunda parte, sección cuarta, p. 84.

¹²⁵ Se puede oponer que, sin ser contraparte del Estado, en el proceso de decisión interno

Este último aspecto sugiere que la norma en verdad no tiene en vista situaciones en las cuales el funcionario actúa como contraparte del Estado, sino precisamente lo contrario, esto es, operaciones en las cuales le toca representar al Estado frente a terceros¹²⁶. Esta lectura parece venir confirmada por el origen histórico del precepto. En efecto, la disposición tiene su origen en el art. 323 del Código español de 1850, que era del siguiente tenor: “*El empleado público que, interviniendo por razón de su cargo en alguna comisión de suministros, contrata, ajustes o liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertare con los interesados o especuladores, o usare de cualquier otro artificio para defraudar al Estado, incurrirá en las penas de presidio correccional e inhabilitación perpetua especial*”¹²⁷.

Como se puede apreciar, el modelo español era mucho más claro a la hora de perfilar en qué consistía la conducta típica, pues si bien incluía una cláusula genérica de defraudación, al mismo tiempo se hacía cargo expresamente, a vía ejemplar, del concierto entre el funcionario encargado de la operación y los que tienen interés en la misma, que no es más que la colusión en perjuicio del Estado entre el funcionario que representa a éste y la contraparte del mismo. Ahora bien, contrariamente a lo que sostienen algunos autores, el ejemplo no parece responder a la idea del engaño propio de la estafa¹²⁸, sino que más bien a una hipótesis particularmente grave de administración desleal del patrimonio estatal. Naturalmente el funcionario puede valerse de engaño para ocultar sus des-

un funcionario puede engañar al otro que en definitiva realiza la disposición, pero se olvida que en ese caso su conocimiento es imputable al conocimiento de la organización, con lo cual se excluye el elemento “error” de la estafa; referencias sobre el punto en *Hernández*, Aproximación, p. 168. Con todo, un ámbito indiscutible de aplicación de la estafa en este contexto es el de las rendiciones de cuenta.

¹²⁶ Expresamente ETCHEBERRY, cit., IV, p. 246: “Pero siempre es necesario, para aplicar este artículo, que se trate de una negociación entre el Estado y un particular, en la cual este último deba efectuar una prestación en favor de aquél. La intervención del empleado público se traduce en la determinación o vigilancia de lo que el Estado debe recibir, o, si éste está obligado a una contraprestación, de lo que el Estado entrega a los particulares”.

¹²⁷ En lo fundamental el tipo se ha mantenido hasta nuestros días en el derecho español, ahora como art. 436 del Código de 1995: “La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años”.

¹²⁸ Entre nosotros URREJOLA, en *Revista de Derecho* (CDE) N° 6 (2002), p. 91 (93), asevera que el concierto constituiría una hipótesis de engaño, a partir de cuya supresión concluye que el legislador chileno no quiso circunscribir la aplicación del delito a los casos de engaño, conclusión que aquí se comparte, pero sin necesidad de darle semejante alcance al ejemplo del modelo español, ejemplo que más bien parece reafirmarla. Debe reconocerse que en la literatura española predomina una posición ambigua, pues en general no se sostiene que el concierto sea una forma de engaño (lo que a veces sí se sugiere de la alternativa “cualquier otro artificio para defraudar”), pero a propósito de las cuestiones concursales son varios los que ven un posible concurso con la estafa, cfr. MORALES PRATS - RODRIGUEZ PUERTA, en, QUINTERO OLIVARES (Director), cit., p. 1298; MUÑOZ CONDE, cit., p. 982; ORTIZ BERENGUER, en VIVES ANTÓN (Coordinador), cit., p. 497.

manes, pero en ese contexto el engaño opera sólo como un medio de auto-encubrimiento y no como el primer elemento típico de la estafa¹²⁹, toda vez que en ese engaño no se fundará ninguna disposición patrimonial perjudicial para el Estado. La disposición patrimonial perjudicial ya se ha verificado, y sin necesidad de engaño, por la sencilla razón que la ha realizado el propio delincuente, ejerciendo deslealmente las facultades de disposición que se le han conferido.

Que la norma no tenía por objeto reprimir al funcionario que negociaba fraudulentamente con el Estado, sino que a aquél que lo hacía por él, se expresa, por ejemplo, en el comentario de Pacheco al delito de negociaciones incompatibles, situado a continuación del fraude al Estado, en el art. 324 del Código español de 1850 (fuente de nuestro art. 240 CP): “Si es un gravísimo delito el de concertarse un empleado con un contratista para defraudar a la hacienda pública, delito y grave es también el de convertirse en contratista el empleado, de modo que trate en rigor consigo mismo. Aquí, la ley teme y presume el fraude. Y le teme y le presume con razón; porque no es de creer que ninguno descuide sus intereses, ni que haciendo contratos para ganar, deje de ganar todo lo posible, cuando es el mismo quien ha de fijar los límites a su ganancia”¹³⁰. Como se ve, para Pacheco casi por definición el funcionario en el fraude al Estado no es contratista (contraparte) del Estado, sino que más bien representa los intereses de éste frente a quienes sí son contratistas.

En la recepción del precepto en el derecho chileno se perdió, sin embargo, algo de claridad. Inicialmente se adoptó sin mayores cambios el texto español¹³¹, pero en la “Revisación” del Proyecto el comisionado Ibáñez manifestó que no creía que quedaran comprendidos todos los fraudes que merecían pensarse, poniendo como ejemplo el de los vistas o empleados de aduana que hicieran un aforo falso de las mercaderías o permitieran internarlas sin ser depositadas en aduana o de cualquier otro modo dañaran los intereses fiscales que tuvieran a su cargo¹³². Naturalmente se trata de una opinión muy discutible a la luz del texto aprobado en un principio, en particular si se considera la fórmula genérica que cerraba la descripción típica¹³³, pero lo cierto es que dio lugar a la redacción que se mantiene vigente hasta hoy, siendo de destacar, en todo caso, que el único propósito del cambio fue “llenar este vacío y hacer más comprensiva la disposición” y de ningún modo alterar el sentido de la norma. Si bien se mira, no se hizo más que suprimir el ejemplo y mantener la cláusula general, con lo cual no se ganó realmente en amplitud, aunque se perdió en precisión. Con todo, esta comprensión parece confirmada por los primeros comentaristas del Código. Es

¹²⁹ Así también ETCHEBERRY, cit., IV, p. 247.

¹³⁰ PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código Penal concordado y comentado* (reedición de la tercera edición de 1867, Madrid, Edisofer, 2000), p. 946.

¹³¹ Sesión 50, de 24 de julio de 1871, en *Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno*, Imprenta de la República de Jacinto Núñez, Santiago 1873, p. 99. Si se prescinde del sistema de penas, los cambios se limitaron a la aclaración, a indicación del comisionado Reyes, en cuanto a que la “defraudación” abarcaba también el lucro cesante.

¹³² Sesión 154, de 13 de junio de 1873, en *Actas*, cit., p. 275.

¹³³ No lo ve así, sin embargo, URREJOLA, en *Revista de Derecho* (CDE) N° 6 (2002), p. 91 (93).

lo que ocurre con Vera cuando propone como ejemplo que “en un contrato que se celebra a nombre del Estado puede cargarse un precio dado i dársele al contratista que representa al Fisco una prima por razón de preferencia o por otra causa que no deje rastros de un fraude. Sin embargo, todo esto es un delito, porque esa prima que se recibe a cualquier título que sea, es indudable que se carga al Fisco i sale de él i no del que la da”¹³⁴, en tanto que no deben confundir las expresiones de Fuensalida cuando señala que el artículo “castiga todos los demás casos de estafas que puedan cometer contra el Estado los empleados públicos en las operaciones en que intervengan por razón de sus cargos”¹³⁵, pues en el mismo contexto califica de “estafas” la malversación de caudales públicos y la apropiación indebida, demostrando así que no le da a la expresión el sentido técnico que hoy se le asigna.

Si se acepta, como aquí se propone, que el art. 239 CP. se refiere en realidad a los funcionarios que representan al Estado en operaciones en que deben intervenir por razón de su cargo, debería aceptarse también que, en rigor, se está en presencia de un tipo general de administración desleal para el ámbito de la economía pública, pues se defrauda a través de disposiciones patrimoniales contrarias al interés del Estado, interés que el agente está llamado a preservar en razón de sus deberes funcionarios. Así vistas las cosas, el sistema de la administración desleal de funcionarios en el derecho penal chileno exhibiría el siguiente cuadro: por una parte, en el art. 239 CP., un tipo genérico de administración desleal que requiere para su consumación la efectiva producción de un perjuicio patrimonial para el Estado¹³⁶, y por la otra, una figura de peligro, completamente formal y en la cual, como advertía Pacheco, el riesgo de fraude es tan elevado que simplemente se presume su relevancia penal, como es el delito de negociaciones incompatibles del art. 240 CP.¹³⁷, a lo que recientemente se ha agregado el llamado delito de tráfico de influencias en el art. 240 bis CP.¹³⁸. Por último, cuando las disposiciones importen la apropiación de caudales —con las dudas planteadas supra III, 3, d)— recibirán aplicación las hipótesis de malversación. Como se verá más adelante (infra V), este cuadro no hace más que reflejar la tensión también existente en el derecho comparado entre un modelo de cláusula general y un modelo de prohibiciones específicas.

¹³⁴ VERA, Robustiano, *Código Penal de la República de Chile* (Santiago, Imprenta de P. Cadot, 1883), p. 432 (énfasis agregado).

¹³⁵ FUENSALIDA, cit., II, p. 227 (énfasis agregado).

¹³⁶ A diferencia de lo que ocurre en el derecho español, donde siempre el perjuicio estatal ha sido sólo el objeto de un elemento subjetivo del tipo (“para defraudar”); al respecto véase por todos FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, en RODRÍGUEZ MOURULLO (Director), cit., p. 1162.

¹³⁷ Algún sector de la doctrina española ha entendido que el fraude al Estado es precisamente una hipótesis calificada —en razón de la producción de un efectivo perjuicio patrimonial— del tipo básico de negociaciones incompatibles; así, en edición anterior a la que se ha citado aquí, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial* (8ª Edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991), pp. 782 ss.

¹³⁸ Incorporado mediante el N° 5 del art. 1° de la Ley N° 19.645, de 11 de diciembre de 1999.

La interpretación del fraude del Estado como un delito de administración desleal no es, en rigor, extraña ni a nuestra literatura ni a nuestra jurisprudencia. Como se ha dicho, la postura mayoritaria, en cuanto aboga por una interpretación virtualmente ilimitada, no ha tenido dificultades para subsumir en el art. 239 CP., bajo los rótulos de “abuso de confianza” o “infracción de deberes funcionarios”, hipótesis de administración desleal del patrimonio estatal, lo que también se puede apreciar en la jurisprudencia¹³⁹. Es más, la mayor parte de las explicaciones y de los casos resueltos responden precisamente a esa tipología, en tanto que las referencias al engaño como medio defraudatorio suelen permanecer en el plano de los enunciados genéricos, sin que se logren apreciar genuinos casos de estafa¹⁴⁰.

Como sea, parece evidente que los delitos funcionarios mencionados sólo ofrecen remedio parcial para hacer frente a la administración desleal en el derecho chileno. Desde luego porque sólo tienen aplicación en el ámbito de protección del patrimonio estatal y sólo en cuanto intervengan funcionarios públicos, con lo que no pueden dar respuesta frente a los abusos de gestión en el territorio mucho más extenso de la economía privada. Adicionalmente, varios de los tipos en cuestión, específicamente los relativos a la malversación de caudales públicos, cargan, a pesar de su relativo mayor potencial de aplicación, con muchos de los límites que gravan también a la apropiación indebida. Por último, el tipo de fraude al Estado, que en principio puede ser visto como el tipo general de administración desleal del derecho chileno, al menos para el ámbito estatal, exhibe un grado tal de indeterminación, expresado por lo demás en una interpretación caracterizada por su escasa claridad, que, tanto *de lege lata* como *de lege ferenda*, no puede constituir un buen punto de partida para la construcción de un nuevo escenario sobre la materia.

IV. RESULTADO Y VALORACIÓN: AUSENCIA DE TIPIFICACIÓN SUFICIENTE COMO GRAVE DÉFICIT LEGISLATIVO

La conclusión a la que se arriba al cabo de este examen de las posibilidades de respuesta penal ante conductas de administración desleal en el derecho chileno vigente parece clara, y es que no existe tipificación suficiente al respecto. Desde luego no existe un tipo general concebido con ese fin, en tanto que otros tipos penales sólo pueden tener una aplicación parcial. Algunos, como ocurre especialmente con la estafa, sólo son aplicables bajo circunstancias especiales que, desde la perspectiva de la administración desleal son del todo accidentales. Otros, como los de insolvencia punible, pueden ser repensados desde la perspectiva de la administración desleal en los casos en que existe separación entre la administración y la titularidad del patrimonio en cuestión, pero su eventual aplicación

¹³⁹ SCS de 16 de abril de 1918, en GT. (1918-I), p. 202, N° 81; SCS de 20 de marzo de 1947, en GT. (1947-I), p. 272, N° 35; SCS de 9 de noviembre de 1960, en RDJ. 58, segunda parte, sección cuarta, p. 239.

¹⁴⁰ Con toda seguridad por las dificultades conceptuales de construir casos de estafa en este contexto, a las que se ha hecho referencia.

supone, amén de cuestiones procesales de difícil solución, que se arribe a una situación de insolvencia y, las más de las veces, a la declaratoria de quiebra. El tipo que mejor parece adaptarse a las exigencias de la administración desleal es, ciertamente, la apropiación indebida, pero también esta figura presenta limitaciones estructurales que, en cuanto dejan fuera de su ámbito de aplicación hipótesis de la mayor trascendencia económica, le impiden cumplir en plenitud las funciones propias de tipo general sobre el particular. Y si bien tales limitaciones parecen desaparecer en los tipos penales del ámbito funcionario, la consecuente restricción del círculo de posibles autores y objetos representa probablemente una restricción mucho mayor, todo lo cual, además, carga con severas dudas de constitucionalidad por la extraordinaria indeterminación de las respectivas redacciones legales.

Esta situación no resulta en absoluto aceptable desde el punto de vista de una equilibrada y racional protección penal del patrimonio, pues deja a éste en buena medida inerte frente a ataques que al menos merecerían el mismo reproche que otras formas lesivas que, con mayor o menor acierto técnico, sí se encuentran —y desde antiguo— tipificadas, como ocurre con el engaño (estafa) y la coacción (extorsión). No se aprecian razones para que los ataques “desde adentro” al patrimonio ajeno, esto es, precisamente cuando las posibilidades de defensa del perjudicado se ven más limitadas, queden substraídas de la acción del derecho punitivo. Más aun, en un contexto de desarrollo económico caracterizado por la formación de grandes capitales y la creciente separación entre administración y titularidad del patrimonio, particularmente —pero no sólo— a través del desarrollo societario, puede afirmarse que la importancia de los medios de la administración desleal como medios defraudatorios ha aumentado exponencialmente, al punto que su adecuada represión parezca indispensable para la configuración de una economía moderna.

Esto último, que, como se podrá comprobar más abajo (infra V), se ve contundentemente confirmado a través de una mirada al derecho comparado, no es en absoluto extraño a las valoraciones generales del derecho penal chileno, expresadas fundamentalmente en el tipo de apropiación indebida. En efecto, a través de esta figura la ley chilena asigna gran relevancia a los ataques “desde adentro” contra el patrimonio, sólo que circunscribiendo la protección a los casos de pérdida de cosas corporales muebles, limitación cuya explicación histórica sólo se puede encontrar en las características de la economía de comienzos del siglo XIX, las que en último término explican también que en muchos países europeos, entre ellos España, no se llevara a su culminación el proceso de separación entre delitos contra la propiedad y delitos contra el patrimonio.

Como se sabe, dicho en términos muy gruesos, los delitos contra la propiedad se caracterizan por proteger el especial vínculo que existe entre una cosa y el titular de un derecho de exclusión sobre ella, con independencia del efecto que la afección de ese vínculo tenga para el patrimonio considerado en su conjunto; en tanto que los delitos contra el patrimonio protegen sólo el patrimonio en su conjunto, resultando indiferentes en cuanto tales las afecciones del vínculo exis-

tente con alguna cosa en particular¹⁴¹. La separación entre ambas categorías dogmáticas ha sido un proceso largo, en el cual la introducción de un tipo de administración desleal no representa más que el cierre, cierre que viene acuciado por las necesidades de una realidad económica en la cual las cosas corporales muebles y el poder de disposición sobre las mismas manifiestamente han perdido la significación económica que tuvieron en épocas pretéritas.

Todo indica entonces que es necesaria la intervención legislativa para superar este insatisfactorio estado de cosas. Para terminar este trabajo se esbozarán sumariamente las posibilidades y desafíos técnicos que esperan a dicha intervención, antes de lo cual, sin embargo, parece de utilidad contar con una breve impresión de la situación de la administración desleal en el derecho comparado.

V. LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN EL DERECHO COMPARADO

El resultado que exhibe el derecho chileno puede parecer sorprendente, pero no lo es tanto si se tiene a la vista el desarrollo que ha tenido el tratamiento penal de la administración desleal en el derecho comparado, particularmente si se considera la tradición en la que nuestro ordenamiento se inserta.

En efecto, a diferencia de lo que ocurre en la tradición jurídica germánica, en la cual se contemplan desde antiguo tipos penales generales que han sido concebidos precisamente para el tratamiento de la administración desleal, los ordenamientos de raigambre *románica*, entre los cuales se inscribe el nuestro, han desconocido tradicionalmente un delito de estas características, lo que ha planteado dificultades de mayor o menor entidad a la hora de hacer frente a las situaciones conflictivas. La reacción habitual ha sido el intento de encuadrarlas en los tipos penales disponibles, especialmente en la apropiación indebida, lo que, sin embargo, se ha demostrado en general insuficiente e inadecuado, dando paso indefectiblemente a la introducción de nuevos tipos penales llamados a colmar satisfactoriamente el vacío resultante. Bien puede aventurarse que en el derecho chileno se encuentra pendiente esta última etapa del proceso.

Para documentar este aserto se ofrece a continuación una muy somera revisión del derecho comparado, circunscrita a los ordenamientos europeo-continentales que mayor influencia han ejercido en nuestra tradición jurídico-penal. Naturalmente no es posible ni pertinente pretender una exposición detallada del debate dogmático en cada uno de los países en cuestión, de suerte que simplemente se aspira a entregar un panorama grueso, centrado en la pregunta por la existencia de protección penal genérica frente a la administración desleal y por sus principales alcances.

1. Alemania (y otros países de tradición germánica)

El derecho alemán conoce al menos desde el siglo XIX un delito —contra el

¹⁴¹ Al respecto ZUGALDÍA ESPINAR, cit., pp. 22 ss.; entre nosotros SOTO, cit., pp. 45 ss. En particular, sobre la discusión dogmática en torno del concepto de patrimonio, HERNÁNDEZ, *Aproximación*, cit., pp. 171 ss.

patrimonio¹⁴² – de administración desleal (*Untreue*), como resultado del proceso histórico de separación entre delitos de apropiación contra la propiedad y delitos contra el patrimonio, confundidos en el antiguo derecho común. En efecto, ya el Código prusiano de 1851, que en este punto no representaba sino la unificación de antiguos derechos particulares, contenía en su § 246 el tipo penal que luego fuera simplemente adoptado como § 266 por el Código del Imperio de 1871. Posteriormente, con la reforma de 26 de mayo de 1933, se superó la casuística original del precepto y se le dio la redacción amplia que, en lo esencial, rige hasta hoy¹⁴³. El actual § 266 StGB reza, en la parte que aquí interesa: “El que abusa de la facultad que por ley, encargo de autoridad o acto jurídico le ha sido otorgada para disponer sobre patrimonio ajeno o para obligar a otro, o que infringe el deber de salvaguardar intereses patrimoniales ajenos, que en virtud de ley, encargo de la autoridad, acto jurídico o de una relación de confianza recae sobre él, y de esta forma ocasiona perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales debe cuidar, será sancionado [...]”.

Sin perjuicio de las dificultades interpretativas que el tipo puede ofrecer, y que en seguida se exponen, es al menos claro que su existencia y amplitud explican que en Alemania nunca se haya vislumbrado un posible vacío legal ni que, consecuentemente, se hubiese pretendido extender a este terreno el ámbito de aplicación de la estafa (*Betrug*, § 263 StGB) o de la apropiación indebida (*Unterschlagung*, § 246 StGB, al respecto supra III, 3, b), figuras que en general, salvo en casos muy particularmente contruidos, no son aplicables, sea por la ausencia de engaño típico, sea por la ausencia de apropiación de una cosa corporal mueble¹⁴⁴. Más aun, hasta ahora se ha entendido mayoritariamente que no es necesario contar con tipificaciones especiales para el ámbito societario, punto de vista que explica que no se hayan acogido propuestas en el sentido de construir para ese ámbito una figura de peligro que prescindiera del requisito del perjuicio patrimonial¹⁴⁵, lo que es particularmente relevante si se considera que en este caso la tentativa no es punible, así como que, más bien al contrario, desde las últimas décadas del siglo XX se haya avanzado en la supresión de las disposiciones específicas de administración desleal contenidas en la legislación especial¹⁴⁶.

¹⁴² Opinión virtualmente unánime, por todos SCHÜNEMANN, *LK.*, § 266 Rdn. 28.

¹⁴³ Sobre la historia del tipo penal, con detalle, SCHÜNEMANN, *LK.*, § 266 *Entstehungsgeschichte* (p. 3 ss.).

¹⁴⁴ Cabe mencionar que la pena de la administración desleal (pena privativa de libertad de hasta cinco años o multa, y en casos especialmente graves de seis meses a diez años) es la misma que la de la estafa y superior a la de la apropiación indebida (pena privativa de libertad de hasta tres años o multa, en casos de cosas confiadas de hasta cinco años o multa).

¹⁴⁵ Así, por ejemplo, el § 183 del Proyecto Alternativo sobre delitos económicos: *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. BT, Straftaten gegen die Wirtschaft* (Tübingen, J.C.B. Mohr [Paul Siebeck], 1977), § 183, pp. 62 ss.

¹⁴⁶ Muchas de ellas desaparecieron mediante la Segunda Ley contra la Criminalidad Económica de 1986 (2. WiKG), aunque algunas lo habían hecho antes, como fue el caso del importante tipo de administración desleal de sociedades de responsabilidad limitada, del antiguo § 81 GmbHG, suprimido por la Primera Ley de Reforma Penal de 1969 (1. StrRG);

A la hora de interpretar el tipo penal nadie discute que el § 266 StGB contiene dos alternativas típicas, por una parte el llamado tipo de abuso (*Mißbrauchstatbestand*), consistente en abusar de una facultad de disponer sobre patrimonio ajeno o de obligar a otro, y por otra el tipo de infidelidad (*Treubruchstatbestand*), consistente en la infracción de un deber de salvaguarda de patrimonio ajeno. Lo que sí ha sido objeto de ardua discusión es si ambas hipótesis exigen por igual un determinado vínculo entre el agente y la víctima, o si ésta es una exigencia que sólo rige para el –más amplio– tipo de infidelidad. Esta segunda interpretación prevaleció en doctrina y jurisprudencia hasta 1972, año en el cual, sin embargo, el Tribunal Supremo Federal, mediante su sentencia BGHSt. 24, 386 (caso de la “tarjeta de cheque”), declaró que la frase relativa “a aquél cuyos intereses patrimoniales debe cuidar”, que hasta entonces sólo había sido tematizada respecto de la hipótesis de infidelidad, regía para ambas hipótesis, de suerte que ambas exigían un especial deber de cuidado respecto del patrimonio de la víctima, con lo cual, consecuentemente, el tipo de abuso se restringe considerablemente¹⁴⁷. Esta “teoría monista estricta” constituye hoy la opinión claramente dominante en el derecho alemán¹⁴⁸, lo que, con todo, no significa que no siga siendo objeto de fuertes críticas¹⁴⁹. Naturalmente no corresponde en este contexto tomar partido en una disputa propia del derecho alemán. Interesante para este trabajo es, sin embargo, destacar que al golpe de timón jurisprudencial subyace el claro propósito de restringir unitariamente el alcance de una formulación legal que, por una parte, se considera poco conciliable con el principio de determinación en materia penal¹⁵⁰, a la vez que, por la otra, amenaza con abarcar casos que no merecerían reacción penal¹⁵¹, cuestiones que parecen cruzar cualquier esfuerzo por formular un tipo de administración desleal.

Desde la perspectiva monista dominante, la diferencia entre ambas hipótesis típicas, que se encuentran en una relación de género a especie, estaría dada por las características peculiares de la conducta en el tipo de abuso, consistente en la celebración contraria a deber y perjudicial de actos jurídicos con efecto vinculante

sobre este último, críticamente, TIEDEMANN, Klaus, *Kommentar zum GmbH-Strafrecht* (3. Aufl.), Sonderausgabe aus SCHOLZ, *Kommentar zum GmbH-Gesetz* (8. Aufl., Köln, Dr. Otto Schmidt, 1995), Vor §§ 82 ff. Rdn. 11. Un panorama general de estos tipos especiales se encuentra todavía en HÜBNER, Heinz, *Leipziger Kommentar. Strafgesetzbuch* (10. Aufl., Berlin - New York, Walter de Gruyter, 1978-1989), § 266 Rdn. 116. Actualmente sólo se mantiene en vigencia el § 34 DepotG.

¹⁴⁷ Un resumen de la sentencia puede verse también en TIEDEMANN, Klaus, *Fälle und Entscheidungen zum Strafrecht - BT* (3. Aufl., Frankfurt a.M., Metzner, 1983), pp. 143 ss.

¹⁴⁸ Cfr. SCHÜNEMANN, *LK.*, § 266 Rdn. 9; LENCKNER, Theodor - PERRON, Walter, en SCHÖNKE - SCHRODER, § 266 Rdn. 2; KINDHÄUSER-LPK, § 266 Rdn. 7 ss.; LACKNER - KÜHL, § 266 Rdn. 4; ARZT - WEBER, cit., § 22 Rdn. 68; WESSELS - HILLENKAMP, cit., Rdn. 749 s.

¹⁴⁹ Por todos SCHÜNEMANN, *LK.*, § 266 Rdn. 11 ss.

¹⁵⁰ Si bien debe reconocerse que las dudas sobre la constitucionalidad del precepto siempre han corrido exclusivamente por cuenta del tipo de infidelidad, cfr. SCHÜNEMANN, *LK.*, § 266 Rdn. 29 ss.

¹⁵¹ Kindhäuser-LPK, § 266 Rdn. 34 ss.; WESSELS - HILLENKAMP, cit., Rdn. 750.

para el patrimonio de la víctima; en los restantes casos sólo puede tener aplicación el tipo genérico de infidelidad¹⁵². Para ambas hipótesis rige, en cuanto tipo fundado en una infracción de deber, que el tipo puede realizarse tanto mediante una acción como a través de una omisión¹⁵³.

Un panorama relativamente similar se encuentra en otros ordenamientos jurídicos de raigambre germánica, caracterizados también por la presencia de un tipo genérico de administración desleal¹⁵⁴. En el caso del derecho austriaco se trata del § 153 öStGB, del siguiente tenor: "El que conscientemente abusa de la facultad que por ley, encargo de autoridad o acto jurídico le ha sido otorgada para disponer sobre patrimonio ajeno o para obligar a otro y de esta forma le ocasiona al otro un perjuicio patrimonial, será castigado [...]".

Como se desprende del propio tenor de la ley, en el derecho austriaco sólo tiene cabida el tipo de abuso¹⁵⁵, en tanto que la exigencia de actuar conscientemente implica exigencia de dolo directo¹⁵⁶.

Para el derecho suizo rige el art. 158 del Código Penal de 1937 (*ungetreue Geschäftsbesorgung - gestion déloyale*), en lo pertinente del siguiente tenor¹⁵⁷: "1. El que por ley, encargo de autoridad o acto jurídico está encargado de administrar el patrimonio de otro o de vigilar tal administración patrimonial y con infracción de sus deberes perjudica o permite que el otro sea perjudicado en el patrimonio, será castigado [...]./ El que actúa como administrador sin mandato será castigado con igual pena./ Si el autor actúa con el propósito de enriquecerse o de enriquecer a otro ilícitamente, la pena puede ser de [...]./ 2. El que con el propósito de enriquecerse o de enriquecer a otro ilícitamente abusa de la facultad que por ley, encargo de autoridad o acto jurídico le ha sido otorgada para representar a alguien, y de esta forma perjudica al representado en el patrimonio será castigado [...]"

Aparentemente el precepto se hace cargo tanto del tipo de infidelidad (Nº 1), respecto del cual el ánimo de lucro, irrelevante tanto para el derecho alemán como para el austriaco, tiene un efecto potencialmente agravatorio, como del tipo de abuso (Nº 2), que exige inequívocamente el mencionado ánimo.

2. Francia

Como arriba se anunció, los ordenamientos penales de tradición románica han desconocido tradicionalmente un delito equivalente a la *Untreue* del dere-

¹⁵² Así, por todos, ARZT - WEBER, cit., § 22 Rdn. 79.

¹⁵³ ARZT - WEBER, cit., § 22 Rdn. 41 s.

¹⁵⁴ Noticias al respecto en SCHÜNEMANN, LK., § 266 Rdn. 191 s.; BACIGALUPO, Enrique, *La problemática de la administración desleal en el derecho penal español*, en: AA. VV., *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en Honor del Profesor Klaus Tiedemann* (Madrid, BOE, 1995), p. 389.

¹⁵⁵ Fabrizy, § 153 Rdn. 1.

¹⁵⁶ De segundo grado, conforme a la regulación del § 5 öStGB, cfr. FABRIZY, § 5 Rdn. 6, § 153 Rdn. 7.

¹⁵⁷ Tanto en Schünemann como en Bacigalupo las referencias son todavía al antiguo art. 159 CP, con otra redacción. El texto que se reproduce corresponde al actualmente vigente art. 158 CP, en vigor desde el 1 de enero de 1995.

cho alemán, de ahí que se ha planteado con especial fuerza la pregunta sobre la posibilidad de hacer frente adecuadamente a la administración desleal con los tipos penales ya disponibles o si, por el contrario, es necesaria la intervención del legislador. Ante esta pregunta los distintos ordenamientos han demostrado una distinta capacidad de adaptación. La mayor capacidad en este sentido parece haberla demostrado el derecho francés.

En efecto, el *Code* de 1810 —lo mismo que el nuevo Código de 1992— no contemplaba un delito de administración desleal, no obstante lo cual, cuando a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX se sucedieron en Francia numerosos escándalos financieros en los que la administración desleal jugaba un rol importante, los tribunales franceses no dudaron en castigar las conductas en cuestión a título de abuso de confianza, esto es, por el equivalente de nuestra apropiación indebida. En general tal solución puede fundarse de modo relativamente satisfactorio atendiendo a las peculiaridades que el tipo exhibe en el derecho francés, pues, como ya se ha dicho (supra III, 3, b), éste no se construye a partir de la apropiación, sino literalmente del abuso de confianza expresado en una concreta disposición sobre bienes que pueden ser también incorporales, de suerte que en alguna medida también permite castigar la infracción de deberes de administración, acercándose así nitidamente a los tipos de administración desleal de la tradición germánica.

Con todo, rápidamente el legislador francés se vio obligado a intervenir para superar las dificultades que en muchos casos, pese a la amplitud del delito de abuso de confianza, ofrecía la subsunción de las conductas conflictivas en dicho tipo penal, especialmente a la hora de apreciar la distracción típica (*détournement*)¹⁵⁸. En efecto, ya en las primeras décadas del siglo XX se crean delitos específicos de administración desleal para el ámbito de las sociedades comerciales¹⁵⁹, disposiciones que ahora han sido reunidas en el nuevo Código de Comercio de 2000, cuyo Libro Segundo, Título IV contiene lo que podría calificarse como el derecho penal societario francés.

Para los fines de este trabajo importa destacar dos tipos penales fundamentales: el abuso de bienes o crédito de la sociedad y el abuso de poder o de voto. Ahora bien, en vez de concebir unos tipos generales comunes a todas las formas societarias, el legislador francés ha preferido formular para cada una de ellas tipos penales específicos, si bien con redacciones esencialmente equivalentes, de modo que para los efectos de esta exposición se optará por reproducir a modo ejemplar las prescripciones referidas a una determinada forma societaria, específicamente a las sociedades anónimas¹⁶⁰. En este contexto, el tipo de abuso de bienes o crédito de la sociedad (art. L. 242-6, 3º CCom) reprime al "presidente, los administradores o los directores generales de una sociedad anónima que de

¹⁵⁸ LARGUIER - CONTE, cit., p. 190.

¹⁵⁹ Se puede mencionar en este sentido el Decreto-Ley de 8 de agosto de 1935.

¹⁶⁰ Véanse, además, entre otros, los arts. L. 241-3, 4º y 5º (sociedades de responsabilidad limitada), L. 243-1 (sociedades en comandita por acciones), L. 244-1 (sociedades por acciones simplificadas).

mala fe usen los bienes o el crédito de la sociedad de modo conscientemente contrario al interés de la sociedad, con fines personales o para favorecer a otra sociedad o empresa en la que están interesados directa o indirectamente”, en tanto que por el tipo de abuso de poder o de voto (art. L. 242-6, 4° CCom), se sanciona “al presidente, los administradores o los directores generales de una sociedad anónima que de mala fe usen los poderes o votos de que disponen en virtud de esta cualidad de modo conscientemente contrario al interés social, con fines personales o para favorecer a otra sociedad o empresa en la que están interesados directa o indirectamente”¹⁶¹.

Estas disposiciones extienden la noción clásica de abuso de confianza, facilitando y expandiendo su aplicación, por ejemplo, a la disposición sobre inmuebles o a la asunción de deudas, conductas inequívocamente al margen de la aplicación del art. 314-1 CP.¹⁶², lo que, aunado a que contemplan penas mayores para los responsables¹⁶³, conduce a que desde su introducción el tipo general del Código Penal se aplique exclusivamente a hipótesis de administración desleal fuera del ámbito de las sociedades comerciales.

Adicionalmente, el derecho penal societario francés contiene una serie de prohibiciones formales específicas, que en alguna medida constituyen verdaderas presunciones de abuso, aunque no puede decirse que sean tipos de peligro respecto de los tipos abusivos, pues estos últimos tampoco exigen perjuicio. Por lo demás, como ya se dijo, el “perjuicio” a que se refiere el abuso de confianza abarca también el moral y el simplemente eventual.

3. Italia

El derecho italiano muestra una evolución particular. Hasta el año 2002 no existió en Italia ningún tipo penal general de administración desleal. Desde antiguo existen, sin embargo, los llamados “delitos societarios”¹⁶⁴, hoy en el Código Civil, contexto en el cual tradicionalmente se incriminaron determinadas conductas indebidas de los administradores de sociedades comerciales, con el propósito, entre otros, de proteger el patrimonio social. En ausencia de una tipificación genérica, estas disposiciones cumplían, en alguna medida, las funciones propias de un delito de administración desleal. Así, por ejemplo, el antiguo art. 2631 CC, bajo la rúbrica “conflicto de intereses” castigaba al “administrador que, teniendo en una operación determinada por cuenta propia o de terceros un interés en conflicto con el de la sociedad, no se abstiene de participar

¹⁶¹ Sobre la interpretación de estos tipos LARGUIER - CONTE, cit., pp. 346 ss.

¹⁶² LARGUIER - CONTE, cit., p. 346.

¹⁶³ Mientras que el tipo base de abuso de confianza del art. 314-1 CP se sanciona con pena de tres años de encierro y multa, las figuras del art. 242-6 CCom se sancionan con cinco años de encierro y multa. Se ha entendido en forma pacífica que en caso de concurrencia deben aplicarse estas últimas figuras, precisamente por su mayor penalidad, cfr. LARGUIER - CONTE, cit., pp. 195 s.

¹⁶⁴ Con origen en el Decreto-Ley 1459 de 30 de octubre de 1930, normativa que desde la promulgación del Código Civil en 1942 forma parte de dicho cuerpo legal, en su Libro Quinto, Título XI.

en la deliberación del consejo o del comité ejecutivo relativa a dicha operación”, en tanto que el antiguo art. 2624 CC, referido a “préstamos y garantías de la sociedad”, castigaba a “los administradores, directores generales, síndicos y liquidadores que contraigan préstamos bajo cualquier forma, sea directamente, sea por interpuesta persona, con la sociedad que administran o con una sociedad que ésta controla o por la que es controlada, o que se hace prestar por una de dichas sociedades garantía para deudas propias”¹⁶⁵.

Como se puede ver, lo propio del derecho italiano en esta materia era un sistema de prohibiciones específicas, método que tiene el indudable mérito de la precisión, pero carga con todos los problemas de una técnica casuística. En algunos casos se verificaba una expansión de la punibilidad, pues se castigaban conductas que no necesariamente encerraban peligro de perjuicio para la sociedad, en tanto que en otros se producían vacíos significativos de sanción, en la medida en que los administradores desleales podían defraudar por vías distintas a las tipificadas. Baste imaginar la situación del gestor de la sociedad que, directamente y en solitario, sin necesidad de deliberación del consejo o del comité ejecutivo, es decir, sin que concurrieran los requisitos del art. 2631 CC, realizara operaciones contrarias al interés social.

Ante los concretos vacíos de punibilidad se planteó la posibilidad de colmarlos a través de los tipos clásicos del Código Penal. Mientras que el delito de estafa del art. 640 CP. (*truffa*) ni siquiera estuvo en discusión, con seguridad por la evidencia de su inaplicabilidad, la posible aplicación de la figura de apropiación indebida provocó, en cambio, una discusión mayor. En principio la situación era y es clara en el sentido de no ser posible en general la subsunción de las conductas en cuestión en el art. 646 CP. (al respecto supra III, 3, b), pues, como certeramente ya hace más de cuarenta años había apuntado Pedrazzi, el administrador desleal por regla general no se apropia las cosas administradas, sino sólo las administra en su calidad de tal, “no se comporta como propietario respecto de los bienes sociales, más aun reconoce y respeta el dominio de la sociedad”¹⁶⁶. Esta misma opinión es compartida por la doctrina mayoritaria¹⁶⁷ y, en princi-

¹⁶⁵ Sobre los delitos societarios con anterioridad a la reforma de 2002, con detalle, ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari* (11ª edizione a cura di Luigi Conti, Giuffrè, Milano 1999), I, pp. 113 ss.; NAPOLEONI, Valerio, *I reati societari*, II: *Infedeltà ed abusi di potere* (Milano, Giuffrè, 1992), *passim*.

¹⁶⁶ PEDRAZZI, Cesare, *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, en Riv. dir. pen. (1953), pp. 529 (548 s.).

¹⁶⁷ Cfr. ALESSANDRI, A., *I reati societari: prospettive di rafforzamento e di reformulazione della tutela penale*, en Riv. it. dir. proc. pen. (1992), p. 506; FÜCK, G. M., *Dal pubblico servizio all'impresa banca: ritorno al futuro*, en Riv. soc. (1987), pp. 307 ss.; FOFANI, Luigi, *L'infedeltà patrimoniale: verso una nuova fattispecie penale?* en Riv. trim. dir. pen. ec., (1995), p. 464; una actitud más abierta en PROSDOCIMI, S., *Esercizio del credito e responsabilità penali*, en Riv. it. dir. proc. pen. (1988), pp. 996 ss.; también MILITELLO, V., *Gli abusi nel patrimonio di società controllate e le relazioni fra appropriazione e distrazione*, en Riv. it. dir. proc. pen. (1991), pp. 275 ss. Véase también FIANDACA - MUSCO, cit. pp. 105 s., con referencias bibliográficas, quienes proponen una interpretación reconocidamente extensiva de la apropiación indebida en términos que abarque algunos casos de “distracción” (figura prevista hasta 1990 para la

pio, por la jurisprudencia, si bien con excepciones¹⁶⁸. Pero aunque hubiesen ganado más terreno los partidarios de una interpretación extensiva del art. 646 CP., con seguridad no era ésa la respuesta más adecuada para hacer frente a la administración desleal en sede penal, lo que probablemente explica la demanda histórica de la doctrina italiana por una intervención legislativa que superara –al menos para el ámbito societario– este insatisfactorio estado de cosas¹⁶⁹.

Esto ha ocurrido finalmente el año 2002, en el contexto de una profunda reestructuración general de los delitos societarios en el Código Civil italiano. La reforma, fuertemente criticada por las condiciones políticas de su génesis y por su orientación para muchos injustificada y hasta sospechosamente descriminalizadora¹⁷⁰, ha tenido, sin embargo, el mérito indiscutido de reemplazar las antiguas prescripciones casuísticas en materia de gestión de la sociedad por un nuevo tipo genérico de administración desleal (*infedeltà patrimoniale*) en el art. 2634 CC, que sanciona a los “administradores, los directores generales y los liquidadores que, teniendo un interés en conflicto con los de la sociedad, con el fin de procurarse, para sí o para otro, un beneficio injusto u otra ventaja, cumplan o concurran a deliberar actos de disposición de los bienes sociales, ocasionando intencionalmente un perjuicio patrimonial”¹⁷¹. La pena es de seis meses a tres años de reclusión, superior en su mínimo a la de la apropiación indebida (reclusión de hasta tres años), si bien esta última figura considera una pena copulativa de multa.

malversación de caudales públicos, entendida como simple uso indebido de los caudales, cfr. supra III, 3, a), aunque restringida a las formas expresivas de ánimo de señor y dueño, esto es, en último término, a hipótesis de administración desleal.

¹⁶⁸ Es significativo, por ejemplo, el tratamiento de las irregularidades en la administración de bancos, ámbito en el cual la jurisprudencia italiana ha mostrado desde siempre una tendencia a reprimir aun a falta de ley. Es así como en el pasado, ante la imposibilidad conceptual de sancionar la administración desleal a título de apropiación indebida, lo ha hecho a título de malversación de caudales públicos (“peculato”, art. 314 CP.), tipo penal que, hasta la reforma de 26 de abril de 1990, contenía expresamente también la hipótesis de *distracción*, que en Italia se entendía como simple uso indebido de bienes encargados (cfr. supra III, 3, a). Para ello, la jurisprudencia empleaba la ficción consistente en que los administradores de bancos –en cuanto la Banca es una función pública– eran *funcionarios públicos*, interpretación muy criticada, por responder exclusivamente a un voluntarismo reñido con la ley. Con todo, aunque abandonada, la tesis es indicativa de una cierta tendencia.

¹⁶⁹ Entre otros puede contarse la propuesta de la “Comisión Pagliaro”, que, en el marco del Código Penal, en un nuevo título sobre “Delitos contra la economía”, específicamente en el capítulo sobre “Delitos contra la economía empresarial” introducía un art. 112 CP., cuyo inciso segundo sancionaba a los que “con abuso de poder o violación de un deber inherente a las funciones ejercidas en la empresa le ocasione un perjuicio patrimonial con el fin de procurarse a sí o a un tercero un beneficio injusto”.

¹⁷⁰ FOFFANI, Luigi, *Crónica de una muerte anunciada: la reforma de los delitos societarios en Italia* (trad. Pifarré de Moner), en *Revista Penal* N° 15 (2005), pp. 57 ss.

¹⁷¹ El inciso final del artículo dispone: “En todo caso, no es injusto el beneficio de la sociedad coligada o del grupo en compensación de ventajas conseguidas o fundadamente previsibles derivadas de la ligazón o de la pertenencia al grupo”. Crítico al respecto, FOFFANI, en *Revista Penal* N° 15 (2005), p. 57 (60).

Cabe destacar que el legislador italiano ha optado por establecer un delito de resultado que exige la producción de un perjuicio patrimonial para la sociedad. En ese sentido no es del todo intrascendente la supresión de las antiguas hipótesis típicas, las que, no obstante su estrechez, en cuanto estaban construidas como delitos de peligro, al menos teóricamente podían aplicarse aun cuando no alcanzara a verificarse un perjuicio. Desde otra perspectiva, llama la atención la exigencia de ánimo de lucro, irrelevante en otros ordenamientos jurídicos, y la circunscripción de la conducta a la “disposición de los bienes sociales”, que sugiere que sólo se ha consagrado un tipo de abuso, a la vez que siembra incertidumbre sobre la tipicidad de disposiciones patrimoniales sobre el pasivo de la sociedad, sin contar con las perplejidades que produce la exigencia subjetiva adicional de “intencionalidad” en la producción del perjuicio¹⁷².

4. España

Hasta 1995 el derecho español no conoció una figura de administración desleal equiparable al § 266 StGB, de modo que los casos que se presentaban en la práctica, los que empezaron a hacerse frecuentes principalmente en el contexto de la administración de sociedades, debieron ser abordados con los tipos penales tradicionales disponibles, fundamentalmente la estafa y la apropiación indebida.

Sin embargo, una condena a título de estafa fracasó siempre por las mismas razones que se señalaron para el derecho chileno (supra III, 1)¹⁷³, esto es, porque en la administración desleal no existe engaño, y aunque lo hubiera, su autor sería el mismo que en definitiva realiza la disposición patrimonial perjudicial. Para sólo citar una de entre muchas sentencias del Tribunal Supremo español conviene transcribir en lo pertinente una relativamente reciente, la que en pocas palabras resume en forma contundente la jurisprudencia española: “En líneas generales, los supuestos de administraciones fraudulentas no pueden integrar los tipos de estafa, porque no hay engaño en los términos de tal infracción delictiva, o porque en todo caso el que engaña en sentido de desleal, es el mismo que realiza la disposición patrimonial dentro de sus facultades de administración”¹⁷⁴.

¹⁷² Sobre esto último, críticamente, FOFFANI, *Revista Penal* N° 15 (2005), p. 57 (59 s.).

¹⁷³ La regulación penal de la estafa en España es equivalente a la chilena. Nuestro art. 468 es copia prácticamente idéntica del art. 439 del Código de 1848, cuya redacción se mantuvo sin alteraciones dignas de nota hasta la entrada en vigencia de la Ley Orgánica 8 - 1983, de 25 de junio de 1983, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, mediante la cual se modificó la redacción del tipo, a la sazón en el art. 528 CP., sustituyendo la formulación decimonónica por una definición más precisa de la infracción (sobre la evolución legislativa VALLE MUÑOZ, José Manuel, *El delito de estafa* (Barcelona, Bosch, 1987), pp. 107 ss.), la que, en todo caso, coincide plenamente –al igual que en Chile– con el concepto que desde antes dominaba en jurisprudencia y doctrina (cfr. VALLE MUÑOZ, *El delito de estafa*, cit., pp. 120 s.). Esa redacción se conserva en lo esencial en el art. 248 CP. 1995, cuyo inciso primero reza: “Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”.

¹⁷⁴ STS de 29 de enero de 1991; véanse también STS de 28 de diciembre de 1987, STS de 9 de mayo de 1990, STS de 9 de abril de 1993, STS de 15 de enero de 1994.

Esta conclusión es unánimemente compartida por la literatura penal española, si bien es cierto que, por su carácter de cuestión poco menos que evidente, se encuentran pocas confirmaciones expresas de ella¹⁷⁵.

En lo que al delito de apropiación indebida respecta (al respecto supra III, 3, b), en un primer momento los tribunales españoles tendieron a resolver que las hipótesis de administración desleal por regla general no pueden subsumirse en dicho tipo penal¹⁷⁶. Una consideración que pesó significativamente en dicha jurisprudencia fue que los actos de administración indebida afectan el patrimonio en su conjunto y no —como requiere la apropiación indebida— bienes específicos¹⁷⁷, si bien la razón decisiva radicaría en la ausencia de apropiación que caracteriza a la mayoría de los casos, toda vez que, en general, el administrador desleal no necesita acudir al burdo expediente de la apropiación para obtener sus objetivos. Como certeramente ha sostenido Nieto Martín, cuando el administrador tiene facultades de disposición sobre las cosas administradas “la utilización contraria al deber de su facultad de disponer o de obligar no es un acto de apropiación a los efectos del artículo 535 [CP. 1973], pues el administrador actúa legítima, aunque abusivamente en el marco de los poderes que le ha conferido el propietario. No se comporta ilícitamente como un pseudo-propietario, puesto que el propietario del patrimonio le ha otorgado este status [...]”. Median-

¹⁷⁵ Véase en todo caso MUÑOZ CONDE, cit., p. 517; BACIGALUPO, en *Jornadas-Tiedemann*, cit., p. 387; NIETO MARTÍN, Adán, *El delito de administración fraudulenta* (Barcelona, Praxis, 1996), pp. 237 s.

¹⁷⁶ Algunos fallos aislados forzaban los términos del tipo para fundar una condena en casos en los que la impunidad a que conducía la exasperante inactividad del legislador resultaba intolerable, si bien debe recalarse que dichas sentencias, miradas con detenimiento, recaen sobre situaciones concretas en las que, en efecto, los límites entre la administración y la apropiación son extremadamente difusos. Así, por ejemplo, se suele citar la STS de 23 de junio de 1973, que se hace cargo del administrador y accionista único de un banco al que se le imputa, entre otras conductas, haber tomado dinero de la caja del banco con el fin de atender a gastos personales, lo que ocultaba dejando en el lugar del dinero simples vales en hojas de papel común; posteriormente, ante la inminencia de una inspección, habría cambiado los vales por letras de cambio, vencidas en meses anteriores, giradas a nombre del procesado y de sociedades que le pertenecían. Como se ve, se trata de conductas que bien pueden ser consideradas constitutivas de apropiación, sobre todo porque los actos jurídicos que en ejercicio de la administración habrían dado legitimidad a sus disposiciones, conducen más bien sólo a ocultar a *posteriori* actos previos de apropiación. Con todo, no obstante la relativa comprensión que tales circunstancias podían motivar, en general esos fallos eran objeto de dura crítica, por cuanto constituían ejemplo de una interpretación extensiva rayana en la analogía, cfr. por todos NIETO MARTÍN, cit., pp. 218 ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El derecho penal bancario en España*, en *Actualidad Penal* (1994), marg. 901 (907); en alguna medida también, en edición anterior a la aquí citada, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial* (11ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996), p. 466.

¹⁷⁷ Así la citada STS: “[los supuestos de administraciones fraudulentas no pueden integrar tampoco el tipo] de apropiación indebida, ya que no implican apropiación de dinero, o cosas muebles entregadas por un título que obligue a entregar o devolver, sino perjuicios que afectan al patrimonio en general, y no la propiedad de cosas determinadas”; véase también MUÑOZ CONDE (11ª edición), cit., p. 466 y BACIGALUPO, en *Jornadas-Tiedemann*, cit., p. 387.

te la utilización abusiva de estos poderes el autor puede lesionar el patrimonio ajeno y procurarse un beneficio patrimonial ilícito sin recurrir a un acto tan burdo como el de apropiación. No necesita lesionar el derecho de propiedad, protegido por el delito de apropiación indebida, para procurarse unos resultados económicos similares a los que obtendría si se apropiase del bien. Dicho de un modo más gráfico: no necesita tomar el dinero de la caja fuerte de la sociedad, sino que más ‘elegantemente’ puede encubrir esta operación concediéndose un préstamo sin intereses y sin apenas garantías”¹⁷⁸.

En esto coincidía en forma prácticamente unánime la doctrina española hasta bien entrados los años noventa¹⁷⁹, época en que se podía constatar un significativo consenso en torno tanto al vacío legal que en la materia exhibía el derecho español, como a la valoración crítica del mismo y a la consecuente necesidad de colmarlo por la vía legislativa. Precisamente a esa necesidad debía responder, con sus aciertos y defectos, el nuevo tipo de *administración desleal de sociedades* introducido como art. 295 del nuevo Código de 1995, del siguiente tenor: “Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente avaluable a sus socios, depositarios, cuentaparticipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido”.

Casi coincidiendo, sin embargo, con la introducción del flamante art. 295 CP, el Tribunal Supremo español inicia el año 1994 un giro en su jurisprudencia sobre la apropiación indebida, consistente, como se dijo, en entender bajo la hipótesis de distracción un delito contra el patrimonio caracterizado precisamente por la administración desleal de dinero ajeno (al respecto supra III, 3, b), interpretación que ha generado gran incertidumbre en el tratamiento tanto de la apropiación indebida como de la administración desleal. Esta última aseveración merece, sin embargo, una explicación especial, pues en la medida en que dicha interpretación respete los específicos presupuestos que impone el tenor del art. 252 CP y, de ese modo, se circunscriba su aplicación a hipótesis bien determinadas —y limitadas— de administración desleal, que, como aquí se ha mantenido, en buena medida coinciden con la noción de insolvencia punible¹⁸⁰,

¹⁷⁸ NIETO MARTÍN, cit., pp. 217 s.

¹⁷⁹ Véase VIVES ANTÓN, en EL MISMO (Coordinador), cit., p. 952; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios*, en *ADPCP* (1984), p. 683; TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Delitos societarios. El derecho penal de las sociedades mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE*. (Madrid, Akal, 1987), p. 45; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *El delito societario de administración fraudulenta*, en *Estudios Penales y Criminológicos* 17 (1994), pp. 314 ss.; SILVA SÁNCHEZ, en *Actualidad Penal* (1994), marg. 901; FARALDO CABANA, Patricia, *Los delitos societarios* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1996), p. 531 ss.; BAJO FERNÁNDEZ - PÉREZ MANZANO - SUÁREZ GONZÁLEZ, cit., p. 405; véase también MUÑOZ CONDE (11ª edición), cit., p. 467.

¹⁸⁰ Con lo cual sólo tiene un efecto correctivo sobre una opinión dominante incoherente,

no debería haber motivo para fustigar esta jurisprudencia desde la perspectiva de la posible ampliación del ámbito de aplicación de la apropiación indebida. Esto parece verse confirmado cuando se revisan los casos concretos sobre los cuales ha recaído la línea jurisprudencial, casos en los cuales, más allá de lo muy discutible que pueda ser la decisión, la calificación a título de apropiación indebida aun desde perspectivas más tradicionales hubiese resultado al menos plausible. En efecto, en algunos casos el acusado no devuelve el dinero u objetos debidos¹⁸¹, en tanto que, en otros, existe la sospecha de una posible "apropiación encubierta" en los términos arriba discutidos (supra III, 3, d)¹⁸². Es indudable que la subsunción de estos supuestos en el art. 252 CP. es muy discutible, aun cuando se adopte la tesis de la distracción como administración desleal en los términos aquí defendidos, pero no parece que sea esta última tesis la que genere una incertidumbre que, en rigor, desde siempre ha gravado al tipo de apropiación indebida. Tampoco parece mayormente problemática la delimitación con la administración desleal del art. 295 CP., la que está dada por los referidos límites del art. 252 CP., dentro de los cuales se aplica la figura de distracción, en tanto que más allá se encuentra el ámbito de la administración desleal general, que es precisamente el ámbito a cuyo tratamiento, al menos parcialmente, estaría llamado el nuevo art. 295 CP.

En consecuencia, la incertidumbre no la producen tanto los fallos del Tribunal Supremo como una cierta interpretación de los mismos que pretende negar sin más la laguna histórica que en materia de administración desleal exhibe el derecho español y erigir *de facto* al delito de apropiación indebida en el principal delito que al respecto contiene el Código de ese país, desplazando abiertamente al nuevo tipo del art. 295 CP. Ha ocurrido, en efecto, que a partir de la consideración de la distracción de dinero como una forma particular de gestión fraudulenta, con presupuestos y alcances más bien limitados, algunos autores han pasado a ver en ella una fórmula genérica de administración desleal para el derecho peninsular¹⁸³, fórmula que aparentemente tendría alcances tan amplios que no

como punto de partida para una interpretación de la apropiación indebida de dinero conciliable con la letra de ley y con el derecho privado, a la vez que inmune a la prisión por deudas, lo que en sí merece más reconocimiento que crítica.

¹⁸¹ En STS de 14 de marzo de 1994 (ponente: Bacigalupo) el acusado recibe varios automóviles para vender, lo que hace sin reintegrar el precio obtenido, en tanto que en STS de 4 de junio de 2004 (ponente: Granados Pérez), recibe un adelanto por los trabajos de remodelación de un departamento, los que sólo realiza parcialmente sin devolver el dinero sobrante.

¹⁸² Es lo que ocurre en STS de 26 de febrero de 1998 (ponente: Jiménez Villarejo), donde el acusado ordena el pago de una factura por 600 millones de pesetas a una sociedad extranjera, de la cual no existen mayores antecedentes, sin que conste el fundamento del pago.

¹⁸³ No puede ser más categórico BACIGALUPO, en EL MISMO (Director), cit., p. 213, cuando sostiene: "(l)a única diferencia que existe entre la administración desleal societaria por disposición fraudulenta de los bienes del art. 295 del Cód. Penal y la general prevista en el art. 252 del Cód. Penal está, por lo tanto, en el objeto de la distracción: en el delito societario (art. 295, Cód. Penal) se trata de bienes; en el general del art. 252 del Cód. Penal, de dinero" (énfasis en el original). Cómo se excluye el dinero del concepto de bienes —idea ya adelantada en la p. 207: "es el propio texto del art. 295 del Cód. Penal el que no incluye expresamente el

iría a la zaga de los tipos de administración desleal de otros ordenamientos jurídicos con tradición en la materia¹⁸⁴. Sin embargo, no parece plausible sostener que en el modesto verbo "distracer" se encierra todo el potencial de un delito de administración desleal y, consecuentemente, la solución a todas las cuestiones interpretativas que en otros países giran, o bien, en torno a tipos penales de larga tradición, o bien, alrededor de tipos penales recientes, pero que son el resultado de una larga discusión al respecto. Y menos que esto hubiese estado siempre oculto en la vieja apropiación indebida y que se hubiese descubierto de un día para otro sin que el legislador de 1995 se percatara. Más bien al contrario, resulta muy indicativo de la proyección original de la nueva tesis jurisprudencial el que Bacigalupo, mentor indiscutido de la misma, en su importante artículo de comienzos de los años noventa sobre el estado de la administración desleal en el derecho español, haya descartado sin más trámite la posibilidad de subsumir las hipótesis conflictivas en el delito de apropiación indebida¹⁸⁵, así como que el fallo que la inaugura, la STS de 14 de marzo de 1994, de la cual el propio Bacigalupo fue ponente, tuviera el cuidado de advertir que la distracción de dinero era un tipo de gestión desleal "de alcances limitados". Todo indica que se trataba de una tesis moderada, que sólo pretendía una mejor explicación que la ofrecida por una opinión dominante caracterizada por su incoherencia, de ahí que sorprendan sus desmedidas pretensiones de hoy.

Es muy probable que este estado de cosas guarde relación con las deficiencias que se le atribuyen al nuevo art. 295 CP. Especialmente, no obstante tratarse del ámbito en el cual la necesidad de un tipo de administración desleal parece más acusada, también en perspectiva comparada, no ha sido bien recibido que el ámbito de aplicación del nuevo tipo se restrinja al de la administración de sociedades¹⁸⁶. Asimismo, aunque también existan respetables modelos en esa línea en el derecho comparado, podría verse una debilidad tanto en la circunscripción a un tipo de abuso¹⁸⁷, como en la exigencia de perjuicio como resultado típico¹⁸⁸.

dinero entre los objetos sobre los que puede recaer el perjuicio, ya que sólo se limita a enunciar los 'bienes, valores o capital' que administran" — y cómo, en todo caso, se funda el supuesto carácter genérico de una conducta que recae sobre un objeto inequívocamente más específico, son cuestiones que no se explican mayormente.

¹⁸⁴ Es la impresión que deja el reciente trabajo de SÁNCHEZ-VERA, en *Lib. hom. Bacigalupo*, cit., p. 1207 ss., particularmente cuando expone (p. 1218 ss.) una serie de supuestos que, de no mediar la tesis en cuestión, "serían claras lagunas de punibilidad".

¹⁸⁵ BACIGALUPO, en *Jornadas-Tiedemann*, cit., p. 387. Como se sabe, las Jornadas en honor a Tiedemann se realizaron en octubre de 1992, en tanto que la publicación en castellano data de 1995.

¹⁸⁶ Así, entre otros, VALLE MUÑOZ, en QUINTERO OLIVARES (Director), cit., p. 721; GÓMEZ BENÍTEZ, cit., p. 178; BACIGALUPO, en EL MISMO (Director), cit., p. 213; implícitamente SILVA CASTAÑO, en BACIGALUPO (Director), cit., p. 193, y SÁNCHEZ-VERA, en *Lib. hom. Bacigalupo*, cit., p. 1220 s.

¹⁸⁷ Confirma esa característica, sin valorarla, SÚÑEZ GONZÁLEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (Director), cit., pp. 847 s.

¹⁸⁸ Crítico VALLE MUÑOZ, en QUINTERO OLIVARES (Director), cit., p. 721; a favor de la misma, en cambio, GÓMEZ BENÍTEZ, cit., p. 180 s.

Respecto de esto último, sin embargo, lo que sí debería ser criticable desde cualquier punto de vista es que el perjuicio típico no sea el ocasionado a la sociedad misma, sino sólo el que sufren "sus socios, depositarios, cuenta-partícipes o titulares de los bienes, valores o capital" administrados¹⁸⁹, el que, por añadidura, debe ser "directo". Por último, no puede subestimarse la importancia de la pena asignada al delito (prisión de seis meses a cuatro años o multa como penas alternativas), la que, contrariamente a lo que ocurre en todos los ordenamientos revisados, es en principio menor que la que corresponde a la apropiación indebida (prisión de seis meses a tres años [era de hasta cuatro años hasta el 30 de septiembre de 2004] como pena única; en casos graves prisión de uno a seis años y multa).

Como sea, está por verse cómo reaccionará la jurisprudencia española frente a hipótesis de administración desleal que inequívocamente no tengan cabida en la estructura del art. 252 CP., como no sea emancipando completamente la alternativa de la distracción de los elementos que la letra de la ley parece hacer comunes a ambas variantes. Sólo entonces se sabrá si la tesis expuesta tiene los alcances que sus partidarios ahora quieren atribuirle o si sólo sirve, como en este trabajo, para una mejor explicación de alcances relativamente tradicionales.

5. Balance y conclusiones del derecho comparado

El análisis del derecho comparado permite extraer algunas conclusiones que pueden resumirse de la siguiente manera:

a) Todos los ordenamientos analizados se han preocupado de una manera u otra de hacer frente a la administración desleal, conducta que en todos ellos se considera intolerable y merecedora de sanción penal.

b) En algunos ordenamientos existen desde antiguo tipos concebidos especialmente para hacerse cargo de la administración desleal, en tanto que en otros se ha intentado hacer frente al problema a través de los tipos disponibles contra la propiedad o contra el patrimonio, con resultados dispares. Así, mientras en Francia los términos amplios de la ley y la tradición interpretativa permiten que la tradicional figura de "abuso de confianza" cumpla razonablemente con las funciones propias de un tipo de administración desleal, en otros países, como España o Italia, el recurso a la apropiación indebida no parece haber sido satisfactorio, más allá de la ardua discusión sobre los exactos alcances de este delito, lo que explicaría la introducción de sendos delitos societarios de administración desleal. En este contexto, llama la atención que incluso en el derecho francés también se haya debido reforzar la protección penal mediante tipos específicos sobre la materia en el ámbito societario.

c) A la hora de interpretar este estado de cosas se ofrece como orientación el

¹⁸⁹ VALLE MUNIZ, en QUINTERO OLIVARES (Director), cit., p. 721; SUÁREZ GONZÁLEZ, en: RODRIGUEZ MOURULLO (Director), cit., p. 847, especialmente pp. 848 s.; EL MISMO, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (Director): *Compendio de derecho penal. Parte Especial* (Madrid, Ceura, 1998), II, p. 589; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico. Parte Especial* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1999), pp. 269 ss.

proceso histórico de *diferenciación entre delitos contra la propiedad y delitos contra el patrimonio* (supra IV) o, dicho en otros términos, entre delitos de apropiación o destrucción material de cosas corporales y delitos de apropiación o daño económico sin sustrato corporal o, al menos, sin sustrato corporal definido. Este proceso, que cruza el paso del derecho común al derecho codificado en la Europa continental y que, en general, culmina ya en las primeras décadas del siglo XIX, no alcanza, sin embargo, la misma intensidad en todos los ordenamientos ni respecto de todos los delitos. Así, por ejemplo, mientras la autonomía de la estafa respecto del hurto y de las falsedades se reconoce, más allá de las dudas sobre sus alcances concretos, prácticamente en todos los países¹⁹⁰, no puede decirse lo mismo, en cambio, en relación con el entorno de la apropiación indebida, delito que históricamente no es más que un hurto sin ruptura de custodia, cuya conducta, en consecuencia, está fuertemente asociada a la apropiación de cosas corporales muebles¹⁹¹, al lado del cual debería haberse creado un complemento que permitiera ir más allá de esas fronteras. Esto es lo que ocurrió, como se ha visto, en los países de tradición germánica, pero no en los de tradición románica¹⁹². Naturalmente no puede menospreciarse la capacidad de la apropiación indebida para adaptarse a nuevas necesidades que, en tiempos caracterizados por la relativa pérdida de valor de las cosas corporales muebles y por la creciente separación entre titularidad y administración de patrimonios —especialmente estimulada por el desarrollo societario—, son más apremiantes que nunca antes. Por el contrario, el repaso del derecho francés, italiano y español atestigua el enorme potencial de adaptación de la vieja figura. Lamentablemente, sin embargo, ese repaso da cuenta al mismo tiempo de las dificultades e incertidumbres que acompañan invariablemente los esfuerzos de adaptación por parte de la jurisprudencia y de la doctrina.

d) Todo indica, en consecuencia, que la solución óptima pasa por la introducción legislativa de un tipo penal de administración desleal. En el caso del derecho chileno esta conclusión se ve reforzada por la ausencia de matices en el texto legislativo —como ocurre con el nuevo texto español— o de una tradición jurisprudencial —como la francesa— que permita una aplicación amplia de la apropiación indebida. En todo caso, esta situación no debe necesariamente valorarse en términos negativos, pues los factores cuya ausencia se constata pueden ser, al mismo tiempo, inhibidores de una mejor solución legislativa y fuente de mayor confusión hermenéutica. La introducción consciente de un tipo de administración desleal puede ser también oportunidad para una mejor delimitación de la figura de apropiación indebida¹⁹³.

¹⁹⁰ Sobre la génesis de la estafa como delito patrimonial autónomo, para el derecho español ANTÓN ONECA, José, *Las estafas y otros engaños en el Código Penal y en la Jurisprudencia*, separata de la *Nueva Enciclopedia Jurídica* Seix (Barcelona 1957), IX, pp. 2 ss.; VALLE MUNIZ, *El delito de estafa*, cit., pp. 23 ss., y especialmente pp. 104 ss.; MERA, *Fraude civil y penal*, cit., pp. 60 ss., 68 ss. Para el derecho alemán TIEDEMANN, *LK.*, § 263 Rdn. 12 ss.

¹⁹¹ Al respecto, con detalle, POLITOFF, cit., pp. 17 ss.

¹⁹² Al respecto SCHÜNEMANN, *LK.*, § 266 *Entstehungsgeschichte* (p. 3), Rdn. 195.

¹⁹³ En el mismo sentido, para el derecho español, BACIGALUPO, en EL MISMO (Director), cit., p. 213; SILVA CASTAÑO, en BACIGALUPO (Director), cit., p. 193.

e) Las alternativas técnicas para un delito de administración desleal son variadas. Puede tratarse de una figura de aplicación general, respecto de todo tipo de patrimonios, de una específica para el ámbito societario, o bien, de un modelo que combine ambas opciones. Puede concebirse como una cláusula genérica que exprese en términos relativamente amplios la idea de administración desleal, de abuso de poderes, de infracción del deber de resguardar un patrimonio, o de la incorrecta resolución de un conflicto de intereses, o bien, de un conjunto de prohibiciones formales específicas, definidas a partir de formas habituales de gestión fraudulenta. Puede concebirse como un delito de daño, que exija la producción de un perjuicio en el patrimonio administrado para su consumación, o bien, como un simple delito de peligro contra dicho patrimonio. Puede formularse como un delito de abuso de facultades formales de disposición, abuso que debe expresarse en la celebración de actos o contratos, o bien, en términos más genéricos, como un tipo de deslealtad, que se expresa en la infracción de un deber general de velar por determinados intereses patrimoniales ajenos. Puede, en fin, requerirse o no ánimo de lucro por parte del agente. A continuación y para terminar se toma posición al menos inicial respecto de estas opciones desde la perspectiva del derecho chileno.

VI. ALTERNATIVAS Y DESAFÍOS (TÉCNICOS Y DE LEGITIMACIÓN) PARA UN NUEVO TIPO PENAL

Como se acaba de ver, las alternativas técnicas para un delito de administración desleal son variadas y, consecuentemente, a su respecto caben también distintas opiniones. Con todo, las notas más adecuadas para un eventual tipo de administración desleal en el derecho chileno parecen ser las siguientes:

1°. Un tipo de administración desleal no debería limitarse al ámbito societario, sino que debería estar disponible para la protección penal de todo tipo de patrimonios. Naturalmente no puede negarse la especial importancia que, al menos por razones de volumen, tiene dicha protección respecto del patrimonio de sociedades, lo que se ve confirmado por la historia de la reacción específica contra la gestión irregular en la tradición románica, fuertemente vinculada al derecho societario. Esta importancia cuantitativa no alcanza, sin embargo, para fundar una diferencia cualitativa a la hora de definir una tipificación al respecto. También el patrimonio de personas naturales o de otras formas de personas jurídicas merece —y en igual medida al menos en su rango mínimo— una protección que el derecho vigente no está en condiciones de dispensar. Lo anterior es sin perjuicio que se pueda discutir la conveniencia de contar con tipos especiales para el ámbito societario, con alcances que vayan más allá de la protección básica común a todo patrimonio.

2°. Debería preferirse una técnica de tipificación amplia por sobre un catálogo de infracciones formales específicas. La precisión y consecuente seguridad jurídica que, indudablemente, ofrece esta última técnica no compensan el defecto fundamental de toda tipificación casuística, generadora ella misma de vacíos y posibilidades de elusión. Con todo, no puede descartarse de antemano la posible coexistencia de una cláusula genérica con algunos pocos tipos formales espe-

cíficos, lo que, sin embargo, sólo parece tener sentido si aquélla se configura como un delito de daño y éstos como delitos de peligro. Así, podría considerarse esta alternativa respecto de la regulación de determinados conflictos extremos de intereses, que importen un peligro intolerable para el patrimonio administrado.

3°. No obstante tratarse de un punto muy discutible, resulta prudente que al menos el tipo base de administración desleal se construya como un delito de daño, exigiéndose para su consumación la producción de un perjuicio en el patrimonio administrado¹⁹⁴. No parece justificado adelantar genéricamente la protección penal del patrimonio contra la administración desleal cuando no ocurre lo mismo respecto de otras formas de ataque como el engaño o la coacción, sin perjuicio que, como se ha dicho, puedan incluirse figuras específicas de peligro, especialmente fundadas. Más bien al contrario, la equivocidad que muchas veces presentan las conductas de administración desleal lleva a dudar sobre la conveniencia de extender la tipicidad a formas imperfectas de ejecución¹⁹⁵. Mientras se mantenga en Chile un sistema de castigo amplio de la tentativa y la frustración de los crímenes y simples delitos, la solución debería ser en principio la misma.

4°. En el plano subjetivo, el tipo debe requerir dolo. Dolo eventual debe bastar, especialmente en relación con la producción del perjuicio en el patrimonio administrado, sin que vagas esperanzas respecto del buen resultado de operaciones objetivamente contrarias a deber y reconocida idoneidad para perjudicar puedan excluirlo¹⁹⁶. No parece justificada, en cambio, ninguna exigencia de *ánimo de lucro*: ésta es la solución ampliamente dominante en el derecho comparado, sin que en ello se vea una incoherencia respecto de la solución inversa que prima para la estafa¹⁹⁷. Por último, no se aprecian condiciones que justifiquen la introducción de una figura culposa.

5°. Pero indudablemente el aspecto central es el de la descripción de la conducta típica. A la hora de las definiciones el modelo alemán ofrece un buen punto de partida, por cuanto se trata de la tipificación más amplia que se conoce (supra V, 1). En ese contexto, se puede decir que la alternativa es entre un tipo de abuso y uno más amplio de deslealtad. Pues bien, parece prudente, particularmente en un ordenamiento sin tradición en materia de administración desleal como es el nuestro, limitar la tipicidad, al igual como se hace en la mayoría de las legislaciones revisadas, a casos de abuso de facultades de disposición, aunque cuidando no hacer referencia a objetos específicos que eventualmente pueden

¹⁹⁴ No parece razonable, en cambio, exigir que el perjuicio se produzca en el patrimonio de los socios o de otros terceros, como se hace en el derecho español.

¹⁹⁵ Son punibles en España (art. 295 en relación con art. 15 CP.) y en Italia (art. 2634 CC en relación con art. 56 CP.); no lo son, en cambio, en Alemania (§ 266 en relación con § 23 StGB). Contrario a la punición de las formas imperfectas se muestra *Gómez Benítez*, cit., p. 185.

¹⁹⁶ Cfr. SCHÖNKE - SCHRÖDER - LENCKNER, § 266 Rdn. 49 s.

¹⁹⁷ Al respecto HERNÁNDEZ, *Aproximación*, p. 188 s. Como ahí se indica, la opinión dominante en Chile entiende, en cambio, que la estafa no exige ánimo de lucro, posición que aquí no se comparte.

conducir a una restricción indebida del tipo, como ocurre, por ejemplo, con la referencia del derecho italiano (supra V, 3) a la disposición abusiva de los "bienes" de la sociedad.

6°. Para concluir cabe mencionar que la formulación de un tipo de administración desleal para el derecho chileno debe procurar evitar dos situaciones de especial gravedad que vienen sugeridas no ya por el examen del derecho comparado, sino que por el análisis del derecho chileno vigente:

En primer lugar debe evitarse la indeterminación del tipo. Como se ha dicho a propósito del derecho alemán (supra V, 1), específicamente en relación con el tipo genérico de deslealtad que contempla ese ordenamiento, éste es un riesgo permanente que debe sortear la tipificación de la administración desleal, ejemplo de lo cual también se encuentra en el derecho chileno, en la actual tipificación del *fraude al Estado* o fraude al fisco del art. 239 CP. Los términos de este precepto, que aquí se ha interpretado como una figura de administración desleal para el ámbito público (supra III, 4), son tan amplios que en principio admiten la subsunción de prácticamente cualquier conducta que provoque perjuicio fiscal, lo que, sin embargo, al mismo tiempo impide que pueda resistir un examen serio de constitucionalidad en relación con el mandato de determinación, mientras que, por la inversa, no proporciona orientaciones útiles para la práctica. Cualquier intento legislativo sobre la materia debe tener en cuenta esta experiencia y procurar no repetirla.

En segundo lugar deben evitarse redacciones que permitan la prisión por deudas. La experiencia cotidiana de la aplicación de la apropiación indebida de dinero [supra III, 3, a) y III, 3 b)], que, en cuanto no se exigen explícitamente elementos que justifiquen un *plus* de reproche respecto del simple incumplimiento civil, hace posible en algunos casos la prisión por deudas, obliga a una redacción más cuidadosa que refuerce precisamente tales elementos. Es posible que la sola referencia al abuso de poderes de disposición baste para esos efectos, pero no se deben ahorrar esfuerzos para comprobar que efectivamente así sea.

[Recibido el 15 y aceptado el 30 de abril de 2005].