



FACULTAD DE DERECHO

“Problemas de aplicación del delito de apropiación indebida en el Derecho Chileno, en casos de Administración Desleal”

Autor: Catherine Ynciso Estrada

Profesor Guía: Luis Emilio Roja Aguirre

Santiago-Mayo del 2012

Índice

Resumen y palabras Claves.....	4
Introducción.....	5
Capítulo I Apropiación Indevida en Chile.....	6
1. Bien Jurídico Protegido.....	6
2. Elementos del Tipo.....	6
2.1.Elementos Objetivos.....	7
2.2.Elementos Subjetivos.....	10
2.3.Elementos Normativos.....	10
Capítulo II Apropiación Indevida en derecho Comparado.....	14
1. Alemania.....	14
1.1.Bien Jurídico Protegido.....	15
1.2.Elementos del Tipo.....	15
a) Elementos Objetivos.....	15
b) Elementos Subjetivos.....	16
c) Elementos Normativos.....	16
2. España.....	16
2.1.Bien Jurídico Protegido.....	17
2.2.Elementos del Tipo.....	18
a) Elementos Objetivos.....	18
b) Elementos Subjetivos.....	20
c) Elementos Normativos.....	20
3. Argentina.....	21
3.1.Bien Jurídico Protegido.....	21
3.2.Elementos del Tipo.....	22
a) Elementos Objetivos.....	22
b) Elementos Subjetivos.....	23
c) Elementos Normativos.....	23
Capítulo III Figuras similares a la Administración desleal tipificadas en el Código Penal Chileno.....	24
1. 470 n°2.....	24
1.1.Bien Jurídico Protegido.....	24
1.2.Elementos del Tipo.....	25
a) Elementos Objetivos.....	25
b) Elementos Subjetivos.....	26
c) Elementos Normativos.....	26

2. Apropriación indebida de cotizaciones previsionales.....	27
3. Ley de Mercado de Valores	27
Capítulo IV Administración Desleal en Derecho Comparado.....	28
1. Alemania.....	28
1.1. Bien Jurídico Protegido.....	29
1.2. Elementos del Tipo.....	30
a) Elementos Objetivos.....	30
b) Elementos Subjetivos.....	31
c) Elementos Normativos.....	32
2. España.....	32
2.1. Bien Jurídico Protegido.....	33
2.2. Elementos del Tipo.....	34
a) Elementos Objetivos.....	34
b) Elementos Subjetivos.....	35
c) Elementos Normativos.....	35
3. Argentina.....	36
3.1. Bien Jurídico Protegido.....	36
3.2. Elementos del Tipo.....	37
a) Elementos Objetivos.....	37
b) Elementos Subjetivos.....	38
c) Elementos Normativos.....	38
Capítulo V Jurisprudencia Chilena de Apropriación Indebida.....	39
1. Sentencia donde se detentaban los bienes bajo el titulo de administración.	39
a) Fisco de Chile con Teresa Jara Fuentes.....	39
b) Federal Insurance Company con Clemente Ceballos González; Eliana Rojo Muñoz; Claudio Tapia Rodríguez.....	40
Conclusiones.....	42
Bibliografía.....	44

Resumen

Las sentencias y las legislaciones analizadas nos permiten dar cuenta, que el tipo castigado en las sentencias y el tipificado en el art. 470 N° 1 del código penal chileno, tiene diferencias sustanciales que hacen que el tipo se distorsione y nazca uno distinto que si bien permite castigar dichas conductas -que necesitan ser castigadas- lo hacen con un tipo que no se encuentra tipificado, lo cual como indicamos en la apertura de la tesina va contra el principio de legalidad Penal.

Pues se trata de casos donde una persona confía la administración de su patrimonio a otra y ésta vulnera esa confianza previa adoptando una decisión perjudicial para el patrimonio, donde por las facultades que le son entregadas por el sujeto pasivo el sujeto activo no tiene que realizar ninguna maquinación dañando el patrimonio desde dentro. Esta figura de delito patrimonial es la administración desleal en derecho comparado, pero no es delito en Chile, pues no existe en la legislación penal una figura que castigue al administrador que perjudica el patrimonio ajeno que debía tutelar.

Palabras Claves

Apropiación Indebida-Títulos-Obligación de devolver-Deber de Cuidado-Patrimonio y Propiedad- Elementos del tipo-Administración Desleal.

Introducción

Muchas pueden ser las causas de este problema, pero el cambio en la económica es quien lo motiva, pues ya no se trata de relaciones simples donde los actores entran en contacto inmediato con bienes o dinero, es decir objetos físicos, sino que, gira entorno a relaciones indirectas con valores y activos que no se pueden palpar como antes y donde se requiere de confianza para desarrollar negocios y donde los sujetos económicos por el contrario se sienten más inseguros. Al mismo tiempo los cambios hacen que los tipos existentes estén desactualizados, este es el problema que analizaremos en adelante respecto de dos tipos penales que se relacionan con este mundo económico y que buscan regular las infracciones que se presentan en estas relaciones.

El tipo de apropiación indebida que si esta regulado en el código Penal Chileno y la Administración desleal que solo se puede encontrar en legislaciones comparadas, pero que obtiene importancia en Chile, porque sus elementos se hacen cada vez mas presentes en las sentencias de las cortes nacionales y en la discusión doctrinaria, pero al que no se le ha dado suficiente importancia como para tipificar las acciones que serian castigadas como tal en derecho Comparado, pero se castigan como apropiación indebida en Chile.

Por lo cual analizaremos estos elementos en la apropiación indebida y la administración desleal en tres países; Alemania, España y Argentina, la motivación para analizar el tipo en los dos primeros países y no en otros es la influencia de Alemania y España en la legislación Chilena, lo que nos permitirá conocer como están determinados en estas legislaciones estos elementos que en el tipo Chileno no están claramente determinados, en Argentina se busca realizar el mismo análisis, pero el motivo del estudio de esta legislación, es distinto pues se busco un país de la región con realidades sociales y económicas más próximas a Chile, para lograr un estudio más cercano.

Finalmente identificar que elementos de administración desleal están presentes en sentencias de apropiación indebida en sentencias pronunciadas por Cortes Chilena, y que en legislación comparada no son consideradas como tal, sino, que serian subsumidos en el tipo de administración desleal.

Capítulo I Apropiación Indebida en Chile

Este tipo será analizado en el presente trabajo, ya que, es quien sufre la transformación causada por la extensión de sus elementos para encajar hechos que todos consideran delito, en la dictación de sentencias pero que es imposible de castigar por las figuras penales existentes.

El tipo de Apropiación Indebida esta regulado en el artículo 470 n°1 del Código Penal, en el título de estafas y otros engaños; al igual que el primitivo tipo de administración desleal existente; y se enuncia así, “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 devolverle”¹.

Esta figura penal es en un principio un delito contra la propiedad, pero que, contiene dos modalidades típicas; modalidad de apropiación, que deriva de la frase del Código Penal “se apropiaren” y modalidad de Distracción, que se extrae de la frase “distrajere” y que llevan a la discusión de si afectarían solo la propiedad o también a su vez el patrimonio, discusión que se centra en el bien jurídico protegido y desarrollaremos en adelante.

1. Bien Jurídico Protegido

El bien jurídico protegido en el delito de apropiación Indebida ha sido motivo de discusión por parte de la doctrina nacional como internacional, las que han buscado determinar este delito, debido a la poca claridad en el tema, y la importancia esta en que, con esto se “incumple con la condición necesaria para criminalizar un comportamiento”² lo cual además de generar inseguridad Jurídica, va contra el principio de legalidad, ya que, no se tiene claro que bien jurídico es el que se protege, lo que implicaría que el tipo quedara incompleto, a mayor abundamiento, si la doctrina y la jurisprudencia no pueden determinarlo, difícil será hacerlo para los sujetos que son potenciales autores del delito.

Admitir la doble naturaleza del bien jurídico en el tipo de apropiación indebida chileno, tiene grandes consecuencias, entre ellas zanjar la discusión y aceptar que existen dos modalidades de comisión en este delito; la apropiación como tal y la distracción, asimismo preguntarse que rol juega el

¹ Código Penal.

² CUETO, Germán (2005) 442 pp.

² CUETO, Germán (2005) 157 pp.

perjuicio en estas modalidades, lo que derivaría en la incertidumbre de saber si este tipo pertenece a los delitos de mera actividad o a los de resultado, dilema que trataremos en el análisis de los elementos del tipo según corresponda.

“Lo que protegería, por lo tanto, la apropiación indebida, es la propiedad respecto de los ataques que importen el incumplimiento de entregar o devolver aquello que específicamente se recibió por el sujeto activo con el deber de restituirlo, siempre que ese sujeto se haya colocado “dolosamente” en la imposibilidad de cumplir con esa obligación, al “apropiarse” previamente de eso que estaba obligado a entregar. No se estaría, de consiguiente, ante un abuso de confianza sino ante una acción de apropiación; tampoco el tipo quedaría satisfecho con un perjuicio patrimonial en general, debe lesionarse exactamente un interés específico concreto, que indudablemente, además integra ese patrimonio”³.

2. Elementos del Tipo

2.1. Elementos Objetivos

a) Sujeto Activo: el Código Penal en su artículo 470 N°1 a pesar que use la expresión “el que”, habla de un sujeto especial, pues es requisito de existencia de la figura penal, un título y una relación contractual entre el autor y la víctima que emanen de esta, que le entregan la tenencia del bien a este sujeto, para que este cumpla con el contrato que es representado en un título reconociendo siempre la calidad de dueño del sujeto pasivo.

A diferencia del artículo 470 n° 2 del mismo cuerpo legal, el autor solo tiene un acceso material a los bienes que recibió, pues se trata de una mera tenencia y no de posesión, donde no detenta ninguna otra facultad, si no, solo la que le impone el título y sus libertades sobre el bien están limitadas por este mismo, al mismo tiempo siempre tiene la obligación de entregar o devolver el bien.

b) Sujeto pasivo: Es el titular del bien Jurídico protegido, es decir, quien tiene el derecho de propiedad sobre la cosa confiada al autor y quien entrega su bien en poder del sujeto activo, bajo un título de mera tenencia, pero esperando siempre la devolución del bien en un momento determinado.

³ SOTO, Miguel (1994) 4 pp.

c) Conducta Típica: La acción tipificada esta compuesta por dos modalidades y donde la distracción de dinero genera un discusión en la doctrina respecto a la posibilidad de apropiarse indebidamente de un bien fungible, temas que serán examinados en adelante.

- Modalidad de Apropiación.

El sujeto activo, quien bajo un título de mera tenencia, falta a la obligación de entregar que establece el título, apropiándose del bien. Aquí es necesario determinar cuando se entiende apropiado el bien, para entender cuando se tiene cumplida la conducta, en Chile Miguel Soto sigue a Zugaldía quien indica que existen dos tipos de apropiación, la apropiación a lo menos transitoria y la expropiación del bien, lo que lleva a que el propietario del bien pierda el dominio de este y el sujeto activo se atribuya al mismo tiempo este derecho.⁴y donde además es necesario determinar que títulos son los aptos para generar una apropiación indebida lo cual desarrollaremos mas adelante.

Por tanto la conducta se daría por consumada en el segundo caso, es decir cuando el sujeto activo efectivamente se atribuya las facultades del de derecho de dominio y prive de estos a la víctima, y esta no pueda usar, gozar ni disponer de su bien, y esto se dará cuando el bien le haya sido expropiado.

- Modalidad de Distracción.

En el caso de la modalidad de distracción, la doctrina mayoritaria estima, que esta no es más, que “una forma de apropiación y no un mero uso distinto de lo pactado”⁵, para Rodríguez Navarro quien es uno de los pocos autores que defiende la existencia de esta modalidad, al mismo tiempo que la define, indica que es “una desviación de destino que debía darle el perceptor a la cantidad percibida por encargo de otro”⁶.

Entonces la expresión distrajere del Código Penal Chileno, es una desviación de los fines que envuelven el título que entrega derechos sobre este objeto, por lo cual se incumpliría la obligación, al incumplir la voluntad del sujeto pasivo y desviar el curso del objeto a una finalidad distinta a la de la víctima, este sería el punto que haría confusa la distinción entre Administración desleal y Apropiación Indebida, como mencionamos

⁴ Cfr. CUETO, Germán (2005) 506-508 pp.

⁵ CUETO, Germán (2005) 442 pp.

⁶ CUETO, Germán (2005) 440 pp.

anteriormente, debido a que se confunde la exigencia de el cumplimiento de la obligación, con el deber de cuidado de la figura de administración desleal comparada.

Contrario a lo que piensa la mayoría de la doctrina que indica que la apropiación indebida comprende solo la modalidad de apropiación y que la distracción sería solo una modalidad dentro de esta modalidad, es decir habría una relación de genero- especie. Pues se entiende que “el verbo rector del delito de apropiación indebida es, única y exclusivamente la apropiación y por tanto, el verbo *distraer* debe ser reconducido a alguna forma de apropiación para mantener la unidad y coherencia en el estudio del tema⁷”

- Apropiación de bienes fungibles.

La posibilidad de que alguien se apropie indebidamente de bienes fungibles, es una de las tantas discusiones que se generan alrededor del tipo de apropiación indebida, pues el código civil establece que cuando se recibe un bien fungible bajo cualquier título, convierte a dicha persona en dueño del dicho bien, por lo que, no sería posible apropiarse de algo que ya es suyo, por tanto cuando este artículo habla de apropiación específicamente, de dinero, no se configura el tipo pues el objeto de apropiación que sería el dinero ya pertenece al sujeto activo desde el momento que lo recibo.

De ahí que por parte de la doctrina y la jurisprudencia para configurar una apropiación de dinero se exige un adicional, el requisito de que al momento que se deba cumplir con la obligación de devolver dicho dinero, el sujeto activo no lo reintegre a su dueño, configurándose en este momento la apropiación indebida de estos dineros, pues se incumple con la obligación contenida en el título bajo el que recibió dicho dinero y se configura al mismo tiempo el dolo del sujeto activo.

La otra posibilidad de configura ración de el delito de apropiación de bienes fungible, es la entrega de dicho bien fungible, en sobre cerrado y donde existe prohibición expresa de usar dichos dineros al sujeto activo y que dichas limitaciones se encuentren establecidos en el título que genero esta relación entre ambas partes y creo la obligación de devolución para el autor del delito.

⁷ CUETO, Germán (2005) 441 pp.

2.2. Elementos Subjetivos

Concorre en este delito el dolo como requisito común a ambas modalidades, es necesario que la acción de apropiarse se realice voluntariamente, teniendo en cuenta que este acto es contrario a la obligación de entregar o devolver la cosa mueble que se tiene en virtud del título que funda dicha obligación y que permitió al sujeto activo detentar el bien mueble objeto del delito.

Actuando como si se fuera dueño de la cosa, y no respetando las limitaciones que se le imponen en el título, faltando a la obligación de entregar o devolver la cosa. Tomando el sujeto activo, la posición de dueño y realizando acciones que lo hagan ver como tal, esto es lo que se conoce como "animus rem sibi habendi" que es el elemento subjetivo propio de este delito⁸.

Por tanto entenderemos en adelante que el delito de apropiación Indebida, esta compuesto por dos elementos el dolo, y además un elemento específico subjetivo que sería el animus rem sibi habendi que es "la finalidad dolosa de convertir la cosa en su provecho o en el de terceros, considerándola como propia y disponiendo de ella como dueño y no como simple tenedor."⁹

2.3. Elementos Normativo

a) La existencia de un título, el código nos indica que es necesario que dicho título genere para el autor del delito la obligación de entregar o devolver los bienes que recibió por motivo de este mismo. Ahora bien este título tiene que ser uno que entregue la tenencia del bien y no entregue ninguna facultad distinta a esta, asimismo exige que haya unidad de título lo que implica que el título en virtud del cual se reciben materialmente el o los bienes, debe ser el mismo título que fundamenta la obligación de entregar a un tercero y de devolver las cosas al dueño en donde si se llega ha fraccionar dicha relación o unidad del título, no es posible configurar el delito.

El código penal Chileno en la tipificación de la apropiación indebida menciona tres modalidades sin perjuicio que en la parte final del artículo indique que será apto para la realización de la figura penal cualquier título que genere la obligación de entregar y devolver el bien entregado, por lo que, en el presente trabajo nos limitaremos a examinar los títulos mencionados en el artículo, teniendo en cuenta siempre la advertencia mencionada sobre los títulos aptos para configurar apropiación indebida.

⁸ Cfr. POLITOFF, Sergio (1992) 232 pp.

⁹ POLITOFF, Sergio (1992) 233 pp.

- Depósito, Es un contrato real definido por el legislador en el art. 2211 del Código Civil, por el cual se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie, a pesar de estar definida en el derecho civil, es aplicada en derecho penal sin objeciones.

Y Genera para el depositante, tratándose de bienes no fungibles, la obligación de devolver la misma cosa, en especie o cuerpo cierto. Como consecuencia de lo anterior el depositante al entregar la especie o cuerpo cierto constituye al depositante en mero tenedor de la cosa, es decir, el depositario tiene la cosa en su poder reconociendo dominio ajeno. En donde la Facultades del depositario están limitadas a la de solo un mero tenedor¹⁰.

- Mandato y Comisión

El artículo 470 N° 1 del código penal habla de comisión y no de mandato, pero se encuentra asentado en la doctrina y jurisprudencia que el artículo hace referencia al mandato, el que, está definido en derecho Civil en su Código en su art. 2116, como un contrato consensual, por su naturaleza Oneroso y bilateral, mediante el cual una persona encarga la gestión de uno o mas negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

También está definido en el art. 233 del Código de Comercio define el mandato comercial como “aquél contrato por el que una persona encarga la ejecución de uno o mas negocios lícitos de comercio para administrar gratuitamente o mediante una retribución y a dar cuenta de su desempeño

Definiciones que se hacen extensivas y aplicables al Derecho Penal, el mandato puede ser general o especial, donde es General cuando no se determinan o detallan los actos por o para los cuales se confiere y especial, por su parte, es el mandato en el cual se determinan los negocios por los cuales o para los cuales se confiere.¹¹

Por lo los mandatos a su vez, tienen reglas que limitan la actuación del mandatario, y señalaremos las mas importantes;

¹⁰ CUETO, Germán (2005) 317 pp.

¹¹ Cfr. CUETO, Germán (2005) 332 pp.

- En cuanto a la responsabilidad del mandatario el artículo 2129 del Código Civil, responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo, responsabilidad que recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado;

- En cuanto a sus facultades, en el mismo cuerpo legal el artículo 2131 el mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen para obrar de otro modo. En la misma línea el artículo 2144, establece que no podrá el mandatario por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuere con aprobación expresa del mandante; el artículo;

- Y una prohibición expresa en el artículo 2149, en donde se establece que el mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución sería manifiestamente pernicioso al mandante; Y el artículo 2155, que impone al mandatario la obligación de dar cuenta de su administración, debiendo ser documentadas las partidas importantes de su cuenta si no hubiese sido relevado de esta obligación, relevación que no exonera al mandatario de los cargos que contra él justifique el mandante.

- Administración

El título de administración es complejo, pues en cede pena no esta definirlo lo cual no nos permite determinar cuales son las facultades que se pueden obtener bajo el nombre de este título, ahora bien “el cargo de administrador puede nacer por disposición de la ley, judicial o de las parte”¹².

Este podría ser uno de las indeterminaciones que permite confundir el tipo de apropiación indebida con la administración desleal de los tipos comparados, “por lo que será complejo determinar cuando la persona actúa en función de una administración, en la que se hayan concedido amplios o mínimos poderes de disposición y cuando se extralimita en sus funciones e incurre por tanto en la realización del delito de apropiación indebida”¹³.

¹² POLITOFF, Sergio (1992) 57pp.

¹³ CUETO, Germán (2005) 357 pp.

Lo cual se determinara caso a caso según el contenido del título de administración que se haya celebrado, esto según las necesidades del sujeto pasivo de entregar ciertas facultades para cumplir con sus pretensiones, pero es necesario además tener en cuenta que al final del artículo 470 N° 1 que los títulos mencionados expresamente en el tipo penal serán aquellos que general la obligación de entregar o devolver los bienes que se recibieron en virtud del título.

Por tanto al ser este un título solo de mera tenencia, no debe confundirse con la administración que entrega amplias facultades y que generan el deber de cuidado de todo un patrimonio, pues esta es la administración que genera el delito de administración desleal en Derecho comparado.

b) La tenencia de una cosa mueble en depósito, comisión o administración o por otro título que produzca obligación de devolverla, esto es esencial pues para que se pueda cometer el delito es necesario que el sujeto activo obtenga la cosa del sujeto pasivo de forma lícita, es decir que la tenga bajo un título, no es posible realizar apropiación indebida de una cosa que entro en tenencia de una forma ilícita, esto se puede graficar con el la metáfora de Groizard citada por Politoff; “así los ladrones cogen las cosas, los estafadores alargan la mano para que en ella se las pongan incautamente sus dueños, al culpable de apropiación indebida le basta con cerrar la mano”¹⁴

En la metáfora el autor obtuvo el objeto porque la víctima así lo quiso es decir esta se lo entrego voluntariamente a través de un título de mera tenencia, es decir el sujeto activo para detentar del objeto no realizo ninguna maniobra, pues es el sujeto pasivo quien lo pone en manos del activo.

c) La apropiación; la cual como adelantamos consiste en el hecho de que la víctima sea desprendida de las facultades que le otorga su derecho de dominio sobre la cosa que entrego bajo título de mera tenencia, y estos a su vez sean obtenidos por el sujeto activo.

d) El perjuicio de un tercero. En el presente trabajo entendemos que la apropiación indebida, es un delito de resultado, pues aparte de ser esta la doctrina mayoritaria tanto nacional, como en derecho comparado, según la descripción de los elementos vamos llegando a esta conclusión, pues entendemos que la apropiación temporal de la cosa, antes de que sea el momento de cumplir con la obligación de devolver, no es indebida, si no mas bien, lo seria una vez que se realice la expropiación del bien por parte del

¹⁴ POLITOFF, Sergio (1992) 57pp.

sujeto activo a la víctima, pues en este momento recién podrá verse perjudicada esta última.

Al ser de esta forma, sabemos que los delitos de resultado se dan por consumados cuando se cumple una consecuencia determinada, que en este caso sería el perjuicio, el cual se da cuando el bien le es expropiado a la víctima, cuando el autor del delito no cumple con la obligación que se le impone. Y la víctima ve afectada su propiedad perdiendo los derechos sobre el bien que detentaba autor del delito.

A mayor abundamiento los delitos de resultado tienen una restricción “cual es que el resultado, debe ser “la lesión del objeto de la acción y no cualquier consecuencia vinculado a ésta”¹⁵ y como indicamos en este delito al apropiarse el sujeto activo de las facultades del derecho de dominio de la víctima, por lo tanto se afecta el bien jurídico propiedad, que es el bien jurídico protegido en esta figura penal.

Capítulo II Apropiación Indebida en derecho Comparado

1. Alemania

De los tipos existentes reguladores de la apropiación indebida es el más amplio, pero no siempre fue así, en un principio este tipo tenía similares requisitos que el tipo chileno, pero sufrió cambios que dejaron fuera un requisito objetivo, que para el tipo en la legislación nacional es relevante, este es la tenencia del bien por parte del autor antes de la comisión del delito, lo que, extiende notoriamente el ámbito de aplicación del tipo.

Quedando el artículo 246 del código penal Alemán de la siguiente forma: “Quien se apropie antijurídicamente de una cosa mueble ajena o la adjudique a otro, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa si el hecho no está castigado con pena más grave en otras disposiciones. Si en los casos del inciso 1 la cosa ha sido encomendada al autor, entonces el castigo es pena privativa de la libertad hasta cinco años o multa. La tentativa es punible”¹⁶.

1.1. Bien Jurídico Protegido

La propiedad es el bien jurídico protegido en el delito de apropiación indebida, pues, cualquiera que se apropiare o adjudicare a otro un bien perteneciente a un tercero, se convierte en autor de este delito, con lo que se

¹⁵ CUETO, Germán (2005) 509 pp.

¹⁶ Traducción: Código Penal Alemán

afecta la propiedad que la víctima tiene sobre sus bienes muebles. Por tanto, “el bien jurídico protegido es, es en este caso, (únicamente) la propiedad”¹⁷ donde a diferencia de la doctrina nacional esto se encuentra ya establecido, y no existe discusión al respecto.

1.2. Elementos del Tipo

a) Elementos Objetivos

- i. Sujeto activo: “quien se apropie” hace referencia a cualquier sujeto que realice la conducta delictiva se convierte en autor del delito de apropiación indebida.
- ii. Sujeto pasivo: la persona que se ve disminuida en su derecho de propiedad, al ser expropiada de este por parte del sujeto activo, también ser sujeto pasivo cuando este haya encomendado el bien mueble en manos del autor, y este ultimo se lo apropiara.
- iii. Conducta Típica: la conducta tipificada en el 426 del código penal alemán, contiene una figura base de apropiación indebida y otra agravada, en el inicio del tipo que indica que: Quien se apropiare o adjudique a otro una cosa mueble ajena, antijurídicamente”, será autor del delito de apropiación indebida.

Este tipo puede ser confundido con el hurto, pues recordemos que no se exige un detentación previa del objeto del delio, si no que basta con cualquier apropiación sin ser necesaria la detentación del bien antes de la comisión del delito, de ahí que surja esa confusión, pero esto ha sido resuelto por la doctrina de la siguiente forma, indicando que “si existen los presupuesto del hurto (§ 242), este excluye la apropiación indebida.”¹⁸

Pero además en el inciso segundo del artículo 246 existe una figura agravada que consiste en que si dicho bien mueble fue además encomendado por el sujeto pasivo al autor y este se apropiare de este bien antijurídicamente será castigado por el delito de apropiación indebida pero con una pena más alta.

¹⁷ MEZGER, Edmund (1954) 185 pp.

¹⁸ MEZGER, Edmund (1954) 187 pp.

Respecto al desarrollo del delito “con arreglo al párrafo 3, la tentativa es punible (...); esto pone de voluntad de apoderamiento consumado, sino que pretende que el simple principio de ejecución se trate como una tentativa¹⁹”.

a) Elementos Subjetivos

“Puesto que se exige, para la apropiación indebida, el apoderamiento de la cosa y no simplemente de la intención de apoderamiento de la cosa no basta. La voluntad debe haber sido siempre actuada mediante una acción de apoderamiento reconocible externamente”

b) Elementos Normativos

Ajeno: que sea ajeno quiere decir que el bien objeto del delito no sea de la propiedad del sujeto activo, al mismo tiempo que es necesario que esta calidad de ajenidad del bien mueble sea conocida por el autor del delito y aun así comenta la acción típica establecida en el tipo ya citado.

La apropiación y la adjudicación antijurídica; implica que el sujeto activo se haga del bien o lo adjudique a otro, sin las solemnidades ni las normas establecidas en la ley para hacerse de un bien lícitamente, es decir que prive a la víctima de su derecho de propiedad sin un título que lo permita y este contenido en la ley.

2. España

Se encuentra recogido, en el título XIII “De los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, Capítulo VI “de la defraudaciones”, Sección 2ª, arts. Arts. 252 (...) 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 la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido” Y donde se regula también una excepción que permite rebajar la pena y consiste en que, dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable.

2.1. Bien Jurídico Protegido

A diferencia de la doctrina Nacional, en España esta mas acentuada la idea de que en esta figura penal el bien jurídico protegido del tipo de

¹⁹ MEZGER, Edmund (1959) 186 pp.

apropiación indebida es la propiedad, aunque existe también una doctrina minoritaria que dice que la propiedad sería el bien jurídico protegido solo en la modalidad de apropiación, pues en la de distracción si se acepta la distracción de dinero ya no se protegería la propiedad sino el derecho de crédito.

Pues se entiende que una vez que el sujeto pasivo entrega el dinero, al ser este un bien fungible el autor del delito solo adquiere la obligación de restituir una cantidad igual a la que recibió, pues al momento de recibir el dinero este se hace parte de su propiedad y como indicamos con anterioridad al igual que en la doctrina Chilena se considera, que al ser este de propiedad del autor del delito no es posible que se apropie de algo que es suyo.

Por lo que la doctrina Española entiende que si se considera la existencia de la apropiación de dinero como apropiación indebida habría una extensión en la protección del derecho penal, a un asunto que es meramente civil, además, que esta extensión es totalmente injustificada e irracional, por que, esto los llevaría a sancionar un incumplimiento de pago e en sede penal, y concurriría por tanto la posibilidad de que una persona llegue a la prisión por el incumplimiento en el pago de una deuda, en este sentido Bajo Fernández indica que“ nos encontramos ante una ampliación del ámbito de protección penal, puesto que se pasa a sancionar un mero incumplimiento contractual o la frustración de ciertas expectativas y limitaciones y pone en duda su compatibilidad con el delito de apropiación indebida”²⁰.

De ahí que la conclusión es que en estos casos es que el dinero como objeto de apropiación indebida solo será posible “si se lo entrega como un bien no fungible, cerrado o sellado. Entregado de esta manera el bien jurídico protegido, en estos casos continúa siendo la propiedad que sobre el mismo mantiene su titular.”²¹

2.2. Elementos del Tipo

a) Elementos Objetivos

- i. Sujeto activo, “los que”, un sujeto activo indeterminado, pues podrá ser cualquier sujeto que cometa las acciones contenidas en la conducta típica, y haya recibido en deposito, administración u otro titulo que produzca la obligación de entregarlas o devolverlas,

²⁰ BACIGALUPO, Enrique (2000) 163 pp.

²¹ BACIGALUPO, Enrique (2000) 163 pp.

efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial y no cumpla con dicha obligación establecida o quien negase haber recibido dichos bienes.

ii. Sujeto pasivo, tampoco requiere de alguna facultad especial , si no , será cualquier sujeto quien entregue voluntariamente en deposito, comisión o administración , efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial, a un tercero, imponiéndole a este la obligación de entregar o devolver dichos bienes.

iii. Conducta típica

La figura penal en estudio nos señala tres conductas apropiar distraer y negar haber recibido, como vimos anteriormente en Chile también se discute si estas modalidades implican una misma acción o si estas son distintas, con la diferencia de que en España son tres las posibles modalidades y en la legislación nacional solo apropiación y distracción.

En España “no existe acuerdo doctrinal en sostener si debe o no apreciarse una diferenciación entre las conductas “apropiación”, distracción” y “negar haber recibido”; la mayoría de la doctrina opina que la palabra *apropiarse* incluye la distracción y el negar haber recibido, ya que la apropiación supone disponer de la cosa ajena como si fuera propia, al igual que la distracción, y el negarse reconocer la percepción, que suponen una manifestación de apropiación”²².

Lo que se explica al señalar que la apropiación esta constituida por dos elementos “la usurpación de una posición similar a la del propietario, desplazando al anterior titular permanentemente de su posición, incorporando la cosa al patrimonio del autor y la apropiación, que supone la incorporación definitiva de la cosa al propio patrimonio, donde la distracción implica dar un uso a la cosa diferente a la que el autor tenia pensado”²³,

Pero, la distracción implica una apropiación, pues no se puede disponer de un bien si antes no se incorporo este a su patrimonio, entonces “no puede haber distracción sin apropiación por tanto la diferencia es puramente gramatical y no tiene trascendencia penal”²⁴.

²² BACIGALUPO, Enrique (2000), 165 pp.

²³ BACIGALUPO, Enrique (2000), 165 pp.

²⁴ BACIGALUPO, Enrique (2000), 170 pp.

De ahí que aun se discuta y se plantee que la distracción será distinta de la apropiación solo cuando se trate de dinero, y como esto no es posible pues no se puede apropiarse de algo que es suyo, este configuraría un nuevo delito el cual sería la administración desleal.²⁵ Sin embargo existe otra doctrina que considera que cada una de estas expresiones constituye una acción distinta.

a) Elementos Subjetivo

La apropiación indebida del código penal español requiere dolo, es decir el conocimiento del sujeto pasivo de que se está cometiendo el ilícito y además la voluntad de realizarlo teniendo conocimiento de que se consumara un delito “el dolo en el delito de apropiación indebida se ha entendido como el conocimiento del autor de que se está apropiando de un cosa mueble ajena (...) y en segundo lugar, que quiere hacerlo²⁶”.

Donde el sujeto activo decide privar al dueño de la cosa de su derecho de propiedad y las facultades que la componen expropiando el bien, apoderándose de estas e incorporando el bien a su patrimonio, teniendo conocimiento que el título que le permitía tener el bien en su poder le imponía desde un principio la obligación de entregarlo o devolverlos a la víctima.

Además del dolo se discute en la doctrina española si existe otro requisito subjetivo, que no se encontraría contenido en el artículo 252, este sería el ánimo de lucro, “La doctrina y la jurisprudencia, en forma mayoritaria consideran que el ánimo de lucro debe configurar el tipo subjetivo del delito de apropiación indebida junto con el dolo²⁷”.

Por su parte el Tribunal Supremo Español, “en sentencias antiguas establecía que el ánimo de lucro se presupone siempre en los delitos contra la propiedad no inspirados en la idea de odio o de venganza o en el simple propósito de destrucción, y lo definía como el elemento esencial ontológico del delito de apropiación indebida²⁸”.

El ánimo de lucro se define como la intencionalidad de apoderarse de la cosa pero aunque la doctrina y la jurisprudencia consideren que se puede exigir un requisito que no se encuentra en el tipo, esto no está justificado, sobretodo si se tiene en cuenta las exigencias legales de toda tipificación de delito, específicamente el principio de legalidad, por lo que “no es

²⁵ BACIGALUPO, Enrique (2000) 170 pp.

²⁶ BACIGALUPO, Enrique (2000) 186 pp.

²⁷ BACIGALUPO, Enrique (2000) 191 pp.

²⁸ BACIGALUPO, Enrique (2000) 191 pp.

configuradora de la tipicidad subjetiva con una entidad diferenciada de las exigencias del dolo, lo relevante es que el sujeto manifieste objetivamente dicha intencionalidad²⁹”

Por lo tanto para configurar el delito de apropiación indebida solo tenemos por elemento subjetivo el dolo como la intención de apropiarse del bien, y con la exigencia de que esta apropiación se consume, y no si el sujeto activo actuaba o no con ánimo de lucro.

b) Elementos Normativos

i. En Perjuicio de otro;

Implica que la acción típica refute en el patrimonio del sujeto pasivo, es decir la usurpación de la posición de dueño del propietario, desplazando al anterior titular permanentemente de su posición, incorporando la cosa al patrimonio del autor y la apropiación, que supone la incorporación definitiva de la cosa al propio patrimonio, donde la distracción implica dar un uso a la cosa diferente a la que el autor tenía pensado. Y todo lo anterior traiga consecuencias negativas para el patrimonio de la víctima.

ii. Se apropiaren o distrajeren o negaren haberlos recibido;

La previa posesión de la cosa en el sujeto activo el presupuesto básico del delito de apropiación indebida. Ahora bien, hablar de posesión es hablar de un concepto jurídico que sale del área de la disciplina penal y que, sin embargo, por constituir el fundamental presupuesto de la noción delictiva debemos precisar con exactitud³⁰.

iii. Títulos que produzcan obligación de entregarlos o devolverlos; depósito, comisión o administración;

Al igual que el tipo de apropiación indebida regulado en la legislación chilena, se repiten los títulos que producen la obligación de entregarlos o devolverlos; depósito, comisión o administración; y que entreguen la mera tenencia sobre los bienes recibidos bajo ese título, y reconociendo el receptor de dichos bienes el dominio del sujeto pasivo sobre los mismos.

²⁹ BACIGALUPO, Enrique (2000) 191 pp.

³⁰ FERRER, Antonio (1945) 412 pp.

3. Argentina

El que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver, esta es la forma en la que se encuentra tipifica la apropiación Indebida en Argentina, pero la expresión “apropiación”, no es recomendable para el tipo argentino, pues fue suprimida en una reforma, dejando de existir en este cuerpo legal.

Por tanto la doctrina argentina considera que es mejor usar la expresión “retención indebida, porque consiste en negarse a restituir o en no restituir a su debido tiempo, con perjuicio de otro”³¹. Donde al igual que en la doctrina comparada y chilena, los bienes que confían a un tercero, teniendo siempre presente que estos serian devueltos lo cual se muestra en la calidad y las limitaciones contenidas en los títulos bajos los cuales entregan sus bienes, que siempre son de mera tenencia y no de transferencia de Dominio.

3.1. Bien Jurídico Protegido

El bien jurídico protegido en el tipo es la apropiación indebida es la propiedad, al igual que en el tipo chileno, la diferencia considerable con Chile, esta en el momento que este bien Jurídico se encuentra afectada pues se considera que depende de las circunstancias y de que bienes, muebles sean los perjudicados por la demora o por la negación ha ser restituidos, pudiendo incluso ser una expropiación temporal del bien suficiente para la consumación del delito.

3.2. Elementos del Tipo

a) Elementos Objetivos

i. Sujeto activo, un sujeto especial, pues es necesario que detente de los bienes a través de un título legítimo, que genere una relación entre las partes, con los que mantiene en su poder siempre con la obligación de entregar o devolver dicho bien y reconociendo la calidad de dueño del sujeto pasivo, además de que si los títulos establecen un plazo determinado estos bienes sean entregados en

³¹ Cfr. SOLER, Sebastián (1953), 410 pp.

ese momento, porque se considera que el “no entregar los bienes a tiempo”, también es constitutivo de delito a diferencia del tipo Chileno.

ii. Sujeto pasivo, individuo que entrega un bien mueble, a un tercero, entregando la tenencia de este bajo ciertas condiciones contenidas en un título de mera tenencia.

iii. Conducta típica, la acción típica “hace consistir la acción en el hecho de negarse a restituir o no restituyere a su debido tiempo”, es decir que, siempre que no se cumpla con la Obligación de entregar o devolver, en el plazo establecido en el título, será posible configurar el tipo, sin que tenga importancia que esta sea temporaria o que no sea culpa del sujeto activo, bastando solo con las circunstancias mencionadas, en este sentido “no existe retención si no cuando existe la obligación de entregar o devolver en aquellos casos en los cuales la cosa ha sido transferida en propiedad”³².

Aunque este tipo penal a pesar de ser tan amplio también exige perjuicio, en la misma línea, “para la existencia de este delito se requiere la concurrencia efectiva de un perjuicio”³³, pero, este requisito es muy sencillo de ser cumplido, pues basta con no cumplir con el plazo de entrega para que el sujeto pasivo se vea perjudicado.

b) Elementos Subjetivos

Pareciera ser que cuando el artículo habla de la negativa se requiere dolo directo para consumar el delito, pues se necesita la negación explícita del sujeto a cumplir con la obligación de devolver los bienes, pero, a continuación el artículo nos indica que el retraso en la devolución también es punible por el delito de “retención indebida” por tanto, incluso la culpa bastaría para consumar este delito, pues también podría castigarse el delito por negligencia de quien posee los bienes.

c) Elementos Normativos

³² SOLER, Sebastián (1953)411 pp.

³³ SOLER, Sebastián (1953)412 pp.

- Perjuicio, el perjuicio del que habla la “retención Indebida” no es uno muy exigente pues, en el delito para “perjudicar patrimonialmente a alguien no es necesario que le privemos definitivamente de su propiedad”³⁴. Si no que dependerá de las disposiciones civiles que regulan cada contrato que motivo cada relación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo. Y donde la entrega de la cosa fuera de plazo no tiene ninguna importancia para evitar la configuración del delito, si no, solo como reparación al daño causado.
- Títulos que produzcan obligación de entregar y devolver, donde los títulos óptimos para configurar el delito son los mismos que el tipo Chileno, a diferencia que las características de cada uno juegan un rol importante en este delito sobretodo, en el sentido de los plazos establecidos en estos.

Capítulo III Figuras similares a la Administración desleal tipificadas en el Código Penal Chileno

1. Administración Desleal 470 n°2

El tipo penal existente en Chile, asimilable al tipo de administración Desleal o Fraudulenta en Derecho Comparado, se encuentra definido en el título de “Estafas y otros engaños”, del Código Penal en el artículo 470 número 2, donde establece que: “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 cargo y quilla, giraren letras a cargo del naviero, enajenaren mercaderías o vituallas o tomaren provisiones pertenecientes a los pasajeros³⁵”.

Este un delito que “si bien han perdido trascendencia en la actualidad porque las actividades respectivas han variado considerablemente en sus formalidades y circunstancias, en su época fueron objeto de amplia discusión en la Comisión redactora que los vinculó como normas del código de Comercio³⁶, y que podría retomar importancia, si se definen los elementos al punto de poder identificarlos en las situaciones fácticas que en la actualidad

³⁴ SOLER, Sebastián (1953) 413 pp.

³⁵ Código Penal Chileno.

³⁶ Cfr. GARRIDO, Mario (2008) 382 a 388 pp.

están siendo subsumidos en otros tipos penales, los cuales están siendo encajados con mucha dificultad rayando el borde de la legalidad.

1.1. Bien Jurídico Protegido

El delito de Administración Desleal es un delito material o de resultado³⁷, donde el bien jurídico afectado es el patrimonio, pues el sujeto activo tiene facultades de disposición no solo sobre un bien determinado o un negocio determinado, sino sobre todo un patrimonio ajeno, bajo las circunstancias de encontrarse en una embarcación era confiado al Capitán de este buque.

Existen tres teorías que buscan definir patrimonio, una económica, otra jurídica y una mixta, en el derecho Penal se ha adoptado dentro de las teorías existentes, la posición mixta, es decir jurídico- económica, pues es la que más se adapta al sistema nacional, esto es: “la totalidad de bienes valorables en dinero de una persona”³⁸

El injusto se presenta cuando hay una infracción de deberes, en el cuidado del patrimonio ajeno, lo cual provoca un perjuicio. En el artículo 470 N° 2 el capitán de Buque quien tiene el deber de resguardar el patrimonio de su mandante, abusa de este deber y causa un perjuicio.

El bien jurídico que se protege no son los bienes en sí, sino el deber de cuidado del patrimonio que le fue entregado, para ser administrado por este. Y el cual al ser perjudicado por este mandante (capitán de buque), implica el incumplimiento del deber de cuidado que se le ha entregado al autor, donde éste se excede al “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”.³⁹

1.2. Elementos del Tipo

Los elementos del tipo se desprenden de todas las circunstancias fácticas y jurídicas para cumplir con la descripción del comportamiento prohibido que indica el artículo 470 N°2, a) Un mandante, b) Un mandatario, c) Una relación de confianza, representable en un título, que imponga la obligación de “llevar un negocio”, d) Una infracción al deber interpuesto por la

³⁷ GARRIDO, Mario (2008) 387 pp.

³⁸ ROJAS, Luis (2009) 143 pp.

³⁹ HERNÁNDEZ, Héctor (2005) 204 pp.

obligación, e) Que esa Infracción cause un Perjuicio, el cual no es esencial, pues la figura que se encuentra en el 470 N° 2 del Código Penal Chileno se entiende cumplida con la infracción del deber de cuidado.

Estos elementos se dividen en tipo objetivo y subjetivo los cuales a su vez se subdividen como mostraremos en adelante.

a) Elementos Objetivos

i. Sujeto Activo, en la literalidad es el capitán de buque, al cual la ley, o la víctima, le reconocer determinadas facultades de disposición sobre el patrimonio del sujeto pasivo.

ii. Sujeto Pasivo, es aquella persona que entregue su patrimonio a otra, concediendo con estas también facultades de disposición, a través de un título.

iii. Conducta Típica,

El artículo 470 N° 2, describe una conducta que “constituyen defraudaciones cometidas abusando el capitán de las atribuciones que le reconoce la ley y de la confianza que en el ejercicio de su función han tenido los armadores”⁴⁰. En la ejecución del delito el capitán no necesita recurrir a ninguna maquinación o ardid, como sucede en la estafa, porque las especies están en su poder y se les ha confiado para que las administre o mantenga, es la violación de los deberes que le correspondan por su condición de administrador la que da origen al delito”⁴¹.

Por tanto cualquier acción que contravenga su deber de cuidado será constitutivo de del tipo sin necesidad de ningún ardid pues en la estructura de organización empresarial, él no tiene que rendirle cuentas a nadie al momento de realizar los negocios encargados, lo cual solo hará una vez que haya terminado con sus deberes.

b) Elementos Subjetivos

El delito de administración desleal para entenderse consumado exige a lo menos “dolo eventual (...) especialmente en relación con la producción del perjuicio en el patrimonio administrado, sin que vagas esperanzas respecto

⁴⁰ GARRIDO Mario (2008) 387 pp.

⁴¹ GARRIDO Mario (2008) 388 pp.

del buen resultado de operaciones objetivamente contrarias a deber y reconocida idoneidad para perjudicar puedan excluirlo⁴². Es decir solo con la intención de faltar al deber de cuidado que impone la obligación adquirida, se cumple la figura penal del artículo 470 N° 2, no teniendo importancia la posibilidad que se represento el sujeto activo de que el deber de cuidado no sea vea afectado.

c) Elementos Normativos

Los que se encuentran presentes en el tipo analizado en este punto;

- Fuera de los casos y sin las solemnidades prevenidas por la ley, realizare cualquier acción que contravenga su deber, es decir existen situaciones en que ellos pueden realizar todas las conductas descritas en el tipo, pero solo tienen facultades para realizar estas acciones bajo esas circunstancias y toda vez que se salgan de estas se cometerá delito

2. Apropiación indebida de cotizaciones previsionales

El artículo 19 inciso final del decreto ley 3.500, tipifica la apropiación indebida de cotizaciones previsionales, la que tiene carácter de delito continuado si se realiza en forma ininterrumpida y sucesiva y se traduce en la pérdida de capitalización del dinero destinado a las cotizaciones previsionales de los trabajadores.

Propósito criminoso: la derecha y clara intención de quedarse con todas ellas de forma ininterrumpida y sucesiva. Su origen es la retención que se efectúa mes a mes al pagar el sueldo, pero mientras la relación laboral subsistiera, el designio del empleador era claramente retener para no pagar, acá la acción aparentemente múltiple delata en verdad una sola conducta dolosa dividida en tantos actos como fuera necesario para apropiarse de las cotizaciones.

Estamos aquí, entonces, ante una hipótesis de delito único, dentro de los márgenes de la figura jurisprudencial y doctrinaria denominada delito continuado para cumplir las exigencias del tipo basta con que se retengan las cotizaciones y no se enteraran, con lo que se demuestra el ánimo de apropiación.

⁴² Hernández, Héctor (2005) pp. 257

No tiene importancia que el sujeto activo reconozca la deuda, porque no se trata simplemente de una deuda, sino de dineros ajenos que él retuvo y luego dejó para sí.

Perjuicio, el perjuicio no existirá solo al tiempo de pensionarse el trabajador. El perjuicio es instantáneo, en cuanto el afiliado pierde la Ley de Previsión capitalización de su dinero por todo el tiempo que medie entre la fecha en que debió enterarse la cotización y aquel en que efectivamente se entere. Todo pago posterior sólo podrá llegar a tener la categoría de reparación del mal causado, y eso, como ya se dijo, siempre y cuando se trate de depósitos que revelen seriedad, en la que va incluida la oportunidad.

Penal al que en perjuicio del trabajador o de sus derechos habientes se apropiare o distrajere del dinero proveniente de las cotizaciones que se hubiere descontado de la remuneración del trabajador, asimilando tal figura a la apropiación indebida de dineros del artículo 470 N° 1 del Código Punitivo.

3. Ley de Mercado de Valores

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”. Como podemos ver en estructura esta figura delictual es semejante al tipo de apropiación indebida de cotizaciones previsionales y al mismo tiempo ambas normas son muy parecidas a la legislación comparada, específicamente al tipo de administración desleal, lo que podremos notar en el capítulo siguiente.

Capítulo IV Administración Desleal en Derecho Comparado

En adelante empezaremos el estudio de la figura de Administración desleal en derecho comparado, que para el presente trabajo eligió tres países, Alemania, España y Argentina, que tienen en sus códigos la regulación de esta figura, que mantienen pequeñas diferencias en la tipificación de esta figura penal, las cuales a través de su estudio nos

permitirá entender las similitudes de estos tipos con las figuras castigadas en las sentencias dictadas por parte de la cortes Chilenas bajo el tipo de Apropiación Indebida.

1. Alemania

La administración desleal en el derecho Penal alemán esta orientado a los órganos societarios y tiene una importante popularidad, “basta echar un vistazo a los procesos penales asociados a los escándalos empresariales desatados a comienzos del siglo xxi para comprobar que, en la mayoría de casos, el tipo de conducta que se reputaba delictivo giraba en torno a la administración desleal societaria”⁴³

De ahí que la figura alemana sea la que esta sirviendo de modelo en la actualidad, claro es el caso del intento español; aunque la figura de Administración Desleal en Alemania no esta claramente determinada, al igual que en Chile, por lo que ha sido punto de críticas duras, no obstante, parte de la doctrina alemana piensa que esta indeterminación puede resultar al mismo tiempo beneficiosa, sobretodo en el ámbito de la praxis. Se critica el tipo de administración desleal pues “es amplio o subdeterminado, tanto en su faz objetiva como en su faz subjetiva (...) parte de la doctrina sostiene que no cumple con las exigencias de determinación legal”⁴⁴.

El tipo expone de la siguiente forma, “el que abusa de la facultad de disponer sobre patrimonio ajeno o de obligar a otro, que se le ha conferido mediante ley, encargo de autoridad o acto jurídico, o que infringe el deber de cuidar intereses patrimoniales ajenos, que se le ha impuesto en virtud de ley, encargo de autoridad, acto jurídico o una relación de confianza, y con ello inflinge un perjuicio a la persona, cuyos intereses patrimoniales él debe tutelar”⁴⁵

El tipo de Administración Desleal alemán abarca dos modalidades; la modalidad de abuso de confianza y la de incumplimiento del deber de cuidado, donde “la ampliación de la concepción del quiebre de confianza mediante la aplicación del deber de tutela patrimonial al tipo de abuso vuelve la disposición de este tipo en su totalidad inconstitucional”⁴⁶, ya que, iría en contra al principio de legalidad.

Pero como mencionamos en el principio de este punto, esta indeterminación no es solo criticada, autores como Sier consideran que es “imprescindible en la práctica para el combate de la criminalidad económica,

⁴³ GÓMEZ, Carlos. JARA, Díez (2008) 11 pp.

⁴⁴ ROJAS, Luis (2009) 139 pp.

⁴⁵ Traducción: Código Penal Alemán art. 266

⁴⁶ ROJAS, Luis (2009) 139 pp.

justamente por su flexibilidad y por ser abierto”⁴⁷, pues los tipos existentes para la protección del patrimonio no son suficientes, teniendo en cuenta la realidad en la que se desarrolla la economía, donde un tipo penal estricto no podría abarcar todas las realidades en la comisión de delitos, donde es mas sencillo subsumir mas casos en un tipo penal mas amplio.

Pero lo anterior conlleva riesgos, como es el de crear inseguridad Jurídica, pues “vuelven difusos el sentido y estructura de este tipo penal”⁴⁸. Esta es la discusión constante en la doctrina Alemana respecto a la estructura de este delito. Y es una discusión muy parecida a la que se esta abriendo en la realidad económica Chilena, debido a los cambios que se van presentando en la economía, y que hacen vigente esta discusión.

1.1. Bien Jurídico Protegido

El bien jurídico protegido por la figura alemana, es el patrimonio, pero solo en un principio, pues se discute la posibilidad, de que el tipo penal igualmente “protegería un segundo bien jurídico la *confianza*, lo cual no es posible desprender del tenor literal del 266 de “el deber de tutelar” pues este deber no supone necesariamente una relación fáctica de confianza”⁴⁹.

La confianza como bien jurídico del delito de administración desleal provendría del deber de tutela que es impuesto, pero este deber de tutela no lleva inmerso en si una confianza fáctica, pues la confianza no puede ser considerada como el bien jurídico protegido por el delito de Administración desleal, y tampoco como un bien jurídico merecedor de protección penal, pues no esta dotada de contenido económico, y seria además poco probable poder lograr una evaluación de la confianza, alómenos en sede Penal.

Por tanto el quiebre de confianza no es mas que el “modo de ataque al bien jurídico protegido, por lo cual la relación de confianza no seria según el autor un segundo bien jurídico protegido, si no que el artículo 266 protege exclusivamente al patrimonio, y donde la lealtad, solo hace sentido cuando implica una relación particular con el patrimonio”⁵⁰, es decir cuando el estado del patrimonio depende de dicha lealtad. Entonces, “el fin de la administración desleal es la protección del patrimonio contra aquella modalidad de ataque que se dirige contra sus objetos y que consiste en una conducta que infringe el deber de lealtad”⁵¹.

⁴⁷ ROJAS, Luis (2009) 139 pp.

⁴⁸ ROJAS, Luis (2009) 139 pp.

⁴⁹ Cfr. ROJAS, Luis (2009) 139 pp.

⁵⁰ Cfr. ROJAS, Luis (2009) 139 pp.

⁵¹ ROJAS, Luis (2009) 140 pp.

1.2. Elementos del Tipo

Analizaremos los elementos del tipo de Administración Desleal, señalando, las diferencias entre la modalidad de abuso e infracción que indica el tipo alemán, y nombrando las exigencias que se requieren para la aplicación de este tipo en la jurisdicción alemana, utilizando la misma estructura de análisis utilizada para los tipos Chilenos.

a) Elementos Objetivos

i. Sujeto Activo. Al ser un delito especial y propio, el sujeto es especial, para ambas modalidades, pues la figura Penal, nos indica quien será sujeto activo, y quien asume dentro de una sociedad la facultad de disponer sobre patrimonio ajeno o de obligar a otro, según el artículo regulador de la materia sería todo sujeto a quien se le ha concedido facultades sobre el patrimonio de la víctima, mediante ley, encargo de autoridad o acto jurídico, a quien se le ha impuesto en virtud de ley, encargo de autoridad, acto jurídico o una relación de confianza, la facultad de disponer sobre patrimonio ajeno, y el deber de cuidar intereses patrimoniales ajenos.

ii. Sujeto Pasivo. Persona natural o jurídica, que haya entregado su facultad de disponer y el cuidado de su patrimonio, a un tercero, a través de ley, encargo de autoridad, acto jurídico o una relación de confianza, tampoco surge diferenciación alguna respecto a cada modalidad, pues para ambas el sujeto pasivo es el mismo.

iii. Conducta Típica. Aquí, hay que diferenciar, pues son dos las conductas contenidas y las interpretaciones de cuidar y tutelar existe discusión en el tipo de Administración desleal del Código Penal Alemán:

- Modalidad de abuso de la facultad de disponer sobre patrimonio ajeno, en perjuicio de la persona, cuyos intereses patrimoniales él debe tutelar, donde la conducta de dicha modalidad consiste en contrariar la obligación entregada por la víctima, pues si bien se tiene la facultad de disponer no se hace bajo las condiciones establecidas por la circunstancia que motiva la obligación.

- Modalidad de quiebre de confianza en perjuicio a la persona, cuyos intereses patrimoniales él debe tutelar, que es equivalente a la infidelidad del

sujeto activo al deber cuidar y/o tutelar el patrimonio que le fue entregado, es decir el autor teniendo conocimiento de sus obligaciones no las cumple, y con ello crea perjuicio para el sujeto pasivo.

b) Elementos Subjetivos

El tipo de administración desleal alemán según el contenido del artículo 266 de su Código Penal nacional, exige dolo eventual, el que se presenta “Cuando las consecuencias inherentes al actuar no aparecen, en una consideración ex ante, como necesarias, sino sólo como meramente posibles”⁵², pues el tipo en ambas modalidades infracción y abuso, implican que el sujeto activo tenga conocimiento de sus facultades para poder sobrepasarlos y las limitaciones de estas para infringirlas, esto quiere decir que al momento de realizar los actos que configuran el tipo, debieron haberse representado dicha posibilidad y aun así la hayan realizado voluntariamente, lo cual bastaría para castigar a través de este tipo.

Pero la demostración del dolo eventual ha sido dificultosa desde su instauración, de ahí que “estas altas exigencias son puestas por la jurisprudencia en casos, donde mas bien existen dudas en la verificación del tipo objetivo de administración desleal”⁵³,

c) Elementos Normativos

El que abusa de la facultad de disponer sobre patrimonio ajeno o de obligar a otro, que se le ha conferido mediante ley, encargo de autoridad o acto jurídico, o que infringe el deber de cuidar intereses patrimoniales ajenos, que se le ha impuesto en virtud de ley, encargo de autoridad, acto jurídico o una relación de confianza, y con ello inflige un perjuicio a la persona, cuyos intereses patrimoniales él debe tutelar”⁵⁴

2. España

El delito de administración desleal se encuentra regulado en artículo 295 del título XIII, capítulo XIII que lleva el nombre “de los delitos societarios” del Código Penal español y su creación “obedece a una necesidad real: la de dar una respuesta a una serie de prácticas ilícitas que contienen la suficiente

⁵² POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean, RAMÍREZ, María (2003) 276 pp.

⁵³ ROJAS, Luis (2009) 170 pp.

⁵⁴ Traducción: Código Penal Alemán art. 266

entidad para no bastar la respuesta de las demás ramas del ordenamiento jurídico”⁵⁵ , pero que es necesario penar debido a su aumento y a el daño que pueda causar su atipicidad a las sociedades, “pero cuya punición era antes imposible, porque al tratarse de gravísimas infidelidades del administrador pero sin engaño previo al administrad y sin apropiarse tampoco de bienes, sus elementos no están incluidos en la estafa, ni en la administración desleal”⁵⁶.

De ahí que se hace imperiosa la creación de una figura que tipifique dichas acciones y de lo que resulta el artículo 295 que indica que, “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 evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes 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”.

Este delito ha sido motivo de discusión y críticas, pues este es de exclusiva aplicación a las sociedades, y la doctrina no entiende, ni encuentra justificación a esta diferenciación, sobretodo teniendo en cuenta que este tipo contiene una penalidad mas baja a la que le correspondería a otro administrador no social, que estaría regulado en el 252 del mismo cuerpo legal con una pena mas alta, como apropiación indebida.⁵⁷

2.1. Bien Jurídico Protegido

Esta figura tiene como bien jurídico protegido, al patrimonio ya sea el social, como el de cada uno de los socios, pero la doctrina sostiene que además del patrimonio, hay otro bien jurídico y este es “el correcto funcionamiento de las sociedades, del sistema societario, la fiabilidad de las sociedades, del sistema societario para la comunidad, como bien jurídico colectivo o supraindividual,”⁵⁸ pues la realidad mercantil así lo requería , debido a la importancia que implica el funcionamiento correcto del sistema societario pues estas van en aumento y sus relaciones escapan cada vez mas del ámbito económico y esto hace que cada vez sea mas difícil ejercer control sobre ellas.

⁵⁵ LUZÓN, Diego (2010) 5 pp.

⁵⁶ LUZÓN, Diego (2010) 5 pp.

⁵⁷ Cfr. BACIGALUPO, Enrique (2000) 200-203 pp.

⁵⁸ LUZÓN, Diego (2010), Pág.8

De ahí que es necesario tener en cuenta que ambos bienes jurídicos van de la mano, porque no se castiga sin más el menoscabo del patrimonio individual, sino el de muchas personas (socios y otros terceros) junto con el patrimonio social, pues la relaciones de las sociedades son muchas y alguien tiene que responder por todas estas y generar la confianza necesaria para que estas funcionen y se desarrollen dentro del sistema económico.

Pues el administrador de una sociedad al igual que cualquier otro administrador adquiere el deber de cuidado que le impone el título que le entrega las facultades de las que goza, ya que al ser este un administrador societario además tiene un deber especial “de lealtad en la gestión de la sociedad y de los intereses patrimoniales de ésta y de los socios de modo que no se les causen daños indebidos, produciendo como efecto secundario el consiguiente perjuicio para terceros, empleados y acreedores(...) dentro del tráfico jurídico es la base de la confianza de la comunidad den el correcto funcionamiento del sistema societario”.⁵⁹

Por tanto el bien jurídico protegido en el caso sería el patrimonio, tanto individual como el de la sociedad, como adelantamos en un principio, agregando que la protección del patrimonio de todos los sujetos pasivos que menciona el tipo hace posible también proteger un bien jurídico especial el cual fuera el funcionamiento correcto del sistema societario.

2.2.Elementos del Tipo

a) Elementos Objetivos

i. Sujeto activo: el artículo claramente indica que el sujeto activo no puede ser nadie mas de los que este nombre, y estos son los *administradores de hecho o de derecho o los socios*, por lo cual podría decirse que estamos ante un tipo especial propio, pero la doctrina española estima que estamos mas bien ante un tipo especial propio y no impropio al mismo tiempo, “porque no hay ningún delito común paralelo en el CP con el que mantenga la administración desleal una relación de especialidad, ni siquiera la apropiación indebida”⁶⁰.

Definiremos en adelante cada uno de los sujetos activos que señala el artículo 295 del código penal español.

- Administrador de derecho: es quien ejerce individual o colegiadamente (...) la función de administrar reuniendo todos los requisitos y formalidades

⁵⁹ LUZÓN, Diego (2010) 8 pp.

⁶⁰ LUZÓN, Diego (2010) 8 pp.

legales en cuanto su nombramiento, inscripción, duración de su cargo, etc.

- Administrador de hecho, para el que tomaremos la interpretación más amplia pues la mayoritaria en la doctrina, donde el administrador es todo el que fácticamente, incluso sin nombramiento expreso, desempeña *con continuidad* las funciones de administrador de esa sociedad.

- Socio, los que son parte de la sociedad en calidad de socio y además estén simultáneamente desempeñando con continuidad aunque sea de modo compartido con otros administradores, funciones de administrador de derecho o al menos de hecho, que quien tiene deberes de gestionar con lealtad, y es por tanto cargo societario en el que se sanciona en el 295 a los socios en pie de igualdad con los administradores⁶¹.

ii. Sujeto pasivo. quien fuera el titular del bien jurídico afectado, que en el caso al ser un delito que afecta al mismo tiempo un delito individual tanto de la sociedad , como el de cada uno de los socios y uno supraindividual como es la la comunidad o colectividad como titular del legítimo interés comunitario en la fiabilidad del correcto funcionamiento de las sociedades y del sistema societario, “hay por ello *al menos un doble sujeto pasivo, colectivo y personal(...)* presupuesto indispensable del buen funcionamiento del sistema económico; y la persona (jurídica) o personas (físicas) titular o titulares del patrimonio(s) afectado(s)”⁶².

iii. Conducta, es una figura mixta pues contiene dos modalidades y cualquiera de ellas basta por si sola para consumir el tipo, estas son disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraer obligaciones a cargo de ésta.

b) Elementos Subjetivos

Cuando el sujeto activo quien conoce sus obligaciones y las facultades del cargo que detenta, abusa de estas voluntariamente, para realizar una disposición fraudulenta dan cuenta que en “la parte subjetiva del tipo, en primer lugar se requiere dolo, por tanto conocimiento y voluntad de realizar todos los elementos objetivos del tipo”⁶³.

Asimismo “cabe el dolo eventual que es compatible con la actuación

⁶¹ LUZÓN, Diego (2010) 8 pp.

⁶² LUZÓN, Diego (2010) 8 pp.

⁶³ LUZÓN, Diego (2010) 8 pp.

fraudulenta en la disposición de bienes, y (...) con la actuación en beneficio propio o ajeno”⁶⁴, como el que se daría en el caso que el administrador A quien tiene conocimiento de que cierto bien que es parte de la sociedad es necesario para el desarrollo de un negocio familiar, y decide venderlo en una subasta a un precio que esta al limite del precio establecido en el mercado y pone esta oferta en conocimiento de sus familiares, quienes concurren finalmente y compran dicho bien.

c) Elementos Normativos

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 evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes 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”.

3. Argentina

En Argentina el tipo de administración desleal toma el nombre de Administración Fraudulenta y se encuentra normalizada en el artículo 173, inciso 7, del Código Penal, en el capítulo de delitos contra la propiedad, bajo el título dedicado a las estafas y otras defraudaciones y dice “el que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para si o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos”.

3.1. Bien Jurídico Protegido

El Bien jurídico protegido es la propiedad, pero se discute que se entiende por tal, es decir, si se habla de la propiedad en sentido civil, constitucional o penal, la doctrina considera que al ser un tipo especial requiere de una definición de la misma entidad, “La “propiedad” protegida penalmente es más extensa –aunque, por cierto, lo comprende- que el derecho real de dominio,

⁶⁴ LUZÓN, Diego (2010) 8 pp.

en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona. Pero ella es menos abarcadora que la noción de propiedad como derecho constitucionalmente garantizado”⁶⁵.

Y este bien se entenderá afectado toda vez que , violando sus deberes el sujeto activo perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos, entonces no se configura el delito por cualquier modificación al derecho, si no, solo cuando se logre perjudicar los intereses que la víctima confió.

La administración desleal no es un delito económico, sino un delito patrimonial. El fin de la norma penal es la protección del *patrimonio*. El patrimonio es un bien jurídico individual. En el caso de las sociedades, es la persona jurídica la titular del patrimonio. La función de la norma penal es la protección del patrimonio de la sociedad frente a actos de la administración e incluso de los propios socios.⁶⁶

3.2. Elementos del Tipo

Ambas modalidades tienen en común tres elementos, primero se trata de un delito *especial*, puesto que el sujeto activo está determinado por ley, en segundo lugar, ambas modalidades exigen un elemento *subjetivo* específico adicional al dolo, como es el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o el mero fin de causar daño y tercero, la realización de ambas modalidades suponen la violación de los *deberes* en relación a los bienes o intereses pecuniarios ajenos, esto es, de la víctima⁶⁷

a) Elementos Objetivos

i. Sujeto Activo, el delito de administración fraudulenta es una figura penal especial propia, es decir, solo es posible de ser consumado por el sujeto que la ley menciona, siendo así, el artículo 173 inciso 7 nos señala, que, será sujeto activo aquella persona que, “por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tiene a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios”.

ii. Sujeto Pasivo, será el titular de los derechos que fueron confiados al sujeto activo, el sujeto pasivo puede ser tanto una persona natural como ideal, en el ejercicio este delito es usado principalmente en delitos

⁶⁵ AROCENA, Gustavo (2010) 2 pp.

⁶⁶ CORCOY, David (2011) 28 pp.

⁶⁷ Cfr. CORCOY, David (2011) 16 pp.

societarios. En el tipo de Administración de argentina, la doctrina estima que en el caso de las sociedades es la única titular del patrimonio de la sociedad por tanto un socio y su respectivo patrimonio no podría configurar administración desleal. Un socio no tiene legitimación para consentir en la realización del tipo. Distinto sería el escenario en el caso en que todos los socios consintieran en los hechos en un principio típicos. En este evento, a pesar de que existe afectación del patrimonio de la sociedad en un sentido meramente externo, materialmente no hay injusto típico de administración desleal, pues quienes tienen el poder de definir los fines del patrimonio consienten en el acto perjudicial⁶⁸.

iii. Conducta; El delito de administración fraudulenta contiene dos modalidades, que se conciben en las siguientes acciones, violación de sus deberes y la de obligar abusivamente al sujeto pasivo, ambos faltando a las obligaciones que le impone la norma. “El tipo consagra a diferencia del § 266 del Cód. Penal alemán, un modelo dualista de administración desleal (...) Este modelo implica que el tipo de infidelidad se satisface con la infracción de deberes que conduce a un perjuicio de los intereses pecuniarios confiados, mientras que para el tipo de abuso basta con que la infracción de deberes comporte obligar abusivamente al titular de los intereses patrimoniales”.⁶⁹

b) Elementos Subjetivos

Como anticipamos en el inicio del estudio de la figura penal, el tipo de administración fraudulenta es un tipo doloso, pero este, al mismo tiempo demanda un requisito subjetivo adicional, ya que el sujeto activo debe actuar con el propósito de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido, o la intención de causar daño.

Pues el propósito de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido como lo describe el tipo “constituye un elemento subjetivo distinto del dolo, consistente en la particular motivación en la que se origina la decisión de la voluntad del agente”⁷⁰, para incumplir los deberes que les fueron impuestos u obligar abusivamente al titular de estos, causando perjuicio en el patrimonio que le fue confiado.

Donde “conviene remarcar que, si concurre este motivo especial del ánimo de lucro, es suficiente el dolo eventual respecto de las acciones de perjudicar

⁶⁸ CORCOY, David (2011) 29 pp.

⁶⁹ Cfr. CORCOY, David (2011) 17 – 18 pp.

⁷⁰ AROCENA, Gustavo (2010) 6 pp.

los intereses confiados u obligar abusivamente a su titular”⁷¹, con lo que la maquinación del sujeto activo de incumplir su deber o abusar de él, haciéndose un beneficio para si o para un tercero, es suficiente para castigarlo en post de esta figura penal.

c) Elementos Normativos

- Intereses pecuniarios ajenos, es decir que el sujeto activo administre el patrimonio, tomando en cuenta los intereses del dueño de este y no los suyos. De modo tal que todas las decisiones que toma siempre estarán guiadas hacia dichos intereses y no podrán perjudicar al sujeto activo de ninguna forma.

- Perjudicare, El autor tiene a su cargo la administración del patrimonio con el deber de cuidar del mismo y, sin embargo, lo daña desde dentro, teniendo las facultades entregadas en base a la confianza faltando deber de lealtad que tenía con el patrimonio.

Capítulo V Jurisprudencia Chilena de Apropiación Indebida

Aunque la jurisprudencia en Chile no forma precedente, es necesario realizar un análisis de la relación del tipo de administración desleal comparado con el tipo de apropiación indebida nacional, este análisis de sentencias tiene como finalidad determinar los elementos de la Apropiación indebida de la forma en como es precisada en la jurisprudencia, estructura que confrontaremos con los elementos determinados doctrinariamente para la Administración desleal en derecho comparado.

Para lo cual analizaremos las sentencias clasificándolas según la modalidad de apropiación indebida que fuera castigada en ellas, para finalmente compararlas con los tipos de derecho comparado ya estudiados, con la finalidad de demostrar que el tipo castigado en las decisiones de las cortes superiores Chilenas es el de administración desleal y no el de apropiación indebida, haciendo dichas sentencias infractoras del principio de legalidad.

1. Sentencia donde se detentaban los bienes bajo el título de administración.

⁷¹ CORCOY, David (2011) 8.

a) Fisco de Chile con Teresa Jara Fuentes.

Existen casos en los cuales los tipos penales existentes no se dan abasto por tanto la actitud que toman los tribunales es tratar de ajustar los hechos al tipo en que estos encajen mejor, pero que en la realidad no existen, como ya indicamos va contra el principio de legalidad pues al estirar tanto el tipo penal este se transforma en otro que en la realidad penal Chilena no existe, llegando a castigar por hechos que no configuran ningún delito, pero que se encaja en uno que si existe pero forzando sus elementos al máximo, en este sentido la sentencia (6520-2005 Fisco de Chile con Teresa Jara Fuentes) donde Doña Teresa Fuentes Jara en su calidad de oficial segundo, a quien le correspondía ejecutar en varias ocasiones funciones de secretaria subrogante, lo que le permitía manejar dinero directamente se apropia de dineros que administra por facultades entregadas por ley al cargo que detenta y en esta sentencia es condenada por el delito de apropiación indebida siendo que los bienes que detentaba no fueron entregados por el sujeto pasivo bajo un titulo que genere la obligación de devolver bienes, obligación que en el caso no nace, con lo que se incumple con el elemento de Titulo de mera tenencia que genere obligación de entregar o devolver los bienes muebles a su dueño.

Pero donde perfectamente es posible encajar estos hechos en un tipo de administración desleal de los ya estudiados, pues existe un cargo de administración establecido por ley que entrega facultades de administración de dinero que se recibe en función del mismo, pero abusando de este la funcionaria se los apropia, faltando a los deberes establecidos por su cargo de entregar dicho dinero a la entidad estatal que corresponde.

Y a diferencia de lo que puede considerar la corte de apelaciones de Santiago en este caso, este dinero no fue recibido por la funcionaria por algún titulo de mera tenencia que genere una obligación de entregar o devolver el dinero, a mayor abundamiento se esta hablando de un bien fungible dinero, que además para configurar el delito requiere que este sea requerido por su dueño y el sujeto activo se niegue a restituirlos y evaluando la circunstancias fácticas tampoco podrían ser requeridos por la victima, pues esta estaba pagando una multa y no estaba entregando el dinero para que le sea devuelto si no mas bien estaba cumpliendo una obligación.

Por tanto estos hechos no debieron ser encajados en una figura de apropiación indebida pues esos hechos, en sede penal no constituyen ningún delito tipificado en el código penal chileno, y no se trata de Apropiación indebida, pues no se cumple el elemento de titulo y con ello no se configura el tipo.

b) Federal Insurance Company con Clemente Ceballos González; Eliana Rojo Muñoz; Claudio Tapia Rodríguez.

La apropiación indebida, no involucra un abuso de confianza sino una acción de apropiación, por lo que las acciones irregulares desplegadas por el sujeto activo, en la sentencia de la corte de apelación de Antofagasta (179-2006) donde se debe tener en cuenta que la gerencia de una empresa, es un cargo de confianza, y no un cargo basado en un título que cree la obligación de devolver un bien, lo cual esta completamente aceptado por la doctrina, y la ley

La interpretación de los títulos que generan apropiación indebida en la sentencia citada, iguala la administración que realiza el gerente de una empresa con las amplias atribuciones que este detenta al ser su cargo uno de confianza, con la administración que nace por el título de mera tenencia,

Por tanto el hecho de que él se apropie de dichos dineros no implica una apropiación por que las facultades de administración envueltas en la apropiación indebida no crean más que la obligación de devolver lo que le fue entregado

En donde comparar la calidad de administrador de un gerente, con la administración a la que se refiere el 470 N° 1 es igualar la falta de un sujeto encargado de cobrar un cheque y no cumple con la obligación de entregarlo con una persona que con amplias facultades destruye el patrimonio de otro porque cuenta con todas las facultades para hacerlo, pues no tiene que rendir cuenta de sus acciones a nadie.

La palabra administración es productora de conflictos, pues la amplitud de este título en la jurisprudencia no es la misma que se establece en el tipo de apropiación indebida establecida en la ley. Si no mas bien, las facultades tan amplias bajo un tipo de apropiación Indebida, son similares a la calidad del sujeto activo en la legislación comparada en el delito de administración desleal,

Sin ir más lejos en la legislación Española, habla de administradores que aunque no tengan un título que cumpla las formalidades de tales, pero que realizan facultades de administración o los llamados “administradores de hecho” son potenciales sujetos activos de administración desleal, pues al actuar con dichas facultades afectan el patrimonio del sujeto pasivo.

El punto de quiebre esta, en que los títulos de apropiación indebida, no están generados en base a la confianza si no que son títulos de mera tenencia con facultades limitadas y creadores de la única obligación de devolver y un gerente de una empresa no tiene solo la obligación de devolver

lo mismo que recibió o el equivalente. Si no administrar para cuidar el patrimonio que él fue confiado y no realizar ningún acto que lo perjudique y esto basado en su deber de cuidado.

Por tanto si este gerente se queda con dineros de la empresa incumpliendo el deber de cuidado del patrimonio confiado, consumara el tipo de administración desleal y no apropiación indebida.

Y aunque el tipo no exista en la legislación chilena, no es posible que con la finalidad de castigar el delito –lo que es una verdadera necesidad- se intente calzar los hechos en el tipo de apropiación indebida, ya que, con esto se modifican los elementos de la apropiación Indebida, luego en el caso, si se sigue la línea de la Corte de Apelaciones de Antofagasta y aceptamos que el título entrega mas que la mera tenencia y genera mas que la obligación de devolver el bien, estaríamos castigando bajo una nueva figura penal, no tipificada, lo que finalmente va claramente en contra del principio de legalidad Penal.

Conclusiones

De las sentencias que pudimos analizar y de la legislación tanto nacional como comparada podemos darnos cuenta que las indeterminaciones del tipo penal en el artículo 470 número 1, que sumadas a la evolución de la economía y la antigüedad del código, crean espacios de interpretación que las cortes superiores usan para castigar delitos que afectan bienes jurídicos importantes como es el patrimonio, que al no poder ser parte de ningún tipo existente en el código penal quedaría impune, siendo que las consecuencias que causan al consumarse para el patrimonio del sujeto pasivo son nefastas.

Las diferencias más relevantes se encuentran en los elementos que no se definen con claridad y que constituyen la apropiación indebida y que han servido a los sentenciadores para interpretarlo de tal forma que este delito pierda su identidad y este al borde de sus límites al ser aplicado, y que es el otro motivo por el cual se ha generado el problema que motiva el siguiente trabajo

El tipo que configuran las sentencias que mencionamos es el de administración desleal comparado, donde el termino administración juega un papel importante, pues al no estar determinado en el tipo de apropiación indebida Chileno, queda al criterio de los jueces la determinación su

contenido, dificultando comparar las facultades que entregan los títulos de administración en el caso de apropiación indebida y en el tipo de administración desleal comparado.

Pues se trata de casos donde una persona confía la administración de su patrimonio a otra y ésta vulnera esa confianza previa adoptando una decisión perjudicial para el patrimonio, donde por las facultades que le son entregadas por el sujeto pasivo el sujeto activo no tiene que realizar ninguna maquinación dañando el patrimonio desde dentro.

Esta figura de delito patrimonial es la administración desleal en derecho comparado, pero no es delito en Chile, pues no existe en la legislación penal una figura que castigue al administrador que perjudica el patrimonio ajeno que debía tutelar.

Considero que se debe tipificar el tipo en Chile debido a la necesidad imperiosa de la seguridad de los sujetos económicos en el desarrollo de sus negocios, pues no se puede castigar por apropiación indebida, cuando el autor del delito, tiene mas que una obligación de devolver un bien mueble si no que por el cargo que detenta tiene obligaciones de proteger y tutelar el patrimonio del sujeto pasivo.

Ahora bien respecto al autor existen muchas complicaciones para determinar cuales son las facultades entregadas por el titulo, pero si el sujeto activo, tiene facultades que implican actos de administración de un cargo de confianza y que genera la obligación de tutela sobre el patrimonio, donde se tiene amplia libertad para tomar decisiones y donde la única limitación es no perjudicar los interés patrimoniales del individuo que confió su patrimonio, no podemos negar que estamos ante una administración desleal.

Bibliografía

1. AROCENA Gustavo, *Administración Fraudulenta*, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, En Línea:<<http://www.ciidpe.com.ar/area2/administracion%20fraudulenta.pdf>>. Consulta [10 Marzo del 2012] 14 pp.
2. Bacigalupo, Enrique (2000), *Derecho Penal Económico* (Editorial Hammurabi) 566 pp.
3. Bacigalupo, Enrique (2007) *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, (Editorial Hammurabi) 245 pp.
4. Corcoy, David (2011), *Jurisprudencia de Casación Penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires-Argentina, Año 2011, 295pp.
5. Cueto, German (2005): *El delito de apropiación indebida. Administración Desleal* (Santiago, Editorial ediciones jurídicas de Santiago) 534 pp.
6. Ferrer, Antonio (1945) *El Delito de Apropiación indebida* (Publicaciones del seminario de derecho Penal de la universidad de Murcia) 412 pp.
7. Garrido, Mario (2008) *Derecho Penal Parte Especial* (Editorial jurídica de Chile) 488 pp.
8. Gómez, Carlos – Jara, Díez (2008). *La administración desleal de los órganos societarios* (Editorial Atelier) 365 pp.
9. Hernández Héctor, *La administración desleal en el derecho penal chileno*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI ,Valparaíso, Chile, Año 2005, 204 pp.
10. Luzón, Diego (2010) *La administración desleal societaria en el derecho penal español*, Revista para el análisis del Derecho InDret N° 03, Abril de 2010, Barcelona- España, 38pp.
11. Mezger, Edmund (1954), *Derecho penal: parte especial*, Editorial Bibliográfica argentina, 462 pp.
12. Politoff Lifschitz, Sergio (1992): *El delito de apropiación Indebida* (Santiago, Editorial LexisNexis) 283 pp.
13. Politoff, Sergio, Matus, Jean, Ramírez, María, (2003) *Lecciones de derecho Penal parte general*, (Editorial jurídica de Chile) 615 pp.
14. Rojas, Luis (2009) *El Tipo de administración desleal en el Derecho Penal alemán*, Revista Penal N° 23. Enero 2009, 143 pp.
15. Soler, Sebastián (1953) *Derecho Penal argentino* (tipográfica editora argentina buenos aires) 654 pp.

16. Soto, Miguel (1994), *La apropiación Indebida* (Editorial Jurídica Conosur Ltda.) 100 pp.

Normas citadas

1. Código Penal Chileno año de publicación 1974.
2. Código Penal Alemán por Claudia López Días del 15 de mayo de 1871.
3. Código Penal Español año de publicación 1944.
4. Código Penal Argentino año de publicación 1922.
5. Ley de Mercado de valores N° 18.815 del año 1989.
6. Decreto ley de la súper intendencia de Pensiones n°3500 del año 1980 del Ministerio del Trabajo.

Jurisprudencia

1. Fisco de Chile con Teresa Jara Fuentes. Corte Suprema. Rol: 6520-2005 Año 2009.
2. Federal Insurance Company con Clemente Ceballos González; Eliana Rojo Muñoz; Claudio Tapia Rodríguez. Corte de apelación de Antofagasta. Rol: 179-2006.