

# EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y LOS NEGOCIOS RIESGOSOS

## THE CRIME OF DISLOYAL ADMINISTRATION AND RISKY BUSINESS

Gonzalo García Palominos\*

**RESUMEN:** El artículo ofrece un análisis crítico sobre la posible subsunción en el delito de administración desleal de las hipótesis de negocios riesgosos o riesgo empresarial, e intenta contestar a las interrogantes sobre si es posible aceptar la solución del derecho alemán (en tanto modelo) a partir de los rasgos del delito del art. 470 N° 11 del Código Penal, y, en el caso negativo, cuál sería el estatuto de estas hipótesis. La propuesta supone entender las hipótesis de abuso e infidelidad como parte de un cualificado sistema de deslealtad.

**Palabras clave:** Administración desleal; infidelidad; abuso, sistema de deslealtad, negocio riesgoso.

**ABSTRACT:** The article offers a critical analysis of the possible subsumption of the hypotheses of risky business or entrepreneurial risk under the crime of disloyal administration, and attempts to answer the questions of whether it is possible to accept the solution of German law (as a model) based on the features of the crime in art. 470 No. 11 of the Penal Code, and, if not, what the status of these hypotheses would be. The proposal implies understanding the hypotheses of abuse and infidelity as part of a qualified system of disloyalty.

**Keywords:** Disloyal administration; infidelity; abuse, system of disloyalty, risky business.

### I. INTRODUCCIÓN

Perfilar el delito de administración desleal de un modo que justifique su merecimiento y necesidad de pena constituye todavía el principal desafío de la dogmática de este delito. Parte importante de dicho desafío supone resolver un problema que originalmente se encontraba en la periferia de las posibles hipótesis criminalizadas (“riesgo patrimonial” como hipótesis de infidelidad), pero que por el tratamiento doctrinal y jurisprudencial recibido en Alemania y España se lo ha reconducido prácticamente a “núcleo del injusto típico”.

\* Doctor en Derecho Penal (Universidad de Friburgo, Alemania), Profesor de Derecho Penal de la Universidad de los Andes (Chile). Dirección postal, Monseñor Álvaro del Portillo 12.455, Las Condes, Santiago, Chile. Correo electrónico, ggarcia@uandes.cl,  <https://orcid.org/0000-0001-8559-4933>.

Se trata del tratamiento *ad hoc* que han debido prestar al “riesgo patrimonial” y particularmente a un grupo de constelaciones problemáticas que se ha hecho llamar “negocios riesgosos” o “creación de riesgo empresarial”.

Concretamente, el problema radica en que, siguiendo a su referente alemán del §266 StGB (Código Penal alemán),<sup>1</sup> el art. 470 N°11 del CP (Ch) configura un injusto típico que, junto con exigir una posición de garantía del sujeto activo en relación con el patrimonio y un perjuicio patrimonial como resultado, establece dos modos conductuales alternativos: el abuso y una difusa infidelidad<sup>2</sup>. Mientras el abuso configura su injusto a partir de que el sujeto activo vulnera los fines y límites de la relación interna con el titular, al crear válidamente obligaciones en nombre del titular o al ejercer las facultades de disposición, en el caso de la hipótesis de infidelidad, se concreta en cualquier acción u omisión contraria a los intereses del titular o al deber de tutelar los intereses patrimoniales ajenos delegados. La vaguedad de esta última hipótesis ha derivado en que una parte importante de la doctrina alemana realice una lectura diluida del delito, consistente en cualquier infracción a los deberes de tutela patrimonial por creación de riesgo prohibido<sup>3</sup> (y en su versión más cualificada, infracción a deberes de cuidado “graves”)<sup>4</sup> y que, en su versión española (por exigencia del art. 252 del CP Esp), se haya concretado en la simple infracción a deberes de administración.

En el ámbito de la administración de sociedades, aquello deriva a su vez en que el injusto se determinaría a partir de un juicio de “ponderación de intereses” (riesgo prohibido) o infracciones a deberes societarios, incluso de carácter puramente procedimental y competencial,<sup>5</sup> que llenarían un vacío de referencia conductual del tipo (acción u omisión). Por otra parte, se han presentado opiniones que observan que por esta vía de interpretación se desarrolla un fenómeno europeo peligroso, en el que subyace una especie de “moralización del derecho penal empresarial”<sup>6</sup>.

Si bien la necesidad de resolver este problema de los “negocios riesgosos” es común con el derecho chileno, se advierte que significaría importar sin más la solución de la dogmática desarrollada en estos países europeos. La subsunción de esta clase de constelaciones de riesgo en los negocios en el tipo de administración desleal

<sup>1</sup> El artículo forma parte del proyecto Fondecyt Regular N° 1220411 del que el autor es investigador principal. Se agradece a los profesores Laura Mayer Lux y Luis Emilio Rojas A., coinvestigadores del proyecto, por sus valiosas opiniones, aportes y críticas al texto; también se agradece a la ayudante de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Chile), Andrea Silva Jaque, y a la profesora Teresa Aguirre por su colaboración en la revisión formal del texto.

Sobre la estructura de ambos tipos penales véase GARCÍA PALOMINOS (2024) pp. 33 y ss.

<sup>2</sup> Véase avances científicos en la materia en MATUS (2019) pp. 160; MAYER (2020) pp. 321; MAÑALICH (2022) pp. 297 y ss; CONTRERAS Y CASTRO (2023) pp. 829 y ss; ROJAS (2024) pp. 303 y ss.; GARCÍA PALOMINOS (2024) pp. 33 y ss.

<sup>3</sup> Menos cualificada es la propuesta de SCHÜNEMANN (1986) p. 63.

<sup>4</sup> MAURER (2022) p 44.

<sup>5</sup> Más en Detalle FOFFANI y NIETO (2006) p. 122.

<sup>6</sup> FOFFANI y NIETO (2006) p. 114.

en el art. 470 N° 11 CP, según se desarrollará, está condicionada y enmarcada por las propias características y limitaciones del tipo en cada país —no siempre transferibles al nacional—, por lo que parece necesario analizar si aquellos desarrollos y concesiones que la dogmática extranjera han debido aceptar son razonables y necesarios para la interpretación del tipo del art. 470 N° 11 del CP chileno.

En este artículo se analizará, a partir de una perspectiva comparada, cuál es el estatuto de las hipótesis de negocios riesgosos a partir de las exigencias del delito del art. 470 N° 11 CP.

## II. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS EN LAS HIPÓTESIS DE NEGOCIOS RIESGOSOS EN LA DOGMÁTICA ALEMANA

### 1. RASGOS GENERALES DE LOS LLAMADOS “NEGOCIOS RIESGOSOS”

En la dogmática del delito de administración desleal se utiliza el concepto “negocios riesgosos” para referirse a decisiones empresariales emprendidas para obtener ganancias en favor del titular del patrimonio, pero que conllevan un alto riesgo de causación de daños patrimoniales y con conocimiento también de dicha probabilidad<sup>7</sup>. Se trata de un riesgo decisional que, por erróneo, inadecuado o ilícito, genera una probabilidad de perjuicio patrimonial. Aquello comprende decisiones y desarrollos empresariales que pueden ser caracterizados como hechos en contextos de base lícitos e ilícitos (ej. un negocio sin los permisos exigidos, en infracción administrativa o sin cumplimiento de reglas de *compliance*, constitución de cajas negras, cohecho activo o pasivo para lograr un permiso, etc.)<sup>8</sup>. Así las cosas, la dogmática europea del delito en cuestión ha defendido la tesis de que la lesión patrimonial precedida del mero emprendimiento de un riesgo empresarial podría ser comprendida en el delito de administración desleal, ya sea como un abuso, o como una infidelidad.<sup>9</sup>

Estas hipótesis, a partir de un antiguo trabajo de Hillenkamp<sup>10</sup> y luego analizado por Hellmann<sup>11</sup>, suelen clasificarse en varios grupos: 1. *Negocios de servicio anticipado al pago o cumplimiento diferido* en que se acepta el cumplimiento incierto de la obligación futura por una de las partes en la medida en que la prestación del servicio es anticipada al pago que es contraprestación de este o, a la inversa, la contraprestación al pago es de cumplimiento diferido. Ambas suponen riesgos de incumplimiento<sup>12</sup>; 2. *Negocios especulativos* (inversiones en el mercado de valores basadas en conjeturas con o sin conocimiento suficiente sobre todas las variables y

<sup>7</sup> Se trata de un concepto incorporado a la discusión por HILLENKAMP (1981) p. 165; ZIESCHANG, (2024), párrafos 83 y ss.

<sup>8</sup> Véase al respecto FOFANI y NIETO (2006) pp. 114 y 129; PASTOR y COCA (2015) pp. 1 y ss.

<sup>9</sup> En contra HELLMANN (2007) p. 433; WACKERNAGEL (2019) pp. 62 y ss.

<sup>10</sup> HILLENKAMP (1981) p. 165.

<sup>11</sup> HELLMANN (2007) p. 433.

<sup>12</sup> HELLMANN (2007) p. 433.

que pueden tener una evolución desfavorable para quién las emprende); 3. Inversiones riesgosas (emprendimiento de un negocio caracterizado por la contingencia tanto de ganancia como de pérdida para el titular del patrimonio); y, 4. Exposición a riesgo de sanciones (*Sanktionsfälle*), esto es, la adopción de una decisión de inversión que suponen un ilícito administrativo o civil por parte del administrador, gestor o custodio que, a su vez, legitima la posibilidad de que la autoridad jurisdiccional o estatal aplique una multa o carga civil (indemnización de perjuicios) que deba ser soportada por el principal<sup>13</sup>.

Probablemente las más conocidas sean las soluciones jurisprudenciales alemanas para los casos bancarios por concesión de créditos riesgosos que son normalmente ordenados dentro de la constelación de inversiones riesgosas (*Investitionsfälle*). Son ejemplos los casos “*Sparkasse Mannheim*” o el caso “*HSH Nordbank*”<sup>14</sup>. Si bien ambos casos se caracterizan por el intento de subsumir en el tipo penal de administración desleal ciertas decisiones en infracción a deberes informativos, protocolos y normas administrativas relativas a la concesión de créditos, que causaron perjuicios patrimoniales a las instituciones bancarias, la diferencia entre ellos recae en el método utilizado por la jurisprudencia para analizar la tipicidad de cada uno.

El primer caso se construye con base en una infracción cualificada o grave a los deberes de cuidado o diligencia establecidos en las normas crediticias extrapenales (*Kreditwesengesetz*) protectoras del sistema crediticio, mientras que el segundo, con base en una infracción común a los protocolos internos y a los deberes jurídico-societarios<sup>15</sup>. Estos casos demuestran una zona difusa –una característica de la accesoria administrativa o civil– en el método de reconstrucción del injusto penal y una relación dificultosa entre la infracción normativa y la lesión al bien jurídico protegido.

También son problemáticos, aunque con soluciones diversas, los casos de exposición al riesgo de sanciones (o indemnizaciones) por el emprendimiento de un ilícito administrativo o civil por parte del administrador, gestor o custodio que, a su vez, legitima la posibilidad de que la autoridad jurisdiccional o estatal aplique una multa o carga civil (indemnización de perjuicios) o sanción penal a la persona jurídica (piénsese en omitir la implementación de un *compliance*) que deba ser soportada por el principal<sup>16</sup>.

Si bien hay una serie de casos similares,<sup>17</sup> los más conocidos son el caso Kohl (por donaciones anónimas a la CDU)<sup>18</sup>; el caso *Kellermeister* (sanción por adulte-

<sup>13</sup> Una discusión al respecto véase en PASTOR y COCA (2015) pp. 3 y ss.

<sup>14</sup> Una revisión de estos véase en CONTRERAS y CASTRO (2023) pp. 829 y ss.

<sup>15</sup> KUBICIEL (2005) p. 357.

<sup>16</sup> Una discusión al respecto véase en PASTOR y COCA (2015) pp. 3 y ss; BURGER (2007) pp. 214 y ss.

<sup>17</sup> Véase BURGER (2007) pp. 214 y ss.

<sup>18</sup> ALEMANIA, Sentencia Tribunal de Distrito (LG) BONN (27 AR 2/01, 28. 2. 2001), véase en NSTZ (2001) pp. 375 y ss.

ración de vinos de la bodega)<sup>19</sup>; o, el caso “Bundesliga de 1970/71” o “caso *Schalke 04*”,<sup>20</sup> (sanción por sobornos con dineros del club a jugadores del equipo adversario). Como señala Burger, se trata de un grupo de fallos que fundamentan el injusto únicamente en el peligro patrimonial potencial o perjuicio potencial. Como constatación, en estos casos, las infracciones a normativas administrativas prepenales no determinan el contenido de su injusto, pero sí la potencialidad del daño como consecuencia de que dichas infracciones administrativas fueran sancionadas administrativas o penalmente; en tanto riesgo potencial de perjuicio patrimonial, permitiría su comprensión en la hipótesis de infidelidad. Tanto es así que la aceptación o no de su tipicidad dependería del riesgo o no de descubrimiento –alto o bajo– de sanción, esto es, del peligro de sanción<sup>21</sup>.

## 2. LAS CONCESIONES DE LA TESIS DE “RIESGO EN LOS NEGOCIOS”: PUNTO DE PARTIDA DE LA PROBLEMÁTICA

Para comprender adecuadamente las concesiones que la jurisprudencia y dogmática alemana sobre el delito de administración desleal del §266 del StGB han debido aceptar para la subsunción de este tipo de constelaciones de riesgo, es importante destacar, desde ya, que la razón de ser de los desarrollos dogmáticos que analizaremos y sus consiguientes problemas están determinados por circunstancias predeterminadas por el diseño del tipo penal alemán (no perfila claramente la conducta típica<sup>22</sup>) y otras sobrevinientes de la aplicación jurisprudencial<sup>23</sup>.

A modo de ejemplo, en el caso i) del subtipo de abuso, las posibilidades de subsunción y los posibles problemas que provoca están radicados en circunstancias sobrevinientes generadas por formulaciones doctrinales y jurisprudenciales que amplían la tipicidad. En concreto, se ha abandonado la idea de perfilar su desvalor en el rico concepto de “abuso” (vinculado con la malversación)<sup>24</sup> y se lo ha concebido, a partir de una formulación de Grünhut<sup>25</sup> (ejecutar facultades concedidas excediendo lo autorizado en el marco de la relación interna), de un modo excesivamente amplio. Esto es, que la superación lo es respecto de un marco de lo autorizado o relación interna que abarcaría incluso hasta la voluntad hipotética, la ley o procedimientos de decisión protocolizados<sup>26</sup>. Todas estas maniobras dogmáticas persiguen establecer, a partir de concretar la relación de obligaciones relativas a la delegación

<sup>19</sup> ALEMANIA, Sentencia Tribunal Federal Alemán (2 Str 305/79, 03.08.1979), véase más detalles en PASTOR y COCA (2015) pp. 2 y ss.

<sup>20</sup> Sobre estos casos véase mayores referencias en FOFFANI y NIETO (2006) p. 133.

<sup>21</sup> BURGER (2007) pp. 222 y ss.

<sup>22</sup> LABSCH (1985) p. 157; NELLES (1991) p. 300; BURGER (2007) pp. 214 y ss.

<sup>23</sup> Con profundidad véase GARCÍA PALOMINOS (2024) pp. 33 y ss.

<sup>24</sup> WEGENAST (1994) p. 27.

<sup>25</sup> Mayores referencias en NELLES (1991) p. 520

<sup>26</sup> HANTSCHHEL (2009) p. 41; ROJAS (2009) p. 157; GARCÍA CAVERO (2020) p. 160; MAURER (2022) pp. 44 y ss.

del poder de representación y el poder de disposición, la infracción normativa que es base del injusto<sup>27</sup>.

En el caso ii) de la subhipótesis de infidelidad existen circunstancias predefinidas por el legislador en el diseño del tipo penal que, al introducir cláusulas amplias y generales, de alguna forma transfieren al juez la decisión de reconstruir el injusto “para el caso”. Se advierten varias tendencias: la basada simplemente en el riesgo como parámetro material del injusto del delito, la construida con base en la “accesoriedad normativa” o, la que reconstruye hipotéticamente la voluntad del titular. En cualquier caso, el delito se construiría a partir de una posición del sujeto activo común (deber de tutela en favor de otro=*Vermögensbetreuungspflicht*)<sup>28</sup> y una infracción normativa común (marco de deberes de la relación interna) como injusto<sup>29</sup>.

Esta concepción mayoritaria (monista) es causa de que se postule una relación género-especie entre la hipótesis de infidelidad y la de abuso, y que la infidelidad absorba, en cuanto tipo general, gran parte del contenido de la hipótesis de abuso.<sup>30</sup> Así las cosas, el injusto queda a merced de la regulación extrapenal, por lo que surge el riesgo de que el delito se convierta, como señala Maurer, en una “superprohibición” (“*Superverbotnorm*”) si se analizara incorrectamente el fin de protección de la norma<sup>31</sup>. Los efectos son los siguientes:

#### *A. Homologación con la dogmática de bienes personalísimos e inalienables*

Un primer aspecto que se observa en el desarrollo de estas tesis consiste en la aceptación generalizada del paradigma de los “riesgos prohibidos” para el ámbito de los negocios, en la medida en que se esgrime que la superación de cierto estándar de riesgo “tolerado” permitiría, sin más, llenar de contenido la conducta típica. Al mismo tiempo, permitiría conectar la (des)valoración penal con la infracción a deberes extrapenales del ordenamiento jurídico. En aquellos ámbitos en que aquello no es posible, la permisión se obtendría del desarrollo de estándares de racionalidad económica procedimental, tales como el del “buen administrador”<sup>32</sup>.

Si bien parte de aquello es adecuado, en tanto se trata de un delito de resultado patrimonial que exige un riesgo que explique la causalidad con relación al perjuicio patrimonial, no se reconoce adecuadamente el carácter alienable e instrumental del bien jurídico ni la necesidad de los delitos patrimoniales de construirse a partir de un perfilamiento conductual más preciso, cualificado y directo del legislador. Lo que se expresa queda patentemente manifestado en las tesis dualistas que apelan a homologar la hipótesis de infidelidad con la estructura del delito de daño

<sup>27</sup> GINOÛ (2020) p. 72.

<sup>28</sup> NELLES (1991) p. 154; WEGENAST (1994) pp. 34 y ss.

<sup>29</sup> GINOÛ (2020) p. 82.

<sup>30</sup> Véase SCHÜNEMANN (2008a) p. 23.

<sup>31</sup> MAURER (2022) p. 46.

<sup>32</sup> ROJAS (2011) p. 427.

(como delito de resultado puro)<sup>33</sup>, pero subyace subrepticamente también en tesis monistas que parecen buscar toda la solución en la posición del deber de tutela. De alguna forma, se construye sobre una idea equivocada de la existencia de una prohibición general y absoluta de generar perjuicio patrimonial, en lugar de la específica de gestionar de manera leal y diligente el patrimonio ajeno<sup>34</sup>.

Un efecto de esta orientación es el siguiente: basado en la prohibición del riesgo (desproporcionado) *per se* (de modo equivalente a bienes inalienables), la dogmática y jurisprudencia penal alemana se ven obligadas a señalar que los negocios especulativos estarían *per se* prohibidos y admitirían la subsunción en el delito de administración desleal si previamente su titular no había autorizado un negocio de dichas características.<sup>35</sup> Así lo decidió el BGH en un caso de gestión de activos inmobiliarios en el mercado de valores<sup>36</sup>. Solo en los casos en que el titular conocía el riesgo se excluiría la tipicidad—señaló—, mientras que la subsunción en el tipo exigiría una reconstrucción *ad hoc*. En efecto, se aboga por acudir a un equivalente funcional del riesgo permitido —algo así como el nivel de cuidado habitual para la transacción en cuestión— y una cualificación especial. En este último caso, se considerarían “los contornos necesarios de la regulación comercial” y la determinación de si la decisión comercial es una “acción irrazonable”<sup>37</sup>.

Se coincide, entonces, con el análisis crítico de Foffani y Nieto sobre que, de alguna forma, se adopta una metodología que desplaza el silogismo y su razonamiento deductivo —propio de la interpretación de una conducta típica— por “la ponderación” de intereses (bajo la lógica del delito puro de resultado) que, por lo mismo, mezcla la conocida fórmula de la ponderación en el riesgo permitido y el de la selección de las hipótesis de gravedad (que solucionaría su indeterminación)<sup>38</sup>. Esta fórmula está lejos de ser razonable y eficiente en imponer restricciones a la aplicación del derecho penal y genera incertezas relevantes.

### *B. La relación de accesoriadad al derecho extrapenal, “sin vínculo de ilicitud” con el resultado*

En ámbitos regulados, la tendencia es, en apariencia, abandonar la sola lógica de riesgo de daño patrimonial puro y complementarla con un contenido “normativo” (como lesión a una norma extrapenal). Aquello lo permite, de alguna forma, el hecho de que el tipo de abuso se construya sobre la base de un marco interno con contornos poco definidos (hipotético) y que la hipótesis de infidelidad haga lo propio a partir de una cláusula muy general de infracción al deber de tutela. La

<sup>33</sup> SCHÜNEMANN (2012) párrafo 56; Una correcta crítica al respecto en MAÑALICH (2022) p. 310.

<sup>34</sup> HANTSCHERL (2010) pp. 51-55

<sup>35</sup> Con mayor literatura ZIESCHANG (2024) párrafo 83.

<sup>36</sup> Sentencia Tribunal Federal Alemán (3 StR 5/97, 12.03.1997) LG *Düsseldorf*.

<sup>37</sup> ZIESCHANG (2024) párrafo. 84.

<sup>38</sup> FOFFANI y NIETO (2006) p. 125.

literatura nacional<sup>39</sup> e internacional<sup>40</sup>, en efecto, han demostrado como característica específica de la jurisprudencia penal alemana de este delito, distintos grados de “accesoriedad” al ordenamiento extrapenal como método para llenar de contenido el ilícito penal, tanto en la subhipótesis de infidelidad como también en la de abuso (como voluntad hipotética o como límite legal).

Este modelo de solución es solo aparentemente homogéneo y, en realidad, su caracterización depende de si la reconstrucción del injusto es absoluta o relativamente dependiente de dicha regulación privada o pública, de si incorpora o no algún criterio externo que permita su cualificación para efectos penales o de si exige o no que el fin de protección de la norma prepenal comprenda la protección patrimonial del titular. En sus extremos, esta metodología dogmática conduce por un lado a una relación armónica y coherente con el resto del ordenamiento jurídico (aunque corre el riesgo de sustituir la voluntad del titular del patrimonio), pero, por el otro, corre el riesgo de que se capten normas con un fin de protección diverso (o indirecto) o, que cuando dicha accesoriedad no es posible (por falta de regulación), se niegue la tipicidad por falta de referente normativo. Incluso, se intenta recurrir a una especie de voluntad hipotética del titular –único referente material del injusto– para sustituir tanto la falta de regulación como la falta de expresión de voluntad del titular<sup>41</sup>.

En efecto, frente a casos en que los encargos del titular son muy generales, aunque en ámbitos relativamente regulados, y el administrador dispone de amplia discrecionalidad, la jurisprudencia recurre a razonamientos y criterios muy próximos –o incluso idénticos– a los del derecho privado: se entiende por infracción al deber de “tutela patrimonial” simplemente la lesión clara al deber del cuidado habitual en el ámbito de la transacción en cuestión<sup>42</sup> o de las normas primarias que rigen la actividad del administrador<sup>43</sup>, y al igual que en el derecho civil, se le atribuye responsabilidad exclusivamente cuando la infracción se puede calificar como “grave”<sup>44</sup>.

Tanto la denominada accesoriedad estricta, en que “la infracción de un deber jurídico-mercantil sería condición necesaria y suficiente para afirmar la realización del delito de administración desleal”<sup>45</sup>, como la relativa o basada en indicios, que exige una cualificación adicional (normalmente cuantitativa), se aproximan a las formas, modos y contenidos del derecho extrapenal (en especial, del privado). Se produce una confusión entre infracción penal al deber de tutela y la infracción al deber de cuidado propio del derecho civil.

La accesoriedad estricta se produce en ámbitos en que la ley sustituye la voluntad del titular o en que sí regula la forma o el procedimiento en que se adoptan

<sup>39</sup> CONTRERAS y CASTRO (2023) pp. 845 y ss.

<sup>40</sup> DIERLAMM (2019) nm. 174; COCA (2019) pp. 103 y ss.

<sup>41</sup> Véase CONTRERAS y CASTRO (2023) p. 859

<sup>42</sup> SALIGER (2024) párrafo 63.

<sup>43</sup> GINOÛ (2020) p. 70.

<sup>44</sup> En la literatura nacional, véase en CONTRERAS y CASTRO (2023) pp. 845 y ss.

<sup>45</sup> CONTRERAS y CASTRO (2023) p. 848.

decisiones en nombre del titular, aunque no regula directamente un estándar de conducta específico. Es lo que caracteriza el caso *HSH-Nordbank*<sup>46</sup>, en que la infracción al deber de cuidado y a sus estándares procedimentalizados en el § 93 I AktG (equivalente funcional a la *Business Judgment Rule*) permitió argumentar la subsunción al tipo. En la doctrina alemana, Saliger señala siguiendo esta tesis que la sola vulneración de deberes prepenales que regulan la administración patrimonial, y que someten a riesgo el patrimonio, podría ser considerado un riesgo grave<sup>47</sup> (abandona el criterio cuantitativo).

Una versión materializada de esta tesis de accesoriedad estricta es la que ha permitido que deberes societarios no patrimoniales –como el de gestionar dentro de la legalidad (en nombre del mandante)– asociados a la generación fáctica de riesgos de causación de perjuicios –como el de exposición a riesgo de sanciones administrativas– puedan ser considerados como típicos, por alguna parte minoritaria de la jurisprudencia y doctrina<sup>48</sup>.

Finalmente, es relevante destacar que la jurisprudencia alemana ha demostrado que su metodología de aplicación de accesoriedad normativa, que comprende deberes sectoriales y obligaciones privadas de muy diverso contenido, no sigue lealmente el criterio del “fin de protección de la norma” y ha derivado en dos fenómenos: i) una difusa relación entre la conducta típica y el resultado o, incluso, en un posible abandono de la relación de ilicitud entre conducta y resultado<sup>49</sup>; y, ii) una tendencia del ministerio público de “deducir perjuicio patrimonial ya a partir de la contrariedad a deber”, en especial, de deberes de procedimiento<sup>50</sup>.

Un importante respaldo ha recibido este modelo desde la doctrina penal nacional<sup>51</sup>.

### *C. El problema de la voluntad y la voluntad hipotética*

La perspectiva ya descrita de alguna forma limita la relevancia de la manifestación de la voluntad del titular o de los órganos societarios que representen dicha voluntad, en la medida que estas no excluirían necesariamente ni el injusto ni la punibilidad en el delito de administración desleal<sup>52</sup>. Expresión de lo anterior es la restricción al acuerdo o consentimiento en el ámbito de sociedades<sup>53</sup> o, la exigencia de que dicha voluntad solo se pueda expresar por la unanimidad de los socios<sup>54</sup>.

<sup>46</sup> COCA (2019) p. 105; CASTRO y CONTRERAS (2023) p. 844.

<sup>47</sup> SALIGER (2024) párrafo 51.

<sup>48</sup> RANSIEK (2004) p. 662; PASTOR y COCA (2015) pp. 1 y ss.

<sup>49</sup> GINOU (2020) p. 80; SCHÜNEMANN (2008a) pp. 45 y ss.; MAURER (2022) p. 46. Una corrección de este problema en la jurisprudencia véase SALIGER (2011) pp. 908 y ss.

<sup>50</sup> SCHÜNEMANN (2008a) p. 51.

<sup>51</sup> CONTRERAS y CASTRO (2023) p. 858.

<sup>52</sup> Véase como ejemplo FARALDO (2003) pp. 184 y ss.

<sup>53</sup> PASTOR y COCA (2016) p. 148.

<sup>54</sup> TRONDLE y FISCHER (1999) párrafo 4.

Aquella opinión va acompañada de la idea de que el riesgo patrimonial *per se* es captado por la tipicidad<sup>55</sup>.

En la hipótesis de abuso, otra parte de la literatura y jurisprudencia se aleja de la lógica del mero riesgo patrimonial prohibido y se acerca a la “voluntad del titular” como fuente de la legitimidad de la adopción de decisiones riesgosas. Esta perspectiva, en efecto, se construye en un marco de tipicidad poco perfilado en sus contornos conductuales para la infidelidad, por lo que fuerza, en especial para los negocios riesgosos, una solución radicada exclusivamente en la hipótesis de abuso. Todo el contenido del injusto es puesto en la infracción de deberes en el marco de delegación que fija límites y fines, de manera tal que, cuando la voluntad del titular no se ha expresado en una relación jurídica concreta, debe ser reconstruida hipotéticamente<sup>56</sup>.

Hillenkamp propone como solución para casos en que no se ha establecido un marco o política de riesgos consensuada entre titular y mandatario –como el caso en que una señora de edad confía “en la persona” de su abogado su alto patrimonio<sup>57</sup>–, buscar la voluntad que “presumiblemente podría haber sido consensuada” a partir de “lo que presumiblemente está permitido”<sup>58</sup>. Aquello se obtendría a partir del estándar de cuidado habitual en el ámbito empresarial<sup>59</sup>. Se trata de un argumento circular.

Esta reconstrucción forzada del injusto se diseña sobre pilares poco fiables, lo que se explica en el caso alemán porque la carencia de contornos conductuales claros es incluso superior en la hipótesis de infidelidad. Aquella problemática no es transferible al tipo nacional, como se verá.

#### *D. Concesiones relativas a la comprensión ad hoc del perjuicio patrimonial*

El intento teórico de una parte de la doctrina –las teorías subjetivas de patrimonio– de fusionar el desvalor de conducta y del resultado está asociado a la falta de punibilidad de la tentativa en el §266 del StGB (Código Penal alemán) y explica los intentos de extensión del concepto de daño patrimonial en la dogmática alemana. Por una parte, el mero “peligro patrimonial” es propuesto como resultado y se postula el abandono del principio de valoración singular<sup>60</sup> y el principio de inmediatez (“*Unmittelbarkeitserfordernis*”),<sup>61</sup> que son principios que limitan la imputación del resultado de perjuicio patrimonial directamente a la conducta típica<sup>62</sup>. Este fenóme-

<sup>55</sup> PASTOR y COCA (2016) p. 148 y p. 423.

<sup>56</sup> BRÄUNIG (2009) p. 183.

<sup>57</sup> ALEMANIA, Sentencia Tribunal Federal Alemán (1 StR 381/62, 28. 11. 1962).

<sup>58</sup> HILLENKAMP (1981) p. 167.

<sup>59</sup> HILLENKAMP (1981) p. 167.

<sup>60</sup> ROJAS (2009) p. 165.

<sup>61</sup> Para el delito de administración desleal, ROJAS (2015) pp. 212 y ss; una crítica PASTOR y COCA (2015) pp. 1 y ss.

<sup>62</sup> En extenso ROJAS (2009) pp. 164 y ss.

no conlleva, por ejemplo, a que el solo “nacimiento de una pretensión de sanción sobre un patrimonio” pueda ser entendido como perjudicial para el mismo<sup>63</sup>.

La literatura mayoritaria, por su parte, es mucho más drástica y rechaza el criterio general del peligro como lesión por ser poco seguro y difuso<sup>64</sup>. Señala que la evaluación de ese riesgo “real” sufre de incertidumbre. Por una parte, la mera potencialidad difusa no puede contrastar o compensar las ganancias obtenidas con tal conducta, como sí es posible con la sanción efectivamente impuesta. El Tribunal Supremo alemán (BGH), partiendo de la base del principio de inmediatez, señaló que para los efectos del delito de administración desleal solo existe una relación entre la infracción al deber y el perjuicio patrimonial si es que en el momento de la ejecución de la conducta en cuestión y, atendidas las circunstancias, puede esperarse con seguridad que el daño se va a producir efectivamente en el futuro<sup>65</sup>; máxime si la propia conducta (auto)responsable de la víctima o la evolución del mercado pudiera afectar la imputación del resultado a un tercero<sup>66</sup>.

### III. PATRIMONIO, CONSENTIMIENTO Y RIESGO: UNA ORIENTACIÓN PARA EL TRABAJO DOGMÁTICO

#### 1. CUESTIONES GENERALES:

El patrimonio, en tanto unidad jurídico-económica –que sirve de “centro imputativo de relaciones jurídicas” y “centro de distribución de intereses económicos”<sup>67</sup>– es presupuesto fáctico jurídico del ejercicio de la libertad de su titular<sup>68</sup>. Esta perspectiva jurídico instrumental del bien<sup>69</sup> explica que este sea protegido en tanto riqueza atribuida a un sujeto que provee potencialidad económica; esto es, que, a partir de sus relaciones de poder de dominación con objetos de tráfico económico<sup>70</sup>, le permite ampliar sus relaciones económicas y alcanzar ciertos objetivos trazados<sup>71</sup> (a partir de que amplía o restringe su capacidad de ser garantía o prenda general en sus relaciones jurídicas)<sup>72</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, para el derecho penal el daño patrimonial se verifica solo por medio de la constatación de una merma económica o “empobrecimiento” (pérdida de poder económico) que es consecuencia de un balance global

<sup>63</sup> PASTOR y COCA (2015) p. 17.

<sup>64</sup> RANSIEK (2004) p. 662.

<sup>65</sup> ALEMANIA, Sentencia Tribunal Federal Alemán (5 StR 395/19, 04.03.2020), p. 3554.

<sup>66</sup> SCHRAMM (2005) p. 48.

<sup>67</sup> FIGUEROA (1991) pp. 20 y ss.

<sup>68</sup> FEHLING, FAUST y RÖNNAU (2006) p. 25; MAYER (2018) p. 30.

<sup>69</sup> BASCUÑÁN (2003) p. 294; ROJAS (2011) p. 419; MAYER (2018) pp. 30 y 33.

<sup>70</sup> OTTO (1970) pp. 69 y ss.

<sup>71</sup> OTTO (1970) p. 56.

<sup>72</sup> NELLES (1991) pp. 433 y ss.

negativo entre el patrimonio antes y después de la conducta<sup>73</sup>. No se trata de un daño que se verifique a partir de la pérdida de libertad de su titular –lo que explica que estos delitos patrimoniales no sean calificados como delitos contra la libertad, con el fracaso de los objetivos trazados o propósitos perseguidos por el titular del patrimonio<sup>74</sup>–, aunque el ejercicio de la voluntad libre o las condiciones de disposición propia o delegada sobre el bien patrimonial sí pueden jugar un rol relevante en la configuración de los injustos patrimoniales (desvalor de la conducta).

Esta perspectiva adoptada por la dogmática penal tiene efectos tanto en la definición del interés general por su protección como en el tratamiento global de los delitos patrimoniales.

## 2. EL INTERÉS GENERAL POR LA PROTECCIÓN PENAL PATRIMONIAL

Como se ha concluido, el bien jurídico patrimonio, cuyo daño es comprendido solo como una merma económica global, no puede ser protegido ni en términos absolutos ni su afectación desvalorada *per se*<sup>75</sup>. Para superar el déficit del mero perjuicio patrimonial es necesario argumentar un interés general por dicha protección penal condicional<sup>76</sup>, para lo cual no es necesario recurrir a tesis subjetivas que integren el fracaso de los objetivos trazados por el titular en el daño patrimonial (que era una posibilidad)<sup>77</sup>.

El hecho de que el bien sea disponible para su titular lo convierte en susceptible de ser instrumentalizado según su voluntad, conformidad o “consentimiento”<sup>78</sup>, y que no exista comúnmente un interés general en limitar los riesgos imputables a él (excepcionalmente, en casos de insolvencia; en cuyo caso se protegen intereses de acreedores)<sup>79</sup>. De la misma forma, no alcanza dicho interés a la insatisfacción de expectativas en las relaciones en que voluntariamente se involucre el titular. Aquello explica que en el ámbito de los delitos patrimoniales el asentimiento o acuerdo previo del titular pueda tener como efecto ya la “exclusión de la tipicidad”; esto es, que una afectación del valor económico no alcance siquiera relevancia típica, en la medida en que ya hace irrelevante el riesgo sobre este bien jurídico<sup>80</sup>.

El sistema económico de libre mercado obliga a entender que el sometimiento voluntario a relaciones económicas con su consiguiente riesgo de afectación no

<sup>73</sup> PASTOR y COCA (2018) pp 156 y ss.; HANTSCHER (2010) p. 29; PAWLIK (1999) p. 264.

<sup>74</sup> Sobre esta discusión véase en GEERDS (1994) p. 320 F; HANTSCHER (2010) p. 28; OTTO (1970) p. 70; HEFENDEHL (1993) pp. 97; ROTSCHE (2022) p. 229.

<sup>75</sup> Antes también HILLENKAMP (1981) p.164; MANSDÖRFER (2009) p. 116; BRÄUNIG (2009) p. 180; BASCUÑAN (2021) p. 104; SOYKA (2008) p. 39.

<sup>76</sup> OTTO (1970) p. 162; WEGENAST (1994) p. 64.

<sup>77</sup> Sobre esta discusión véase en GEERDS (1994) p. 320 y s.; HANTSCHER (2010) p. 28; OTTO (1970) p. 70; HEFENDEHL (1993) p. 97; ROTSCHE (2022) p. 229.

<sup>78</sup> CURBELO (2013) pp. 89 y ss.

<sup>79</sup> LINDEMANN (2012) p. 45.

<sup>80</sup> FARALDO (2003) p. 272; MAURER (2022) p. 46

puede ser atribuido como un ilícito a un tercero.<sup>81</sup> Para nuestro sistema económico, en una relación horizontal de creación de obligaciones, cada parte es jurídicamente competente por la propia esfera de organización de sus intereses y de los riesgos que crea. De esta manera, no existe un deber general de no afectar el patrimonio propio (crear un riesgo para estos) o de no afectar el ajeno por medio de conductas en la interacción social propias de cualquier negocio jurídico; esto es, el empobrecimiento económico atribuido al buen juicio económico o a la habilidad de la contraparte como consecuencia de haber aceptado voluntariamente riesgos patrimoniales por sus titulares no puede ser entendido como un ilícito<sup>82</sup>. En general, el solo riesgo de lesión patrimonial es completamente insuficiente para fundar un injusto patrimonial.

El interés general y público por proteger mediante la criminalización de conductas se funda en atribuirle a un tercero una afectación patrimonial injusta, lo que se produce solo en hipótesis de desconocimiento de la personalidad del otro por instrumentalización u otro modo que afecte la capacidad de ejercicio de la voluntad libre o que suponga abuso en hipótesis de relaciones de confianza. Aquello implica que la interacción social legítima es dependiente tanto del ámbito de configuración patrimonial que decida su titular o del contexto creado voluntariamente –en ejercicio de su autonomía privada– dentro del ordenamiento jurídico<sup>83</sup> como de los modos de interacción propios del sistema de libre mercado. Así, las formas de ataque no solo deben contemplar modos conductuales riesgosos capaces de alcanzar causalmente el resultado, sino que se debe poder atribuirse a un tercero la afectación de las condiciones o presupuestos individuales de interacción económica y social del titular<sup>84</sup>.

Aquello sucede en el injusto de la apropiación de los delitos contra la propiedad en que la pérdida fáctica de la cosa debe ser atribuida al autor en forma plena y no a la voluntad o tolerancia del titular o dueño<sup>85</sup>. Lo mismo sucede en el caso de los delitos patrimoniales. En la estafa, por ejemplo, el desvalor conductual es consecuencia de que la lesión al bien jurídico patrimonial protegido sea alcanzado por medio de la afectación de la “potencia voluntativa” de la persona que es contraparte, por afectación del sentido de la realidad<sup>86</sup>.

En el caso de la relación fiduciaria (asimétrica vertical), el injusto no se caracteriza por la anulación o afectación de la voluntad en la formación del consentimiento y creación de obligaciones. Más bien, su problema radica en que se trata de relaciones en que el titular cede a un tercero su ámbito de organización patrimonial, por lo que quedan diferenciados la titularidad del bien jurídico tanto

<sup>81</sup> WEGENAST (1994) pp. 62 y ss.

<sup>82</sup> ARZT (2000) párrafo 7.

<sup>83</sup> GEERDS (1954) p. 262; BASCUÑÁN (2021) p. 81; ÍÑIGO (2022) p. 178; 183 y ss; RENZIKOWSKI (2024), P. 79; SCHRAMM (2005) pp. 52 y ss.; PASTOR Y COCA (2016) pp. 143 y ss.

<sup>84</sup> BRÄUNIG (2011) p. 51.

<sup>85</sup> HRUSCHKA (1999) p. 461.

<sup>86</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ (2020) pp. 51 y ss; JAKOBS (2008) p. 4.

del control de la propiedad como del ejercicio del poder económico y del poder de disposición<sup>87</sup>.

El problema es que la colaboración y la asociación (por ejemplo, en la gestión de activos y corporativa) solo tiene sentido y es eficaz si es que incluye la permisión al tercero para el desarrollo de actividades caracterizadas por la asunción de riesgos y la incertidumbre funcional<sup>88</sup>. La legitimidad del riesgo o derechamente de la disposición del patrimonio, entonces, depende de si puede atribuirse a los contornos predeterminados por el titular del bien o de quien “lo tiene a su cargo” en su lugar y, de ser este el caso, definir si este último ha sido leal o desleal al encargo y a los intereses patrimoniales del titular que deben ser tutelados. Aquello explica que, con razón, Silva Sánchez prefiera hablar de “riesgos consentidos”<sup>89</sup>.

En el fondo, lo que explica el núcleo del injusto y la estructura típica, es que el titular fijará con su voluntad un marco de referencia de la cesión de su organización patrimonial al tercero decidiendo sobre el rol que asumirá, los fines, objetivos y funciones, márgenes de riesgo<sup>90</sup>, y también cómo determina qué parte del poder de disposición debe permanecer solo disponible por él o qué parte de su “autoridad para fijar fines” es o no delegable desde su poder de disposición<sup>91</sup>. Por su parte, el tercero asume el rol funcional que incluye el deber de tutela –contracara de la cesión del ámbito de organización patrimonial– y el de representación leal de la voluntad con relación a dicha organización patrimonial (en la forma y condiciones que es cedida).

Entonces, dicho estatuto de delegación define el ámbito de aplicación de los deberes privados de diligencia y de lealtad que gobiernan el rol y la función asumidas<sup>92</sup>. Como bien lo señala Llebot, estos deberes civiles están diseñados como medida preventiva respecto de un tipo de responsabilidad basada en la justicia conmutativa; esto es, la posible responsabilidad civil indemnizatoria de reparar los daños causados en el ejercicio de la función<sup>93</sup>. En el caso del derecho de sociedades nacional (art. 41 de la ley de sociedades anónimas), a modo de ejemplo, el estándar de cumplimiento del deber es el mismo del derecho civil (culpa leve). Este se trata de un modelo de configuración conductual que no apela a intereses generales, sino a criterios muy abstractos de expectativas contractuales; incluso, requieren una reconstrucción *ad hoc* de tipo casuístico y jurisprudencial que les permita una concreción: deberes de gestión, de informarse, de investigar, de vigilancia, de transparencia y procedimentales<sup>94</sup>.

<sup>87</sup> NELLES (1991) p. 450; GINOU (2020) pp. 69 y ss.

<sup>88</sup> MANSDÖRFER (2009) p. 116; BRÄUNIG (2009) p. 180.

<sup>89</sup> SILVA (2022) p. 94.

<sup>90</sup> PASTOR (2018) p. 161; PASTOR y COCA (2016) pp. 107 y ss.

<sup>91</sup> NELLES (1991) p. 521.

<sup>92</sup> Concordamos con BURGER (2007) p. 88.

<sup>93</sup> LLEVOT (1996), p. 49.

<sup>94</sup> LLEVOT (1996), pp. 54.

El derecho penal no adopta una protección general de las expectativas normativas que surgen de dicha posición de tutela. La configuración de un injusto penal en el contexto del marco de delegación es excepcional y subsidiaria (basada en el principio de *ultima ratio*). Así, la existencia de un ilícito penal se justifica recién cuando el perjuicio patrimonial es atribuido a quien ha asumido la organización patrimonial ajena no como una imprudencia (ni como infracción a parámetros genéricos o procedimentales), sino como un acto especialmente grave de deslealtad. Estándares como la infidelidad funcional, “pasarse para el otro lado”, el “criterio del apostador” o el criterio de lo “*claramente injustificable*” son utilizados por la dogmática penal para tal efecto.<sup>95</sup> Para alcanzar el estándar de deslealtad típico, los tipos penales comparados siguen distintas estrategias, algunas más eficientes que otras. Los modelos que sustentan la configuración del injusto típico en la posición institucional del sujeto activo en relación con el patrimonio –como el alemán y el español– tienen mayores dificultades para encontrar una cualificación adecuada del ilícito civil.

En cualquier caso, cuando se elige la deslealtad sustantiva, esta puede tener marcos de referencia diferentes: i) en los límites de la relación interna entre el autor o agente/titular o principal, en relación a fines y límites ii) en la fidelidad orgánica que sirve como criterio abstracto general, principalmente ante conflictos de interés, consistente en el deber de actuar siempre en mira a los mejores intereses patrimoniales del titular (lealtad orgánica)<sup>96</sup> y, iii) en los deberes funcionales propios del estatuto de gestor de intereses ajenos y que determinan límites a la racionalidad en la adopción de decisiones<sup>97</sup>.

En el caso de las sociedades, dicha manifestación de voluntad y el asentimiento o consentimiento para disponer del patrimonio se manifiesta orgánicamente (requiere su formación legítima) y, eventualmente, podría estar regulada por el legislador<sup>98</sup>. La accesoriedad es, entonces, relevante en dos sentidos. El primero, en lo que dice relación con el consentimiento del titular (regulación sobre la forma de manifestar voluntad); y, el segundo, en relación con los límites establecidos por la ley como expresión del deber de privilegiar intereses del titular. El fin de protección de la norma es al patrimonio como bien disponible del titular; no hay protección sin la voluntad del titular<sup>99</sup>.

<sup>95</sup> WACKERNAGEL (2019), p. 113.

<sup>96</sup> RIBAS (2010) p. 176

<sup>97</sup> RIBAS (2010) p. 182; también WACKERNAGEL (2019), p. 49

<sup>98</sup> GINOU (2020) p. 83.

<sup>99</sup> MAURER (2022) p. 49.

## IV. LA VALORACIÓN NEGATIVA DE LA CONDUCTA EN EL SISTEMA DE DESLEALTAD DEL ART. 470 N° 11 CP

### 1. CUESTIONES GENERALES

Como ya se ha destacado, el tipo de administración desleal del art. 470 N° 11 del CP (Ch) configura un sistema de deslealtad completo<sup>100</sup> y, a diferencia de otros modelos comparados europeos, se caracteriza por describir pormenorizadamente los elementos que lo conforman: i) la posición específica del sujeto activo en relación con el patrimonio y el titular de este (“estar a cargo” de “la gestión y salvaguarda”) concreta la asunción del poder de disposición y representación de la voluntad ajena; ii) las modalidades conductuales típicas que constituyen infracción a los deberes que surgen de dicha posición institucional (abuso e infidelidad); y, iii) la exigencia de resultado (perjuicio patrimonial). El desafío de la dogmática penal es impedir que la interpretación aislada de sus elementos termine por diluir el sistema de deslealtad como injusto.

### 2. LOS MODOS CONDUCTUALES TÍPICOS EN EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL: PROPUESTA GENERAL

El delito de administración desleal es un delito patrimonial que comprende relaciones asimétricas verticales cualificadas (ataque desde dentro)<sup>101</sup>. Entre las relaciones verticales asimétricas, solo se comprende aquellas en que un sujeto confía su ámbito de organización patrimonial (no solo bienes o facultades aisladas) a un tercero (“estar a cargo” en el chileno; “interés patrimonial que debe tutelar” en el alemán y el administrador en el español) para efectos de su salvaguarda o gestión (administración). Lo anterior concreta una relación caracterizada porque el segundo asume un rol principal en el ámbito patrimonial del titular, es decir, se le concede un ámbito de libertad para tomar decisiones sobre él, y asume el deber de representar exclusivamente la voluntad y el interés del titular, lo que excluye relaciones asimétricas caracterizadas porque cada parte resguarda su propio interés<sup>102</sup>. Estas relaciones verticales se llevan a cabo con el objetivo de que este tercero asuma una posición que se concreta funcionalmente en deberes de tutela con relación a ese marco de organización patrimonial y de lealtad frente a los intereses patrimoniales del titular y los objetivos patrimoniales delegados. La cláusula “tener a cargo”, entonces, da cuenta de un tipo de responsabilidad que hace surgir adicionalmente el deber de actuar diligente, honesta y lealmente en el interés o bienestar ajeno.

Actuar de forma leal, en su particularidad, consiste en representar fielmente la voluntad y ejercer el deber funcional en el mejor interés del principal, de privilegiar

<sup>100</sup> En Alemania Nelles, aunque por vía interpretativa, también propone entender el delito como “sistema de deslealtad” (“*Wesen der Untreue*”): NELLES (1991) p. 135; KINDHÄUSER (2017) nm. 17; con más detalles ROJAS (2009) p. 147.

<sup>101</sup> Véase GARCÍA PALOMINOS (2024) pp. 33 y ss.

<sup>102</sup> SCHRAMM (2005) pp. 38 y ss.

o actuar conforme con los mejores intereses de un individuo o causa delegada<sup>103</sup>. Por lo tanto, no debe confundirse el deber de diligencia con el de tutela (deber de la posición) y el de lealtad, en la medida en que el primero está vinculado con el cuidado que debe conducir la realización de las obligaciones acordadas contractualmente (común a toda obligación), mientras que la lealtad, concreta una idea regulativa general e implícita en todas las decisiones respecto a lo delegado<sup>104</sup>; es una idea específica de relaciones de colaboración y asociación<sup>105</sup>: la prohibición de exceder el poder de representación delegado, prohibición de optar por una alternativa en la decisión (patrimonial) que debilite el “vínculo principal” o ejecutar una acción por la que se abandone el interés del titular encargado.

En el art. 470 N° 11 del CP se establece el segundo grupo de elementos configuradores del sistema de deslealtad que convierten la mera afectación “desde dentro” en un verdadero “ataque de un enemigo interno”<sup>106</sup>. Para configurar el tipo, el legislador distinguió, siguiendo la regulación típica alemana, dos modalidades conductuales de deslealtad: el abuso de potestades y la infidelidad. Si bien en ambos subtipos el marco de la relación entre titular y autor es sustancial, en la medida en que es creador del rol “estar a cargo”, en el primero, se (des)valora una ejecución formal del poder de disposición que infringe el marco limitado de ejercicio de potestades de disposición (deslealtad a la voluntad expresa del titular respecto de fines y riesgos), mientras que en el segundo se desvalora la ejecución de la función de un modo desleal para con los intereses patrimoniales del titular<sup>107</sup>.

La subhipótesis de abuso es una forma específica de deslealtad<sup>108</sup> de quien tiene “a su cargo” el patrimonio ajeno y, al mismo tiempo, un poder de representar la voluntad del titular y que, al crear válidamente obligaciones en nombre del titular o al ejercer las facultades de disposición, abusa de ellas ejerciéndolas sin respetar los fines, restricciones y límites acordados expresamente con el titular del patrimonio (relación interna) para su ejercicio<sup>109</sup>. El diseño típico de aquello consiste en describir, en primer lugar, la conducta como la creación de obligaciones legítimas y válidas en nombre del titular o enajenar bienes; en segundo lugar, exige un abuso de dichos poderes consistente en sobrepasar “la esencia del acuerdo” concretada en ciertas limitaciones para alcanzar fines en el marco fijado por “la relación interna” definida por el titular<sup>110</sup>; y, en tercer lugar, exige la generación de una merma o empobrecimiento como consecuencia de la atribución directa de obligaciones y dis-

<sup>103</sup> GARCÍA PALOMINOS (2024) p. 54.

<sup>104</sup> Sobre la diferencia RIBAS (2010) pp. 174 y ss.

<sup>105</sup> RIBAS (2010) p. 173.

<sup>106</sup> A partir de la idea de SCHÜNEMANN (2013) p. 847.

<sup>107</sup> GARCÍA PALOMINOS (2024) pp. 51 y ss.

<sup>108</sup> JAKOBS (2008) pp. 12 y ss.

<sup>109</sup> Para el derecho alemán SCHRAMM (2005) pp. 33 y ss.

<sup>110</sup> MAYER (2020) pp. 340.

posiciones al patrimonio. Aquello queda definido en la siguiente frase: “ejerciendo abusivamente facultades para disponer por cuenta de ella u obligarla”.

Dos perspectivas se asoman ya en el derecho chileno para perfilar este ilícito, aunque sus efectos finales (restrictivos) terminan por ser similares en la práctica.

La primera, que es actualmente mayoritaria en nuestra literatura, sostiene que “no es el mero exceso” en el ejercicio del poder lo que caracteriza el injusto típico, sino el que en dicho ejercicio el agente se desvíe del objetivo para el cual se otorgó la gestión, infringiendo el deber de tutelar el interés del titular del patrimonio<sup>111</sup>. La característica de esta propuesta radica en “limitar” lo que se entiende como “relación interna” exclusivamente a los acuerdos directos y expresos entre titular y autor y, en dicho acuerdo, esencialmente lo relativo a los fines y objetivos.

Una segunda perspectiva, más cercana a la jurisprudencia alemana, acepta comprender el marco de la relación interna de manera amplia, incluyendo la voluntad hipotética o infracciones a normas legales y protocolos y procedimientos de la adopción de decisiones<sup>112</sup>.

Estas opiniones, conscientes de la necesidad de solucionar la falta de contornos que genera, emprenden estrategias interpretativas integradoras; esto es, cualifican el injusto incorporando el elemento “cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado” propio de la hipótesis de infidelidad en la subhipótesis de abuso. Es decir, intentan la misma estrategia integradora de la doctrina monista en Alemania<sup>113</sup>.

Sin perjuicio de que el fin que se busca con estas estrategias de interpretación es correcto –perfilar la hipótesis en comento desde la deslealtad–, creemos que lo mismo se puede alcanzar sin forzar la integración de elementos externos a cada subtipo, interpretando estrictamente cada elemento del tipo como parte de un “sistema de deslealtad”.

Dos cuestiones se vuelven relevantes:

La primera (i) es que, para que esta hipótesis de abuso quede bien perfilada y diferenciada con relación a la de infidelidad (y no ser un apéndice accesorio), se debe acentuar su característica particular: el ejercicio abusivo de facultades delegadas. Se trata, por lo mismo, de un modo conductual injusto en un contexto en que el titular cede la tutela de su organización patrimonial (su poder económico) a un tercero, pero en que, al momento de ceder funcionalmente el patrimonio, el poder de disposición jurídico y de representación de su voluntad delegado quedan limitados y condicionados en un marco expreso de “relación interna” entre autor y el titular. Por lo mismo, el modo abusivo no consiste en cualquier infracción a las reglas de la cesión funcional del patrimonio (administración o custodia), sino en la afectación del poder económico (patrimonio) por disponer y representar validamente la

<sup>111</sup> MAYER (2020) p. 340.

<sup>112</sup> Véase los trabajos de ROJAS (2024) pp. 303 y ss. y CONTRERAS y CASTRO (2023) pp. 829 y ss.

<sup>113</sup> CONTRERAS y CASTRO (2023) pp. 829 y ss.; MAÑALICH (2022) pp. 302 y ss.

voluntad del titular excediendo deslealmente los límites impuestos por este. Aquello, como se ha señalado en la doctrina, impide “desglosarse más en abstracto” y exige una expresión concreta y definida<sup>114</sup>.

Especialmente complejas son las hipótesis en que la voluntad no es expresa y solo se deduce de su contexto, voluntad hipotética o la ley. Aquello no es suficiente para la reconstrucción de dicho marco interno que une al titular y el autor. De alguna forma se sustituye el marco de libertades y límites establecidos por el titular, esencial para reconstruir el abuso como deslealtad patrimonial, por regulaciones y procedimientos de decisión que no establecen límites ni fines, sino reglas que solo reconstruyen deberes de cuidado. En algunos casos, como lo ha advertido Schünemann para el tipo alemán, se protegen bienes colectivos distintos (por intereses públicos)<sup>115</sup>. La confusión termina provocando, como se analizó más arriba, una sustitución del “abuso” por la mera infracción civil o administrativa. La exclusión de algunos de estos supuestos de la hipótesis de abuso no significa necesariamente su exclusión de la hipótesis de infidelidad, aunque su subsunción dependerá de una argumentación distinta.

Distinto es el caso en que la ley, regulando un contrato o una institución, establezca expresamente un fin o un límite expreso, ya que el marco consentido por el titular contempla dicha condición. Es lo que sucede en el mandato general que, en el art. 2132 del Código Civil chileno, establece limitaciones a las facultades del mandatario relativas a solo efectuar los actos de administración y permanecer dentro del giro administrativo ordinario de los negocios del mandante<sup>116</sup>.

La segunda cuestión relevante (ii) dice relación con que el criterio-estándar “pasarse para el otro lado”, que concreta la idea de abuso, propio de esta hipótesis, requiere no solo la violación de las instrucciones estrictas y esenciales del titular respecto del fin<sup>117</sup> o de los límites expresos de emprendimiento de riesgos (para alcanzar fines), sino esencialmente la “explotación de su posición de poder” a expensas del titular por el hecho de atribuirle obligaciones directas a su patrimonio en contra de la delegación y los intereses delegados. La infracción al deber de lealtad en el marco del ejercicio del poder de disposición y representación caracteriza este injusto y, de alguna forma que debe estudiarse, determina la forma del perjuicio patrimonial.

Por su parte, la hipótesis de quiebre de confianza o infidelidad concreta una modalidad específica de deslealtad –propia de un enemigo interno, que abandona el interés del titular– cuyo injusto no consiste en la específica infracción al marco de delegación del poder de disposición y representación del titular durante la ejecución de facultades creadoras de obligaciones y enajenación bienes. En este caso, consiste en el modo desleal en que es ejercida la función en el interés ajeno (gestión o custodia) y en que concreta un abandono del interés delegado. Por lo que, si bien

<sup>114</sup> NELLES (1991) p. 153.

<sup>115</sup> SCHÜNEMANN (2008b) pp. 131 y ss.

<sup>116</sup> STITCHKIN (2009) p. 286.

<sup>117</sup> Como bien lo destaca ROJAS (2009) p. 160; NELLES (1991) p. 520.

se amplía a cualquier acción riesgosa u omisión de evitar el peligro, esta debe concretarse en una infracción al deber propio del rol organizativo o institucional que, en la tarea de custodiar o gestionar una función a la que sirve el patrimonio, queda caracterizada como cualificada y manifiestamente contraria u opuesta a los intereses del titular.

En cualquier caso, los estándares conductuales a partir de los cuales se pueden juzgar los negocios riesgosos deben ser reconstruidos a partir de expectativas conductuales *ex ante* y no a partir de la constatación *ex post* del resultado (“responsabilidad por el fracaso”)<sup>118</sup>.

## V. PROPUESTA ESPECÍFICA: DESLEALTAD Y NEGOCIOS RIESGOSOS

### 1. CONCLUSIONES GENERALES Y PUNTO DE PARTIDA

La obligación de optar siempre por un comportamiento predominantemente inocuo para el patrimonio (norma prohibitiva general de emprender riesgo patrimonial evitable), en un contexto de agencia profesional o colaborativa en negocios, no es posible ni exigible. De hecho, el derecho no ha podido identificar la existencia real de “pautas de riesgo objetivables y cultivadas históricamente” que se transformen en pautas conductuales vinculantes y basadas en un interés general evitar tales riesgos y resultados<sup>119</sup>.

En realidad, la protección jurídico penal del patrimonio se hace, en principio, muy dependiente de hipótesis de fraudes que afecten la “potencia voluntativa” de la persona que es contraparte en una interacción económica (engaño) o por abuso de confianza. En las relaciones de confianza se crean estatutos basados en el *deber de tutela civil* sobre el patrimonio del titular, en los que se concretan deberes de diligencia con relación al ejercicio de la función y la protección del patrimonio y de lealtad para con el principal y el objetivo por él trazado. Estos deberes civiles han sido implementados como contrapartida preventiva de que el agente esté insertado en la esfera de organización patrimonial de la víctima, el titular del patrimonio.<sup>120</sup>

Precisamente, solo a partir del marco de la cesión y los límites fijados por el titular, y no a partir de criterios generales o superiores, surge la protección penal como mecanismo legítimo de intervención estatal. Pero, incluso allí, en el ámbito de lo delegado bajo consentimiento, tampoco es posible recurrir a criterios generales que gobiernen la forma de gestión permitida, como el criterio del “buen administrador” o de la “gestión adecuada”. Estos, desarrollados por las teorías de la administración para evaluar la eficiencia de los ejecutivos y sus estrategias, tampoco se han podido imponer razonablemente para distinguir entre riesgos permitidos y prohibidos, por su vaguedad<sup>121</sup>.

<sup>118</sup> También en WACKERNAGEL (2019) p. 114.

<sup>119</sup> También antes HILLENKAMP (1981) p. 164.

<sup>120</sup> GINOY (2020) pp. 69 y ss.

<sup>121</sup> BURGER (2007) p. 87.

El derecho penal, con base en la accesoriedad hacia las normas del derecho privado, identifica como merecidas de pena solo algunas hipótesis en el contexto de las relaciones fiduciarias (de agencia). No todos los deberes privados propios de la posición de tutela configuran sus injustos penales a partir de la infracción a deberes de diligencia civiles. A diferencia de otros modelos de criminalización que se concretan sobre la base de selección de entre las infracciones más graves, el art. 470 N° 11 CP expone un sistema que lo es exclusivamente a partir de dos modalidades de infracción al deber de lealtad (deslealtad): en el abuso de poderes fijados en la relación interna y en la infidelidad. La infracción al deber de diligencia es de competencia exclusiva del derecho privado.

En la propuesta que se ofrece se considera que ambas modalidades conductuales típicas –el abuso y la infidelidad– representan infracciones al deber de tutela de modo desleal y que, siendo distintas, pueden acoger limitadamente distintas hipótesis de negocios riesgosos.

## 2. LA HIPÓTESIS DE ABUSO Y LOS NEGOCIOS RIESGOSOS

La exigencia explícita en la subhipótesis de abuso de que la conducta consista en un ejercicio válido de potestades o facultades para obligar el patrimonio del titular o enajenar los bienes que formen parte de él invita a analizar *prima facie* aquí las constelaciones de negocios riesgosos. Esto es importante en la medida en que la mayoría de los negocios (negocios de servicio anticipado al pago o cumplimiento diferido, negocios especulativos e inversiones riesgosas) se concretan en una enajenación o en la creación válida de una obligación atribuible al patrimonio del titular. Sin embargo, a partir de que hemos excluido el mero riesgo de perjuicio patrimonial como parámetro único constitutivo del injusto del delito, se debe poner en el centro del análisis al “abuso de dicha facultades” concedidas, lo que implica una forma de deslealtad no solo por el mero exceso formal a los límites dispuestos en su relación interna con el titular (lo que debía hacer) o con quien haya representado expresamente dicha voluntad en su lugar<sup>122</sup>, sino por el ejercicio desviado del objetivo para el cual se otorgó el poder<sup>123</sup>. Aquello genera un espacio para lo que denominaremos “negocios riesgosos no consentidos”.

El abuso en el ejercicio de los poderes delegados exige la infracción desleal o infringir deslealmente las condiciones fijadas por la “relación interna” entre principal y agente, que es el concepto utilizado por la dogmática de este delito para referirse a ciertas condiciones sustantivas del marco de delegación de la organización patrimonial o marco de consentimiento, y que es connatural a la creación de una relación fiduciaria. A nuestro juicio, la idea de abuso no se alcanza por un mero exceso o superación no esencial de dichas limitaciones o en infracciones de ciertas condiciones meramente procedimentales para adoptar decisiones, sino en sobrepasar “la esencia del acuerdo”, que se concretaría en la desviación de fines u objetivos

<sup>122</sup> KINDHÄUSER (2013) nm. 87; NELLES (1991) p. 520.

<sup>123</sup> MAYER (2020) p. 340.

expresos y en la superación de limitaciones o presupuestos para alcanzar fines (que también se efectúan como autorizaciones *ad hoc* o específicas que alteren algún aspecto de dicho marco general).

De ahí que un negocio riesgoso podrá constituir un abuso en los términos de este injusto típico en la medida que se infrinjan o se superen sustantivamente los límites del marco de delegación cuando al crear obligaciones a expensas del titular se lo hace desviando los fines o se superan los límites de la política de riesgos expresamente establecida.<sup>124</sup> Solo una definición de fines claros en la delegación así como una política precisa o relativamente precisa de riesgos consentidos podría satisfacer las exigencias que este modo conductual presupone para que el ejercicio del poder sea claramente abusivo.

Definiciones puramente genéricas o procedimentales, para reconstruir el consentimiento presunto del titular con relación a la política de riesgos, afecta el perfilamiento del desvalor del abuso, ya que exigiría acudir a criterios meramente hipotéticos –como el de la voluntad presunta– que de hecho no se expresaron y no existen (como lo hace parte de la doctrina alemana)<sup>125</sup>.

Sin embargo, aquel criterio dejaría de configurar una base plausible para el análisis del abuso de ejercicio de poderes, aunque no descartaría la generación de un contexto en que se infrinjan deberes de lealtad. Aquello permitiría no descartar la punibilidad absolutamente, aunque solo bajo un estudio alternativo de otros modos de deslealtad, como la infidelidad.

En principio, es posible sostener que quedarían comprendidos en el tipo aquellos casos en que el titular ha definido expresamente un fin específico de negocios (por ejemplo, ejecutar una compraventa de un terreno específico) o, con el objetivo de lograr el fin o resguardar su poder económico, ha definido un límite preciso de riesgo o una política o matriz de riesgo determinada (no ejecutar un riesgo superior a X o no vender bajo un precio determinado) y el autor ha sobrepasado desleal y sustantivamente dicho límite. Es el caso en que el administrador de un fondo de inversión, que ejecuta inversiones, supera lo autorizado en el reglamento del fondo respecto del fin u objetivo y, como consecuencia del riesgo adoptado, lesiona el patrimonio tenido a cargo.

Como se adelantó, en ciertos ámbitos en que la manifestación de la voluntad –en especial, de personas jurídicas– se encuentra regulada o en que la ley la limita (para proteger el patrimonio del titular), ese acuerdo interno se puede ver “complementado” por las limitaciones establecidas en la ley extrapenal. No se trata de reconstruir el injusto a partir de cualquier infracción a una norma extrapenal, sino solo de complementar la voluntad o los límites de la cesión (forman parte de la naturaleza o la regulación del contrato, por ejemplo). De ahí que no comprenda cualquier regulación procedimental o limitadora de riesgos. En realidad, solo lo será en la medida en que la cesión de la organización patrimonial ajena se encuentre instituciona-

<sup>124</sup> HILLENKAMP (1981) p. 164; WACKERNAGEL (2019) p. 63.

<sup>125</sup> Una revisión bibliográfica en WACKERNAGEL (2019) p. 71.

lizada y regulada por la ley en aspectos específicos y concretos, y su contenido forme parte de las condiciones de la cesión; y también en tanto su fin coincida con el del tipo penal, esto es, la protección patrimonial (y no solo de un bien jurídico colectivo distinto). Podría ser el caso, en el ámbito bancario, del art. 84 DFL N° 3 de la Ley general de Bancos, que establece un límite a los créditos que se pueden conceder a una sola persona natural o jurídica consistente en el 10 % de su patrimonio efectivo. En la medida en que con esta norma se pretenda proteger intereses del titular del patrimonio (fin de protección), y no solo del sistema bancario, la superación del límite concretaría un riesgo *prima facie* no consentido o autorizado que forma parte de la relación interna, por lo que podría constituir también un abuso.

Son efectos de las afirmaciones anteriores los siguientes:

i) Según lo señalado, sí quedarían comprendidos en el tipo aquellos casos en que, sin perjuicio de que un tipo de riesgo es habitual en los negocios, este fue expresamente prohibido por su titular en la relación interna. Es el caso habitual de los “Mandatos de Inversión restringida” a corredores de bolsa u otras sociedades de inversiones, que disponen cláusulas que se restringen a negocios financieros específicos o a inversión de un negocio en particular, y en que el mandante se obliga a destinarlo al único y exclusivo fin de invertirlo en el negocio.

ii) La exigencia propia del abuso de actuar dentro de las potestades concedidas descartaría aquellas constelaciones en que el contrato es nulo o en que lo encargado adolece de objeto ilícito, como la de encargar y aceptar un negocio ilegal. Algunos autores alemanes, al mismo tiempo, agregan que también sería dificultoso aceptar la subsunción de los actos ilícitos por exposición a sanciones que no hayan sido delegados (como una ilicitud), pero si ejecutados por el autor como exceso de la relación interna<sup>126</sup>. La doctrina aboga, en efecto, por una interpretación formal, y no puramente fáctica, tanto de la concesión de poderes como de las expectativas puestas por la voluntad del titular al establecer límites o fines. Es decir, el abuso no se reconstruye solamente a partir de lo que consintió el titular, sino también de lo que legalmente está permitido y podía esperar de su consentimiento el titular (lo que legalmente podía consentir)<sup>127</sup>. Así las cosas, las hipótesis de exposición a riesgo de sanciones necesariamente quedan excluidas de esta subhipótesis y eventualmente deben ser analizadas bajo el estatuto de la subhipótesis de infidelidad.

iii) Por su parte, la exigencia de que el injusto del subtipo consiste en ejercer las facultades delegadas infringiendo la relación interna fijada por el titular, debería obligar a descartar los negocios riesgosos ejecutados “con asentimiento o consentimiento” o aprobación del titular (o el órgano que represente dicha voluntad), ya que la voluntad elimina la posibilidad de que se pueda hablar de abuso de potestades como modalidad de la deslealtad<sup>128</sup>.

<sup>126</sup> HELLMANN (2007) p. 435.

<sup>127</sup> HELLMANN (2007) p. 436.

<sup>128</sup> En la literatura alemana véase HELLMANN (2007) p. 435.

iv) Al mismo tiempo, se deberían excluir las hipótesis en que el titular concede una amplia discrecionalidad y esta queda gobernada exclusivamente por el deber orgánico y funcional para alcanzar los fines genéricos o por instrucciones muy generales o meramente procedimentales, sin que exista de manera clara un marco que establezca los fines específicos o límites expresos. Aquello puede suceder en contratos de mandato de inversión generales o discrecionales, en que normalmente no se establecen referencias claras para identificar un abuso. Lo mismo en el ámbito societario, en que la mayoría de los negocios riesgosos adoptados por un directorio o por gerentes, sin instrucciones particulares, no podrían ser captados por el tipo de abuso, ya que, de hacerlo, la contrastación con el marco interno sería meramente ficticia, hipotética o construida a partir de consideraciones *ex post*. Todas estas posibilidades difuminan el contenido del injusto. El lugar natural de aquel análisis, para la eventualidad de que el perjuicio patrimonial sea consecuencia de una deslealtad, será la hipótesis de infidelidad.

v) En consecuencia, se debe rechazar la tesis de que el marco de la relación interna pueda ser reconstruido a partir de una especie de voluntad hipotética (absolutamente incompatible con el tipo de abuso) como lo ha desarrollado en parte la jurisprudencia alemana (con base en la tesis monista) y se presenta tenuemente en algunas opiniones nacionales, ya que aquello desfigura y diluye el contenido de injusto tanto de la modalidad de abuso como de la de infidelidad<sup>129</sup>.

### 3. LA HIPÓTESIS DE INFIDELIDAD Y LOS NEGOCIOS RIESGOSOS

La posibilidad de que ciertas hipótesis de negocios riesgosos puedan ser subsumidas en el tipo penal de administración desleal se amplían solo en apariencia en el subtipo de quiebre de fidelidad o infidelidad. Esto es así porque el tipo objetivo utiliza una genérica cláusula de acción u omisión, lo que permite comprender tanto conductas informales de ejecución de riesgos (infrinjan o no un acuerdo de relación interna) como también conductas formales de uso de potestades (que no infringen un marco preciso en la relación interna). En esta subhipótesis, el injusto no se configura por ejercer abusivamente un poder de disposición y representación de otro infringiendo las limitaciones acordadas en la relación interna, sino la deslealtad más amplia: la del abandono de interés en el contexto de la función del encargo (de modo manifiestamente contrario al interés).

Por lo mismo, este es un lugar propicio para someter a análisis tanto hipótesis de estructuración de negocios de servicio anticipado al pago, cumplimiento diferido o hipótesis de exposición al riesgo de sanciones o indemnizaciones, como también de las más formales de pagos de premios remuneratorios o primas e, incluso, inversiones riesgosas y negocios especulativos.

Sus posibilidades, sin embargo, encuentran importantes limitaciones típicas. A diferencia del tipo penal alemán, que solo se perfila la hipótesis de infidelidad a partir de una infracción general a un deber de tutela patrimonial –lo que le permite

<sup>129</sup> Por ejemplo, ROJAS (2023) pp. 311 y ss.

resolver la mayoría de estos casos de negocios riesgosos desde de la mera accesoriidad administrativa o civil, que incluye infracciones a deberes de cuidado —, en el tipo nacional la tipicidad se construye exclusivamente sobre la base de la infracción precisa al deber de lealtad patrimonial (más cualificado y específico que el deber cuidado). Por ello, dicho perfilamiento preciso forma parte del núcleo del injusto y depende del modo en que son ejecutadas las acciones riesgosas u omisiones y no de meros deberes extrapenales (civiles o administrativos): “de modo manifiestamente contrario a los intereses del titular”.

Como se adelantó, la deslealtad propia de esta modalidad debe poder calificarse como “pasarse para el otro lado”, propia de un “enemigo interno”. No se trata de identificar imprudencias en el emprendimiento de riesgos ni meros errores e incumplimientos procedimentales que resguardan el patrimonio ante la falta de diligencia (cuestión que obliga a excluir muchas de las hipótesis de negocios riesgosos), sino de identificar si el modo de ejecutar la conducta es prototípicamente desleal. Esto es, por infringir el deber de fidelidad de actuar en el mejor interés del titular (lealtad funcional al fin fijado por el titular) y el deber de representar y privilegiar (anteponer) los intereses del titular que, frente a una decisión que implique conflicto de interés, se obliga a rechazar alternativas que menoscaban el vínculo principal (lealtad orgánica).<sup>130</sup>

Por lo tanto, se deben identificar dos tipos de situaciones, en que se produce i) una colisión de intereses y la acción u omisión se caracteriza por anteponer intereses de terceros o propios por sobre los delegados (deslealtad orgánica) o; ii) no existiendo tal colisión, se abandonan radicalmente los intereses tutelados del titular o se instrumentalizan en función a fines diferentes a los encargados por el titular (deslealtad funcional). En este último caso (“abandonó radical de los intereses tutelados del titular”), dicha deslealtad se debe reconstruir a partir del específico marco “funcional” de la delegación creada. Se trata de definir de qué manera una conducta resulta estar funcionalizada a los fines y objetivos perseguidos en tutela de los intereses del titular o se aparta sustantivamente del interés confiado y se sitúa en las antípodas del interés delegado.

Son situaciones caracterizadas por el conflicto de interés (i) aquellas en que, por ejemplo, alguien se compromete con un tercero para entregar secretos o información confidencial (no autorizada), cuando negocia ofreciendo o aceptando un precio menor al del mercado para favorecer a un tercero (familiar o vinculado) u omite contestar una demanda, cuando desvía el cumplimiento correcto de la función para favorecer a un tercero (ej. contratación innecesaria), cuando para favorecer intereses propios o de terceros se utiliza las oportunidades de negocios de la compañía, o compete con la sociedad gestionada; o cuando para favorecer intereses propios realiza una donación que persigue réditos personales o políticos.

Son situaciones en que se abandonan radicalmente los intereses tutelados del titular (ii) aquellas en que, por ejemplo, se despilfarra el patrimonio sin una verda-

<sup>130</sup> GREEN (2013) p. 147.

dera utilidad para alcanzar el fin o afectando gravemente su liquidez y supervivencia financiera<sup>131</sup> o aquellos en que el modo de ejecución no responde a una lógica económica –incluso altamente arriesgada– y se le da predominancia al azar, propia de un apostador que persigue divertirse con la actividad (a menos que haya sido autorizado a aquello)<sup>132</sup> o casos en que se omiten acciones de cumplimiento de ciertos deberes mínimos de gestión<sup>133</sup>.

Un análisis seguro y razonable del tipo en el ámbito de los negocios riesgosos, como se señaló, debería distinguir dos grupos de casos:

i) casos en que los límites respecto de los riesgos o fines no han sido expresamente determinados por el titular, pero su modo de ejecución es prototípicamente desleal (sea por medio de ejercicio de potestad o no); y,

ii) casos en que, si bien hay límites surgidos de la relación interna, estos no se superan formalmente en disposiciones patrimoniales formales sino en otro tipo de decisiones desleales prototípicas (no cumplen con uno de los requisitos de la hipótesis del abuso y deben ser analizados en el subtipo de infidelidad).

*A. Casos en que los límites referidos a los riesgos no han sido expresamente determinados, pero su modo de ejecución es prototípicamente desleal.*

El hecho de que no exista una política de riesgos que delimite el actuar del agente no significa que en el marco de la cesión de la organización patrimonial ajena exista una absoluta libertad para ejecutar conductas riesgosas u omitir las debidas. En un contexto gobernado por el deber de tutela, surgen deberes civiles como el de cuidado y el de lealtad que son los que fijan el límite. Como ya se ha dicho, el injusto penal radica exclusivamente en la infracción al segundo. Ya que en la hipótesis de infidelidad el ilícito no radica en el abuso de poder por exceder los límites consentidos, la deslealtad debe encontrarse en el modo de ejecución de la función.

En efecto, para reconstruir el injusto se debe reconocer que las cláusulas penales “manifiestamente” y “contrario al interés del titular” buscan superar y sustituir la mera infracción a deberes de cuidado y deberes puramente procedimentales o societarios por la idea de deslealtad manifiesta. En concreto, se trata de una fórmula que apela a la idea de última *ratio* del derecho penal, aunque abandona el criterio cuantitativo y lo sustituye por uno cualitativo. Esto tiene dos efectos: i) el primero consiste en concretar la idea de que las acciones que son parte de un margen de discrecionalidad aceptado en el derecho privado y en la economía no alcanzan como conductas para que sean subsumidas por el tipo penal (principio de unidad del ordenamiento jurídico). El análisis de este grupo de casos, entonces, tiene como punto de partida que, al menos, se supere dicho contexto regulado por el derecho civil y que ni siquiera configuran un ilícito. ii) El segundo consiste en seleccionar

<sup>131</sup> Véase LLEBOT (1996) pp. 99; 116; 119; 122.

<sup>132</sup> HILLENKAMP (1981) p. 165.

<sup>133</sup> MATUS (2019) p. 160.

de entre los deberes orgánicos y funcionales solo aquellos cuya infracción puede ser calificada como una deslealtad manifiesta.

Un primer paso, entonces, consiste en determinar el contexto en que debe cumplirse el deber de tutela. En principio, cuando el sujeto activo goce de margen de discrecionalidad amplio, sin indicaciones relativas a riesgos, es determinante típicamente definir si el sujeto a cargo del patrimonio ha infringido el deber de tutela por medio del “abandono radical de los intereses tutelados del titular” (deslealmente). Relevante son los “aspectos” conductuales y la manera de proceder; esto es, a partir del conjunto de hechos en los que se insertan la acción riesgosa o la omisión, analizados objetivamente por un observador imparcial. Bajo una perspectiva *ex ante*, entonces, debe concluirse que el sujeto se apartó radicalmente de los intereses del titular o ser absolutamente irracionales y no solo se infringió un deber de diligencia.

La falta de un referente concreto en la voluntad o consentimiento del titular del patrimonio para definir el “abandono radical o sustantivo” podría ser cubierto aquí también por el criterio de la voluntad hipotética o presunta. Sin embargo, aquel no cumple a cabalidad con el estándar que exige la conducta del tipo nacional ni el sentido del desvalor conductual de la infidelidad, aunque pueden ser un indicio de estar frente a un contexto en que se puede producir una deslealtad.

Pero la voluntad hipotética no es la única referencia posible que se vincula con la voluntad y consentimiento del titular. También lo es el marco de la cesión de la organización patrimonial ajena constituido por el titular, ya que este fija el contenido de la tutela, el interés encargado y los medios y la función de cómo alcanzar el fin. Por lo mismo, como ya se adelantó, es mucho más preciso reconstruir la expectativa de comportamiento leal a partir del específico marco “orgánico y funcional” de delegación creado por el titular al momento de la cesión o delegación de su organización patrimonial y, a partir de ella, definir cuáles son los intereses delegados y cuándo se infringe el deber de lealtad y, de manera más radical, cuándo se está ubicado en las antípodas del interés delegado.

Un primer aspecto es general y orgánico de toda relación fiduciaria (lo que más arriba se denominó “la fidelidad orgánica”) consistente en el deber de actuar siempre con miras a los mejores intereses patrimoniales del titular (lealtad orgánica). En principio, las constelaciones de negocios riesgosos que se dan en ámbitos de conflicto de interés, como cuando el gerente de una empresa renuncia a demandar una deuda que un familiar mantiene con la compañía, pueden fácilmente resolverse ya que la sola opción “preponderante” por el interés ajeno (no autorizada por el titular) o de un modo que mejora el estatus del tercero, asociado a un perjuicio patrimonial, convierte la decisión en “manifiestamente desleal”. En dicho estatuto se encuentran casos tales como la utilización personal de activos de la empresa, el aprovechamiento de oportunidades de negocio, remuneraciones exageradas o la competencia con la sociedad<sup>134</sup>. En estos casos es la preponderancia, por exageración o desproporcionalidad, del interés externo es lo que concreta el ilícito.

<sup>134</sup> BADENAS (2024) pp. 249 y ss.

Un segundo aspecto, esta vez muy dependiente del contenido específico del marco de cesión, es lo que hemos definido como “infidelidad funcional”. Esta noción se refiere a la necesidad de establecer los límites del agente al tomar decisiones relacionadas con su rol institucional, en función del interés y los objetivos a los que debe servir con el patrimonio confiado. Este razonamiento de la lealtad funcional implica aquello que ya Easterbrook y Fische han reconocido como regla de la relación, que cobra sentido práctico, ya que sustituye la imposibilidad de que se puedan establecer todos los compromisos específicos contractualmente, por lo que funcionalmente el agente asume una obligación de fidelidad “en pos del objetivo”<sup>135</sup>.

Como es sabido, las relaciones fiduciarias de carácter patrimonial podrían limitarse a la custodia y protección del patrimonio y crear expectativas de instrumentalización mínimas sobre este (para su sola conservación), o exigir una gestión de medios para alcanzar ciertos fines, en cuyo caso, el poder económico representado por el patrimonio es cedido como un objeto al servicio del fin u objetivo (y que no es el fin en sí mismo). Así, la relación entre instrumentalización, función y fin, en su contexto fáctico concreto, permitirá definir el ámbito de legitimación de la afectación del patrimonio, así como de la decisión riesgosa u omisión. Solo a partir de dicho contexto es posible determinar si la conducta es *ex ante* contraria o no al interés del titular y si ha surgido el deber, con base en la lealtad, de omitir y no emprender la conducta.

Ya que dicho interés del titular sobre el que se construye la lealtad es el “interés patrimonial funcionalizado al fin delegado”, habrá que diferenciar según si la cesión está configurada para fines económicos (una empresa o un fondo de inversión), fines económicos con objetivos determinados (por ejemplo, los previsionales o pensión para la vejez), fines sociales (una fundación o corporación, un club deportivo), fines de tutela de una persona o grupo (tutela de un menor de edad, administración de la sociedad conyugal), etc.

El ámbito de los negocios riesgosos con mayor relevancia fenomenológica, práctica y jurídica, se presenta en hipótesis no caracterizadas por la colisión de intereses contrapuestos, sino que en constelaciones en que el solo modo de ejecución se caracteriza por someter el patrimonio a un estado de cosas que es *ex ante* “contrario” a los intereses que funcionalmente han sido delegados por el titular.

A modo de ejemplo, la posibilidad de que una sociedad anónima realice una liberalidad resulta estar *prima facie* limitada, ya que su objetivo es gestionar uno o más negocios para crear valor esencialmente económico. Sin perjuicio de lo anterior, una donación (ejercicio de una potestad) realizada por una empresa a un club deportivo, si bien no se justifica por una racionalidad económica inmediata o directa –en tanto contraprestación–, y es una merma para el patrimonio, si puede formar parte de una política de “buen ciudadano corporativo” con relación a la sociedad que es parte de la función social de la empresa moderna y coincide con

<sup>135</sup> EASTERBROOK y FISCHER (2001), p. 270

su interés social<sup>136</sup>. La creación de valor social puede justificar una liberalidad en la medida que sea proporcionada y ajustada al contexto en que se implementa. Una misma donación, en cambio, en riesgo de insolvencia o realizada a sujetos asociados al controlador de una compañía, sin retribución económica (directo o indirecta) ni social alguna (sin creación de valor económico ni social), podría en un contexto habitual ser calificada como contraria a los intereses patrimoniales de la compañía. Similar sería la situación de dos bancos, uno estatal y otro privado, que pueden tener un patrimonio destinado al servicio de políticas sociales y otro al lucro, debiendo analizarse la decisión adoptada de manera funcional y diferenciada, de manera tal que una omisión de demandar al deudor en el primero no sea entendida como desleal, en cambio en el segundo sí.

El estándar penal de la manifiesta deslealtad tiene como efecto que, así como el mero riesgo es insuficiente en un contexto de amplia discrecionalidad también lo es la infracción a los meros procedimientos de decisión, aun cuando este dato fáctico puede ayudar a reconstruir la deslealtad. Con excepción de aquellos casos en que la voluntad del titular se manifieste orgánicamente (y que sea sustantiva), y aquello resulte estar reglado en procedimientos<sup>137</sup>, las demás infracciones a estatutos sociales, así como la regulación concreta de gobiernos corporativos (con objetivo de resguardar intereses diversos, como los de la minoría), solo pueden cristalizar un estado de cosas poco transparente que, junto a otros hechos, pueden dar cuenta del actuar de un “enemigo interno”.

Un buen criterio para negocios riesgosos es el que sostiene que, en un marco de delegación societaria o en cualquiera que exija emprender acciones favorables al titular (y evitar las desfavorables), las decisiones altamente riesgosas (incluso desproporcionadas) no son prohibidas per se, pero exigen un mínimo de racionalidad a favor del titular, de manera tal que la mera confianza sin base fáctica o la sola opción por la “primacía del azar”<sup>138</sup> puede entenderse como una conducta desleal por abandonar la búsqueda funcional del fin. En su marco de delegación concreto, entonces, dicha hipótesis puede eventualmente asimilarse a un “abandono irracional de los intereses del titular” (expresión limitada de la “fórmula del jugador”) y un modo manifiestamente desleal. Criterios como el del “elevado riesgo de pérdida y escasa probabilidad de obtener un beneficio” –como el caso de la probabilidad de incumplimiento de la transacción o una deuda– o el de falta de “razonabilidad económica - no cumplen con el perfil conductual exigido por el tipo penal nacional<sup>139</sup>. Así, la mera estrategia de organizar negocios de servicio anticipado al pago o cumplimiento diferido o el mero emprendimiento de un negocio especulativo, difícilmente puedan alcanzar el estándar exigido.

<sup>136</sup> WACKERNAGEL (2019) p. 280.

<sup>137</sup> En el mismo sentido GINOU (2020) p. 84.

<sup>138</sup> MANSDÖRFER (2009) p. 118; WACKERNAGEL (2019) pp. 287 y ss; KINDHÄUSER (2017) nm. 75.

<sup>139</sup> Sobre este criterio en WACKERNAGEL (2019) pp. 274 y p. 286.

Esta comprensión del tipo limita significativamente las posibilidades de aceptar la subsunción de hipótesis de riesgo de sanciones que para los modelos europeos era más fácil de aceptar,<sup>140</sup> pero que en el estatuto nacional requiere ser representada como una manifiesta deslealtad.

Dos ejemplos:

Se presenta el caso del ejecutivo de una empresa pública que, a solicitud de un importante político (ministro de Estado), e inspirado en sus razones políticas, concedió una donación a un club deportivo de la ciudad. Al mismo tiempo se utilizaron prácticas contables fraudulentas para ocultar la donación y presentar un estado financiero que no reflejaba la realidad de la empresa. En una situación similar, el caso "SSV Reutlingen" (BGH NStZ 2002, 322),<sup>141</sup> el Tribunal Supremo alemán abordó el problema a partir de la idea de accesoriedad administrativa y del riesgo prohibido cualificado: infracción grave a un deber jurídico-societario. El ilícito en cuestión sería consecuencia de meras infracciones a deberes de administración; esto es, por ser la donación incompatible con el objeto social, por no considerar la situación patrimonial de la empresa, por realizar acciones contrarias a la transparencia, por la falta de objetividad, por las infracciones contables, etc.

Si bien aquello está bien orientado, bajo el modelo alemán que incluye todos los deberes provenientes de la posición tutela (incluido el deber de cuidado y de transparencia), el criterio desarrollado para el tipo penal nacional debería radicarse exclusivamente en el "modo desleal" y no en la infracción a deberes de cuidado (graves), de transparencia o contables. Bajo la premisa propuesta, los datos relevantes de un caso como este son las razones de desviación en la representación del interés, en este caso, la desviación hacia intereses político-personales del ministro y del ejecutivo, que se alejan de los intereses sociales que debían representar.

Como ya se ha dicho, la incompatibilidad con el objeto social no representa un argumento sostenible considerando que las empresas (sobre todo públicas) pueden perseguir retribuciones sociales que excedan el mero interés económico. Las demás consideraciones de falta de transparencia, contables o la situación financiera son meramente accesorias o secundarias, ya que solo pretendían ocultar la deslealtad anterior y no existía un riesgo financiero sustantivo que convirtiera la donación en un acto desproporcionado e irracional.

Considérese el caso en que el ejecutivo de un Banco concede un préstamo a un empresario que, sin perjuicio de que ya ha solicitado otro crédito a la misma institución, ahora requiere mayor liquidez para hacer funcionar su empresa. El problema radica en que este último crédito fue concedido, salvando que el ejecutivo bancario estaba en conocimiento de la inexistencia de mayores garantías disponibles y las dificultades de cumplimiento e, incluso, algún grado de "falta de organización en el ámbito comercial", etc. Por cierto, en un caso como este, tanto la concesión del cré-

<sup>140</sup> PASTOR y COCA (2016) pp. 1 y ss; HILLENKAMP (1981) p. 164.

<sup>141</sup> Una explicación completa en CONTRERAS y CASTRO (2023) pp. 829 y ss.

dito era riesgosa (por las razones comentadas) como su negación, ya que aseguraba la incapacidad de seguir operando y de cumplir con los créditos antes concedidos.

En un caso similar, un tribunal alemán<sup>142</sup> sostuvo que el injusto de la administración desleal se construía a partir de la infracción al § 18 de la Ley bancaria alemana (KWG), por no haber analizado correctamente la falta de solvencia del cliente. En otro caso, el “HSH Nordbank”<sup>143</sup>, el Tribunal Supremo federal también basó su decisión en una “infracción del deber societario” en razón del incumplimiento de protocolos internos y deberes de información, y sostuvo que era suficiente para la configuración del injusto penal la superación de los criterios del § 93 párrafo I AktG (equivalente funcional de la *Business Judgment Rule*).

Bajo los parámetros definidos por el tipo penal nacional no es suficiente con la constatación de meras infracciones a normas que establecen deberes de cuidado civiles o puramente procedimentales extrapenales. Es necesario dar un paso adicional, *más cualificado*, pero no por puras razones de gravedad cuantitativa, sino cualitativa, en búsqueda de reconstruir el modo desleal. Lo relevante es determinar si por el modo y la cuantía de la decisión se pone irrazonablemente en riesgo la subsistencia de la empresa o el objetivo encargado.<sup>144</sup> Aun así, incluso si desde la perspectiva *ex ante* se asumen riesgos extremadamente altos, aunque de un modo “racional”, es decir, ponderando las ventajas y riesgos, entonces, difícilmente se puede calificar como “pasarse para el otro lado” la conducta del imputado. La deslealtad solo se identifica en casos graves de falta de un mínimo de razonabilidad. En el caso propuesto, es sustantivo determinar si el ejecutivo adoptó una posición poco racional y optó por colocar el patrimonio del banco en una situación de extremo riesgo (similar a confiar en el azar o del apostador) o, por el contrario, se adoptó un riesgo, aunque alto, orientado a dar salida a una situación financiera que arriesgaba incluso el cumplimiento de anteriores préstamos.

*B. Casos en que el titular establece límites expresos de riesgos, pero las conductas no se concretan formalmente en la creación de obligaciones o enajenaciones patrimoniales o estas son nulas*

En aquellos casos en que, a pesar de existir un marco de relación interna preciso respecto a fines o límites de riesgo (que se ha excedido), pero no ha sido posible la subsunción en el subtipo de abuso por no concretarse la conducta en un “ejercicio” del poder de disposición (como en la realización de una omisión), o de hacerlo son nulas, se hace necesario analizar la posibilidad de su subsunción en la hipótesis de infidelidad.

<sup>142</sup> ALEMANIA, Sentencia del Tribunal Regional de Bochum (47 StR, 18. 04. 1981), ZIP 1981, p. 1084 y ss.

<sup>143</sup> ALEMANIA, Sentencia Tribunal Federal Alemán (5 StR 134/15, 12.10.2016), en NJW 2017, 578 y 579.

<sup>144</sup> En Alemania se postula también esta idea WACKERNAGEL (2019) pp. 254 y s.

Por ejemplo, considérese el caso de un fondo de inversión administrado por el gerente de una AGF, que establece límites a los riesgos de inversiones para proteger el patrimonio del fondo. El fondo tiene una política clara en su reglamento que estipula que todas las inversiones y gastos de operación que superen los cien millones de pesos deben ser aprobados por un consejo de inversiones y las que superan quinientos millones deben ser sometidos a protocolos más estrictos. Al mismo tiempo, tienen un mecanismo de corrección: dichos protocolos pueden ser más exigentes en atención a la naturaleza y el perfil de riesgo del activo lo que puede exigir protocolos más o menos estrictos (bajo, medio o alto). Los profesionales a cargo de proponer inversiones deciden que existe una muy buena posibilidad de inversión, muy segura y rentable, para lo cual pueden invertir doscientos millones de pesos y determinan que el perfil de riesgo del activo es medio. La inversión es propuesta al consejo de inversiones bajo el protocolo medio. Pero, en el intertanto, el gerente recibe la información confidencial que da cuenta de parámetros que no son considerados habitualmente en los protocolos de las inversiones de hasta quinientos millones (medios), pero que da cuenta del excesivo riesgo adoptado (el perfil del activo es más riesgoso) y una muy alta probabilidad de pérdida. Sin embargo, el gerente omite informar de este nuevo dato al consejo, motivado por la posibilidad de recibir un bono (en caso de ganancia). Lamentablemente, el negocio resulta un fracaso patrimonial.

En un caso como este, la deslealtad no se constata a partir de la superación del riesgo definido en la relación interna, en razón de que la conducta no se concreta en la ejecución de un poder de disposición. En realidad, se constata a partir de haber omitido la entrega de información, por un interés personal (el bono) y que el modo de proceder y la cuantía de la decisión, da cuenta de haber permitido que se pusiera irrazonablemente en riesgo el patrimonio invertido. Bajo el criterio del apostador, la conducta omisiva es desleal.

Piénsese, por ejemplo también, en un caso en que la junta de accionistas haya fijado como límite a la administración de una compañía el que las donaciones que superen los 100 millones de pesos deban ser previamente autorizadas por esta. Sin embargo, la administración simula una compraventa de un inmueble (cuyo valor es de 200 millones) que no es tal, sino una donación. Dicha simulación adolece de un vicio de nulidad absoluta y, por lo tanto, no reúne el requisito de que la disposición patrimonial sea válida como lo exige la hipótesis de abuso, lo que obliga el análisis de la infidelidad. A partir de la infracción al deber de lealtad (y no los meros excesos de los límites) se deben considerar los contextos en que se emprende tal conducta. Así, no cabe duda de que el solo exceso de los límites fijados por la junta no alcanza para ser calificado como desleal en el caso, por ejemplo, en que el objetivo de la simulación (ilícita) era evitar el remate de una propiedad de la empresa, a causa de una demanda que le afecta. La ilicitud de la conducta no la convierte por sí misma en desleal. En cambio, si el objetivo de la simulación era evitar los controles de la junta, órgano encargado de definir la política de donación sobre dicho monto,

podría ser entendida como una deslealtad manifiesta a la voluntad e intereses del titular del bien.

En conclusión, para la subhipótesis de infidelidad la creación de un estado de cosas riesgoso –la planificación de un negocio, a modo de ejemplo– puede ser desleal si la instrumentalización del patrimonio en el ejercicio de la función encargada se aleja radicalmente del fin o el objetivo que la legitima o en el abandono radical del interés, como cuando se adopta una decisión completamente irracional (falta de un mínimo de razonabilidad).

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARZT, Günter y WEBER, Ulrich (2000): *Strafrecht Besonderer Teil*, Lehrbuch, (Bielefeld, Gieseking Verlag).
- BARDENAS BOLDÓ, Javier (2022): “Deber del Administrador de evitar situaciones de conflicto de interés”, en HERNANDO CEBRIÁ, Luis (dir.), *Conflictos de Interés en las sociedades de Capital: Socios y administradores* (Madrid, Marcial Pons) pp. 249-275.
- BASCUÑÁN, Antonio (2021): “Problemas básicos de los delitos contra la propiedad”, en COUSO, Jaime y otros (editores), *Justicia Criminal y Dogmática Penal en la era de los Derechos Humanos, Estudios en homenaje a Jorge Mera Figueroa*, (Santiago de Chile, Thomson Reuters) pp. 81-132.
- BASCUÑÁN, Antonio (2004): “Delitos contra intereses instrumentales”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 1: pp. 339 - 345.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (2015): “La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y el nuevo delito de administración desleal”, *Diario La Ley* (8637): pp. 1-8.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (2019): “Omisiones punibles en el ámbito de la administración empresarial”, *Diario La Ley*, N° 9348: pp. 1- 8.
- BÄUHNIG, Alexander (2009): *Untreue in der Wirtschaft Eine funktionale Interpretation des Untreuestrafrechts*, (Berlin, Duncker & Humblot).
- BURGER, Stefan (2007): *Untreue (§ 266 StGB) durch das Auslösen von Sanktionen zu Lasten von Unternehmen*, (Herbolzheim, Centaurus Verlag).
- CONTRERAS, Lautaro y CASTRO, Álvaro (2023): “Sobre el injusto de comportamiento del tipo básico de administración desleal y el alcance de la locución “de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado” (art. 470 n° 11 inc. 1° del Código Penal)”, en CARNEVALI, Raúl (Dir), *Hacia un derecho penal liberal, Libro homenaje al profesor Carlos Künsemüller* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 829-864.
- COCA VILA, Ivó, (2017): “El consentimiento en el derecho penal económico. Un estudio a propósito de los delitos de administración desleal (art. 252 CP) y corrupción en los negocios (art. 286 bis CP)”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 28: pp. 1-39.
- COCA VILA, Ivó, (2019): “La business judgment rule ante la determinación del riesgo permitido en el delito de administración desleal”, *Revista do Instituto de Ciências Penais*, vol. 4: pp. 83-115.

- CURBELO SOLARI, Ignacio (2013), “Problemática sobre la disponibilidad de los Bienes Jurídicos Individuales y Responsabilidades Emergentes”, *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 32: pp. 89-124.
- COCA VILA, Ivo (2019): “La Business judgment rule ante la determinación del riesgo permitido en el delito de administración desleal”, en GARCÍA CAVERO y CHINGUEL RIVERA (Coords.), *Derecho Penal y persona. Libro Homenaje al Prof. Dr. h.c. mult., Jesús María Silva Sánchez*, (Lima, Ideas Solución Editorial) pp. 805-836.
- DIERLAMM, Alfred (2019): “§ 266”, en JOECKS y otros (Eds.), en C JOECKS, W., MIEBACH, K., SCHMITZ R. (Coord.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4ª Ed. (München, Beck Verlag).
- FARALDO, Patricia (2003): “El consentimiento de la junta General de socios y administración desleal de sociedades”, *Revista Ius Et Veritas*, Vol. 13, N° 27: pp. 271-282.
- FEHLING, Michael, FAUST, Florian y RÖNNAU, Thomas (2006): “Durchblick: Grund und Grenzen des Eigentums- und Vermögensschutzes”, *Juristische Schulung*, Cuaderno 1: pp. 18-25.
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo (1991): *El patrimonio* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- FOFFANI, Luigi y NIETO, Adán (2006): “Corporate Governance y administración desleal: casos y problemas de derecho comparado europeo”, *Revista Penal*, N° 17: pp. 110-141.
- GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo (2024): “El marco de relaciones de confianza en la estructura del delito chileno de administración desleal”, *Política Criminal*, Vol. 19, N° 37: pp. 33-68.
- GARCÍA CAVERO, Percy (2020): “Aproximación al estudio del delito de administración fraudulenta: modelos de regulación y problemas dogmáticos”, *Indret*, N° 4: pp. 148-171
- GEERDS, Friedrich (1954): “Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht”, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht* 1954: pp. 262 - 269.
- GINOU, Ioanna (2020): *Die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht bei der Untreue*, Nomos Verlagsgesellschaft, (Baden-Baden, Nomos Verlag).
- GREEN, Stuart (2013): *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno* (Madrid, Barcelona y Buenos Aires, Marcial Pons).
- HANTSCHER Ulrike (2010): *Untreuevorsatz. Eine Untersuchung zu Begriff und Beweis des Vorsatzes bei § 266 StGB*, (Berlin, Duncker & Humblot GmbH).
- HEFENDEHL, Roland (1994): *Vermögensgefährdung und Exspektanzen: das vom Zivilrecht konstituierte und vom Bilanzrecht konkretisierte Herrschaftsprinzip als Grundlage des strafrechtlichen Vermögensbegriffs*, (Berlin, Duncker & Humblot).
- HELLMANN, Uwe: (2007): “Risikogeschäfte und Untreuestrafbarkeit”, *Zeitschrift Für Internationale Strafrechtsdogmatik (Zis)*, pp. 433-443.
- HILLENKAMP, Thomas (1981): “Risikogeschäft Und Untreue, Zeitschrift Für Internationale Strafrechtsdogmatik”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*: pp. 161-168.
- HRUSCHKA, Joachim (1999): “La conducta de la víctima como clave para un sistema de los delitos patrimoniales que llevan consigo sustracción”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Vol., L11: pp. 451-466.
- ÍÑIGO, Elena (2022), “El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción del que consiente”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXXV: pp. 167-203.

- JAKOBS, Günther (2008): “La privación de un derecho como delito patrimonial”, *Indret*, N° 4: pp. 1-18.
- KINDHÄUSER, Urs (2008): “Risikoerhöhung und Risikoverringerung”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 3, N° 120: pp. 481-503.
- KINDHÄUSER, Urs (2017): “§ 266 Untreue”, en: KINDHÄUSER, Urs, NEUMANN, Ulfrid y PÄFFGEN, Hans-Ullrich (Eds.), *Strafgesetzbuch*, (Baden-Baden, Nomos, 5a Edición).
- KUBICIEL, Michael (2005): “Gesellschaftsrechtliche Pflichtwidrigkeit und Untreuestrafbarkeit”, *Neue Zeitschrift Für Strafrecht*: pp. 353-361.
- LABSCH, Karl (1985): “Einverständliche Schädigung des Gesellschaftsvermögens und Strafbarkeit des GmbH-Geschäftsführers”, *Juristische Schulung*: pp. 602-607.
- LAGOS VILLARREAL, Osvaldo (2023): “¿Es o no es OPR? precisando el concepto y el ámbito de aplicación de la regulación sobre operaciones con partes relacionadas”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 50, N° 3: pp. 1-27.
- LINDEMANN, Michael (2012), *Voraussetzungen und Grenzen legitimen Wirtschaftsstrafrechts*, (Tübingen, Mohr Siebeck).
- LLEBOT MAJO, José Oriol (1996): *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, (Madrid, Ed, Civitas).
- MAÑALICH, Juan Pablo (2022): “La infidelidad patrimonial como variante de administración desleal: una reconstrucción restrictiva”, *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. 35, N° 2: pp. 297-316.
- MANSDÖRFER, Marco (2009): “Die Vermögensgefährdung als Nachteil im Sinne des Untreuetatbestandes”, *Juristische Schulung*, N° 2: pp. 114-117
- MAURER, Judith (2022): *Der Vermögensnachteil in der Untreue*, (Berlin, Duncker & Humblot).
- MATUS, Jean Pierre (2019): *Derecho Penal Económico. Escritos Diversos* (Santiago, Editorial Olejnik).
- MAYER, Laura (2018): *Delitos económicos de estafa y otras defraudaciones*, (Santiago, Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial).
- MAYER, Laura (2020): “La Administración Desleal Como Defraudación”, en: MAYER, Laura y VARGAS, Tatiana (Coord.), *Mujeres en las ciencias penales. Una mirada desde el contexto jurídico chileno en las primeras décadas del siglo XXI* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 321-371.
- MAYER, Laura (2022): “Capítulo X. Delitos contra intereses patrimoniales”, en RODRÍGUEZ, Luis (Director), *Derecho Penal, Parte Especial* (Valencia, Tirant Lo Blanch), Vol. II, pp. 391-564.
- NELLES, Ursula (1991): *Untreue zum Nachteil Von Gesellschaften Zugleich Ein Beitrag Zur Struktur des Vermögensbegriffs Als Beziehungsbegriff*, (Berlin, Alemania, Dunker & Humblot).
- NIETO, Martín (2018): “Tema 6. Administración desleal y apropiación indebida”, en DE LA MATA BARRANCO ET AL., *Derecho Penal económico y de la empresa*, (Madrid, Ed. Dykinson), pp. 250-284.
- OTTO, Harro (1970): *Die Struktur des Strafrechtlichen Vermögensschutzes*, (Berlin, Duncker & Humblot).
- PASTOR, Nuria y COCA, Ivó (2015): “¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado?”, *Indret*, N° 1: pp. 1-32.

- PASTOR, Nuria y COCA, Ivó (2016): *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código Penal* (Barcelona, España, Atelier).
- PASTOR, Nuria (2016): “La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal”, *Indret*, N° 4: pp. 1-25.
- PAWLIK, Michael (1999): *Das Unerlaubte Verhalten Beim Betrug* (Köln, Heymanns).
- PERRON, Walter (2019): “StGB § 266 Untreue”, en: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar* (München, C.H. Beck, 30ª Edición).
- RANSIEK, Andreas (2004): “Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 116, cuaderno 3: pp. 634-679.
- RIBAS FERRER, Vicenc (2010): *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, (Madrid, España, Ed. La Ley).
- ROJAS, Luis Emilio (2009): “El tipo de la administración desleal en el derecho penal alemán”, *Revista Penal*, N° 23: pp. 138-171.
- ROJAS, Luis Emilio (2011): “Perjuicio patrimonial e imputación objetiva”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 37: pp. 415-434.
- ROJAS, Luis Emilio (2023): “Administración desleal: art. 470 n. 11 del Código Penal”, en: NAVAS, Iván y OXMAN, Nicolás (Coord.), *Lecciones De Derecho Penal Económico Chileno* (Valencia, Tirant Lo Blanch), pp. 303-326.
- RENZIKOWSKI (2024): *Joachim, Norma e Imputación* (Barcelona, Ed. Atelier).
- SALIGER, Frank (2006): “Gibt Es Eine Untreuemode? Die Neuere Untreuedebatte Und Möglichkeiten Einer Restriktiven Auslegung”, *Zeitschrift Für Höchststrichterliche Rechtsprechung Im Strafrecht*, Vol. 1, N° 6: pp. 10-23.
- SALIGER, Frank (2011): “Auswirkungen des Untreue-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 23.6.2010 auf die Schadensdogmatik“, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11: pp. 903-918.
- SALIGER, Frank (2024): “§ 266”, en: SATZGER, Helmut y SCHLUCKEBIER, Wilhelm (Eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar* (Colonia, Carl Heymanns).
- SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (2020): *A Vueltas con la Parte Especial. Estudios de Derecho Penal*. (Barcelona, Atelier).
- SCHÜNEMANN, Bernd (2008a): “Capítulo 1: Cuestiones generales”, en SCHÜNEMANN, Bernd y GÓMEZ JARA, Carlos (Coord.): *La administración desleal de los órganos societarios* (Ed. Atelier, Barcelona), pp. 17-53.
- SCHÜNEMANN, Bernd (2008b): “El tribunal supremo alemán en la maraña del tipo de la administración desleal”, en SCHÜNEMANN, Bernd y GÓMEZ JARA, Carlos (Coord.): *La administración desleal de los órganos societarios* (Ed. Atelier, Barcelona), pp. 123-148.
- SCHÜNEMANN, Bernd (2012): “Comentarios Al § 266 StGB”, en: CIRENER et al. (Coord.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12ª Ed. (Berlin, Walter De Gruyter).
- SCHRAMM, (2005): *Untreue und Konsens*, (Berlin, Duncker & Humblot).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús (2022): *El riesgo permitido en derecho penal económico*, (Barcelona, Ed. Atelier).
- SOYKA, Till (2008): *Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften*, (Berlin, Duncker & Humblot).
- STITCHKIN, David (2009): *El Mandato Civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

TRONDLE, Herbert y FISCHER, Thomas (1999): “§ 266 StGB”, en Beck’sche Kurz-Kommentare; München, 1999 (München, Beck Verlag).

WACKERNAGEL, Udo (2019): *Investmentuntreue* (Baden-Baden, Nomos Verlag).

WEGENAST, Martin (1994): *Mißbrauch und Treubruch: zum Verhältnis der Tatbestände In § 266 StGB*, (Berlin, Duncker & Humblot).

ZIESCHANG, Frank (2024): “§ 266 StGB”, en: PARK, Tido, *Kapitalmarktrafrecht*, 6. Aufl., (Baden-Baden, Nomos Verlag).

### JURISPRUDENCIA CITADA

Sentencia, Tribunal Federal de Justicia de Alemania (BGH), 1 Str 381/62, (28. 11. 1962).

Sentencia, Tribunal Federal de Justicia de Alemania (BGH), 3 StR 5/97, (12.03.1997).

Sentencia, Tribunal Federal de Justicia de Alemania (BGH), 5 Str 395/19 (04.03.2020).

