

Doctrina



El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán

A Juan Bustos Ramírez,
con eterna admiración

Luis Emilio Rojas A.*

Revista Penal, n.º 23.—Enero 2009

RESUMEN: En lugar de intentar un crítica puramente político criminal, el artículo analiza dogmáticamente el tipo de administración desleal § 266 StGB. Para ello, se tematiza la relación entre patrimonio e interés patrimonial, lo cual supone una breve discusión sobre el concepto de patrimonio. El injusto de acción de la administración desleal se constituye fundamentalmente por la infracción del deber. Ello se sigue del análisis de las diferentes posiciones en torno al significado del deber de cuidado patrimonial en la estructura del § 266 StGB. Según la teoría monista actualmente dominante, el tipo de abuso y el de quiebre de confianza son solo diferentes manifestaciones de una misma infracción de deber. El perjuicio patrimonial es ciertamente una exigencia adicional del § 266 StGB, no configura sin embargo el injusto de administración desleal. El dolo en la administración desleal abarca solo la conducta infractora del deber.

PALABRAS CLAVES: Patrimonio, interés patrimonial, infracción de deber, perjuicio patrimonial, dolo

ABSTRACT: Anstatt eine kriminalpolitische Kritik durchzuführen, versucht der Aufsatz § 266 StGB dogmatisch zu analysieren. Dafür wird der Zusammenhang zwischen Vermögen und Vermögensinteresse erörtert, was eine kurze Darstellung der Vermögenslehre voraussetzt. Das Handlungsunrecht der Untreue wird grundsätzlich durch die Pflichtwidrigkeit begründet. Dies folgt aus einer Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen Auffassungen über die Stellung der Vermögensbetreuungspflicht in der Struktur des § 266 StGB. Missbrauch und Treubruch sind nach der herrschenden monistischen Lehre nur unterschiedliche Formen einer einheitlichen Pflichtwidrigkeit. Der Vermögensnachteil ist zwar ein zusätzliches Erfordernis des § 266 StGB, macht das Unrecht der Untreue allerdings nicht aus. Der Vorsatz bei der Untreue umfasst nur das pflichtwidrige Verhalten.

KEYWORDS: Vermögen, vermögensinteresse, pflichtwidrigkeit, vermögensnachteil, vorsatz

SUMARIO: I. Introducción. II. Protección del patrimonio como fin del tipo de administración desleal. A. Modo de protección del patrimonio. B. La discusión sobre el concepto de patrimonio. C. Conclusión: patrimonio e intereses patrimoniales. III. Teoría de la administración desleal. A. La administración desleal como delito de infracción de deber. B. La discusión sobre el deber de tutela del patrimonio. C. Conclusión: deber de tutela patrimonial e infracción del deber. IV. Abuso y quiebre de confianza como alternativas de conducta típica. A. El tipo de abuso. B. El tipo de quiebre de confianza. C. Conclusión: la conducta típica de administración desleal. V. Perjuicio patrimonial mediante administración desleal. A. El concepto de perjuicio. B. La discusión sobre el concepto de perjuicio. C. Conclusión: infracción del deber y perjuicio patrimonial. VI. Dolo de administración desleal. A. El lado subjetivo de la administración desleal. B. Dolo como conocimiento de la acción infractora del deber.

* Legum Magister (Universität Freiburg), Docente Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile (luisemilio99@hotmail.de).- Agradecimientos a *Texia Iglesias* por su cuidadosa corrección del texto.

§ 266 del código penal alemán (StGB): «*El que abusa de la facultad de disponer sobre patrimonio ajeno o de obligar a otro, que se le ha conferido mediante ley, encargo de autoridad o acto jurídico, o que infringe el deber de cuidar intereses patrimoniales ajenos, que se le ha impuesto en virtud de ley, encargo de autoridad, acto jurídico o una relación de confianza, y con ello inflinge un perjuicio a la persona, cuyos intereses patrimoniales él debe tutelar, será castigado con pena privativa de libertad hasta cinco años o con multa*».

I. Introducción

El precepto contenido en el § 266 StGB es uno de los tipos más complejos de ese cuerpo legal¹, existiendo aún hoy, una fuerte discusión sobre su estructura y su interpretación². Se critica que el *tipo de administración desleal* es amplio o subdeterminado, tanto en su faz objetiva como en su faz subjetiva³. El *tipo de quiebre de confianza* es especialmente criticado por su indeterminación⁴. Incluso, una parte de la doctrina estima que se trata de una norma que no satisface las exigencias del principio de determinación legal consagrado en art. 103 inc. 2 de la Ley Fundamental⁵. La ampliación de la concepción del quiebre de confianza, mediante la aplicación del deber de tutela patrimonial al *tipo de abuso*, vuelve la disposición en su totalidad inconstitucional⁶.

Sin embargo, esta subdeterminación del tipo no siempre es vista negativamente. Así *Seier* estima que este tipo pe-

nal es imprescindible en la práctica para el combate de la criminalidad económica, justamente por su flexibilidad y por ser abierto⁷. En este sentido, se constata que la corrupción económica, en la práctica, se controla esencialmente con el tipo del § 266 y apenas con el del § 299 StGB⁸.

Tanto la subdeterminación del tipo de administración desleal como la tendencia en usarlo como instrumento de combate a la corrupción económica, vuelven difusos el sentido y estructura de este tipo penal. De ahí que se justifiquen todavía los intentos por clarificar su estructura. En lugar de una crítica puramente político-criminal, a continuación se analiza, dogmáticamente, tanto el tipo objetivo como el subjetivo de administración desleal.

II. Protección del patrimonio como fin del tipo de administración desleal

A. Modo de protección del patrimonio

El patrimonio es el bien jurídico protegido por el tipo de administración desleal⁹. Solo podría discutirse, si este tipo protege también un segundo bien jurídico¹⁰. En este sentido, podría sostenerse que se protege la confianza o una relación de confianza. Sin embargo, tal interpretación no puede sustentarse en el tenor literal del § 266 StGB. De la última frase «cuyos intereses patrimoniales él debe tutelar», no es posible colegir la confianza como bien jurídico, pues el deber de tutela patrimonial no supone necesariamente

1. Leipziger Kommentar - *Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 1; cfr. *Dahs*, NJW 2002, p. 273.

2. Cfr. *Wegenast*, Missbrauch und Treubruch, 1994, p. 9; *Labsch*, Untreue (§ 266 StGB), 1983, p. 51 s.; *Seier/Martin*, JuS 2001, p. 875; *Saliger*, HRRS 2006, p. 10.

3. *Saliger*, ZStW 2000, pp. 563, 570; *el mismo*, HRRS 2006, p. 12 ss.; cfr. *Weber*, FS-Dreher, p. 559; *H. Günther*, FS-Weber, p. 312; *Kohlmann*, JA 1980, p. 228; *Labsch*, Untreue, p. 51; *Sax*, JZ 1977, p. 663 s.; *Dierlamm*, NSTZ 1997, p. 536; *Hillenkamp*, NSTZ 1981, p. 161; *Kubiciel*, NSTZ 2005, p. 353; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht: Besonderer Teil, N. 3; el propio tribunal supremo del Reino (RG) RGSt. 69 (58), p. 62, habla de la indeterminación de la formulación legal; otra opinión *Schünemann*, NSTZ 2005, p. 474, quien piensa, que el tipo de administración desleal está más determinado que el de estafa.

4. *Sax*, JZ 1977, p. 664, según el cual, se trata de un tipo penal en blanco.

5. *Kargl*, ZStW 2001, p. 589; profundizando al respecto *Labsch*, Untreue, p. 189 ss.; otra opinión LK-*Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 31; *Dunkel*, Erfordernis und Ausgestaltung des Merkmals «Vermögensbetreuungspflicht» im Rahmen des Missbrauchstatbestandes der Untreue, 1976, p. 188 s., quien piensa, que el tipo de quiebre de confianza puede ser suficientemente determinado mediante una interpretación restrictiva del deber de tutela del patrimonio.

6. *Labsch*, Untreue, p. 201; otra opinión *Schmid*, Treuepflichtverletzungen, en Müller-Gugenberger/Bieneck (eds.), Wirtschaftssstrafrecht, 4.ª ed., § 31 N. 8 s.

7. *Seier*, Untreue, en Achenbach/Ransiek (eds.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, N. 19; similar *Schmid*, WiStR § 31 N. 6 ss.; cfr. *Dierlamm*, NSTZ 1997, p. 534; *Kubiciel*, NSTZ 2005, p. 353.

8. *Vogel*, FS-Weber, p. 404 (también p. 406 s.).

9. *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht: Besonderer Teil, 9.ª ed., § 45 N. 1; Nomos Kommentar - *Kindhäuser*, § 266, N. 1; *el mismo*, Strafrecht: Besonderer Teil, Tomo II, 4.ª ed., § 34 N. 1; *Haft*, Strafrecht: Besonderer Teil, 8.ª ed., p. 128; *Labsch*, Untreue, p. 57 s.; *el mismo*, Jura 1987, p. 343; *Schmid*, WiStR § 31 N. 3; Leipziger Kommentar - *Hübner*, 10.ª ed., § 266, N. 19. Así también el Tribunal supremo federal (BGH) BGHSt. 43 (293), p. 297; BGH (NSTZ 2002), p. 649; BGH (NJW 2006; caso *Mannesmann*), p. 525.

10. Al respecto *Nelles*, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften, 1991, pp. 291, 293 ss.; *Dunkel*, Erfordernis, p. 110. Desde un punto de vista teleológico es sumamente problemático, cuando no erróneo, ver en la fe en el tráfico jurídico y económico el segundo bien jurídico. Como advierte *Nelles*, *ob. cit.*, p. 300, al tratarse de un bien jurídico supraindividual, podría provocar indirectamente una ampliación del campo de aplicación del precepto penal y, por otro lado, podría ponerse en cuestión la exclusión del tipo mediante consentimiento. Además, señala *Nelles*, *ob. cit.*, p. 301 ss., que un tal bien jurídico no encuentra asidero en una perspectiva histórica.

Revista Penal

El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán

una relación fáctica de confianza. *Deber* tutelar no es lo mismo que gozar de confianza; el deber de lealtad pertenece a un plano distinto que la existencia fáctica de confianza¹¹. La relación de confianza no se protege como tal, sino solo en su referencia patrimonial; *el quiebre de confianza representa solo el modo de ataque al bien jurídico protegido*¹². De ello se sigue que la relación de confianza no puede ser considerada como segundo bien jurídico¹³; *bien jurídico del § 266 StGB es exclusivamente el patrimonio*¹⁴.

La deslealtad entonces, caracteriza solo la modalidad de ataque al patrimonio. Pero incluso la deslealtad misma no debe ser comprendida como frustración de confianza, pues «leal» es solo la descripción de un atributo de una conducta humana, que se ajusta a la determinación de objetivos de la relación jurídica correspondiente; una persona cumple su «deber de lealtad» cuando sigue los deberes fijados¹⁵. «Lealtad» en este sentido no es sino sinónimo de cada relación de cuidado señalada en el § 266 StGB, la que, a su vez, solo implica una relación particular con el patrimonio¹⁶. Precisamente es esta referencia especial hacia el patrimonio la que caracteriza la administración desleal como delito patrimonial. La administración desleal es un *delito de relación*, esto es, la víctima o un tercero (ley, encargo de autoridad) por ella, ha abierto el acceso del autor a la esfera del patrimonio¹⁷.

Finalmente, debe considerarse que el ataque propio de la administración desleal se dirige contra *objetos patrimoniales*, sobre los cuales se ha conferido al autor competencia de decisión¹⁸. Éstos representan el *objeto de la acción* en la administración desleal¹⁹. De esta manera es posible concluir, que *el fin del tipo de administración desleal es la protección del patrimonio contra aquella modalidad de ataque, que se dirige contra sus objetos y que consiste en una conducta que infringe el deber de lealtad*.

B. La discusión sobre el concepto de patrimonio

En la medida que el § 266 StGB distingue entre *patrimonio e intereses patrimoniales*, se hace necesario tematizar sintéticamente la teoría del patrimonio. A este respecto, *Nelles* propone distinguir entre la atribución de objetos al patrimonio y la asignación de patrimonio a un sujeto²⁰. En el contexto de la administración desleal adquiere especial relevancia la segunda pregunta.

1. El concepto jurídico de patrimonio

De acuerdo con este concepto, el patrimonio es la suma de los derechos y deberes patrimoniales de un sujeto jurídico²¹. La atribución de objetos al patrimonio se rige por las reglas del Derecho civil o público²². Sin embargo, se critica que el Derecho civil no ofrece un concepto único de patrimonio y, además, que esta concepción tampoco puede determinar con exactitud qué objetos y posiciones concretas pueden ser atribuidos al patrimonio²³. No obstante, se reconoce a esta teoría que la calidad de un derecho es una condición necesaria de los objetos patrimoniales²⁴, o por lo menos, que su protección esté garantizada por el ordenamiento jurídico²⁵. Por su parte, de acuerdo a esta teoría solo pueden ser sujetos de patrimonio, quienes tienen la capacidad de portar derechos subjetivos según el Derecho civil o público²⁶.

2. El concepto económico de patrimonio

Según este concepto, el patrimonio se define como la totalidad de bienes valorables en dinero de una persona, sin atender a su naturaleza jurídica²⁷. En cuanto a la pregunta por la atribución, esta teoría ofrece el criterio del in-

11. *Nelles*, Untreue, p. 297.

12. *LK-Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 28.

13. *Nelles*, Untreue, p. 299.

14. *Nelles*, *ob. cit.*, p. 305; *Arzt/Weber*, Strafrecht: Besonderer Teil, § 22 N. 1; *Seier*, HWSt-Untreue, N. 10 s.; Systematischer Kommentar - *Samson/Günther*, § 266, N. 2; *Schönke/Schröder* Kommentar - *Lenckner/Perron*, § 266, N. 1; *LK-Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 28; *Hefendehl*, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, 1994, p. 82.

15. *Labsch*, Untreue, p. 132.

16. *Labsch*, *ob. cit.*, p. 154 s.

17. *Nelles*, Untreue, p. 5.

18. *Kindhäuser*, FS-Lampe, p. 722.

19. *NK-Kindhäuser*, § 266, N. 43.

20. *Nelles*, Untreue, p. 334 s.

21. Al respecto, *Berger*, Der Schutz des öffentlichen Vermögens durch § 263 StGB, 2000, p. 60.

22. Al respecto, *Nelles*, Untreue, p. 348 ss.

23. *Nelles*, *ob. cit.*, p. 350 ss.

24. *Nelles*, *ob. cit.*, p. 352; sin embargo, *Nelles* constata que se ha puesto en cuestión el rendimiento conceptual de la categoría de derecho subjetivo (*ob. cit.*, p. 355 ss.); en este sentido, *Hefendehl*, Vermögensgefährdung, p. 99, estima más conducente mantener la acuñación jurídica del concepto de patrimonio, pero desligarla de la conexión al Derecho privado subjetivo.

25. Cfr. *Hefendehl*, Vermögensgefährdung, p. 96.

26. Al respecto, *Nelles*, Untreue, p. 352.

27. Al respecto, *Nelles*, *ob. cit.*, p. 359 s.; *Berger*, Schutz, p. 61; utilizan una perspectiva económica RGSt. 16 (1), p. 3; RGSt. 44 (230), p. 233; BGHSt. 16 (321), p. 325; BGH (NJW 1975; caso *Bundesliga*), p. 1235; BGH (NSiZ 1986), p. 456; BGH (NSiZ 2001), p. 534.

tercambio, esto es, la calidad de una posición de ser objeto de una transacción²⁸. De esta manera, pueden atribuirse al patrimonio objetos como las aspiraciones de ganancia meramente fácticas, créditos nulos o la fuerza de trabajo, en la medida que tengan un valor económico²⁹. Sin embargo, esta teoría conlleva eventuales tensiones con el ordenamiento jurídico³⁰. Por otro lado, el ámbito de sujetos patrimoniales es naturalmente más amplio que lo permitido por el concepto jurídico³¹. La consecuencia de tal teoría sería que todas las organizaciones que pueden actuar jurídica y económicamente a través de su nombre, podrían ser sujeto de objetos patrimoniales³².

3. La teoría jurídico-económica del patrimonio

Esta teoría define el patrimonio como la totalidad de los bienes económicamente transables, en la medida que se encuentren bajo la protección del ordenamiento jurídico³³. De este modo, se evitan las eventuales colisiones que puede implicar el concepto económico puro. Sin embargo, *Nelles* cuestiona el supuesto del que parte esta teoría, esto es, una tensión entre economía y derecho. Ambos son subsistemas que, más bien, se influyen recíprocamente. No se trata de un sistema económico en abstracto, sino de un ordenamiento económico concreto³⁴. En este sentido, solo pueden ser objetos patrimoniales aquellas posiciones que, según los parámetros del ordenamiento económico concreto, pueden ser objeto de una transacción económica³⁵. De acuerdo con estos parámetros, transacciones económicas son siempre negocios jurídicos, pues el instrumento previsto para ello es el contrato³⁶. En consecuencia, pueden ser objetos patrimoniales, por ejemplo, bienes materiales³⁷ y bienes personales, como capacidades, saber, «know-how» y la fuerza de trabajo, en la medida de que sean transferibles³⁸.

Para poder tener el status de sujeto patrimonial, al cual puedan asignarse los objetos patrimoniales, es condición estar en posesión del poder de disposición sobre los bienes³⁹. Este poder muestra la forma de relación entre el sujeto de patrimonio y el objeto patrimonial. De esta manera, se abre la posibilidad de concebir el medio de ataque, que caracteriza la administración desleal, como *agresión en el poder de disposición*⁴⁰. No obstante, debe considerarse que ese poder consiste en el ejercicio de un derecho con respecto a un bien, de modo que debe ser entendido como *facultad de disposición*⁴¹. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que facultad de disposición e intereses patrimoniales no revisten la misma calidad. Los *intereses patrimoniales* son más bien el producto del ejercicio de dicha facultad⁴². El interés patrimonial se define como *el fin de la aplicación del patrimonio*, determinado por el sujeto patrimonial⁴³.

De este modo, se puede precisar la particularidad de la relación de la víctima respecto del patrimonio frente al autor en la administración desleal. Esta consiste en que la víctima como sujeto patrimonial tiene la facultad de disposición, con la cual se determinan los fines de la aplicación del patrimonio. En este sentido, *es posible entender los intereses patrimoniales mencionados por el § 266 StGB como fines de la aplicación del patrimonio, que son determinados por el sujeto patrimonial*. Éstos constituyen, a su vez, el objeto del deber de tutela impuesto al autor⁴⁴. De esta manera se aclara la diferencia entre la relación de la víctima respecto del patrimonio y la posición del autor con respecto al mismo.

4. La teoría personal del patrimonio

Esta teoría parte de un determinado concepto de bien jurídico. Según *Otto*, el bien jurídico no es ni derecho sub-

28. Al respecto, *Nelles*, Untreue, p. 380 ss.

29. Al respecto, *Hefendehl*, Vermögensgefährdung, p. 95.

30. *Berger*, Schutz, p. 61; al respecto, *Nelles*, Untreue, pp. 361 ss., 380 ss. Los clásicos ejemplos son conocidos: la pretensión de la prostituta a su sueldo (*Nelles*, ob. cit., p. 364 ss.) o el hombre como objeto de intercambio (*Nelles*, ob. cit., p. 383 s.).

31. *Nelles*, ob. cit., p. 367 s.

32. *Nelles*, ob. cit., p. 398.

33. RGSt. 66 (281), p. 284 s.; al respecto, *Berger*, Schutz, p. 63; *Nelles*, Untreue, p. 406; NK-Kindhäuser, § 266, N. 94; cfr. *Hefendehl*, Vermögensgefährdung, p. 96.

34. *Nelles*, Untreue, p. 387.

35. *Nelles*, ob. cit., p. 389.

36. *Nelles*, ob. cit., p. 435; *Velten*, NJW 2000, p. 2854.

37. *Nelles*, ob. cit., p. 438.

38. *Nelles*, ob. cit., p. 438 ss.

39. *Nelles*, ob. cit., pp. 446, 450.

40. *Nelles*, ob. cit., p. 452.

41. *Nelles*, ob. cit., p. 456.

42. *Nelles*, ob. cit., p. 469.

43. *Nelles*, ob. cit., p. 470 ss. Además, el sujeto patrimonial debe reunir las siguientes condiciones: capacidad de acción (*Nelles*, ob. cit., p. 475 s.), facultad de fijar fines (ob. cit., p. 476 s.), capacidad de responsabilidad (ob. cit., p. 477 s.) y posibilidad de ser individualizado y distinguido del autor (ob. cit., p. 478 s.).

44. NK-Kindhäuser, § 266, N. 43.

Revista Penal

El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán

jetivo ni objeto, sino el estado de una determinada relación efectiva de una persona respecto de valores concretos, reconocidos por la comunidad jurídica, con la cual el sujeto de derecho se desarrolla personalmente con aprobación del ordenamiento jurídico⁴⁵. Consecuentemente, el patrimonio no puede entenderse como una suma total de objetos, sino que consiste más bien en la relación de dominio de una persona respecto de determinados bienes⁴⁶. La protección del patrimonio adquiere sentido solo en la medida que sirve al desarrollo de la personalidad en el ámbito económico⁴⁷:

«Patrimonio es una unidad estructurada personalmente que asegura el desarrollo de la persona en el ámbito de las cosas. Se constituye de las relaciones de dominio —reconocidas por el ordenamiento jurídico— de la persona sobre objetos (bienes patrimoniales), que son reconocidos por la comunidad jurídica como objetos autónomos del tráfico económico, es decir, patrimonio es la potencia económica del sujeto jurídico, que se basa en el poder de dominio sobre objetos, que la comunidad jurídica considera como objetos autónomos del tráfico en la economía»⁴⁸.

Otto aclara, desde un principio, que no se trata de mera protección de la personalidad. La esfera del patrimonio es solo una parte del ámbito en el cual la persona se desarrolla⁴⁹. Por lo mismo, la fuerza de trabajo como tal no puede ser asignada al patrimonio, pero sí la prestación laboral⁵⁰. De esta manera, se establece una primera condición del bien patrimonial, cual es el atributo de un objeto de poder ser parte del tráfico económico⁵¹. Todos los objetos que tienen un valor monetario poseen un valor económico autónomo, por lo que estos bienes, que se adquieren por dinero y que pueden volver a enajenarse por dinero, son objetos patrimoniales⁵². En tanto, la relación de dominio sobre el bien patrimonial debe ser real y no solo potencial, por lo que las expectativas y oportunida-

des de ganancia y adquisición pueden ser partes del patrimonio, en la medida que estén de tal manera concretizadas e individualizadas, que puedan ser vistas como partes autónomas del patrimonio, justamente porque participan en el tráfico económico como oportunidades concretizadas⁵³. Por otra parte, la relación de dominio no debe ser necesariamente un derecho subjetivo, pero sí se exige la atribución jurídica del bien al patrimonio, puesto que el tráfico económico también es jurídico⁵⁴. De ahí que un crédito nulo no puede ser asignado al patrimonio⁵⁵. El poder fáctico de dominio es relación patrimonial solo en la medida que el sujeto jurídico se encuentra protegido por el ordenamiento jurídico en la realización de esa relación de dominio⁵⁶.

En la medida de que se trata de protección del desarrollo de la persona en el ámbito de las cosas, el patrimonio es valorado como algo individual y de ninguna manera es determinado según un parámetro único y vinculante para todos los sujetos jurídicos⁵⁷. Los objetos patrimoniales son protegidos en su referencia respecto de los intereses individuales de desarrollo del portador del patrimonio⁵⁸. Parte del patrimonio no es entonces el bien como tal, sino siempre el valor patrimonial representado a través de la posición económica, fijada subjetivamente por el sujeto del patrimonio en uso de su determinación funcional del fin⁵⁹. Se trata de un valor para la persona del patrimonio, el cual no depende ni de un valor monetario concreto ni de una utilidad económica concreta:

«Por el contrario, el valor monetario que se le atribuye a ese objeto, en el caso concreto, en un determinado instante, es irrelevante, no debe desatender el valor de uso totalmente en favor del valor de cambio de un objeto patrimonial»⁶⁰.

Respecto de esta teoría, debe tenerse en cuenta que tiene por objetivo proponer un nuevo fundamento a la protección del patrimonio, en la cual también se incluyen los delitos

45. Otto, *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, 1970, p. 34.

46. Otto, *ob. cit.*, p. 35 s.

47. Otto, *ob. cit.*, p. 61.

48. Otto, *ob. cit.*, p. 69 s.; también p. 106; en este sentido *Labsch*, *Untreue*, p. 323 ss.; *el mismo*, *Jura* 1987, p. 416.

49. Otto, *ob. cit.*, p. 43.

50. Otto, *ob. cit.*, p. 43 s.

51. Otto, *ob. cit.*, p. 44.

52. Otto, *ob. cit.*, p. 44 s.

53. Otto, *ob. cit.*, p. 46; crítico al respecto *Hefendehl*, *Vermögensgefährdung*, p. 41 ss.; según *Hefendehl*, *ob. cit.*, p. 117, puede hablarse de una expectativa valorada patrimonialmente, (primero) cuando su poseedor cuenta con mecanismos reconocidos jurídicamente de impedir factores inhibidores del desarrollo hacia el valor completo, (segundo) cuando aquel, respecto del cual se puede conseguir el objeto de la expectativa, no puede liberarse de su obligación sin sanción y (tercero) cuando el poseedor potencial de la expectativa ha expresado su intención en el mundo exterior.

54. Otto, *ob. cit.*, p. 49.

55. Otto, *ob. cit.*, p. 50 ss.

56. Otto, *ob. cit.*, p. 55.

57. Otto, *ob. cit.*, p. 56.

58. Otto, *ob. cit.*, p. 61.

59. Otto, *ob. cit.*, p. 66.

60. Otto, *ibidem*.

contra la propiedad. Se trata del postulado de que también hay un perjuicio patrimonial en estos delitos⁶¹. No obstante, resulta problemática la pérdida de relevancia del punto de vista económico mediante la relativización del cálculo en la categoría homogénea del dinero⁶². En la medida que se utiliza como criterio el valor de uso y no solo el valor de cambio, la determinación de los objetos patrimoniales se vuelve más incierta⁶³. Por otra parte y en tanto que la protección del patrimonio debe servir al desarrollo de la persona en el ámbito económico, resulta dudoso hablar de tal tipo de protección, cuando se trata de personas jurídicas⁶⁴. Así, por lo menos cuando se trata del Estado como portador de patrimonio, es, al contrario, tarea del mismo garantizar el desarrollo de la persona también en el ámbito de las cosas.

C. Conclusión: patrimonio e intereses patrimoniales

La distinción entre patrimonio e interés patrimonial es decisiva para comprender la estructura del tipo de administración desleal. Este tipo está construido binariamente, esto es, exige por una parte una conducta lesiva del deber de lealtad y por otra la provocación de un perjuicio. Para que el tipo pueda verse cumplido, la conducta debe, primero, implicar una infracción del deber —«El que abusa de la facultad... o infringe el deber...»— y, segundo, causar un perjuicio en el patrimonio —«y con ello inflinge un perjuicio a la persona»—. De acuerdo al tenor literal de la norma, el deber de tutela, que se lesiona a través de la acción, se refiere a intereses patrimoniales.

En la medida que la teoría personal del patrimonio entiende por éste al conjunto de relaciones de dominio sobre determinados bienes, en que el valor es determinado funcionalmente por la persona del patrimonio, es incompatible por lo menos con el tipo de administración desleal, pues su estructura binaria necesariamente se ve reducida. Los objetos considerados por dicha teoría como patrimoniales son equivalentes a los intereses patrimoniales en el sentido del § 266 StGB, entendidos éstos co-

mo fines de la aplicación del patrimonio. El cuestionamiento de la relación de dominio sobre bienes, que para esa teoría tiene que significar ya un perjuicio patrimonial⁶⁵, inserta en la estructura del tipo de administración desleal solo puede significar la infracción del deber de tutela patrimonial. Por consiguiente, el perjuicio debería ser confirmado, según esta teoría, ya con la comprobación de la infracción del deber⁶⁶.

De todo lo anterior se colige que *los intereses patrimoniales como determinación del fin no son el objeto de la acción de administración desleal, sino objeto del deber de tutela*⁶⁷, de modo que el cuestionamiento de esa determinación del fin solo puede significar la infracción del deber. La conducta infractora del deber se dirige contra *objetos patrimoniales concretos que constituyen el patrimonio, los cuales entonces configuran el objeto de la acción de administración desleal*⁶⁸. Por lo tanto, el perjuicio patrimonial debe darse en este último plano. Esta conclusión rige tanto para el tipo de abuso como para la modalidad de quiebre de confianza.

III. Teoría de la administración desleal

A. La administración desleal como delito de infracción de deber

En la medida que la administración desleal solo puede ser cometida por el sujeto que tiene una posición de deber de tutela de intereses patrimoniales, es un *delito de infracción de deber*⁶⁹. Según *Roxin* este tipo de delito se distingue del *delito de dominio*, en cuanto este último se caracteriza por una acción socialmente dañosa⁷⁰, mientras que en el primero no es tan relevante la naturaleza externa de la conducta del autor, pues el fundamento de la sanción radica en que alguien contraviene las exigencias de rendimiento derivadas de un rol social asumido por el mismo⁷¹. Sin embargo, esta diferenciación adquiere significado recién en el marco de la autoría⁷². *Herzberg*, en

61. *Otto, ob. cit.*, p. 65.

62. Versión moderada de la crítica de *LK-Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 134.

63. Cfr. *Berger, Schutz*, p. 85.

64. *Berger, Schutz*, p. 84, bajo remisión a *Vogel*, Problemas de legitimación del derecho penal de la estafa (habilitación no publicada).

65. *Otto, Struktur*, p. 61.

66. En este sentido, sostiene *Nelles, Untreue*, p. 521 nota 41: «La teoría de la frustración del fin fundamentadora de un perjuicio patrimonial (...) es en todo caso incompatible con la estructura del § 266 StGB. Si se mantiene el postulado de un concepto único de patrimonio (...), debería analizarse, si por lo mismo debe haber también un concepto único de perjuicio. Si ello fuere así, la teoría de la frustración del fin estaría desechada no sólo para el § 266 StGB, sino en su totalidad».

67. *NK-Kindhäuser*, § 266, N. 43; *el mismo*, FS-Lampe, p. 722.

68. *Kindhäuser, ibidem*.

69. Cfr. *Haft, Strafrecht: Besonderer Teil*, 8.ª ed., p. 128; *Seier, HWSt-Untreue*, N. 60; *Schmid, WiStR* § 31 N. 10, 104; *Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, p. 53; *Roxin, Strafrecht: Allgemeiner Teil. Band II*, § 25 N. 271, 284, § 31 N. 71.

70. *Roxin, ob. cit.*, § 25 N. 267.

71. *Roxin, ob. cit.*, § 25 N. 268.

72. Al respecto, *Sax, JZ* 1977, p. 664 nota 10; también el propio *Roxin, ob. cit.*, § 25 N. 269.

Revista Penal

El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán

cambio, habla del *delito de garante* y lo sitúa junto a los delitos ligados a una conducta, oponiendo ambas categorías —tipos cerrados— a los delitos puros de causación —tipos abiertos—⁷³. Se está en presencia de un delito de garante, primero cuando toda producción de resultado es típica (de lo contrario se trata de un delito ligado a conducta, como p. ej. la fuga del conductor) y segundo cuando el tipo es completamente cerrado en el círculo de autores⁷⁴. No obstante, en la administración desleal, no toda producción de resultado es típica, sino solo la que aparece como realización de la acción infractora de deber. *La administración desleal consiste en la provocación de un perjuicio mediante la infracción de un deber en el sentido de una contravención de la norma de conducta, que sirve de presupuesto al § 266 StGB*⁷⁵. De este modo, la administración desleal se comprende mejor bajo la categoría de los delitos de infracción de deber en el sentido de *Jakobs*, que se diferencia de los delitos en que la responsabilidad se sigue de la competencia por la ampliación del propio círculo de organización. En aquella categoría de delitos existe una relación del autor respecto del bien, independiente del hecho, la que se define no solo negativamente en orden a no-lesionar, sino positivamente mediante un status del autor en relación al bien. Este status se encuentra predeterminado y estrictamente normado por contextos de regulación (padres, curador, funcionario), esto es, por instituciones. En estos delitos, la competencia del autor se determina mediante el status, no a través del círculo de organización⁷⁶. La administración desleal es un delito de infracción de deber en este sentido⁷⁷, es decir, consiste en una acción que lesiona un deber especial, cuyo fundamen-

to es el status del autor en relación al patrimonio. Este deber especial se denomina *deber de tutela del patrimonio*.

B. La discusión sobre el deber de tutela del patrimonio

Según el tenor literal de la norma del § 266 StGB, es claro e indiscutible, que la parte final de la disposición «y con ello inflinge un perjuicio a la persona, *cuyos intereses patrimoniales él debe tutelar*» alcanza a las frases precedentes⁷⁸, en las que se describen como alternativas las dos modalidades de la administración desleal —el tipo de abuso y el tipo de quiebre de confianza. Consecuencia de una postura contraria, que sostuviese que dicha parte solo se conecta a la segunda frase precedente —el tipo de quiebre de confianza—, sería que el elemento del tipo de la producción de un perjuicio no se exigiría respecto del tipo de abuso⁷⁹, lo cual prácticamente nadie sostiene⁸⁰. Lo único que se discute, es si la oración subordinada «*cuyos intereses patrimoniales él debe tutelar*» contenida en la parte final del § 266 StGB representa un elemento del tipo adicional para el tipo de abuso⁸¹. Al respecto, las opiniones se dividen fundamentalmente en: (1) la *teoría monista*, que ve en esa frase un elemento adicional del tipo y que se ha convertido en teoría dominante, (2) la *teoría dualista*, que niega ese aserto, y (3) la posición que media entre ambas⁸². A continuación, se somete a análisis esta discusión teórica por momentos áspera, pues solo teniendo presente las distintas visiones existentes respecto de este tipo penal es posible llegar a comprender el trasfondo y sentido de la administración desleal como delito⁸³.

73. *Herzberg*, *Unterlassung*, p. 128 s.; véase también esquema en la p. 129.

74. *Herzberg*, *ob. cit.*, p. 129 nota 4.

75. Crítico sobre la concepción del delito como infracción de deber *K. Günther*, *Von der Rechts- zur Pflichtverletzung. Ein «Paradigmawechsel»*

im Strafrecht?, en: *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt (ed.), 1995, p. 457 ss.; sentido del presente trabajo es justamente mostrar que, en la medida que la comprensión de la administración desleal se apoya en la categoría del delito de infracción de deber, se garantiza una aplicación menos arbitraria de dicho tipo penal.

76. *Jakobs*, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Apdo 7, N. 70; al respecto, *Vogel*, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 136 s.

77. *Jakobs*, *AT*, Apdo 21, N. 116; así también *Kubiciel*, *NStZ* 2005, p. 358; por su parte *Tiedemann*, *Wirtschaftsstrafrecht: Allgemeiner Teil*, N. 56, habla de una relación especialmente estrecha del autor respecto del bien jurídico protegido.

78. Al respecto, *Nelles*, *Untreue*, p. 218 ss.; *Hübner*, *JZ* 1973, p. 410.

79. *Dunkel*, *Erfordernis*, p. 34; cfr. *SK-Samson/Günther*, § 266, N. 5.

80. Solo *Wolf*, *Die Strafbarkeit der rechtswidrigen Verwendung öffentlicher Mittel*, 1998, p. 112 ss.

81. Al respecto, *Wegenast*, *Missbrauch*, p. 11 s.

82. Sobre las distintas teorías *NK-Kindhäuser*, § 266, N. 19-21; *el mismo*, *BT II*, § 34 N. 4-6; *LK-Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 10; profundizando *Wegenast*, *Missbrauch*, p. 11 s. *passim*.

83. El origen de esta discusión radica en la parte final de la disposición que agrega al requisito del perjuicio patrimonial, copulativo para ambas modalidades, la frase: «*cuyos intereses patrimoniales él debe tutelar*».

Esta frase resulta sintácticamente problemática ya en relación a la modalidad de quiebre de confianza, que supone expresamente el «*deber de cuidar intereses patrimoniales ajenos*», por lo que la formulación legal incurre en una repetición a primera vista innecesaria. Siendo sinceros, lo más razonable es pensar que la formulación legal buscó reconocer las dos teorías contrincantes, según las cuales se interpretaba la versión vigente de la norma hasta 1933, esto es, la teoría del abuso y la del quiebre de confianza, con el resultado de dos modalidades alternativas («El que abusa... o que infringe...»).

1. La teoría monista

1.a. Interpretación gramatical

En la medida que consta sintácticamente que la parte final de la disposición se conecta con ambas modalidades del tipo, esta teoría deduce que la oración subordinada contenida en dicha parte tiene el mismo significado para ambas alternativas, es decir, que ambas se realizan en una relación de tutela⁸⁴. Esta frase denota además un carácter imperativo, de modo que se trata de un *deber*⁸⁵. Éste implica más que la obligación accesoria de cada deudor, de evitar daños a la contraparte⁸⁶. Dado que las palabras «cuidar» y «tutelar» son empleados por el texto legal con el mismo significado, debe comprenderse el deber de *tutela* del patrimonio en el mismo sentido que el deber de *cuidado* patrimonial, que sirve de base al tipo de quiebre de confianza⁸⁷. Este deber se caracterizaría por una relación de confianza, que supondría una relación estrecha entre el autor y la víctima⁸⁸. Sin embargo, esta posición de confianza no supone una relación personal estrecha, sino que la relación entre autor y perjudicado se caracteriza más bien por el deber de lealtad, que consiste en cuidar intereses patrimoniales⁸⁹. *Cuidar intereses patrimoniales ajenos* significa preocuparse de ellos en lugar del dueño, ocuparse de los mismos en beneficio y utilidad de éste, lo que conlleva asumir responsabilidad y, en consecuencia, cuidar en forma autoresponsable de los negocios por él y para conservación y aumento de los intereses confiados, que de otra manera él mismo habría tenido que realizar⁹⁰. De esta manera, la relación de tutela es comprendida en el sentido de la figura jurídico-civil de la *gestión de negocios*, contemplada por el § 675 del código civil alemán (BGB)⁹¹. El deber de tutela del patri-

monio es caracterizado por el Tribunal supremo del reino (RG) del siguiente modo:

«De la expresión “intereses patrimoniales” en conexión con las palabras “tutelar” y “cuidar”, puede y debe deducirse tanto que se alude a deberes o círculo de deberes que se extienden en su *duración* por un determinado tiempo o en su *volumen* sobre meros casos aislados, de tal manera que el obligado disponga de un cierto *ámbito de juego*, una determinada *libertad de movimiento* o *autonomía* para el cumplimiento de sus deberes (...) Por regla general, aquí no son subsumibles las actividades puramente “mecánicas”, como la mera encomienda o la realización de encargos aislados y subordinados (...) Otro punto de referencia puede entregar la circunstancia, de si la obligación del autor respecto del patrimonio constituye el *contenido esencial* o solo un deber accesorio de la relación interna.»⁹²

1.b. Crítica

El deber en cuestión debe extenderse por un determinado tiempo —*duración*— y sobre meros casos aislados —*volumen*—. Sin embargo, estas características también se encuentran en prestaciones de servicio subordinadas, de modo que el valor indicativo de este criterio es más bien limitado⁹³. Además, se sostiene que este criterio es prescindible, pues la exigencia de una gestión autónoma de negocios es suficiente para excluir tareas puramente mecánicas y subordinadas⁹⁴. No obstante, el RG en la sentencia citada menciona este criterio no de modo aislado, sino justamente conectado con la exigencia de una determinada *autonomía*. Al respecto, se señala que la autonomía supone la concesión por parte del titular del negocio, de la tarea de ejecutar asuntos ajenos con la libertad de decidir, cómo han de cuidarse los intereses patrimoniales. No existe autonomía cuando el tutor se encuentra sujeto a instrucciones estrictas del dueño⁹⁵, pero

Pero la disposición legal contiene literalmente, conectado al requisito del perjuicio exigido claramente para ambas modalidades, la oración subordinada «*cuyos intereses patrimoniales él debe tutelar*», con lo cual por cierto se plantea que entonces el tipo de abuso también supone tal deber de tutela. La discusión teórica sobre la administración desleal se centra fundamentalmente en el alcance que se debe atribuir a dicha oración en el contexto de la disposición.

84. LK-Hübner, 10.^a ed., § 266, N. 5; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch: Kommentar, § 266, N. 4; Arzt/Weber, BT § 22 N. 68; así BGHSt. 24 (386) (caso *tarjeta de cheque*), p. 387; BGH (NJW 1984), p. 2540.

85. Dunkel, Erfordernis, p. 38.

86. Dunkel, ob. cit., p. 136; BGHSt. 1 (186), p. 188; BGH (GA 1979), p. 143.

87. LK-Hübner, 10.^a ed., § 266, N. 24; Dunkel, ob. cit., pp. 133 ss., 216.

88. Dunkel, ob. cit., p. 134 ss.

89. Dunkel, ob. cit., p. 216; así ya RGSt. 69 (58), p. 61.

90. LK-Hübner, 10.^a ed., § 266, N. 25.

91. LK-Hübner, 10.^a ed., § 266, N. 26; en este sentido ya RGSt. 69 (58), p. 62; también NK-Kindhäuser, § 266, N. 31-33; Haas, Die Untreue (§ 266 StGB), 1997, p. 39 s.

92. RGSt. 69 (58), p. 61 s. (destacado nuestro); así también BGHSt. 3 (289), p. 293 s.; BGHSt. 4 (170), p. 172; BGH (NJW 1954), p. 889; BGH (GA 1979), p. 143 s.; respecto de estos criterios sostienen críticamente Arzt/Weber, BT § 22 N. 64 ss., que apenas han sido aplicados por la jurisprudencia en todo su alcance.

93. Labsch, Untreue, p. 164; LK-Hübner, 10.^a ed., § 266, N. 33; al respecto crítico Kargl, ZStW 2001, p. 585 s.

94. Kindhäuser, FS-Lampe, p. 716; cfr. Dunkel, Erfordernis, p. 177 s.

95. LK-Hübner, 10.^a ed., § 266, N. 30.

Revista Penal

El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán

sí cuando «el tutor *debe obrar así o también puede actuar de otra manera*»⁹⁶. En relación a este criterio, se advierte que el deber de tutela también ha sido confirmado por la jurisprudencia, en casos de cobro, administración y entrega de dinero, cuando los medios confiados alcanzan una determinada cantidad o deben seguirse procedimientos de rendición de cuentas⁹⁷. Sin embargo, las decisiones jurisprudenciales no hacen perder necesariamente la justificación de un criterio. Por último, el RG se refiere al deber respecto del patrimonio como *contenido esencial* de la relación interna entre autor y portador del patrimonio⁹⁸. Este criterio es impugnado en consideración a que la obligación, p.ej., de transferir el objeto de compra y de pago del precio, es deber principal respectivamente del vendedor y del comprador⁹⁹. No obstante, debe tenerse nuevamente presente que esta sentencia del RG no se refiere a cualquier deber principal, sino precisamente a un deber que tiene como contenido esencial el patrimonio del otro, de modo que esta crítica puede desecharse.

Consecuencia de esta teoría, que considera el deber de tutela patrimonial idéntico para ambas modalidades del tipo¹⁰⁰, es comprender la administración desleal como un tipo penal unitario¹⁰¹. En este contexto, el tipo de abuso es visto como un caso especial o un ejemplo sobresaliente del tipo de quiebre de confianza¹⁰². Al respecto, desde ya debe observarse que la conclusión, de que ambas modalidades del tipo están conectadas mediante la conjunción («y») y que, por ende, ambas alternativas presuponen en igual medida el deber de tutela del patrimonio, no autoriza soslayar que entre ambas modalidades se encuentra la conjunción disyuntiva «o». *Por ello, una comprensión de la administración desleal como tipo unitario no se ajusta a la estruc-*

*tura sintáctica del § 266 StGB*¹⁰³. Como el RG señaló poco después de la entrada en vigencia de la actual versión de la norma, «esta disposición legal impone bajo pena dos tipos autónomos, con igual importancia uno junto a otro»¹⁰⁴.

1.c. Interpretación histórica

La interpretación basada en la historia legislativa de la norma es desde un principio precaria, pues para el establecimiento de la nueva versión del § 266 StGB, que entró en vigencia el 26 de mayo de 1933, no hubo proyecto de ley y, por ende, tampoco hubo expresión auténtica de motivos. Se trataba de una ley emitida por el propio Gobierno en uso de la facultad conferida por una ley de plenos poderes¹⁰⁵. Al respecto, *Dunkel* es de opinión que la declaración del entonces director general del Ministerio de Justicia *Ernst Schäfer*, que podría valer como fuente inmediata sobre la voluntad del legislador, no es concluyente¹⁰⁶. Por ello, este autor emprende una investigación histórico-genética hasta los orígenes de la administración desleal en el derecho romano y el antiguo derecho germano, para así sostener que «la administración desleal *siempre* fue concebida como quiebre de confianza»¹⁰⁷. La misma norma de la antigua versión del § 266 StGB puede ser vista en su totalidad como lesión del deber de lealtad¹⁰⁸. Además, el pensamiento del quiebre de confianza también era immanente a los distintos proyectos de ley entre 1909 y 1927¹⁰⁹, de modo que todas las fuentes mediatas sobre la voluntad del legislador llevan a la conclusión, de que el legislador vio también en la primera modalidad del § 266 StGB un caso del tipo de quiebre de confianza, por lo que el deber de tutela patrimonial alcanza al tipo de abuso del § 266 StGB¹¹⁰.

96. LK-Hübner, 10.ª ed., § 266, N. 32.

97. *Kindhäuser*, FS-Lampe, p. 716; así falló BGHSt. 13 (315), p. 318 s.; críticos al respecto *Labsch*, *Untreue*, p. 164, y *Kargl*, ZStW 2001, p. 585 s.

98. RGSt. 69 (58), p. 62; así también RGSt. 71 (90), p. 91; BGHSt. 1 (186), p. 189; BGHSt. 4 (170), p. 172; BGHSt. 5 (187), p. 188 s.; BGHSt. 6 (314), p. 318; BGHSt. 22 (190), p. 191.

99. *Labsch*, *Untreue*, p. 165; crítico también *Kargl*, ZStW 2001, p. 587; *Weber*, FS-Dreher, p. 564; *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, § 266, N. 24; LK-Hübner, 10.ª ed., § 266, N. 34; así por su parte BGH (NSTZ 1996), p. 82.

100. Así SK-Samson/Günther, § 266, N. 5; expresamente BGH (NJW 2006; caso *Mannesmann*), p. 525; BGH (NJW 2006; caso *Kinowelt*), p. 222.

101. NK-Kindhäuser, § 266, N. 19; LK-Hübner, 10.ª ed., § 266, N. 5; cfr. *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT § 45 N. 11.

102. LK-Hübner, 10.ª ed., § 266, N. 17; *Dunkel*, *Erfordernis*, p. 105 s.; *Seier*, HWSt-Untreue, N. 51; *Nelles*, *Untreue*, p. 204 s.; NK-Kindhäuser, § 266, N. 26; BGHSt. 47 (187), p. 192; BGH (NJW 2006; caso *Mannesmann*), p. 525.

103. Consecuencia de esta teoría es también dejar abierto en el caso concreto qué modalidad exactamente fue realizada; así lo hacen BGH (NJW 1975; caso *Bundesliga*), p. 1234; BGH (NJW 2006; caso *Mannesmann*), p. 525, y BGH (NJW 2006; caso *Kinowelt*), p. 222.

104. RGSt. 68 (371), p. 372; RGSt. 69 (58), p. 59.

105. Al respecto, *Dunkel*, *Erfordernis*, p. 55; *Nelles*, *Untreue*, p. 131.

106. *Dunkel*, *Erfordernis*, p. 56 ss.; se trata de una opinión formulada en una revista de la época, en que se expresa que la nueva versión del § 266 StGB es concebida intencionalmente amplia, para así cubrir, en lo posible sin vacíos, los casos de perjuicio del patrimonio cometidos deslealmente; declaración citada, entre otros, por *Nelles*, *Untreue*, p. 132.

107. *Dunkel*, *Erfordernis*, p. 94 (destacado nuestro).

108. *Dunkel*, *Erfordernis*, p. 96.

109. *Dunkel*, *Erfordernis*, p. 99, con la excepción del proyecto de 1911 y, parcialmente, de 1927.

110. *Dunkel*, *Erfordernis*, p. 107; *el mismo*, GA 1977, p. 334.

1.d. Crítica

En la medida que, según *Dunkel*, todas las fuentes medias sobre la voluntad del legislador conducen al mismo resultado, su investigación se vuelve dudosa bajo un prisma metodológico. Pareciera que este autor se concibiera como un investigador objetivo que entra en la historia del derecho para descubrir la verdad objetiva de la administración desleal. Pero un representante de la dogmática de la administración desleal no puede concebirse como un investigador objetivo, pues en la práctica de la comprensión uno siempre ejecuta un proyecto¹¹¹, en este contexto, una precomprensión en el sentido de una determinada concepción de la administración desleal. Además, la administración desleal no es un objeto que pueda descubrirse en la historia del derecho; administración desleal es inseparable de su comprensión.

Respecto del § 266 StGB, los presupuestos de una interpretación histórica son desde ya problemáticos. Según *Schroth*, puede hablarse de una voluntad del legislador cuando los materiales legislativos pueden ser interpretados en el sentido de objetivos específicamente perseguidos o de distintos contenidos jurídicos¹¹². Pero aquí, precisamente, la existencia de los materiales legislativos mismos está puesta en cuestión. Se puede hablar todavía de una voluntad del legislador histórico cuando y en la medida que se pueda interpretar el paso de una versión legislativa en una u otra formulación solo en una dirección específica¹¹³. Sin embargo, el paso de la formulación legal a la versión actualmente vigente de la norma no puede ser interpretado en una dirección específica, puesto que existen distintas interpretaciones respecto de la decisión del legislador. Así *Dunkel* cree, como ya se mostró, que el legislador se decidió por la teoría del quiebre de confianza, mientras *Labsch* y *Schünemann* son de opinión que se buscó reunir las dos teorías entonces en discusión¹¹⁴ —la teoría del quiebre de confianza, sostenida preponderantemente por el RG, y la teoría del abuso—. Por su parte, *Nelles* cree que la nueva versión del § 266 StGB buscaba una armonización de todos los tipos de administración desleal hasta entonces vigentes en el código penal y en la legislación especial¹¹⁵:

«La posibilidad de la interpretación subjetiva termina ahí, donde no hay una interpretación de los materiales —legislati-

vos— o no existe una explicación de la transformación del estado de la ley y/o de una versión concreta de la norma capaz de generar consenso»¹¹⁶.

1.e. Interpretación sistemática

La interpretación sistemática de la norma es decisiva, en cuanto el legislador de 1986, mediante la introducción del nuevo § 266b StGB —abuso de tarjetas de cheque y crédito—, estableció el abuso de una relación fiduciaria en utilidad propia como un caso especial y, por el contrario, no dejó en claro que el tipo de abuso del § 266 StGB abarcaba esa hipótesis¹¹⁷. El marco penal más gravoso de esta última norma en comparación con aquél del nuevo § 266b StGB, muestra que el injusto del abuso de posiciones de confianza en utilidad propia recibe una desaprobación penal menor que la lesión de una relación de tutela en utilidad ajena. Sería entonces contrasistemático extender la aplicación del tipo de abuso del § 266 StGB a relaciones fiduciarias en utilidad propia¹¹⁸. De esta manera, la pregunta de si el tipo de abuso del § 266 StGB supone un deber de tutela patrimonial en utilidad ajena, debe responderse afirmativamente desde una perspectiva sistemática.

1.f. Interpretación teleológica

Desde una perspectiva teleológica se advierte que la modalidad agravada de la apropiación indebida contemplada por el § 246 pfo. 2 StGB, castigada con el mismo marco penal del § 266 StGB, supone una posición de confianza del autor. De ahí que, de acuerdo a una interpretación ajustada a la Constitución en aplicación del principio de igualdad, la administración desleal, incluida la modalidad de abuso, exige una lesión del deber¹¹⁹. A ello se responde que la modalidad agravada de la apropiación indebida del § 246 pfo. 2 StGB no exige una confianza especial en el sentido de la teoría monista de la administración desleal¹²⁰. Mientras tanto se sostiene que sería contradictorio, en atención al principio de igualdad, asignar la misma consecuencia penal, por un lado, a la infracción del deber de tutela y, por otro, al mero abuso de una facultad, sin que en este último caso juegue algún rol el fundamento de la lesión de una relación especial¹²¹. Por

111. *Gadamer*, *Wahrheit und Methode*, 1990, p. 271.

112. *Schroth*, *Hermeneutik, Norminterpretation und richterliche Normanwendung*, en: Kaufmann/Hassemer/Neumann (eds.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 2004, p. 282.

113. *Schroth*, *ibidem*.

114. *Labsch*, *Untreue*, p. 70 f.; *el mismo*, *JURA* 1987, p. 346; *LK-Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 4.

115. *Nelles*, *Untreue*, p. 135 s.

116. *Schroth*, *ob. cit.*, p. 282; así en conclusión *Wegenast*, *Missbrauch*, p. 146; también últimamente *Schramm*, *Untreue und Konsens*, 2005, p. 44.

117. *Kindhäuser*, *FS-Lampe*, p. 711 s.; *NK-Kindhäuser*, § 266, N. 24.

118. *Kindhäuser*, *ibidem*.

119. *Dunkel*, *Erfordernis*, pp. 127, 204.

120. *Arzt*, *FS-Bruns*, p. 371 nota 22.

121. *Dunkel*, *Erfordernis*, p. 125; *el mismo*, *GA* 1977, p. 335.

Revista Penal

El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán

otra parte, se argumenta que, en atención a la concretización del tipo exigida por el art. 103 II de la Ley Fundamental, la acción del tipo de quiebre de confianza solo satisface la exigencia de *merecimiento penal* cuando se entiende por lesión del deber de cuidar intereses patrimoniales ajenos, no cada infracción contractual, sino más bien el aprovechamiento consciente de una posición de confianza que ubica o debía ubicar al autor en la situación de tutelar autónomamente asuntos patrimoniales del perjudicado¹²². Ello vale también respecto de la exigencia de *necesidad penal*, es decir, solo cuando el deber de tutela patrimonial es contenido esencial del deber contractual y se ha conferido al autor una determinada autonomía, puede verse el desvalor de acción de la administración desleal como merecedor y necesario de desaprobación penal¹²³. Estos criterios restrictivos deben aplicarse también al tipo de abuso¹²⁴.

1.g. Crítica

Este argumento resulta criticable, pues termina por aplicar el principio de igualdad de tal manera que ya no se trata de dos modalidades que deben ser interpretadas como esencialmente iguales en consideración a estar sancionados con la misma pena, sino de un injusto idéntico, donde no existen casos del tipo de abuso que a su vez no sean subsumibles en la modalidad de quiebre de confianza¹²⁵. De acuerdo a una interpretación restrictiva en aplicación del art. 103 II de la Ley Fundamental, según la cual una conducta debe revestir las condiciones de merecimiento y necesidad para ser desaprobada penalmente, no resulta claro por qué el tipo de abuso exige una tal interpretación¹²⁶. Según *Dunkel*, como se expuso, para satisfacer dicha exigencia y evitar que se castigue penalmente el mero incumplimiento contractual, debe tratarse de un aprovechamiento consciente de una posición de confianza, lo que demuestra la necesidad de extender la aplicación del deber de tutela patrimonial al tipo de abuso. Pero, bajo ese punto de vista, no resulta comprensible por qué habría que negar los caracteres de merecimiento y necesidad penal a la conducta de abuso consciente de la facultad de disposición sobre patrimonio ajeno, por sí misma, aún

sin infracción del deber de tutela patrimonial¹²⁷. Por cierto, la exigencia del deber de tutela patrimonial en utilidad ajena para ambas modalidades se encuentra suficientemente fundamentada desde una perspectiva gramatical y sistemática. Pero, sobre esa base, exigir todavía más, bajo una perspectiva teleológica, que la modalidad de abuso se realice en uso de una *determinada autonomía* en el sentido de la teoría monista, no resulta justificado a primera vista. Así se menciona el caso de un campesino B que, en posesión de un poder general en representación de A, en vez de la oveja o el tractor que debía comprar, adquiere una cabra, de modo que el contrato celebrado es eficaz respecto de A y éste se vería obligado a cumplirlo, sin la posibilidad jurídico-civil de desligarse del mismo sin consentimiento del tercero. En este caso no resulta claro, por qué el abuso de la facultad no reúna los caracteres de merecimiento y necesidad penal¹²⁸.

A pesar de ello, debe concederse a la teoría monista que se justifica desde una perspectiva teleológica la exigencia de un deber de tutela patrimonial en utilidad ajena para el tipo de abuso. De esta manera, se excluyen del ámbito de la administración desleal aquellas relaciones contractuales que no están estructuradas en *utilidad ajena*, sino que se caracterizan por una conjunción de intereses ajenos con los propios, donde cada parte solo persigue su propio beneficio frente a la otra, esto es, relaciones de prestación recíproca como p.ej. los contratos de enajenación¹²⁹. En consecuencia, caen fuera del ámbito punible de la administración desleal los casos de abuso de tarjetas de cheque y crédito, en la medida que no suponen una relación de tutela en utilidad ajena¹³⁰. En este sentido, sostiene el Tribunal supremo federal (BGH) en el caso conocido como *tarjeta de cheque* que, en estos casos, en los cuales el cliente abusa de la tarjeta extendida por el banco, no existe un tal deber de cuidado patrimonial del cliente hacia el banco, sino por el contrario, es deber del banco cuidar de los intereses del cliente según el contrato de cuenta corriente¹³¹. También se excluyen del ámbito de la administración desleal en la modalidad de abuso, por ausencia de un deber de tutela patrimonial en utilidad ajena, los casos de la compraventa con reserva de dominio y la cesión en garantía. En ambos casos, tanto el comprador como el ce-

122. *Dunkel*, Erfordernis, p. 196.

123. *Dunkel*, Erfordernis, pp. 202, 230 ss.

124. *Dunkel*, Erfordernis, p. 233 ss.

125. *Wegenast*, Missbrauch, p. 79, quien no obstante plantea este argumento desde una perspectiva sistemática.

126. *Wegenast*, ibidem; cfr. *Labsch*, Jura 1987, p. 345; *Bringewat*, GA 1973, p. 360; *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, § 266, N. 2; *Haft*, BT, p. 130.

127. Cfr. *LK-Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 18.

128. *Wegenast*, Missbrauch, p. 107 s.; una pregunta distinta, que ha de analizarse separadamente (*vid. infra*. V.), es si mediante la conducta se ha inflingido un perjuicio patrimonial.

129. *LK-Hübner*, 10.ª ed., § 266, N. 27; *Dunkel*, Erfordernis, p. 176; sin embargo, este tipo de relaciones jurídicas, bajo determinadas circunstancias, pueden fundamentar un deber de tutela patrimonial; cfr. BGH (NSZ 1991), p. 37.

130. Al respecto, *Wegenast*, Missbrauch, pp. 90, 148.

131. BGHSt. 24 (386), p. 387; como se señaló en el texto, este caso está cubierto actualmente por el § 266b StGB, que justamente castiga el abuso de esa relación de tutela en utilidad propia.

dente pueden eventualmente abusar de la facultad de enajenación, pero no tienen en absoluto el deber de cuidar los intereses patrimoniales respectivamente del vendedor bajo reserva y del cesionario¹³².

La circunstancia de que en algunos casos la jurisprudencia ha relativizado sustancialmente el criterio de la utilidad ajena, como p.ej. cuando ha calificado la custodia de la garantía en un contrato de arriendo como deber de tutela patrimonial¹³³, no le quita su justificación. Por último, se critica que reconocidos autores posibles de administración desleal, como el gerente o el administrador de patrimonio, no obran exclusivamente para el dueño¹³⁴. Al respecto debe señalarse que, en la medida que el autor tiene el deber de cuidar intereses patrimoniales ajenos, ciertamente que resulta irrelevante que persiga al mismo tiempo su propio beneficio¹³⁵.

2. La teoría dualista

2.a. Interpretación gramatical

Según la teoría dualista la oración subordinada contenida en la parte final del § 266 StGB «y con ello inflinge un perjuicio a la persona, *cuyos intereses patrimoniales él debe tutelar*» implica solo la exigencia del perjuicio patrimonial y la identidad entre tutelado y perjudicado, pero no un elemento del tipo adicional para el tipo de abuso¹³⁶. Sin embargo, no resulta claro en esta teoría que dicha oración carezca totalmente de contenido para este tipo. Así p.ej. se plantea la pregunta, de si realmente deben imponerse las mismas exigencias al deber de tutela patrimonial para ambas modalidades¹³⁷. En este sentido, *Schünemann* argumenta que no resulta contradictorio, bajo un punto de vista gramatical y lingüístico, cuando la oración subordinada, que se co-

necta con las oraciones principales, describe un concepto general, cuya extensión se encuentra contenida parcialmente en las oraciones principales¹³⁸. Esto implica que la extensión de la primera oración principal, en la cual se contempla el tipo de abuso, también contiene parte del concepto descrito por la oración subordinada en cuestión. No obstante, no queda claro en este análisis cuál es la extensión del concepto general. Solo cuando *Schünemann* critica la posición intermedia o teoría monista limitada se esclarece la pregunta, al afirmar que la relación interna no exige estar estructurada en utilidad ajena, pero sí debe contener elementos de la gestión de negocios en el sentido de la capacidad para actuar contractual y autónomamente, en contraste con la actividad puramente mecánica de la encomienda¹³⁹. Con ello queda claro que la oración subordinada como concepto general también tiene un significado para el tipo de abuso¹⁴⁰. De lo anterior se concluye que hoy en día una teoría estrictamente dualista prácticamente no es sostenida¹⁴¹.

2.b. Interpretación histórica y sistemática

Schünemann sostiene una argumentación histórico-sistemática para afirmar que nunca fue exigida una relación interna en utilidad ajena para el tipo de abuso. Así sostiene que el Nr. 2 de la antigua versión del § 266 StGB, que contemplaba la administración desleal del mandatario¹⁴², fue tomada del párrafo 2 del § 287 StGB de Sajonia, que asimilaba la disposición del mandatario sobre créditos ajenos y otras posiciones del patrimonio a la apropiación indebida de cosas que se encuentran en posesión del autor¹⁴³. De este modo, la «apropiación indebida» de créditos y otras posiciones del patrimonio fue concebida como administración desleal y contemplada por el § 266 Nr. 2 StGB. Así, la re-

132. *Wegenast*, *Missbrauch*, p. 121 ss.; al respecto explica *Wegenast* que así como el contrato de compraventa en cuanto relación de prestación recíproca no está estructurado para utilidad de la contraparte, tampoco debe el comprador bajo reserva de dominio ejercer la facultad conferida en interés del vendedor (*ob. cit.*, p. 149); cfr. *Arzt/Weber*, BT § 22 N. 24 s.; *Wittig/Reinhart*, NSTZ 1996, p. 471; así BGHSt. 22 (190), p. 191 s., respecto de la compraventa bajo reserva de dominio, pero en relación al tipo de quiebre de confianza; otra opinión BGHSt. 5 (61), p. 63 s., respecto del contrato de cesión de garantía.

133. BGH (NSTZ 1996), p. 82; al respecto *Kindhäuser*, FS-Lampe, p. 715 s., y *Schünemann*, *Organuntreue*, 2004, p. 12.

134. *Labsch*, *Untreue*, p. 171.

135. *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, § 266, N. 28; así también *Thomas*, FS-Riess, p. 797.

136. *Bockelmann*, *Strafrecht: Besonderer Teil*, 2.ª ed., pp. 138, 141; al respecto *Wegenast*, *Missbrauch*, p. 18.

137. Así *Labsch*, *Untreue*, p. 92; también *el mismo*, *Jura* 1987, p. 345.

138. LK-*Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 13.

139. LK-*Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 23.

140. Aunque debe señalarse que *Schünemann* llama su propia posición como teoría tipológica. Sin embargo, el hecho de que un autor nombre su propia posición de una u otra manera no exime al lector crítico de poner al descubierto que teoría se sostiene en el trasfondo. Y es justamente lo que ocurre con el comentario de *Schünemann*, quien critica duramente la sentencia del tribunal supremo federal en el caso tarjeta de cheque, además de desarrollar su análisis sobre la base de dos tipos penales separados, lo que revela un pensamiento dualista de la administración desleal.

141. Con la excepción de *Bockelmann*, BT, quien no obstante no aduce mayores argumentos, y de *Wolf*, *Strafbarkeit*, pp. 31, 114 s., bajo el costo de no exigir el requisito de perjuicio patrimonial para el tipo de abuso, lo cual es simplemente insostenible.

142. Sobre la base de ese número 2 de la antigua versión del § 266 StGB se sostuvo la teoría del abuso —antecedente del tipo de abuso—, frente a la teoría del quiebre de confianza que se apoyaba en los números 1 y 3 de la misma norma, que enumeraban casuísticamente autores posibles del tipo.

143. LK-*Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 14.

Revista Penal

El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán

lación interna que supone esta forma de la administración desleal fue pensada desde un comienzo como paralelo de la posición de confianza exigida por la modalidad agravada de la apropiación indebida del § 246 pfo. 2 StGB, esto es, como un deber de tener de determinada manera el bien confiado y no como gestión de negocios en utilidad ajena¹⁴⁴.

Asimismo, *Schünemann* señala que la circunstancia, de que la nueva versión del § 266 StGB surgiera de una ley dictada por el propio gobierno del reino, no autoriza desconocer que la intención expresada en la letra de la ley era consagración de la teoría del abuso, contenida en el § 277 del anteproyecto de 1909, y del pensamiento del quiebre de confianza, contenido en el § 322 del anteproyecto de 1911¹⁴⁵. En consecuencia, la teoría dualista constituye el trasfondo del § 266 StGB actualmente vigente.

2.c. Interpretación teleológica

Desde un punto de vista teleológico, *Schünemann* considera justificada la protección penal frente a quien tiene abierta jurídicamente la posibilidad de acceder en cualquier momento al patrimonio de otro. Pues, las demás medidas fácticas y el derecho civil fracasan en conferir protección¹⁴⁶. Según *Schünemann* la estructura básica de la administración desleal consiste, por una parte, en el *dominio* sobre patrimonio ajeno, y, por otra, en el ejercicio *desconsiderado* e ilícito del poder jurídico frente al titular del patrimonio. En esta estructura básica coinciden tanto el tipo de abuso como el de quiebre de confianza, que entonces solo se diferencian en la *forma del dominio*, contractual en el primero, no-contractual en el segundo¹⁴⁷. El polo contrario a esta estructura es la posición del trabajador no autónomo, completamente controlado, de la contraparte en un negocio de intercambio y del caso del mero trato con cosas ajenas¹⁴⁸.

La consecuencia de la teoría dualista es poner en cuestión la comprensión de la norma como un único tipo penal. Como se mostró, la nueva versión del § 266 StGB buscaba reconocer la dos teorías entonces en discusión, lo que tuvo como resultado dos tipos autónomos y con igual importancia¹⁴⁹. Así se crítica que la denominación de la modalidad de abuso como *leges specialis* es técnicamente incorrecta, pues el legislador emplea esta formulación cuando el tipo especial tiene un injusto mayor o menor en comparación con el tipo general y, en consecuencia, se encuentra castigado con una pena mayor o menor respectivamente, lo cual no ocurre con el ti-

po de administración desleal. Más correcta es la denominación de dicha modalidad como ejemplo del tipo en su conjunto¹⁵⁰. Según *Schünemann* es teleológicamente justificado hablar de especialidad respecto de esta modalidad, pero precisamente en un sentido distinto del asignado por la teoría monista, cual es, que en los casos de relaciones fiduciarias en utilidad propia solo puede aplicarse el tipo de abuso, mientras que en relaciones calificadas de cuidado patrimonial, sin competencia contractual del obligado, solo puede aplicarse el tipo de quiebre de confianza¹⁵¹.

2.d. Crítica

Esta teoría de la administración desleal se ajusta más que la teoría monista a la estructura sintáctica del § 266 StGB. Esta estructura que se basa en dos oraciones principales alternativas —que contienen la modalidad de abuso y la de quiebre de confianza— y una parte copulativa —que contiene el requisito de perjuicio patrimonial y la tan discutida oración subordinada—, indica más bien que se trata de una disposición que contempla dos tipos autónomos y de igual importancia. En una perspectiva teleológica, la teoría dualista permite una comprensión diferenciada del tipo de abuso y del de quiebre de confianza, que en esa medida abarcan constelaciones distintas.

No obstante, el aserto de que la posición de tutela patrimonial es el núcleo de ambos tipos, debe verse hoy en día como incontestable. Así *Schünemann* reconoce que el tipo de abuso presupone elementos de la gestión de negocios como capacidad para actuar contractual y autónomamente, como antes se mostró. Por consiguiente, opina *Schünemann*, en consonancia con la sentencia del BGH en el caso *tarjeta de cheque*, aunque en relación al cheque europeo, que al extenderse este cheque no es el cliente quien cuida de un negocio del banco, sino que es éste el que ejecuta negocios del cliente con el pago del cheque¹⁵². Pero son aspectos teleológicos y político-criminales los que priman para *Schünemann*, pues destaca la necesidad de protección penal de la víctima frente a la posibilidad de acceso al patrimonio ajeno con poder de actuación contractual en las relaciones fiduciarias en utilidad propia¹⁵³. En la medida que el tenedor de la tarjeta posee un poder de obligar frente al banco y que el abuso de este poder también implica un daño desde adentro al patrimonio del mandante, que no se ejecuta en el marco del mero trato con cosas, esta constelación satisface el tipo de abu-

144. *Schünemann, ibidem*.

145. LK-*Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 16, nota 62; así también RGSt. 69 (58), p. 59, el que, no obstante, se remite al § 348 del proyecto de 1927.

146. LK-*Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 18; otra opinión *Dahs*, NJW 2002, p. 273.

147. LK-*Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 20.

148. LK-*Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 21.

149. *Labsch*, Untreue, p. 70 s.; *el mismo*, Jura 1987, p. 346; cfr. RGSt. 68 (371), p. 372; RGSt. 69 (58), p. 59.

150. *Labsch*, Untreue, p. 84 s.

151. LK-*Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 25.

152. LK-*Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 78.

153. LK-*Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 23.

so¹⁵⁴. Por eso, *Schünemann* tacha dicha sentencia como un error y sostiene la aplicación del tipo de abuso del § 266 StGB a este caso¹⁵⁵. Entre tanto, su argumentación respecto de la compraventa bajo reserva de dominio es equívoca. Por una parte, considera que, a falta de una relación interna en utilidad ajena, el abuso de la facultad en este caso no puede satisfacer el tipo de quiebre de confianza, pero sí el tipo de abuso. Pues el comprador bajo reserva infringe en ese caso las condiciones de la relación interna, cuando enajena la cosa en uso de la facultad conferida por el vendedor bajo reserva¹⁵⁶. Pero aquí *Schünemann* parece emplear el criterio restrictivo de la gestión de negocios respecto del tipo de abuso:

«En contra de ello se sigue llanamente de los fundamentos de una teoría tipológica de la administración desleal, que se trata de un mero trato con cosas y con ello de un injusto puro de apropiación indebida, en la medida que el comprador bajo reserva emplea y aprovecha la cosa en su ámbito de negocios y no en el marco de una gestión de negocios para el vendedor»¹⁵⁷.

Por último, la argumentación de *Schünemann* respecto de la cesión en garantía es ambivalente. Por una parte, admite que esta relación jurídica no está estructurada en utilidad ajena y que no se impone al cedente un deber de cuidado patrimonial, pues ni la mera tenencia ni la relación de préstamo o custodia fundamenta una gestión de negocios. Por lo tanto, no puede aplicarse el tipo de quiebre de confianza, pero sí el de abuso, cuando el cedente mantiene la facultad de disposición y hace de ella un uso manifiestamente contrario a deber¹⁵⁸. Ello a pesar de que *Schünemann* considera posible el castigo por apropiación indebida¹⁵⁹, criterio que forma parte de los fundamentos de su «teoría tipológica» y que respecto de la compraven-

ta bajo reserva había relevado como determinante para excluirla del ámbito de la administración desleal.

3. La teoría monista limitada

3.a. Interpretación gramatical y sistemática

El punto de partida de la teoría monista limitada es el reconocimiento, inevitable desde la sentencia del BGH en el caso *tarjeta de cheque*, del deber de tutela patrimonial en utilidad ajena como núcleo de los dos tipos de administración desleal¹⁶⁰. En consecuencia, la exigencia de utilidad ajena rige también para el tipo de abuso, por lo que el desvalor de acción de éste no se satisface solo con el abuso de la facultad¹⁶¹. El aserto que niega el carácter de utilidad ajena del deber de tutela patrimonial se ha vuelto insostenible desde la introducción del § 266b StGB¹⁶². El carácter de utilidad ajena se contiene tanto en la palabra «cuidar» como en el verbo «tutelar», por lo que ambos tienen el mismo contenido¹⁶³. Sin embargo, una interpretación gramatical no lleva a concluir que el significado de ambas palabras sea el mismo para ambos tipos¹⁶⁴. De lo contrario, el deber de cuidado patrimonial exigido por el tipo de quiebre de confianza —«el deber de cuidar intereses patrimoniales ajenos»— se repetiría innecesariamente y a continuación en la oración subordinada contenida en la parte final de la disposición —«y con ello infringe un perjuicio a la persona, cuyos intereses patrimoniales él debe tutelar»¹⁶⁵. La parte final de la disposición, que contiene dicha oración subordinada, es copulativa tanto respecto del tipo de abuso como del tipo de quiebre de confianza¹⁶⁶. El hecho de que ambos verbos

154. LK-*Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 128.

155. Por ello, la introducción del § 266b StGB era innecesaria según *Labsch*, Jura 1987, p. 346.

156. LK-*Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 75, 111.

157. LK-*Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 111.

158. LK-*Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 118; sobre la lesión *manifiesta* de las condiciones de la relación interna en el tipo de abuso *el mismo*, *ob. cit.*, N. 52.

159. LK-*Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 52; justamente en BGHSt. 5 (61), p. 62, caso objeto del comentario de *Schünemann*, se castiga a la acusada por administración desleal y por apropiación indebida.

160. Cfr. *Wegenast*, *Missbrauch*, pp. 136, 142, 144; *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, § 266, N. 2; así BGHSt. 24 (386) (caso *tarjeta de cheque*), p. 387; BGH (NJW 1975; caso *Bundesliga*), p. 1234; BGH (NJW 1984), p. 2540; BGHSt. 47 (187), p. 192; BGH (NJW 2006; caso *Mannesmann*), p. 525; BGH (NJW 2006; caso *Kinowelt*), p. 222.

161. *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, § 266, N. 2.

162. *Wegenast*, *Missbrauch*, p. 116.

163. *Wegenast*, *Missbrauch*, p. 138; otra opinión *Haft*, BT, pp. 128, 130, según quien debe diferenciarse el contenido del deber de tutela patrimonial, aplicable al tipo de abuso, del deber de cuidado patrimonial, exigido por el tipo de quiebre de confianza. En el caso del tipo de quiebre de confianza, el deber ha de ser contenido esencial de la relación interna (*ob. cit.*, p. 131), pero este autor no explica qué contenido debe tener el deber en el caso del tipo de abuso. Sólo sostiene que en este último caso deben ponerse menos exigencias que respecto del tipo de quiebre de confianza (*ob. cit.*, p. 130).

164. Pero, ¿en qué radica el contenido de una palabra sino es en su significado?

165. *Wegenast*, *Missbrauch*, p. 77.

166. Durante más de tres décadas se ha discutido fuertemente si dicha oración subordinada alcanza en su contenido al tipo de abuso, olvidando por momentos que, con los mismos argumentos, también se conecta al tipo de quiebre de confianza, lo cual plantea un dilema prácticamente insoluble.

Revista Penal

El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán

tengan el mismo contenido no permite deducir que los criterios desarrollados por la jurisprudencia respecto del deber de tutela patrimonial deban necesariamente, desde una perspectiva sistemática, transferirse a la modalidad de abuso¹⁶⁷. El aserto de que los criterios restrictivos desarrollados por la jurisprudencia para dar contornos al tipo de quiebre de confianza deben aplicarse a la modalidad de abuso, en atención al principio de igualdad, es una mera afirmación¹⁶⁸. Consecuencia de semejante planteamiento sería derogar la estructura del tipo del § 266 StGB¹⁶⁹.

Para conservar dicha estructura, el *significado* del deber de tutela patrimonial debe ser distinto respecto de ambas modalidades del tipo, esto es, el *contenido* es el mismo, cual es, el carácter de utilidad ajena, pero no el significado¹⁷⁰. Como lo muestran varios ejemplos de la parte especial del StGB¹⁷¹, es lícito interpretar la misma palabra dentro del mismo tipo según su contexto de aplicación¹⁷². En la medida que el § 266 StGB contempla dos tipos, resulta posible interpretar la misma palabra de un modo distinto en relación a cada tipo¹⁷³. Esto significa que el deber de tutela patrimonial, contenido en la parte final de la disposición, implica la exigencia para el tipo de abuso de que la facultad de disposición debe haber sido conferida en utilidad ajena. Mientras que dicho deber no conlleva un significado que, respecto del tipo de quiebre de confianza, implique más que el deber de cuidado patrimonial, presupuesto por dicha modalidad. Es decir, el deber de tutela patrimonial cumple la función respecto del tipo de abuso, de concretizar que la facultad de disposición, de la cual se abusa, debió conferirse en *interés* del titular del patrimonio, mientras que dicho deber no cumple una función autónoma, adicional y restrictiva respecto del deber de cuidado patrimonial ya previsto por el tipo de quiebre de confianza¹⁷⁴.

Consecuencia de esta teoría es que la modalidad de abuso no puede ser un caso especialmente destacado del tipo de quiebre de confianza, sino que debe tener un

significado propio. Si la modalidad de abuso realmente fuera un caso especial del tipo de quiebre de confianza, la norma estaría redactada de otra manera, p.ej. «el que... o de cualquier otro modo infringe el deber de cuidar intereses patrimoniales ajenos, que se le ha impuesto en virtud de ley »¹⁷⁵. *De esta manera, la teoría monista limitada se ajusta a la estructura del tipo del § 266 StGB*¹⁷⁶.

3.b. Interpretación teleológica

Desde una perspectiva teleológica, la teoría monista limitada discute la necesidad de transferir al tipo de abuso los criterios restrictivos desarrollados por la jurisprudencia para dar contornos al tipo de quiebre de confianza¹⁷⁷. En atención al art. 103 II de la Ley Fundamental, debe afirmarse que la concretización restrictiva del tipo de administración desleal alcanza exclusivamente al tipo de quiebre de confianza¹⁷⁸. En la medida que el tipo de abuso tiene como fin proteger al titular del patrimonio frente a los peligros que se derivan de haber conferido facultades de disposición eficaces en el ámbito externo —relación externa—, el riesgo ya se presenta al otorgarse dicha posición. Con ello, la posición del autor está suficientemente determinada e independientemente de si el autor ha de ser visto como autónomo en el sentido de la modalidad de quiebre de confianza o no¹⁷⁹. De ello no se colige negar el carácter de utilidad ajena como núcleo de ambas modalidades del tipo. Este carácter permanece como un elemento del tipo común a ambas modalidades. De esta manera, la teoría monista limitada puede excluir del ámbito del tipo de abuso del § 266 StGB, sin mayores problemas en la argumentación, tanto el caso del abuso de la tarjeta de cheque¹⁸⁰ como también los casos de abuso del comprador en la compraventa bajo reserva de dominio y del cedente en la cesión en garantía¹⁸¹.

167. *Wegenast*, *Missbrauch*, p. 78.

168. *Wegenast*, *ob. cit.*, p. 79, quien plantea esta crítica bajo un punto de vista sistemático, cuando en verdad se trata de una argumentación teleológica.

169. *Wegenast*, *Missbrauch*, p. 136.

170. *Wegenast*, *ob. cit.*, p. 138.

171. *Wegenast*, *ob. cit.*, p. 129 s., p.ej. el concepto de sustracción.

172. *Wegenast*, *ob. cit.*, p. 128; otra opinión *Nelles*, *Untreue*, pp. 192 s., 220.

173. *Wegenast*, *ob. cit.*, p. 131 s.

174. *Wegenast*, *ob. cit.*, p. 144; así también *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, § 266, N. 2, 11.

175. *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, § 266, N. 2.

176. Sigue esta teoría últimamente *Schramm*, *Untreue*, p. 38.

177. *Wegenast*, *Missbrauch*, p. 79; *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, § 266, N. 11.

178. *Bringewat*, GA 1973, p. 360, quien no obstante piensa que la relación de tutela no debe tener el mismo contenido de significado en el tipo de abuso que en el de quiebre de confianza y pone en cuestión (*ob. cit.*, p. 362) la utilidad ajena como criterio decisivo para el tipo de abuso.

179. *Wegenast*, *Missbrauch*, p. 111.

180. *Wegenast*, *ob. cit.*, pp. 90, 148.

181. *Wegenast*, *ob. cit.*, pp. 122 s., 149.

C. Conclusión: deber de tutela patrimonial e infracción del deber

1. Deber de tutela patrimonial como posición de garante e infracción del deber

La confirmación del deber de tutela patrimonial no significa todavía que el autor deba ser castigado. Se debe analizar además, si el autor en el caso concreto ha actuado infringiendo dicho deber. En otras palabras, *se trata de verificar no solo si el autor tiene una posición de tutela patrimonial, sino además de preguntarse si su conducta puede verse como infractora del deber bajo el prisma de esa posición.*

Esta distinción entre deber de tutela patrimonial e infracción del deber es ya inmanente a la dogmática de la administración desleal, cuando p.ej. *Labsch* critica dicho deber porque no sirve, o solo en forma muy indirecta, a la determinación de la acción del tipo de quiebre de confianza, sino a la caracterización del círculo posible de autores basada en criterios especiales¹⁸². O cuando *Dunkel* compara el merecimiento y necesidad penal de la acción en el tipo de quiebre de confianza y en el de abuso¹⁸³. O cuando *Kindhäuser* explícitamente señala que la posición de garante, cuya asunción fundamenta el deber de tutela patrimonial del autor, no dice nada acerca de la especialidad de las acciones respectivas y sus efectos respecto de la posición jurídica del autor. Justamente una de las causas para la insatisfactoria disputa entre la teoría del abuso y la del quiebre de confianza, sostiene dicho autor, parece resultar de una falta de diferenciación entre, por un lado, la posición jurídica exigida para la administración desleal en su conjunto, y, por otro, la especialidad de las dos formas de acción típicas¹⁸⁴. Mientras tanto, la jurisprudencia reciente del BGH respecto de la administración desleal mediante otorgamiento de créditos¹⁸⁵, sponsoring¹⁸⁶ o la aprobación de un bono de reconocimiento por parte del órgano fiscalizador de una sociedad anónima¹⁸⁷, trata directa y preponderantemente la pregunta por el carácter infractor del deber de la respectiva conducta.

2. La posición de tutela patrimonial como núcleo de los tipos de administración desleal

Según el tenor literal de la norma del § 266 StGB, resulta claro que el sujeto mencionado en la parte final de la misma «a la persona» es la víctima, es decir, al titular del patrimonio¹⁸⁸. También se deduce sin problemas de la frase que sigue directamente a la mención de dicho sujeto «cuyos intereses patrimoniales», que el titular del patrimonio y la persona, cuyos intereses patrimoniales han de ser tutelados, son idénticos. De ahí sostiene *Nelles* que se trata de un sujeto que junto al patrimonio debe tener intereses patrimoniales¹⁸⁹. Además, debe tenerse en cuenta que este sujeto no puede ser idéntico con el autor¹⁹⁰. Con ello se plantea la pregunta, en qué consiste la diferencia de la posición del titular del patrimonio respecto del lugar del autor en relación al patrimonio. Esta pregunta solo puede ser respondida cuando se tienen en cuenta los fundamentos de la relación jurídica mencionados por el § 266 StGB, esto es, la ley, el encargo de autoridad, el acto jurídico y, en el caso del tipo de quiebre de confianza, la relación de confianza. Con excepción de la relación de confianza, es común a estos fundamentos el tratarse de *normas*¹⁹¹. En la medida que en el tipo de abuso se habla de la facultad conferida, es simple ver que supone una relación entre autor y víctima, en la cual los fundamentos jurídicos regulan la distribución de derechos y deberes en el trato con el mismo patrimonio¹⁹². En el caso del tipo de quiebre de confianza, no obstante que solo se habla del deber impuesto, también puede suponerse una relación entre autor y víctima, pues un deber solo puede establecerse respecto de una persona y no de cosas, además de que deberes no son pensables sin el correlato de derechos. De la calidad de la relación, que la víctima tiene respecto del patrimonio, y de la calidad de la relación, que el autor tiene respecto del mismo patrimonio, se evidencia como resultado la distribución de derechos y deberes entre ambos respecto del patrimonio¹⁹³. *Estas normas pre-penales regulan en dicha medida la relación entre el autor y la víctima respecto del mismo patrimonio.* En esta relación, la víctima es el titular del patrimonio, quien además tiene intereses patrimo-

182. *Labsch*, Untreue, p. 170.

183. *Dunkel*, Erfordernis, pp. 196, 202, 230 ss., 233 ss.

184. NK-*Kindhäuser*, § 266, N. 23.

185. BGHSt. 46 (30), p. 32 ss.; BGHSt. 47 (148), p. 149 ss.

186. BGHSt. 47 (187), p. 197.

187. Tribunal estadual (LG) de Düsseldorf (NJW 2004; caso *Mannesmann*), p. 3281; BGH (NJW 2006; caso *Mannesmann*), p. 523 ss.; así *Schünemann*, NSZ 2006, p. 196, comenta que la discusión sobre la definición del círculo de autores ha perdido relevancia en la práctica, que se ocupa más y más de la administración desleal del órgano, cuyos problemas radican en la infracción de deber y en el perjuicio.

188. *Nelles*, Untreue, p. 145 s.

189. *Nelles*, ob. cit., p. 280.

190. *Nelles*, ob. cit., p. 279.

191. *Nelles*, ob. cit., p. 148.

192. *Nelles*, ob. cit., p. 150.

193. *Nelles*, ob. cit., p. 151.

Revista Penal

El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán

niales, por lo que su posición se define mediante la facultad de determinar en forma vinculante los fines y objetivos de la aplicación del patrimonio¹⁹⁴. Por su parte, el autor debe tutelar esos intereses patrimoniales, es decir, ocuparse de los fines previamente definidos de la aplicación del patrimonio, cuidar por el cumplimiento de los mismos¹⁹⁵. De esta manera, es posible definir la posición de tutela patrimonial que tiene el autor:

«La oración subordinada presupone para la comisión de ambas modalidades del § 266 StGB un deber jurídico fundamentado pre-penalmente en la *relación interna* entre autor y titular del patrimonio, que consiste en cumplir los fines de la aplicación del patrimonio definidos por el titular del patrimonio perjudicado. Su *contenido es idéntico* para ambas modalidades del § 266 StGB»¹⁹⁶.

El contenido esencial del deber de tutela patrimonial es una gestión de negocios en utilidad ajena¹⁹⁷. En consecuencia, caen desde ya fuera del ámbito punible de la administración desleal las relaciones de intercambio contractuales que, si bien confieren poder respecto del patrimonio ajeno y, por tanto, mediante el incumplimiento pueden provocarse perjuicios considerables a la contraparte, no constituyen primariamente una facultad de disposición para organizar patrimonio ajeno, sino solo con ocasión de una transacción patrimonial en utilidad propia¹⁹⁸. Sin embargo, una aplicación estricta de la figura de la gestión de negocios puede ser problemática¹⁹⁹, pues ya en Derecho civil se discute sobre su alcance. Así, la llamada *teoría de la separación* entiende por gestión de negocios remunerada una actividad autónoma de tipo económico para el cuidado de intereses patrimoniales ajenos, distinguiendo esta figura del mandato (*Auftrag*) regulado por los §§ 662 y siguientes del código civil alemán (BGB) y de la agencia oficiosa (*Geschäftsführung ohne Auftrag*) normada por los §§ 677 y siguientes BGB²⁰⁰. Por su par-

te, la llamada *teoría de la unidad* entiende por gestión de negocios un concepto único que comprende todas las figuras reguladas por las disposiciones citadas, esto es, tanto el § 675 pfo. 1, que contempla la gestión de negocios, como los §§ 662 y siguientes y los §§ 677 y siguientes del BGB. Este concepto único comprende entonces una actividad de tipo contractual o fáctica no solo autónoma, sino también *no autónoma*²⁰¹. De este modo, es posible distinguir fundamentalmente dos elementos en la figura de la gestión de negocios, esto es, por una parte, el cuidado de intereses patrimoniales ajenos y, por otra, la autonomía y carácter económico de la actividad²⁰². *Para la caracterización de la posición de tutela patrimonial en el sentido del § 266 StGB ha de exigirse, en la dirección trazada por la teoría monista limitada, por lo menos el elemento de cuidado de intereses patrimoniales ajenos de la gestión de negocios prevista por el § 675 pfo. 1 BGB*²⁰³. Dicho elemento es definido de la siguiente manera en Derecho civil:

«El *cuidado de intereses patrimoniales ajenos* exige en primer término una *referencia al patrimonio* de la actividad. No es suficiente que la prestación como tal tenga un valor económico (...) La actividad debe más bien tener influencia respecto del status del dueño del negocio. No necesariamente se trata del aumento del patrimonio del dueño del negocio o de su administración, sino que también abarca la conservación del estado del patrimonio en defensa frente a amenazas. El carácter de utilidad ajena de la actividad no se excluye en razón de que el tutor del negocio persiga también sus propios intereses (...)»²⁰⁴.

De este modo se esclarece, definitivamente, que el deber de tutela patrimonial no es caracterizado en absoluto por la relación de confianza en el sentido de la modalidad del quiebre de confianza del § 266 StGB²⁰⁵. La relación de confianza es solo una fuente posible del deber de tutela patrimonial junto a la ley, el acto jurídico y el encargo de autoridad y solo en el marco del tipo de quiebre de con-

194. *Nelles, ob. cit.*, p. 504.

195. *Nelles, ibidem*; cfr. NK-*Kindhäuser*, § 266, N. 43: «Objeto del deber de tutela son intereses patrimoniales ajenos»; también Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266, Rn. 23a.

196. *Nelles, Untreue*, p. 510; en este sentido también NK-*Kindhäuser*, § 266, N. 22.

197. NK-*Kindhäuser*, § 266, N. 32 s.; *el mismo*, BT II, § 34 N. 26.

198. NK-*Kindhäuser*, § 266, N. 33, 44; aquí se incluyen los contratos de compraventa —también bajo reserva de dominio—, de trabajo, de obra, créditos y donaciones.

199. Cfr. *Schramm, Untreue*, p. 38 s.

200. Al respecto, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch —*Heermann*, § 675 BGB, N. 3; Bamberger/Roth Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch —*Czub*, § 675 BGB, N. 3.

201. Al respecto, MK-*Heermann*, § 675 BGB, N. 10, quien además aclara (*ob. cit.*, N. 11) que en el núcleo básico de los casos de gestión de negocios remunerada, como contratos de abogado, asesor tributario, banco, encargo de construcción o relación fiduciaria, existe acuerdo respecto de la aplicación del § 675 BGB, mientras que la discusión entre las teorías de la separación y de la unidad conducen a resultados diferentes cuando se trata de empleados dependientes.

202. Cfr. Bamberger/Roth-Czub, § 675 BGB, N. 3: «Una actividad en interés ajeno tiene lugar cuando ésta corresponde al dueño y es asumida por el gestor. Para el § 675 BGB se exige además una actividad autónoma de tipo económico»; MK-*Heermann*, § 675 BGB, N. 3.

203. Cfr. Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266, N. 11, 23a; en contra LK-*Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 23.

204. MK-*Heermann*, § 675 BGB, N. 8.

205. Cfr. *Labsch, Untreue*, pp. 132, 154 s.; *Dunkel, Erfordernis*, p. 216.

fianza²⁰⁶. En consecuencia, la relación de confianza posee la calidad común a todas las fuentes, de poder fundar deberes fuera del derecho penal²⁰⁷, esto es, aquí el deber de tutela patrimonial. Como se ha dicho, este deber tiene el mismo contenido para ambas modalidades del tipo y también como consecuencia de todas las fuentes posibles, esto es, el deber jurídico de tutelar intereses patrimoniales ajenos. Las fuentes pre-penales —ley, acto jurídico, encargo de autoridad y solo en el tipo de quiebre de confianza la relación de confianza— poseen la calidad común de establecer la posición de tutela patrimonial²⁰⁸. *Tanto las fuentes pre-penales como la posición de tutela patrimonial como deber jurídico configuran la norma de conducta del orden primario, cuya infracción constituye el presupuesto básico para la aplicación del orden secundario del derecho penal*²⁰⁹.

3. La infracción del deber como pregunta determinante

Al preguntarse por la infracción del deber no se trata ya de verificar si en el caso concreto existe un deber de tutela patrimonial en el sentido del § 266 StGB o no. Esta pregunta presupone que dicho deber ya ha sido confirmado en el caso concreto. Por ende, ya no se trata aquí de determinar el alcance de la oración subordinada contenida en la frase «y con ello inflinge un perjuicio a la persona, cuyos intereses patrimoniales él debe tutelar», sino de interpretar los verbos «abusar» en la modalidad de abuso e «infringir» en el tipo de quiebre de confianza del § 266 StGB²¹⁰. Por lo tanto, aquí no se puede plantear el problema metodológico, que debe resolver la teoría monista limitada, de asignar un significado diferente a las palabras «tutelar» y «cuidar» según el contexto de aplicación²¹¹. La diferenciación aquí propuesta entre posición de tutela patrimonial e infracción del deber permite dotar de contenido a dicho de-

ber e interpretar de modo distinto la conducta típica en el tipo de abuso y en el de quiebre de confianza.

3.a. Vulneración de la norma de conducta como presupuesto básico de la infracción del deber

La *secundariedad del Derecho penal* implica que esta parte del ordenamiento jurídico solo puede intervenir donde existe un interés de protección para la comunidad previsto por el orden primario²¹². De este principio se colige por lo menos que una conducta permitida por el orden primario —Derecho civil, Derecho económico, Derecho público— no puede ser prohibida por el orden secundario del Derecho penal, sin provocar contradicciones intolerables en el ordenamiento jurídico²¹³. Este principio rige naturalmente también en el ámbito de la administración desleal, lo cual es ampliamente reconocido por la doctrina²¹⁴. En la medida que tanto el tipo de quiebre de confianza como la modalidad de abuso presuponen una lesión del deber de tutela patrimonial, una acción realizada conforme al Derecho civil o público no puede ser jamás una conducta de administración desleal castigada penalmente²¹⁵.

Según *Schünemann* se deduce del mencionado principio solo este significado negativo para la administración desleal²¹⁶. Sin embargo, debe plantearse la pregunta de si a partir de ese principio, ahora en el sentido de la *accessoriedad del Derecho penal*, todavía puede obtenerse una consecuencia positiva para la comprensión de la administración desleal. Así, en el ámbito de los delitos de omisión impropia, *Freund* sostiene que, recién después de tener en cuenta el contenido material del ordenamiento de conducta jurídicamente relevante, puede alcanzarse un juicio definitivo sobre si el mandamiento en cuestión es legítimo o no en el conflicto de intereses²¹⁷. Por tanto, la calidad típica de una conducta se determina básicamente en aten-

206. LK-Hübner, 10.^a ed., § 266, N. 75; Nelles, Untreue, p. 148; Ransiek, ZStW 2004, p. 641 s.

207. Nelles, ob. cit., p. 509; Hübner, ob. cit., N. 75.

208. Cfr. LG Düsseldorf (NJW 2004; caso *Mannesmann*), p. 3282.

209. Cfr. en parte general *Freund*, Strafrecht: Allgemeiner Teil, § 2 N. 39; en el marco de los delitos de omisión impropia *el mis- mo*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992, pp. 33 s., 125; en el ámbito de los delitos de comisión *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, p. 113 s.

210. Así también *Kubiciel*, NSTZ 2005, p. 357.

211. Respecto de este problema metodológico *Nelles*, Untreue, pp. 192 s., 220.

212. Cfr. *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, p. 221 ss.; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, p. 113 s.; *Freund*, Unterlassen, p. 28.

213. En el marco de los delitos de omisión impropia *Schünemann*, Grund, p. 225; *Freund*, Unterlassen, p. 28 s.; en el ámbito del derecho penal del medio ambiente *Frisch*, Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht, 1993, p. 8.

214. *Schünemann*, NSTZ 2005, p. 474; al respecto *Saliger*, HRRS 2006, p. 14; también *Kubiciel*, NSTZ 2005, p. 359; en el sentido de una accessoriedad respecto del derecho económico *Günther*, FS-Weber, p. 314; *Tiedemann*, FS-Weber, p. 322 s.; así también *Nelles*, Untreue, pp. 229 s., 266 ss., respecto de la jurisprudencia que, en consideración a una supuesta función de protección de los acreedores, ha calificado como administración desleal una medida dañosa consentida por todos los socios y órganos de una sociedad de responsabilidad limitada; crítico al respecto también *Schramm*, Untreue, p. 122 s.

215. *Saliger*, HRRS 2006, p. 14.

216. *Schünemann*, NSTZ 2005, p. 474.

217. *Freund*, Unterlassen, p. 34; otra opinión *Schünemann*, Grund, p. 228.

Revista Penal

El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán

ción al contenido del orden primario especial que valora el conflicto entre el interés por la disminución del riesgo y la conservación de la libertad²¹⁸. Se debe tener en cuenta entonces el contenido material de una norma del orden primario, que ofrece una solución para el conflicto entre protección del bien jurídico y libertad, por lo que accesoriamente del Derecho penal no significa que la realización del tipo dependa de la lesión a un deber específico jurídico-civil²¹⁹.

De esta manera, es requisito que la conducta implique una desviación del orden primario, constituido en el caso de la administración desleal por la respectiva fuente (ley, acto jurídico, etc.) y el deber de tutela patrimonial que resulta de ésta²²⁰. Si la conducta ha de verse como una infracción del deber o no, depende primero del baremo que se deduce de la relación jurídica existente entre autor y víctima. Esto rige desde ya para el tipo de abuso. Abuso es un uso incorrecto del poder jurídico en la relación con la víctima, ya que en dicho tipo la relación es jurídica, uso incorrecto solo puede significar uso no permitido. Lo no permitido solo puede ser pensado lógicamente frente a lo permitido. Así constituye objeto de la relación jurídica entre autor y víctima determinar lo permitido y lo no permitido²²¹. En tanto para el tipo de quiebre de confianza rige lo siguiente: el objeto del deber se determina según la relación entre autor y víctima y de acuerdo a los imperativos de conducta (jurídica o fácticamente) válidos entre ambos, que constituyen el respectivo fundamento del deber (ley, encargo de autoridad, acto jurídico o relación de confianza)²²². Como se dijo, dicha relación establece la partición de derechos y deberes respecto del mismo patrimonio, en la cual la posición de la víctima se define mediante la facultad de determinar los fines y objetivos de la aplicación del patrimonio, mientras que el lugar del autor se caracteriza por el deber de cumplir dichos fines y objetivos. De esta manera, se puede definir la infrac-

ción del deber como infracción del fin, esto es, la lesión del deber de tutela patrimonial consiste en el desacato de parte del autor de los fines y objetivos de la aplicación del patrimonio determinados por la víctima²²³. En la medida que el deber de tutela patrimonial constituye núcleo común del tipo de administración desleal, esa definición vale tanto para el tipo de abuso como para el de quiebre de confianza.

3.b. Abuso y quiebre de confianza como dos formas de infracción del deber

En el tipo de abuso, la conducta infractora del deber consiste en un uso erróneo del poder jurídico sobre patrimonio ajeno, el cual implica sobrepasar lo permitido jurídicamente dentro de lo posible jurídicamente²²⁴. El tipo de abuso responde a la circunstancia de que el poder jurídico en la relación externa puede exceder la facultad en la relación interna en razón de reglas estandarizadas de representación²²⁵. De ahí que el abuso resulta justamente del conflicto entre relación externa y relación interna²²⁶. Además, la acción del abuso debe completarse todavía con la lesión del deber²²⁷, por lo que éste se encuentra dado, cuando se cierran negocios no abarcados por los fines y objetivos previamente definidos²²⁸. Con otras palabras, para la realización del tipo de abuso no es suficiente el abuso del poder de representación como sobrepasamiento de lo permitido jurídicamente dentro de lo posible jurídicamente, sino que éste debe significar también un desacato de la determinación de fines, esto es, la acción no debe haberse realizado en utilidad ajena. No obstante, ambos aspectos de la infracción del deber tienden a coincidir en los casos subsumibles en este tipo²²⁹. Para efectos de este tipo, no resulta determinante si el autor se encontraba sujeto a instrucciones detalladas o si se le había conferido un espacio propio de decisión²³⁰.

218. Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten, p. 113.

219. Así Schönemann, NSTz 2005, p. 474.

220. Cfr. en el ámbito de los delitos de omisión impropia Freund, Unterlassen, pp. 35, 125; sobre la accesoriamente de la punibilidad de la administración desleal respecto del derecho económico H. Günther, FS-Weber, p. 314; en este sentido correcto el LG Düsseldorf (NJW 2004; caso Mannesmann), p. 3276: «El otorgamiento de un bono de reconocimiento al acusado Dr. Esser no se condice con la ley de sociedades anónimas, la que en vista de la accesoriamente del Derecho penal es determinante para la pregunta de la infracción de deber, en la medida que la punibilidad no es pensable sin una infracción del deber jurídico societario. En consideración de la unidad del ordenamiento jurídico, la presencia de una infracción al derecho de sociedades anónimas constituye presupuesto necesario de la punibilidad. Lo que es permitido según el derecho de sociedades anónimas, no puede ser administración desleal punible».

221. Nelles, Untreue, p. 153 s.; cfr. Wegenast, Missbrauch, p. 62.

222. Nelles, ob. cit., p. 154.

223. Así Nelles, ob. cit., p. 521, respecto del tipo de abuso, y p. 527, respecto del tipo de quiebre de confianza.

224. Cfr. Lackner/Kühl, § 266, N. 6; Schmid, WiStR § 31 N. 43; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT § 45 Rn. 19.

225. Seier, HWSt-Untreue, N. 93.

226. Arzt/Weber, BT § 22 N. 31.

227. Kindhäuser, FS-Lampe, p. 718; Schmid, WiStR § 31 N. 48.

228. Nelles, Untreue, p. 521.

229. Así p.ej. BGHSt. 47 (148), p. 149; BGH (NJW 2006; caso Kinowelt), p. 222.

230. Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266, N. 11.

En el tipo de quiebre de confianza, la conducta típica radica precisamente en una infracción del deber de tutela patrimonial, es decir, en que el obligado define otros fines o no atiende los fines determinados por el titular del patrimonio²³¹. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el principio del riesgo permitido también rige para este tipo, por lo que no hay infracción del deber, si el autor observa los parámetros económicos del respectivo ámbito de actividad, si se mueve dentro del riesgo permitido económicamente²³². *Presupuesto básico de la punibilidad del tipo de quiebre de confianza es, por lo tanto, sobrepasar el riesgo permitido²³³, lo que debe juzgarse según el baremo que resulta de las reglas penales²³⁴*. En tanto, para la determinación del quiebre de confianza resulta decisiva la pregunta de si la conducta del autor, en el caso concreto, se realiza dentro de un espacio propio de decisión o no²³⁵. *Más bien, ha de considerarse el criterio de la autonomía para determinar la infracción del deber solo en el marco del tipo de quiebre de confianza²³⁶*. Autonomía supone la libertad de poder tomar decisiones propias, por lo que ella no se da cuando solo ha de ejecutarse lo prescrito²³⁷. La facultad de rendir cuenta ofrece un importante indicio para la constatación de la autonomía²³⁸. En esta medida, las acciones en los casos de la administración de cajas y dineros están excluidas del ámbito del tipo de quiebre de confianza, puesto que se trata de meras actividades mecánicas, a pesar de que se deba llevar registro contable²³⁹. *De este modo, el ejercicio de una determinada autonomía en la modalidad del quiebre de confianza se ubica en una posición comparable, desde el punto de vista del desvalor de acción, con el uso del poder de disposición en la relación externa que tiene el autor en el tipo de abuso²⁴⁰*.

3.c. La infracción grave del deber como negación de la vigencia normativa

La infracción del deber en el sentido de una desviación de la conducta respecto del orden primario, no basta para la punibilidad. La vulneración de la norma de conducta debe ser *grave*²⁴¹. La exigencia de gravedad de la infracción de deber es desarrollada por el BGH en casos de administración desleal mediante otorgamiento de crédito²⁴² y «sponsoring»²⁴³. En estos casos, el BGH contempla diferentes criterios para determinar la gravedad de la infracción de deber, los cuales dependen del ámbito en que se realizó la acción.

En los casos de otorgamiento de créditos, el BGH menciona como criterios p.ej. la desatención de los deberes de información, la superación de los límites de crédito o la no contemplación de los objetivos predeterminados²⁴⁴. Así, el BGH señala en relación a la norma del § 18 de la Ley de Créditos (KWG), que la lesión del deber de información contemplado por la misma no implica por sí misma una infracción del deber en el sentido del § 266 StGB. Debe analizarse si se ha seguido en su conjunto el deber de verificación e información respecto de las relaciones patrimoniales del solicitante del crédito, lo cual ocurre todavía cuando se sustituye el respectivo balance por otras informaciones de igual peso²⁴⁵. Con ello el BGH establece claramente que no basta la mera contravención de la norma, sino que debe tratarse de una infracción grave de la misma para alcanzar el umbral de punibilidad exigido por el § 266 StGB. Aquí no se tematiza todavía un problema de imputación objetiva entre infracción de deber y perjuicio²⁴⁶. En la medida que el antecedente exigido por la norma se sustituye por otro de igual peso, se cumple con el deber de información, de modo que se trata todavía de un problema de desvalor de acción.

231. *Nelles*, Untreue, p. 527.

232. *Günther*, FS-Weber, p. 314; en el ámbito de los negocios riesgosos *Hillenkamp*, NStZ 1981, p. 167.

233. Cfr. *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, pp. 39, 96; *el mismo* también ya en *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 138 ss.

234. Cfr. *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, p. 92.

235. NK-*Kindhäuser*, § 266, N. 63; cfr. *Kohlmann*, JA 1980, p. 230, *Otto*, Struktur, p. 311 s., y *Nelles*, Untreue, p. 539; claro en este sentido BGH (NJW 1991), p. 2574

236. Cfr. *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, § 266, N. 23a; en este sentido también *Schramm*, Untreue, p. 45.

237. NK-*Kindhäuser*, § 266, N. 34; cfr. LK-*Hübner*, 10.ª ed., § 266, N. 32.

238. NK-*Kindhäuser*, § 266, N. 52.

239. NK-*Kindhäuser*, § 266, N. 51; *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, § 266, N. 23a; cfr. LK-*Hübner*, 10.ª ed., § 266, N. 32; SK-*Samson/Günther*, § 266, N. 29; otra opinión BGHSt. 13 (315), p. 318 s.; BGH (GA 1979), p. 144; BGH (NStZ 1996), p. 82; LK-*Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 85 s.

240. *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, § 266, N. 23a.

241. Cfr. *H. Günther*, FS-Weber, p. 314; *Saliger*, HRRS 2006, p. 19; *Tiedemann*, FS-Tröndle, p. 319 ss.; *el mismo*, WiStR AT, N. 122 s.; *Rönnau/Hohn*, NStZ 2004, p. 118; *Kubiciel*, NStZ 2005, p. 358; LG Düsseldorf (NJW 2004; caso *Mannesmann*), p. 3280 ss.; crítico al respecto *Schünemann*, NStZ 2005, p. 475.

242. BGHSt. 46 (30), p. 32 ss.; BGHSt. 47 (148), p. 150 ss.

243. BGHSt. 47 (187), p. 197.

244. BGHSt. 46 (30), p. 34.

245. BGHSt. 46 (30), p. 32; así también BGHSt. 47 (148), p. 150.

246. Así *Schünemann*, NStZ 2005, p. 475.

Revista Penal

El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán

En el caso de la administración desleal en perjuicio de la sociedad anónima, el BGH contempla criterios como p.ej. la falta de cercanía con el objeto de la empresa, la desproporcionalidad en atención a la situación patrimonial, la falta de transparencia en los procesos internos y la presencia de motivos inapropiados como la persecución de preferencias personales²⁴⁷. Contemplar como criterio motivos inapropiados no significa necesariamente tematizar problemas de imputación subjetiva. La presencia de dichos motivos es más bien indicio, de que la conducta no se realizó en utilidad ajena. En cuanto a los otros criterios, debe tenerse presente que algunos tratan aspectos materiales mientras que otros solo un aspecto formal. La falta de transparencia en procesos internos trata un aspecto procesal que, en principio, no es decisivo²⁴⁸. En cambio, la falta de cercanía con el objeto de la empresa y la desproporcionalidad en atención a la situación patrimonial son aspectos materiales, los cuales sin embargo no están libres de problemas²⁴⁹. En todo caso, debe tratarse de normas del orden primario que tiendan directamente a la protección del patrimonio²⁵⁰. Sin embargo, no solo la determinación de los objetivos de la aplicación del patrimonio pertenece a la facultad del titular del patrimonio, sino también la definición del modo en que han de alcanzarse²⁵¹. En consecuencia, tanto aspectos materiales como procesales pueden ser relevantes al momento de determinar la gravedad de la infracción del deber.

Mientras tanto debe señalarse que la sentencia del BGH en el caso *Mannesmann* no implica un abandono de esta exigencia²⁵². Esta sentencia contiene una aclaración en relación a la anterior jurisprudencia respecto del punto²⁵³, en el sentido de que la gravedad de la infracción del deber se vincula al deber bancario de información y verificación o a los deberes impuestos por el derecho societario, esto es, a normas del orden primario²⁵⁴. Esta exigencia puede ser transcrita dogmáticamente en términos de que solo una

infracción grave del deber implica una contradicción de la norma de conducta en su significado como negación de la vigencia normativa. La aplicación del orden normativo secundario del Derecho penal en la forma del castigo de infracciones a la norma de conducta, puede satisfacer las necesidades de protección de bienes, que nacen de la contradicción de la norma como acto ideal y plantean la pregunta de la vigencia real de la norma en casos futuros. Hay interés de protección de bienes jurídicos frente a una infracción de la norma de conducta solo en la medida que existe un peligro de un daño real a la vigencia normativa, que bajo circunstancias ha de contravenirse²⁵⁵. *En el caso de la administración desleal, la conducta alcanza recién el umbral de punibilidad, cuando ésta implica en su significado una negación de la vigencia normativa del § 266 StGB, esto es, cuando la acción importa una infracción grave del deber*²⁵⁶.

IV. Abuso y quiebre de confianza como alternativas de conducta típica

A. El tipo de abuso

1. Fuentes del poder de representación

De acuerdo al § 266 StGB son fuentes de la facultad de disponer y obligar en el marco del tipo de abuso la ley, el encargo de autoridad y el acto jurídico²⁵⁷. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el poder de representación proviene frecuentemente de más de una fuente. Por ejemplo, cuando la ley contempla una facultad de disponer u obligar, pero ésta se establece en virtud de un encargo de autoridad (p.ej. administrador de la quiebra, albacea, etc.), o por fuerza de un acto jurídico (p.ej. el representante de una sociedad de responsabilidad limitada)²⁵⁸. En este contexto, resulta decisivo no el acto que confiere el poder, sino el hecho de que el po-

247. BGHSt. 47 (187), p. 197 (caso *sponsoring*).

248. *Rönnau/Hohn*, NStZ 2004, p. 115; cfr. *Kubiciel*, NStZ 2005, pp. 356, 359 s.; *Rönnau*, NStZ 2006, p. 219; otra opinión *Ransiek*, ZStW 2004, p. 674, quien opina que si se observan las reglas procesales y la valoración del riesgo se mueve dentro de lo sostenible, no es abiertamente incorrecta, pues ha de aceptarse materialmente el resultado por la observancia del proceso; así también *el mismo*, NJW 2006, p. 814.

249. *Rönnau/Hohn*, NStZ 2004, p. 115 ss.; *Saliger*, HRRS 2006, p. 19 s.

250. *H. Günther*, FS-Weber, p. 316; *Ransiek*, ZStW 2004, p. 672; cfr. *Schünemann*, NStZ 2006, p. 198 s.; LG Bonn (NJW 2001; caso *Kohl*), p. 1739; otra opinión *Saliger*, HRRS 2006, p. 22; Tribunal superior estadual (OLG) de Frankfurt a.M. (NJW 2004; caso *CDU/Hessen*), p. 2030.

251. *Nelles*, Untreue, p. 522.

252. BGH (NJW 2006), p. 522 ss.

253. Esto es BGHSt. 47 (148) y BGHSt. 47 (187).

254. BGH (NJW 2006), p. 526: sólo que en el caso *Mannesmann* no se presenta una constelación análoga a la de dichos casos anteriores, en los que la valoración se movía dentro de un cierto ámbito de discrecionalidad que no estaría igualmente abierto en este caso, en el cual sí habría una decisión derechamente incorrecta; cfr. *Rönnau*, NStZ 2006, p. 220 y *Ransiek*, NJW 2006, p. 814; cauteloso *Schünemann*, NStZ 2006, p. 197 ss.

255. *Freund*, Unterlassen, p. 82.

256. *Kubiciel*, NStZ 2005, p. 357.

257. *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT § 45 N. 14, 16; *Arzt/Weber*, BT § 22 N. 16, 28.

258. *Schmid*, WiStR § 31 N. 14 s.; *LK-Hübner*, 10.^a ed., § 266, N. 69; *LK-Schünemann*, 11 ed., § 266, N. 49.

der jurídico adquiere su contenido específico por la prescripción legal²⁵⁹. En todo caso, debe tenerse presente que en el tipo de abuso siempre se trata de fuentes jurídicas, es decir, este tipo presupone siempre una relación jurídica²⁶⁰. Por ello, la relación de confianza como tal no puede servir de base a la facultad de disponer y/o obligar²⁶¹. Tampoco pueden fundar tal facultad las normas jurídico-civiles protectoras de la buena fe²⁶².

2. Abuso del poder de representación

2.a. La facultad de disponer y obligar

La facultad de representación consiste en el poder de producir efectos jurídicos para o contra el representado mediante actos jurídicos o de autoridad²⁶³. Este poder jurídico adquiere su sentido y objetivo de la relación interna que le sirve de fundamento, es decir, sin base en una relación interna el poder externo no es facultad²⁶⁴. Sin perjuicio de ello, la facultad de representación es independiente de la relación interna, en especial de su contenido de deber, esto es, la acción infractora del fin y del deber en la relación interna no afecta la relación externa con el tercero²⁶⁵.

El poder de representación se conforma de una facultad de disponer y de obligar. Ejercer la facultad de disponer significa modificar el patrimonio en su estado jurídico (p.ej. con la constitución de una prenda), transferirlo (p.ej. mediante la cesión de un crédito) o alzarlo (p.ej. condonación de una deuda)²⁶⁶. Ejercer la facultad de obligar significa cargar el patrimonio con una obligación (p.ej. tomando un crédito o reconociendo una deuda)²⁶⁷. De lo anterior se desprende como consecuencia negativa que el ejercicio de la

facultad de representación no abarca influencias meramente fácticas en posiciones jurídicas ajenas²⁶⁸.

2.b. Objetos patrimoniales ajenos como objeto de la acción

Como se dijo anteriormente, objeto de la acción de administración desleal son los objetos patrimoniales, sobre los cuales se ha conferido competencia de decisión, en el caso del tipo de abuso, la facultad de representación. Estos objetos patrimoniales deben ser *ajenos* para el autor. La *ajenidad* se determina de acuerdo a reglas jurídico-civiles o administrativas, las que no pueden ser esquivadas mediante la construcción de un concepto «jurídico penal» de patrimonio, cuando la facultad de disposición sobre el mismo se rige según dichas reglas²⁶⁹.

2.c. La conducta infractora del deber

Una conducta infractora del deber se presenta en el tipo de abuso, cuando el autor sobrepasa los límites impuestos por la relación interna en ejercicio de la facultad de representación que se le ha conferido²⁷⁰. El ámbito de comisión del abuso de la facultad se ubica entre lo posible y lo permitido jurídicamente, por lo que el tipo no puede realizarse fuera de ese marco²⁷¹. En consecuencia, no hay abuso cuando el autor obra sin facultad de representación, p.ej. cuando actúa sin los otros representantes en los casos de representación conjunta, puesto que entonces se mueve fuera de lo posible jurídicamente²⁷². Tampoco hay abuso cuando lo posible y lo permitido jurídicamente coinciden, pues entonces el autor supera como sea los límites, p.ej. cuando tiene el poder general para vender mercaderías sobre 1000€, pero las enajena por 500€²⁷³. Por último, la conducta no es in-

259. *Labsch*, Jura 1987, p. 413.

260. *Nelles*, *Untreue*, p. 148.

261. *NK-Kindhäuser*, § 266, N. 38; *Kohlmann*, JA 1980, p. 229.

262. *NK-Kindhäuser*, § 266, N. 88; cfr. *LK-Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 42; así BGHSt. 5 (61), p. 62 s.

263. *Schmid*, WiStR § 31 N. 44; cfr. *Nelles*, *Untreue*, p. 513; críticos al respecto *Wittig/Reinhart*, NSiZ 1996, p. 469.

264. *Schmid*, WiStR § 31 N. 45; *LK-Hübner*, 10.ª ed., § 266, N. 63.

265. *Schmid*, WiStR § 31 N. 45.

266. *Schmid*, WiStR § 31 N. 11; cfr. *Arzt/Weber*, BT § 22 N. 12; *NK-Kindhäuser*, § 266, N. 83; *el mismo*, BT II, § 34 N. 9; *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, § 266, N. 2, 15; *LK-Hübner*, ed., § 266, N. 66; *LK-Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 46.

267. *SK-Samson/Günther*, § 266, N. 7 s.; *Wittig/Reinhart*, NSiZ 1996, p. 468.

268. *SK-Samson/Günther*, § 266, N. 9; *LK-Hübner*, 10.ª ed., § 266, N. 65; *Lackner/Kühl*, § 266, N. 17; *Schmid*, WiStR § 31 N. 74; críticos al respecto *Wittig/Reinhart*, NSiZ 1996, p. 469.

269. *NK-Kindhäuser*, § 266, N. 30; *el mismo*, BT II, § 34 N. 8; cfr. *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, § 266, N. 6; *LK-Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 47; *Labsch*, Jura 1987, p. 347; *Schmid*, WiStR § 31 N. 20.

270. *Schmid*, WiStR § 31 N. 46; cfr. *Lackner/Kühl*, § 266, N. 6; *Arzt/Weber*, BT § 22 N. 31; *Labsch*, *Untreue*, p. 308 ss.; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT § 45 N. 19; así RGSt. 68 (371), p. 373; BGHSt. 5 (61), p. 63; BGH (NJW 1984), p. 2540; BGHSt. 43 (293), p. 296.

271. *LK-Hübner*, 10.ª ed., § 266, N. 70.

272. *Hübner*, *ob. cit.*, N. 70; *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, § 266, N. 17; *Arzt/Weber*, BT § 22 N. 34; *LK-Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 50.

273. *NK-Kindhäuser*, § 266, N. 90; cfr. *LK-Hübner*, 10.ª ed., § 266, N.70; *Arzt/Weber*, BT § 22 N. 34; *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, § 266, N. 17; otra opinión BGHSt. 13 (315), p. 316.

Revista Penal

El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán

fractora del deber, cuando el autor se mueve dentro de lo permitido jurídicamente, pues entonces usa su poder de un modo autorizado²⁷⁴.

Entre tanto solo puede ser abusada la facultad de representación con efectos exteriores²⁷⁵. De ahí que en caso de colusión entre el autor y un tercero en perjuicio del representado no hay abuso, pues entonces el poder de representación es ejercido de un modo ineficaz²⁷⁶. *Arzt* califica este aserto como erróneo, pues su consecuencia es dejar fuera del tipo de administración desleal el caso más intenso de abuso, cuando formas atenuadas de colusión, p.ej. en caso de negligencia por parte del tercero, quedarían todavía dentro del ámbito del tipo por la eficacia jurídico civil de la relación externa²⁷⁷. *Arzt* pretende redefinir el tipo de abuso de tal manera que se vea el injusto no en el mal uso de la facultad, sino en el abuso de la posición del obligado y se interprete la conducta prohibida en el sentido de un delito de resultado (producción de perjuicio), para así además permitir la realización del tipo de abuso mediante omisión²⁷⁸. En este sentido, se argumenta, invocando una interpretación «teleológico-razonable» de la ley, que tal conducta es abuso en forma completamente independiente de si se producen efectos jurídico-civiles de alguna disposición legal. Decisivo sería que la conducta se realice dentro de la competencia prevista, cuyo uso ilícito conduce a un perjuicio patrimonial, que desde un punto de vista jurídico penal ha de ser calificado como un daño patrimonial actual²⁷⁹. En contra de estos planteamientos se advierte que mediante un alejamiento de los preceptos jurídico-civiles se perderían los claros contornos del tipo de abuso²⁸⁰. Además, se indica que abuso es uso ilícito, por lo que que un no uso no puede ser abuso, lo que justamente ocurre en el caso de colusión. Pues entonces el autor obra sin facultad externa, en la medida que no obliga jurídicamente al dueño del negocio²⁸¹. Este planteamiento de *Arzt* conduce a una determinación jurídico-penal autónoma del abuso, en

la que éste se redefine en términos generales como un perjuicio antijurídico del patrimonio confiado²⁸². A pesar de que pueda resultar obvio, debe señalarse además que el abuso de la facultad y la provocación antijurídica del perjuicio configuran dos elementos distintos del tipo²⁸³. Con dicho planteamiento, el elemento legal del tipo «facultad» se elimina, se identifica el elemento «abuso» con el elemento del tipo adicional del perjuicio²⁸⁴. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el tipo de quiebre de confianza puede abarcar dicha constelación, en la medida que no presupone la eficacia jurídica en la relación externa²⁸⁵. Justamente lo que caracteriza el tipo de quiebre de confianza es, a falta de ejercicio jurídico eficaz de la facultad, el uso ilícito de la propia posición sobre patrimonio ajeno²⁸⁶.

No obstante, debe concederse que la eficacia jurídica del poder externo no es dependiente del Derecho civil. Se determina según las reglas que rigen el establecimiento de la facultad y de la relación interna, lo que bien puede ser preceptos jurídico-administrativos como jurídico civiles o comerciales²⁸⁷. Sin perjuicio de ello, la eficacia jurídica de la facultad debe distinguirse de la eficacia de la relación que le sirve de fundamento, pues la facultad es abstracta²⁸⁸. La relación interna sirve de parámetro para determinar el abuso, pero ella misma no puede ser abusada, sino que solo la facultad externa²⁸⁹. En este sentido, también debe determinarse bajo el baremo que se deduce de la relación interna, si el ejercicio eficaz de la facultad implica una lesión del deber de tutela patrimonial. Para ser tal, el abuso debe contravenir los intereses patrimoniales de la víctima, es decir, debe conllevar una infracción del deber entendida como vulneración del fin²⁹⁰. Por último, debe tenerse en cuenta que la infracción del deber ha de juzgarse desde una perspectiva *ex ante*, en la cual el perjuicio patrimonial debe dejarse fuera de consideración²⁹¹. Por lo tanto, es erróneo deducir la ilicitud de la acción considerando el resultado del negocio conocido *ex post*²⁹².

274. LK-Hübner, 10.ª ed., § 266, N. 70; LK-Schünemann, 11.ª ed., § 266, N. 50.

275. Schmid, WiStR § 31 N. 66; cfr. NK-Kindhäuser, § 266, N. 82; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266, N. 4; BGHSt. 43 (293), p. 296.

276. NK-Kindhäuser, § 266, N. 90; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266, N. 17.

277. Arzt, FS-Bruns, p. 368 ss.

278. Arzt, *ob. cit.*, p. 378 s.

279. LK-Schünemann, 11.ª ed., § 266, N. 30 s.; *el mismo*, NSTZ 2006, p. 202 s.

280. NK-Kindhäuser, § 266, N. 82.

281. LK-Hübner, 10.ª ed., § 266, N. 60; cfr. NK-Kindhäuser, § 266, N. 90.

282. NK-Kindhäuser, § 266, N. 82.

283. Cfr. LK-Hübner, 10.ª ed., § 266, N. 61.

284. Labsch, Jura 1987, p. 414.

285. Cfr. NK-Kindhäuser, § 266, N. 82; SK-Samson/Günther, § 266, N. 10; otra opinión Arzt, FS-Bruns, p. 374 s.

286. Cfr. Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266, N. 17.

287. LK-Hübner, 10.ª ed., § 266, N. 63; LK-Schünemann, 11.ª ed., § 266, N. 39.

288. Labsch, Jura 1987, p. 412 nota 100; otra opinión LK-Hübner, 10.ª ed., § 266, N. 63.

289. LK-Hübner, 10.ª ed., § 266, N. 60; cfr. Schmid, WiStR § 31 N. 66.

290. Nelles, Untreue, p. 521; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266, N. 19a.

291. Seier, HWSt-Untreue, N. 184.

292. SK-Samson/Günther, § 266, N. 21.

b.4. Abuso de la facultad por omisión

En la medida que la facultad sobre el patrimonio de otro también puede ser ejercida por omisión, puede entonces también ser usada y abusada por esta vía²⁹³. Ello supone que se exprese en la omisión una voluntad contractual (Derecho civil) o de autoridad (Derecho administrativo) y que a través de ella se obligue a otro o se produzca en su patrimonio un cambio jurídico, p.ej. cuando el silencio alcanza efecto jurídico de acuerdo al código civil²⁹⁴. Se trata de una conducta concluyente, por lo que la mera inactividad no puede implicar un uso ilícito del poder jurídico. De ahí que dejar prescribir el cobro de un crédito no puede implicar un abuso por omisión²⁹⁵.

B. El tipo de quiebre de confianza

1. Fuentes del deber de cuidado patrimonial

La realización del tipo de quiebre de confianza no supone, a diferencia del tipo de abuso, un ejercicio jurídicamente eficaz de la facultad de representación²⁹⁶. Allí radica la diferencia fundamental respecto del tipo de abuso. Como se mostró, el deber de tutela patrimonial constituye un elemento común para ambas modalidades, el que, además, tiene el mismo contenido. Solo que en el ámbito del tipo de quiebre de confianza este deber de tutela patrimonial puede resultar, además de la ley, el acto jurídico o de un encargo de autoridad, también de una relación de confianza, lo que constituye la segunda diferencia respecto del tipo de abuso²⁹⁷. La relación de confianza no es puramente fáctica, pues tiene la propiedad de poder fundamentar un deber jurídico. Esta relación legítima para el cuidado de intereses patrimoniales ajenos, en la medida que establece el deber para ello²⁹⁸.

En la medida que el deber de tutela patrimonial se entiende como una posición de garante, la relación de confianza puede ser caracterizada como la asunción fáctica de una función de protección²⁹⁹. En este sentido, la relación de confianza como fuente abarca en primer término relaciones jurídico civiles o administrativas deficitarias³⁰⁰. Se trata de la situación en que se fundamenta el deber de cuidado patrimonial, a pesar de que la relación interna que debía servirle de fundamento no se estableció jurídicamente. Es el caso en que se pretende establecer una relación regulada jurídicamente, sin haberse cumplido con todas sus condiciones de eficacia³⁰¹. A pesar de que la relación pretendida es jurídicamente defectuosa, se ejecuta regularmente en su conjunto³⁰². Como ejemplo sirve el caso del nombramiento de un director de una sociedad anónima en una sesión del órgano fiscalizador que ha tenido lugar con infracción de las prescripciones que la regulan³⁰³. Ello supone un nombramiento, aun jurídicamente defectuoso, por lo que la figura del órgano puramente fáctico no puede subsumirse en el caso de la relación de confianza³⁰⁴.

El segundo caso abarcado por la relación de confianza es la continuación de una relación jurídica extinguida. Este se explica, porque el deber de cuidado patrimonial concluye normalmente con el término de la relación jurídica que le sirve de fundamento³⁰⁵. Sin embargo, la relación jurídica no se extingue como tal, cuando otras normas legales la regulan, p.ej. en el caso de la continuación de la tutela³⁰⁶. También ciertos deberes como la obligación de restitución o prohibiciones de competencia después del contrato, son parte todavía de una relación jurídica efectiva, sin perjuicio de que no alcanzan la calidad de un deber de tutela patrimonial³⁰⁷. La relación de confianza como

293. LK-Hübner, 10.^a ed., § 266, N. 72; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266, N. 16.

294. NK-Kindhäuser, § 266, N. 91; en conclusión así también Güntge, wistra 1996, p. 89; Wittig/Reinhart, NSiZ 1996, p. 469, nota 36.

295. LK-Hübner, 10.^a ed., § 266, N. 72; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266, N. 16; otra opinión LK-Schünemann, 11.^a ed., § 266, N. 54.

296. Maurach/Schroeder/Maiwald, BT § 45 N. 24.

297. Maurach/Schroeder/Maiwald, BT § 45 N. 26.

298. LK-Hübner, 10.^a ed., § 266, N. 75.

299. NK-Kindhäuser, § 266, N. 38; *el mismo*, FS-Lampe, p. 718 s.

300. NK-Kindhäuser, § 266, N. 38; *el mismo*, FS-Lampe, p. 719; en la medida que dichas relaciones no sean desaprobadas por el ordenamiento jurídico, pues el Derecho penal no puede proteger aquello que el Derecho desapruueba: SK-Samson/Günther, § 266, N. 36; al respecto ya RGSt. 70 (7), p. 9 s.

301. Keuffel-Hospach, Die Grenzen der Strafbarkeit wegen Untreue (§ 266 StGB) aufgrund eines (tatsächlichen) Treueverhältnisses, 1997, p. 116.

302. Keuffel-Hospach, Grenzen, p. 117.

303. NK-Kindhäuser, § 266, N. 38; *el mismo*, FS-Lampe, S. 719; Seier, HWSt-Untreue, N. 132; Schmid, WiStR § 31 N. 100; cfr. BGHSt. 6 (314), p. 315 s.

304. Keuffel-Hospach, Grenzen, p. 137 ss., invocando la norma del § 14 párr. 3 StGB; otra opinión Schmid, § 31 N. 100, para quien es decisivo no el nombramiento nulo o impugnado, sino la posición fáctica y actividad p.ej. como gerente del negocio; Seier, HWSt-Untreue, N. 138, 255 ss., invocando el § 14 párr. 2 N. 1 StGB; sobre esta figura BGHSt. 8 (149), p. 150.

305. LK-Hübner, 10.^a ed., § 266, N. 77; NK-Kindhäuser, § 266, N. 39; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266, N. 34.

306. Keuffel-Hospach, Grenzen, p. 91 s.

307. Keuffel-Hospach, Grenzen, p. 91; cfr. LK-Hübner, 10.^a ed., § 266, N. 77; NK-Kindhäuser, § 266, N. 39; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266, N. 34; BGH (NJW 2001), p. 2105; BGH (NSiZ 2002), p. 649.

Revista Penal

El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán

fuente del deber solo recibe aplicación, cuando tanto la relación jurídica original como también su continuación basada en una ficción legal se han extinguido. Por ejemplo, el antiguo curador, que a pesar del término de su cargo continúa realizando los negocios que ya no le competen, o el caso del que después del término de su poder general o de su encargo continúa cumpliendo las tareas correspondientes³⁰⁸.

Por último, debe tenerse en cuenta que el acto jurídico civil o administrativo como tal no fundamenta al deber de tutela patrimonial, sino que recién cuando se entra fácticamente en el ámbito de dominio³⁰⁹. La asunción fáctica de una función de protección es por cierto necesaria, pero como tal no puede fundamentar un deber de cuidado patrimonial, si falta por completo un punto de referencia jurídico³¹⁰. Por ello, relaciones ético-personales como la amistad o la familia, que no están reguladas por ley en relación al patrimonio, no pueden fundamentar la posición de tutela patrimonial en base a una relación de confianza³¹¹.

2. La conducta infractora del deber

2.a. El deber de cuidado patrimonial

El deber de cuidar intereses patrimoniales ajenos consiste en ocuparse de asuntos patrimoniales ajenos³¹². Este deber comprende la persecución de objetivos económicos del dueño del negocio, p.ej. mediante la correspondiente administración y aplicación del patrimonio, y está dirigido generalmente a un aumento del patrimonio³¹³. Según ello, los intereses patrimoniales deben ser *ajenos* para el autor, lo cual se determina según reglas jurídico civiles o administrativas³¹⁴.

De dicha posición deben distinguirse las meras obligaciones de deudor³¹⁵, lo cual alcanza especial significado para el tipo de quiebre de confianza. Además, las normas que sirven de fundamento al deber de cuidado patrimonial deben tener como objetivo primario e inmediato la protección del patrimonio³¹⁶. Estas normas configuran una posición de dominio sobre el patrimonio ajeno, en la cual se encuentra el autor³¹⁷. Justamente tener esta posición de poder respecto del patrimonio ajeno, es presupuesto de la comisión de administración desleal mediante quiebre de confianza³¹⁸.

2.b. Infracción del deber de cuidado patrimonial

Infringir el deber de cuidado patrimonial solo es pensable a través de una acción, por lo que esta modalidad de la administración desleal presupone una acción como elemento del tipo no descrito³¹⁹. Esta acción solo puede infringir el deber, en la medida que exista una conexión entre la posición de poder y la conducta, esto es, la posición ha *posibilitado* o *facilitado* al autor la conducta dañina³²⁰. Esta conexión no se da, p.ej., cuando el miembro del directorio de una cadena de supermercados entra en la noche en una filial y se lleva un par de botellas de vino³²¹. Tampoco cuando p.ej. el administrador de una sociedad de responsabilidad limitada, después de declarada la quiebra y traspasado el derecho de administración sobre el patrimonio de la sociedad al síndico, sustrae cosas que pertenecen a la masa de bienes³²². En todo caso, dicha conexión entre posición de poder y conducta no necesariamente falta, cuando la producción del perjuicio patrimonial también hubiese podido ser cometida por terceros sin deber de tutela patrimonial³²³. No obstante, esta circunstancia bien puede servir como indicio en esa dirección³²⁴.

308. *Keuffel-Hospach*, Grenzen, p. 93; cfr. *NK-Kindhäuser*, § 266, N. 30; *Seier*, HWSt-Untreue, N. 133; BGHSt. 8 (149), p. 149 ss.

309. *LK-Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 60.

310. *Keuffel-Hospach*, Grenzen, pp. 131, 166, 172 s.

311. *Keuffel-Hospach*, Grenzen, p. 174; *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, § 266, N. 30; desde ya no en base a la mera injerencia: *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT § 45 N. 27.

312. *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, § 266, N. 23; *LK-Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 71.

313. *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, § 266, N. 23a; cfr. *Seier*, HWSt-Untreue, N. 143; *Arzt/Weber*, BT § 22 N. 60.

314. *LK-Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 70.

315. *Seier*, HWSt-Untreue, N. 155; LG Düsseldorf (NJW 2004; caso *Mannesmann*), p. 3281.

316. *Günther*, FS-Weber, p. 316; *Ransiek*, ZStW 2004, p. 672; cfr. *Schünemann*, NStZ 2006, p. 198 s.; LG Bonn (NJW 2001; caso *Kohl*), p. 1739; otra opinión *Saliger*, HRRS 2006, p. 22; OLG Frankfurt a.M. (NJW 2004; caso *CDU/Hessen*), p. 2030.

317. Cfr. *LK-Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 58, quien sostiene incluso que el deber de cuidado sería una mera consecuencia de dicho dominio; *Sax*, JZ 1977, p. 666 s.; BGH (NStZ 2002), p. 649.

318. *Burkhardt*, NJW 1973, p. 2190.

319. *Nelles*, Untreue, p. 529 s.

320. *Burkhardt*, NJW 1973, p. 2191; así también RGSt. 28 (155), p. 156; RGSt. 32 (26), p. 28; RGSt. 61 (228), p. 230; cfr. LG Düsseldorf (NJW 2004; caso *Mannesmann*), p. 3281; *NK-Kindhäuser*, § 266, N. 62; *Kohlmann*, JA 1980, p. 233.

321. *Saliger*, HRRS 2006, p. 18.

322. BGH (NJW 1992), p. 250 s.; *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, § 266, N. 23.

323. *NK-Kindhäuser*, § 266, N. 62; *LK-Hübner*, 10.ª ed., § 266, N. 82; *LK-Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 90; *Saliger*, HRRS 2006, p. 18.

324. *Burkhardt*, NJW 1973, p. 2191.

Lo determinante es que la acción se dirija contra el deber de tutela, es decir, cuando el autor tiende a objetivos distintos de los fijados al conceder la posición de dominio³²⁵. O dicho de otra manera, cuando la lesión concreta del deber implica un ejercicio significativo de la posición de poder conferida autónomamente al autor³²⁶. De esta manera, se configura un criterio diferenciador que no opera restringiendo el círculo posible de autores, sino que a nivel de la acción, imponiendo la condición calificada de que, a través de ella, se haga un tal uso de la posición conferida, que implique una contravención del deber³²⁷. El autor debió haber realizado la acción no solo con oportunidad de la tutela patrimonial, sino como tutor patrimonial³²⁸. Por último, el autor debe lesionar el deber de tal manera que suponga un ejercicio de cierta autonomía³²⁹. Meras actividades mecánicas o predeterminadas en detalle, como las del cajero o vendedor, se encuentran excluidas³³⁰.

2.c. Quiebre de confianza mediante omisión

Existe consenso sobre la posibilidad de comisión del tipo de quiebre de confianza mediante omisión³³¹. En la medida que el tipo de abuso presupone un ejercicio jurídicamente eficaz del poder de representación y, por ende, solo puede ser cometido por omisión cuando la fuente respectiva —ley, acto jurídico o encargo de autoridad— adscribe al no-hacer un efecto jurídico, el tipo de quiebre de confianza se presenta como espacio natural para la comisión de administración desleal por omisión. Para ello es necesario que la omisión implique una no-ejecución de la tutela patrimonial, lo que presupone una conexión entre omisión y posición de poder³³², p.ej., cuando el tutor patrimonial deja prescribir un crédito³³³. Pero dicha conexión no se da, p.ej., cuando el jefe de la filial de una empresa no interviene contra las apropiaciones indebidas de empleados de la filial principal³³⁴.

C. Conclusión: la conducta típica de administración desleal

La administración desleal no se comprende solo como un abuso de la posición de poder en perjuicio del patrimonio ajeno³³⁵. Decisivo es más bien que la acción signifique una lesión del deber de tutela patrimonial. Ello vale tanto para el tipo de abuso como para el de quiebre de confianza.

El tipo de abuso se caracteriza por un ejercicio jurídicamente eficaz de una facultad de representación que contraviene los intereses patrimoniales ajenos. La tipicidad de la conducta surge en esta modalidad del conflicto entre la relación externa y la relación interna. La relación interna que se constituye por el respectivo fundamento jurídico —ley, encargo de autoridad o acto jurídico— sirve de prisma bajo el cual se puede determinar, si el ejercicio jurídicamente eficaz de la facultad de representación implica una infracción del deber o no. La relación interna y el deber de tutela patrimonial que resulta de ésta, configuran la norma de conducta, cuya contravención es la primera condición de punibilidad por administración desleal. Para determinar esa norma de conducta, deben considerarse las normativas pre-penales³³⁶, es decir, el fundamento jurídico respectivo. Estas normativas pre-penales también son decisivas cuando en el análisis de un caso se llega a la conclusión de que las reglas del orden primario son erradas o insuficientes. La conclusión de que en estos casos el orden secundario no ofrece protección de bienes jurídicos por falta de contravención de la acción respecto del orden primario y la valoración de este resultado como insatisfactorio, no autorizan simplemente a prescindir del orden primario y configurar una conducta típica a partir del derecho secundario que es el Derecho penal. Dicha conclusión solo puede ser *motivo* para cambiar el orden primario especial de tal manera que determinados comportamientos sean abarcables como desviaciones del orden primario. Solo es posible argumentar directamente desde el orden secundario del derecho penal y de sus normas de conducta generales allí donde faltan órdenes primarios

325. LK-Schünemann, 11.^a ed., § 266, N. 94; así también Nelles, Untreue, p. 527.

326. Saliger, HRRS 2006, p. 18.

327. Burkhardt, NJW 1973, p. 2191.

328. Saliger, HRRS 2006, p. 18.

329. Cfr. Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266, N. 23a; NK-Kindhäuser, § 266, N. 63; BGH (NJW 1991), p. 2574.

330. Cfr. Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266, N. 23a; SK-Samson/Günther, § 266, N. 29; Otto, Struktur, p. 311 s.; BGH (NSiZ 1996), p. 82.

331. Lackner/Kühl, § 266, N. 2; NK-Kindhäuser, § 266, N. 64; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT § 45 N. 37; Seier, HWSt-Untreue, N. 74; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266, N. 35; Güntge, wistra 1996, p. 88; Herzberg, Unterlassung, p. 52 s.; Arzt/Weber, BT § 22 N. 41 s., pero según estos últimos autores se trata de un delito de omisión propia; así también Haft, BT, p. 132; Kohlmann, JA 1980, p. 233; SK-Samson/Günther, § 266, N. 38.

332. Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266, N. 35a s.

333. Así en conclusión BGH (JR 1983), p. 515 s.

334. Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266, N. 35a.

335. Otra opinión Schünemann, NSiZ 2005, p. 475; Sax, JZ 1977, p. 667.

336. Sobre las limitaciones del riesgo pre-penales Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten, p. 91 ss.

Revista Penal

El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán

con contenidos equivalentes³³⁷. En la medida que el tipo de abuso presupone siempre un fundamento jurídico, esta situación solo puede presentarse en casos muy excepcionales, por lo que la acción, para ser típica, debe significar una contravención de la norma de conducta que resulta del respectivo fundamento jurídico.

El tipo de quiebre de confianza se caracteriza por un uso de la posición de poder que contraviene el deber de cuidado de intereses patrimoniales ajenos. A diferencia del tipo de abuso, en esta modalidad no hay un ejercicio jurídicamente eficaz de una facultad de representación, sino solo una acción que lesiona la posición de deber. La infracción del deber se determina según el baremo que resulta de la relación interna, para lo cual también deben contemplarse las normativas pre-penales. Esto vale incluso para el quiebre de confianza por lesión del deber de cuidado patrimonial basado en una relación de confianza, en la medida que en este caso por lo menos ha de presuponerse un punto de referencia jurídico, por lo que han de observarse eventualmente normativas pre-jurídicas³³⁸. *En consecuencia, puede arribarse a la conclusión de que un quiebre de confianza puramente fáctico, que se ubique más allá de toda norma, no existe. Administración desleal es siempre una conducta infractora del deber, esto es, una acción que ha contravenido una norma de conducta.*

Finalmente, debe tenerse en cuenta que, solo puede utilizarse una perspectiva *ex ante* para la valoración de la infracción del deber tanto en el tipo de abuso como en el de quiebre de confianza. Pues solo la producción de un peligro conocible al momento de realización de la acción, puede ser objeto de una norma de conducta³³⁹. Aquí interesa obviamente solo una evitabilidad planificada: la observancia de la regla debe mostrarse como un medio apto desde una perspectiva *ex ante*, para lograr una reducción al riesgo básico tolerado; no es suficiente, que desde una perspectiva *ex post* se constate que la observancia de una determinada regla hubiere evitado casualmente el resultado³⁴⁰.

V. Perjuicio patrimonial mediante administración desleal

A. El concepto de perjuicio

El concepto de perjuicio en el sentido del § 266 StGB es idéntico con el de daño en el tipo de estafa (§ 263 StGB)³⁴¹. *Hillenkamp*, por el contrario, es de opinión que en el tipo de administración desleal se protege en mayor medida la libertad de disposición en comparación con la estafa. Pues en la administración desleal la víctima se encuentra frente al poder de disposición del autor menos protegida en su libertad que en la estafa y por ello las condiciones impuestas en la relación interna deben codeterminar en mayor medida el concepto de daño³⁴². Pero la concesión del poder de disposición al autor es justamente lo que define la estructura de la administración desleal en contraste con la estafa³⁴³. La modalidad especial de ataque, que precisamente caracteriza el injusto de administración desleal, no puede cambiar en nada ni el bien jurídico protegido —el patrimonio— ni el concepto de perjuicio.

Respecto del concepto de perjuicio, existen fundamentalmente el concepto económico de daño, por un lado, y la teoría de la frustración del fin, por el otro.

B. La discusión sobre el concepto de perjuicio

1. El concepto económico de perjuicio

1.a. El perjuicio como problema de compensación

El perjuicio patrimonial se determina mediante una comparación del patrimonio en su conjunto antes y después de la acción infractora del deber³⁴⁴. De acuerdo con ello, existe perjuicio cuando el patrimonio después de la acción tiene un menor valor que antes de la misma³⁴⁵. En cambio, no hay perjuicio cuando la acción misma provoca al mismo tiempo un aumento del patrimonio que compensa la pérdida³⁴⁶. Pej., cuando mediante el pago se libera el patrimonio de una

337. *Frisch, ob. cit.*, p. 113 s.

338. Sobre las regulaciones pre-jurídicas *Frisch, ob. cit.*, p. 103 ss.

339. *Frisch, ob. cit.*, pp. 41, 71 s.

340. *Frisch, ob. cit.*, p. 96.

341. *Arzt/Weber*, BT § 22 N. 1, 75; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT § 45 N. 2, 41; *Haft*, BT p. 133; *Seier*, HWSt-Untreue, N. 161; *SK-Samson/Günther*, § 266, N. 41; *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, § 266, N. 39; *Tiedemann*, FS-Weber, p. 327; *Bockelmann*, BT p. 145 s.; *Hefendehl*, Vermögensgefährdung, p. 88; así también BGHSt. 43 (293), p. 297; BGH (NSZ 1999), p. 354; básicamente idéntico según *NK-Kindhäuser*, § 266, N. 94; *el mismo*, BT II, § 34 N. 42; *Gerhold*, Zweckverfehlung und Vermögensschaden, 1988, p. 33; con dudas *Weber*, FS- Dreher, p. 560.

342. *Hillenkamp*, NSZ 1981, p. 166.

343. *Hefendehl*, Vermögensgefährdung, p. 87.

344. BGH (NJW 1975; caso *Bundesliga*), p. 1235; BGH (NSZ 1986), p. 456; BGHSt. 43 (293), p. 298; BGH (NSZ 1999), p. 354; BGH (NSZ 2002), p. 649; BGH (NSZ 2004), p. 206; *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, § 266, N. 40; *Lackner/Kühl*, § 266, N. 17.

345. RGSt. 16 (1), p. 5, en relación al tipo de estafa; BGH (NSZ 1986), p. 456; BGH (NSZ 1999), p. 354; *LK-Hübner*, 10.ª ed., § 266, N. 90; *LK-Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 136.

346. BGH (NSZ 2004), p. 206; así también BGH (NSZ 1999), p. 354; *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, § 266, N. 41; *Kohlmann*, JA 1980, p. 232; al respecto *LK-Hübner*, 10.ª ed., § 266, N. 92; *LK-Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 138.

deuda por el mismo monto³⁴⁷. Para determinar un aumento del patrimonio capaz de compensar la pérdida, deben aplicarse los principios de *valoración singular e inmediatez*³⁴⁸. El principio de valoración singular señala que solo puede tenerse en cuenta la acción del tipo y no otra jurídicamente autónoma³⁴⁹. Además, es necesario, de acuerdo con el principio de inmediatez, que el aumento del patrimonio resulte directamente de la acción³⁵⁰. Una excepción al principio de valoración singular es la acción que, considerada aisladamente, conlleva una pérdida, pero que pertenece a un plan único económico en el que configura una etapa hacia la ganancia buscada, p.ej., la inversión en métodos de producción de una empresa³⁵¹. Sin embargo, se trata de una excepción aparente, pues tratándose de un plan económicamente razonable no existe previamente infracción del deber. No hay en ese caso un sobrepasar lo permitido dentro de lo posible jurídicamente ni tampoco una lesión del deber de tutela patrimonial. Entre tanto, las acciones restitutorias e indemnizatorias de la víctima contra el autor por la acción infractora del deber, no son capaces de compensar la pérdida, pues suponen la realización de una acción distinta (principio de valoración singular) y sus efectos son mediatos (principio de inmediatez)³⁵². En cambio, el perjuicio se compensa cuando el autor pone a disposición medios propios o garantías inmediatamente realizables frente a la aplicación ilícita de dineros, pues en ese caso ni siquiera se presenta la hipótesis de un aprovechamiento de objetos patrimoniales, salvo en un secundo económicamente irrelevante, de modo que el patrimonio no se ve afectado³⁵³.

En contra del principio de compensación, *Kindhäuser* pone el caso del curador que, en incumplimiento de la obligación impuesta por el § 1806 BGB, no deposita el dinero del pupilo. Siguiendo dicho principio, en este caso no habría perjuicio, pues el estado del patrimonio antes y después de la omisión infractora del deber se ha mantenido igual³⁵⁴. Por cierto, el pupilo no tiene una pretensión por los intereses

frente al instituto crediticio, pero sí tiene una pretensión valorada patrimonialmente frente al curador, de colocar su dinero a interés, la que como tal es parte de su patrimonio³⁵⁵. Con ello surge la pregunta, de si en ese caso no existe más bien una expectativa valorizada patrimonialmente, cuya frustración conduce a un perjuicio. *Lenckner/Perron* ven allí una tal expectativa, cuya frustración conduce entonces a una disminución comprobable del patrimonio³⁵⁶.

1.b. La determinación individual del perjuicio

Conforme a la determinación individual del daño, puede haber perjuicio a pesar de la igualdad de valor entre prestación y contraprestación, cuando ésta es inútil bajo el parámetro de los fines del patrimonio fijados por la víctima³⁵⁷. Esta perspectiva individual del perjuicio patrimonial resulta de la circunstancia, que no todos los objetos tienen el mismo valor patrimonial para todos, pues no son igualmente utilizables por todos. Por ello, el perjuicio debe determinarse en atención del caso concreto, considerando las relaciones patrimoniales individuales de la víctima. Según el RG se trata aquí todavía de una perspectiva económica, pues la inutilidad de una cosa representa un valor económico menor para los fines del patrimonio perseguidos por el individuo³⁵⁸. Para determinar el valor de una cosa para la víctima, deben entonces considerarse los fines del patrimonio y no su voluntariedad, por lo que no hay perjuicio, cuando la cosa no puede usarse para el fin pensado al momento de su obtención, pero sí para otro fin aceptado por la víctima. Lo decisivo es, si la víctima puede usar la cosa considerando los fines de su patrimonio³⁵⁹. Con ello, se trata todavía de aclarar, si el objeto equivale económicamente a la contraprestación³⁶⁰. Esto no ocurre, p.ej., en el caso de gastos de representación exagerados e innecesarios efectuados por el administrador de una sociedad de responsabilidad limitada³⁶¹.

347. BGH (NStZ 2004), p. 206.

348. *Saliger*, HRRS 2006, p. 20 s.

349. BGH (NStZ 1986), p. 456; BGH (NStZ 1999), p. 354; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266, N. 41.

350. BGH (NJW 1975; caso *Bundesliga*), p. 1235 s.; BGH (NStZ 1986), p. 456; BGH (NStZ 1999), p. 354; BGH (NStZ 2002), p. 649; NK-*Kindhäuser*, § 266, N. 107.

351. Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266, N. 41; *Saliger*, HRRS 2006, p. 21; al respecto LK-*Hübner*, 10.^a ed., § 266, N. 91; LK-*Schünemann*, 11.^a ed., § 266, N. 137; p.ej., BGHSt. 47 (148), p. 153 s.; claro al respecto BGH (NStZ 2002), p. 649.

352. Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266, N. 42; NK-*Kindhäuser*, § 266, N. 107; *Ransiek*, ZStW 2004, p. 665.

353. *Hefendehl*, Vermögensgefährdung, p. 287; en conclusión así *Bockelmann*, BT, p. 146; *Kindhäuser*, BT II, § 34 N. 44; LK-*Schünemann*, 11. Aufl., § 266, N. 139; *Ransiek*, ZStW 2004, p. 669; bajo determinadas circunstancias en el caso del otorgamiento de un crédito BGH (NStZ 1999), p. 354; BGH (NStZ 2004), p. 206; otra opinión Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266, N. 42; *Seier*, HWSt-Untreue, N. 169 s.; *Haas*, Die Untreue, p. 102.

354. NK-*Kindhäuser*, § 266, N. 97; sobre ello también *Labsch*, Untreue, p. 322.

355. NK-*Kindhäuser*, § 266, N. 97.

356. Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266, N. 46; cfr. BGHSt. 43 (293), p. 297.

357. RGSt. 16 (1), p. 6 s.; BGHSt. 16 (321), p. 326; al respecto *Berger*, Schutz, p. 75; *Haft*, BT, p. 133; *Nelles*, Untreue, p. 345 s.

358. RGSt. 16 (1), p. 7; cfr. *Ransiek*, ZStW 2004, p. 649 s.

359. RGSt. 16 (1), p. 9; estricto BGH (NStZ-RR 2001), p. 42.

360. BGHSt. 16 (321), p. 325.

361. Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266, N. 43.

Revista Penal

El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán

Fuera de la inutilidad de la contraprestación, el BGH ve además un perjuicio en el caso del daño patrimonial forzado, esto es, cuando la víctima por la obligación asumida como consecuencia del negocio se ve forzada a medidas perjudiciales del patrimonio, como p.ej. tomar un crédito con altos intereses o vender cosas valiosas a precios bajos³⁶². Por último, hay un perjuicio en el caso de afixamiento, esto es, cuando el compromiso adquirido por el contrato celebrado produce un déficit que provoca un peligro a la situación económica de la víctima, que le hace imposible, p.ej., cumplir obligaciones de pago. O que restringe de tal manera su libertad de disposición, que se le priva de los medios imprescindibles para la manutención de su desenvolvimiento económico y vital³⁶³.

1.c. Peligro al patrimonio equivalente al daño

La consideración del peligro al patrimonio equivalente al daño resulta de la circunstancia que, en la vida económica, no se valora solo la pérdida sustancial efectiva³⁶⁴. No obstante, solo un peligro concreto al patrimonio puede ser equivalente al daño³⁶⁵. Un peligro abstracto para el patrimonio no es suficiente³⁶⁶. El peligro para el patrimonio es concreto, cuando se puede convertir inmediatamente en una pérdida efectiva de bienes³⁶⁷. Dicho de otro modo, el peligro es concreto, cuando el amenazado no tiene más posibilidades efectivas de evitar la pérdida definitiva de bienes³⁶⁸. Entonces, aquí también tiene aplicación el principio de inmediatez. No hay inmediatez, cuando el inicio del perjuicio patrimonial depende todavía de la conducta de un tercero, de la víctima o del autor mismo³⁶⁹. En consecuencia, no hay peligro concreto en el caso de la mera existencia jurídica de una pretensión³⁷⁰ o de una sanción posible contra el titular del patrimonio³⁷¹. Tampoco hay tal peligro, cuando la pretensión hecha valer en contra de uno puede ser anulada mediante el ejercicio de un derecho de restitución³⁷².

1.d. Conexión de imputación

Según el tenor literal del § 266 StGB, el perjuicio debe haberse producido mediante el abuso o la lesión del deber. De esta manera, se exige una *conexión de imputación entre la infracción del deber y el perjuicio*. Esto implica, en primer término, que la infracción del deber tiene que ser causa del perjuicio patrimonial, lo cual no ocurre, cuando el daño resulta exclusivamente de otras causas³⁷³. Esta exigencia implica además, que el perjuicio debió haberse producido precisamente mediante la infracción del deber. Por tanto, falta una conexión de imputación, cuando el perjuicio igualmente se hubiese producido en el caso hipotético de una alternativa de conducta de acuerdo a derecho, o dicho de otro modo, cuando la disminución del patrimonio con alta probabilidad no se habría compensado en caso de una conducta de acuerdo a deber³⁷⁴. Resulta dudoso, si esta conexión de imputación también es exigible en el caso de un peligro concreto para el patrimonio, pues justamente en tal caso no hay una realización del riesgo provocado. Sin embargo, el BGH exige, en el caso de un otorgamiento de crédito, que el perjuicio en la forma de un peligro para el patrimonio con la celebración del contrato o la concesión del préstamo pueda reconducirse a la infracción del deber³⁷⁵.

Adicionalmente, sería exigible una conexión con el fin de protección en el sentido de que la norma de conducta vulnerada por el autor debió tener como fin la protección del patrimonio³⁷⁶. Pero como antes se mostró, se trata de un problema de infracción del deber y no de imputación del resultado.

2. La teoría de la frustración del fin

El punto de partida de la teoría de la frustración del fin es la crítica al concepto económico de perjuicio, en tanto éste no puede resolver los casos de estafa de donaciones y limosna³⁷⁷. Según dicho concepto, en esos casos habría

362. BGHSt. 16 (321), p. 328.

363. BGH ibidem; resumen en *Saliger*, ZStW 2000, p. 589 s.; *el mismo*, HRRS 2006, p. 13.

364. *Hefendehl*, Vermögensgefährdung, p. 67.

365. Al respecto ya RGSt. 76 (115), p. 115 s.; también RGSt. 77 (228), p. 228; BGH (GA 1956), p. 122; OLG Stuttgart (NSZ 1985), p. 365; cfr. BGH (NJW 2003), p. 3719.

366. *Saliger*, ZStW 2000, p. 577 s.; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266, N. 45.

367. *Saliger*, ZStW 2000, p. 577; *el mismo*, HRRS 2006, p. 20.

368. LK-Schünemann, 11.ª ed., § 266, N. 146.

369. *Saliger*, ZStW 2000, pp. 578, 586; *el mismo*, HRRS 2006, p. 20.

370. *Ransiek*, ZStW 2004, p. 660.

371. *Ransiek*, ZStW 2004, pp. 661 ss., 668; *Krüger*, NJW 2002, p. 1180, respecto del caso *Kohl*; cfr. LG Bonn (NJW 2001; caso *Kohl*), p. 1738; BGH (NJW 2002), p. 528; OLG Frankfurt a.M. (NJW 2004; caso *CDU/Hessen*), p. 2030; otra opinión *Velten*, NJW 2000, p. 2856 s.

372. *Ransiek*, ZStW 2004, p. 666; cfr. BGH (NSZ 1998), p. 85; BGH (NSZ-RR 2001), p. 329.

373. BGHSt. 43 (293), p. 296; *Seier*, HWSt-Untreue, N. 185; *Thomas*, FS-Riess, p. 806.

374. *Seier*, HWSt-Untreue, N. 186; NK-*Kindhäuser*, § 266, N. 99; *el mismo*, FS-Lampe, p. 724; *Saliger*, HRRS 2006, p. 22.

375. BGHSt. 46 (30), p. 34.

376. *Seier*, HWSt-Untreue, N. 188.

377. P. ej. BayObLG (NJW 1952), p. 798

un perjuicio, pues éste consiste justamente en una prestación sin contraprestación, siendo irrelevante los fines que debían perseguirse³⁷⁸. En contra de dicha concepción, *Otto* considera justificado en base a la teoría personal del patrimonio, ver un perjuicio no solo en la pérdida no compensada, sino también en la frustración de un fin económico mediante un gasto. Pues aquí hay una pérdida del bien propio, una perturbación de la función, esto es, una perturbación de aquella planificación económica y financiera, que hace posible la eficiencia económica³⁷⁹. *Otto* se preocupa de aclarar que no se trata aquí de protección de la libertad de disposición, pues lo determinante es la comprobación, de si el sujeto mediante el gasto logró el resultado económico que aspiraba, y no, de si también hubiese alcanzado el resultado en la forma que hubiese deseado³⁸⁰. El daño consiste, según esta teoría, en el acortamiento de la potencia patrimonial³⁸¹. De este modo hay perjuicio, cuando el dueño de la empresa pone a disposición un aporte en dinero para fines caritativos, que son gastados por el administrador en una fiesta de año nuevo³⁸². Este planteamiento tendría una aplicación especialmente justificada en el ámbito de la administración estatal, donde el BGH confirma un perjuicio, cuando medios sujetos a fines son gastados, sin alcanzarse el fin determinado³⁸³.

Sin embargo, la teoría de la frustración del fin alberga altos grados de incerteza, en la medida que utiliza el punto de vista individual de la víctima. *Otto* pone un ejemplo que evidencia dicha incerteza: si el curador destruye muebles del pupilo, debe diferenciarse; si estos muebles ocupan espacios que podrían arrendarse, no hay perjuicio; por el contrario, en ese caso, esta estructuración conlleva un aumento del patrimonio; si destruye en cambio el curador muebles del pupilo, de manera que éste ya no se siente bien en los espacios vacíos, hay perjuicio³⁸⁴. La comprobación del perjuicio depende de este modo de la sensación de la víctima. Esto es altamente problemático, pero es consecuencia de la circunstancia de que en el ámbito del desarrollo individual, en contraste con la actividad puramente económica, no existe acuerdo sobre el fin ni sobre la intercambiabilidad del medio. Aquí lo que es una apli-

cación del patrimonio exitosa o por lo menos no dañosa y lo que es un desacierto, no es posible determinarlo objetivamente o incluso con racionalidad económica³⁸⁵.

Para disminuir los niveles de incerteza, *Gerhold* propone aplicar el pensamiento jurídico civil de la comercialización, esto es, no usar el parámetro del tráfico comercial, que remite a valoraciones individuales, sino al parámetro intersubjetivo de la regulación contractual³⁸⁶. Se trata de mantener la relación de reciprocidad entre la prestación y el resultado perseguido con ésta, la cual se pierde, cuando existen pretensiones por el defecto de la contraprestación, que pueden ejercerse frente a la ausencia de resultado, de modo que puede reclamarse la devolución de la prestación otorgada³⁸⁷. Solo aquellas pretensiones, que se conectan directamente a la frustración del fin, pueden considerarse respecto de la exigencia de devolución³⁸⁸. Bajo este parámetro, podría admitirse la aplicación de la teoría de la frustración del fin en los casos de prestaciones unilaterales. No así en los casos de prestaciones bilaterales o negocios compensados, en los cuales ni siquiera una versión corregida de dicha teoría podría tener aplicación. Esto es, fuera de los casos ya comprendidos por los criterios de determinación individual del daño, todavía admitir la existencia de un perjuicio en la forma de una frustración del fin, no es sostenible. Puesto que ello sí tendría como consecuencia inevitable la redefinición del perjuicio en términos de una afectación de la facultad de disposición³⁸⁹ y con ello, además, una reducción del tipo de administración desleal a la comprobación de la infracción del deber. En los casos de prestaciones unilaterales, la relevancia patrimonial de determinados fines se desprende de la circunstancia de que se aplican medios valorados en dinero para la obtención del fin y así se comercializa de un modo análogo a un bien pleno de valor económico. Esta situación no es comparable con los casos de fines económicamente compensados con una prestación, pues aquí ni siquiera hay un menoscabo del patrimonio con la prestación compensada económicamente³⁹⁰.

Esta restricción resulta ciertamente comprensible. Sin embargo, resulta problemática frente p. ej. el caso del alcalde que ordena construir una escuela con piscina, jardín

378. *Otto*, *Struktur*, p. 59; al respecto *Berger*, *Schutz*, p. 123 s.

379. *Otto*, *Struktur*, p. 65; en este sentido también *Labsch*, *Untreue*, p. 326; *el mismo*, *Jura* 1987, p. 416.

380. *Otto*, *Struktur*, p. 74; cfr. BGH (NSZ 1995), p. 134.

381. *Otto*, *Struktur*, p. 82.

382. LK-*Schünemann*, 11.^a ed., § 266, N. 142; Schönke/Schröder-*Lenckner/Perron*, § 266, N. 43.

383. BGHSt. 40 (287), p. 294 s.; BGHSt. 43 (293), p. 297 s.; Schönke/Schröder-*Lenckner/Perron*, § 266, N. 44; crítico *Schünemann*, *StV* 2003, p. 469; cfr. *Saliger*, *ZStW* 2000, p. 596; contra la aplicación de la teoría de la frustración del fin en la administración desleal *Neye*, *Untreue im öffentlichen Dienst*, 1981, p. 48.

384. *Otto*, *Struktur*, p. 309.

385. *Jakobs*, *JuS* 1977, p. 231.

386. *Gerhold*, *Zweckverfehlung*, p. 39.

387. *Gerhold*, *ob. cit.*, p. 42.

388. *Gerhold*, *ob. cit.*, p. 43.

389. *Gerhold*, *ob. cit.*, p. 26; en este sentido también crítico *Berger*, *Schutz*, pp. 86, 88, 100 s., 146.

390. *Gerhold*, *ob. cit.*, p. 70.

Revista Penal

El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán

y observatorio astronómico, cuando a la municipalidad le faltan medios para cumplir con tareas sociales básicas. En ese caso, *Otto* ve un perjuicio sin más, pues el cambio injustificado del patrimonio ha restringido la capacidad económica de desarrollo de la comuna³⁹¹. Para poder resolver este tipo de casos, el BGH aplica los criterios de la determinación individual del daño a la administración desleal presupuestaria y llega a la siguiente conclusión:

«A pesar de la igualdad de valor de prestación y contra-prestación, entra en consideración administración desleal presupuestaria cuando, por el exceso del presupuesto, se hace necesario tomar un crédito económicamente importante, cuando la facultad de disposición del legislador presupuestario se ve afectada de modo grave y éste por la aplicación del gasto se ve especialmente reducido en su facultad de configuración política»³⁹².

Si mediante la aplicación de los criterios de determinación individual del daño pueden resolverse estos casos, no resulta del todo claro³⁹³. Si esta jurisprudencia se ubica en los límites del fin de protección del § 266 StGB, resulta menos dudoso³⁹⁴.

C. Conclusión: infracción del deber y perjuicio patrimonial

La administración desleal consiste en una producción de perjuicio patrimonial infractora del deber; esto es, en una disminución no compensada del patrimonio mediante una acción infractora del deber. Infracción del deber y producción del perjuicio como elementos centrales del tipo no se distinguen claramente, cuando las normas que determinan el deber de tutela patrimonial son tan generales, que no queda más que la prohibición de dañar el patrimonio del dueño del negocio. En estos casos, la infracción del deber se concluye a partir del daño al patrimonio, de modo que la lesión del deber se determina materialmente por la producción del perjuicio³⁹⁵. Por cierto, esta confusión entre acción típica y resultado típico representa un problema estructural para la administración desleal. Pero esta conclusión de la lesión del deber a partir del

perjuicio patrimonial es más bien consecuencia de la aceptación de una perspectiva jurídico penal autónoma para la determinación de la infracción del deber³⁹⁶. Precisamente esta comprensión material de la administración desleal aquí no se suscribe, pues conduce más bien a una ampliación de la punibilidad, esto es, cuando se produce un evidente daño del patrimonio «desde adentro», pero existen puntos de apoyo para negar la infracción del deber³⁹⁷.

Por otra parte, se presenta también un problema estructural como consecuencia de la *individualización de la determinación del perjuicio* que se desarrolla tanto con el concepto económico, que admite en forma excepcional la determinación individual del perjuicio, como especialmente con la teoría de la frustración del fin. Este problema radica en que el perjuicio se deduce de la infracción del deber, lo que afecta en especial los casos de administración desleal presupuestaria³⁹⁸. Esto es, en la medida que la frustración del fin se convierte en pilar de la determinación del daño, éste pasa a ser un mero reflejo de la infracción del deber, por lo que aquí también tiene lugar una confusión entre acción típica y resultado típico³⁹⁹.

Para *Ransiek* esta confusión no es un verdadero problema. Los elementos del tipo no están separados en su contenido, sino que dependen unos de otros. La pregunta relevante es más bien, en qué términos se da esa dependencia y dónde termina. Una misma pregunta puede alcanzar relevancia en distintos niveles⁴⁰⁰. La pregunta decisiva es entonces, si la infracción del deber también implica un perjuicio. Este no es el caso, cuando el tutor puede e incluso debe correr riesgos⁴⁰¹. Sin embargo, no toda infracción del deber conduce a un daño, pues siempre debe verificarse, si el sobrepasamiento de los límites impuestos en la relación interna todavía se mueve dentro de los intereses del titular del patrimonio. La pregunta por la compensación no puede contestarse sin considerar los objetivos del dueño⁴⁰². Entre aquello que debe ser adquirido y aquello que el titular del patrimonio efectivamente recibe, debe por lo menos existir similitud⁴⁰³. Cuando se rompe esta relación, p.ej. con la compra de diamantes en vez de las pinturas deseadas, se requiere de una razón especial para justificar ese sobrepasamiento: «no existe tal razón, hay un daño por frustración del

391. *Otto*, Struktur, p. 308; así también *Labsch*, Untreue, p. 328; a propósito de la conexión de imputación NK-*Kindhäuser*, § 266, N. 104 s.; *el mismo*, FS-Lampe, p. 725 s.

392. BGHSt. 43 (293), p. 299; cfr. también BGH (NStZ 1984), p. 550.

393. Así sin embargo *Gerhold*, Zweckverfehlung, p. 71 ss.; *Berger*, Schutz, pp. 220, 233, 262 s., 264, 268; cfr. *Neye*, Untreue, p. 77.

394. Cfr. *Saliger*, HRRS 2006, p. 13.

395. LK-*Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 94; *el mismo*, NStZ 2005, p. 475.

396. Cfr. *Saliger*, ZStW 2000, p. 569 s.

397. Cfr. *Saliger*, *ob. cit.*, p. 570.

398. *Saliger*, *ob. cit.*, p. 592 ss.

399. *Saliger*, *ob. cit.*, p. 594; *el mismo*, Parteiengesetz, p. 218.

400. *Ransiek*, ZStW 2004, p. 647.

401. *Ransiek*, *ob. cit.*, p. 648.

402. *Ransiek*, *ob. cit.*, p. 650 s.

403. *Ransiek*, *ob. cit.*, p. 653.

fin»⁴⁰⁴. El sobrepasamiento del riesgo permitido que no puede justificarse es, según *Ransiek*, el daño⁴⁰⁵. Si ese riesgo se ha realizado, debería ser irrelevante⁴⁰⁶. De la misma manera que una pretensión de resarcimiento del daño es irrelevante para la compensación, debe ser también irrelevante si ese riesgo se ha realizado⁴⁰⁷.

Este planteamiento es coherente con la exigencia de una conexión de imputación para la comprobación del perjuicio, en virtud de la cual los fines del patrimonio ya vulnerados por la acción también deben considerarse para la determinación del daño⁴⁰⁸. Pero no puede soslayarse que conexión de imputación también es conexión de realización⁴⁰⁹, por lo que una perspectiva *ex post* no puede ser excluida. El efecto compensante de la disminución del patrimonio, que por cierto debe estar inmediatamente conectado a la acción, puede ocurrir temporalmente después de la producción del riesgo no permitido, p.ej. en el caso de la compra de acciones que generan utilidades en vez de la cuenta de ahorro ordenada por la víctima.

Para la determinación del perjuicio deben diferenciarse las constelaciones de casos. En primer lugar, debe distinguirse el caso de una prestación sin contraprestación equivalente de aquellas constelaciones en que si existe una equivalencia según el precio de mercado. En relación al primer caso, debe señalarse que la discusión respecto de la estafa de donaciones o limosnas no representa un problema para la administración desleal. *Cumple la acción con los fines del patrimonio de la víctima, p.ej. en los casos de sponsoring, no existe infracción del deber; por lo que no debe ni siquiera plantearse la pregunta por la compensación*⁴¹⁰. En estos casos, no es posible hablar de un perjuicio. Distinto es en el caso de una prestación sin contraprestación equivalente que supone una infracción del deber, como en el ejemplo mencionado del gasto por la fiesta de año nuevo. Para comprobar si la contraprestación compensa la prestación, deben por cierto considerarse los fines del patrimonio de la víctima, pero bajo el parámetro propuesto por *Gerhold*. Esto es, en la medida que existen pretensiones por el defecto de la contraprestación, conectadas a la falta del resultado perseguido, por las cuales se puede exigir la devolución de la prestación otorgada para alcanzar dicho fin⁴¹¹.

En los casos de equivalencia entre prestación y contraprestación según el baremo del mercado, no hay en principio perjuicio. Constituye una excepción el caso en que se dan los criterios de la determinación individual del patrimonio, esto es, inutilidad, daño patrimonial forzado o afixamiento. En estos casos excepcionales, se consideran los fines del patrimonio de la víctima, aunque tanto según el RG como el BGH se trata todavía de una perspectiva económica, por lo que el principio de compensación recibe aplicación. Cuando se da uno de estos casos excepcionales, la contraprestación, a pesar de ser equivalente según el precio de mercado, no puede ser vista como compensación de la disminución del patrimonio. En esta medida, existe una conexión de imputación entre la acción que vulnera los fines del patrimonio y el perjuicio. Por otra parte, tanto el daño forzado como el afixamiento en el sentido de la determinación individual del perjuicio, solo pueden ser verificados desde una perspectiva *ex post*. Más allá de los casos de determinación individual del daño todavía admitir la posibilidad de un perjuicio, implicaría torcer el fin del tipo de administración desleal, pues entonces éste terminaría por utilizarse también para alcanzar fines económicos o político-sociales, lo cual no es sostenible⁴¹². *En consecuencia, más allá de los casos de determinación individual del perjuicio, no existe perjuicio.*

Desde una perspectiva sistemática, puede señalarse que con la determinación del perjuicio se valora el lado externo de la administración desleal. La presencia de la infracción del deber, no es suficiente. Además, es necesario que la lesión del deber también implique una afectación del patrimonio, es decir, que la puesta en cuestión de la vigencia de la norma debe haber llegado a ser *real*, haberse expresado *objetivamente*⁴¹³. La imputación del resultado constituye una exigencia autónoma de la norma de sanción, lo que presupone una infracción de la norma de conducta, por lo que no puede responder a exactamente el mismo fundamento que la norma de conducta⁴¹⁴. Por cierto, la imputación de resultado es un concepto normativo⁴¹⁵ y por lo mismo pueden haber influencias recíprocas entre la conducta típica y el resultado⁴¹⁶. Este es justamente el caso, cuando nuevamente se consideran los fines del patrimonio ya vulnerados por la acción para la verificación del daño en los casos de prestación sin contraprestación equivalente y de determinación indivi-

404. *Ransiek, ibidem.*

405. *Ransiek, ob. cit.*, p. 658; en este sentido ya *Hillenkamp*, NSZ 1981, p. 166.

406. *Ransiek, ob. cit.*, p. 666.

407. *Ransiek, ob. cit.*, p. 666 s.

408. Cfr. *Kindhäuser*, FS-Lampe, p. 725 s.; NK-*Kindhäuser*, § 266, N. 104 s.

409. Cfr. *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, p. 55 s.; cfr. en relación a la administración desleal *Krüger*, NJW 2002, p. 1179.

410. Cfr. *Ransiek*, ZStW 2004, p. 648; similar en relación a la estafa *Frisch*, FS-Bockelmann, p. 667.

411. Sobre la aplicación de este planteamiento a la administración desleal *Gerhold*, Zweckverfehlung, p. 76.

412. *Saliger*, ZStW 2000, pp. 571, 598, 608.

413. Cfr. en relación a la omisión impropia *Freund*, Unterlassen, pp. 90, 97; cfr. respecto de la administración desleal *Velten*, NJW 2000, p. 2857 nota 26.

414. *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, p. 510 s.

415. *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, pp. 51, 51 nota 193.

416. *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, p. 512 nota 17.

Revista Penal

El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán

dual del perjuicio. Pero la necesidad de admitir en cierta medida la individualización de la determinación del perjuicio no puede conducir a un abandono del trasfondo económico en el concepto de patrimonio y de perjuicio⁴¹⁷. *Es necesario mantener separados la acción típica y el resultado típico en la administración desleal*⁴¹⁸. *La única vía posible de mantener esta separación es utilizar perspectivas diferentes para valorar el hecho de administración desleal, esto es, por un lado, una determinación accesoria desde una perspectiva ex ante de la infracción del deber, y, por el otro, una comprobación fundamentalmente económica-autónoma desde una perspectiva ex post de la producción del perjuicio*⁴¹⁹. Solo así puede conservarse la estructura de la administración desleal impuesta por el § 266 StGB.

VI. Dolo de administración desleal

A. El lado subjetivo de la administración desleal

El § 266 StGB exige dolo, por lo menos dolo eventual⁴²⁰. No se exige ánimo de lucro⁴²¹. Dado que el tipo objetivo es muy amplio, las exigencias para la comprobación del dolo, según la jurisprudencia, son muy altas⁴²². Estas altas exigencias son puestas por la jurisprudencia en casos, donde más bien existen dudas en la verificación del tipo objetivo de administración desleal⁴²³. Así p.ej., para la comprobación del tipo subjetivo en un caso de otorgamiento de crédito, no es suficiente, según el BGH, el conocimiento de la realización probable del resultado, sino que además deben considerarse los motivos y la situación de intereses del acusado⁴²⁴. Pero estas mayores exigencias para la verificación del lado subjetivo de la administración desleal reciben aplicación, según el BGH, solo cuando fal-

tan puntos de apoyo para hablar de una infracción grave del deber⁴²⁵, es decir, justamente cuando la tipicidad de la conducta es dudosa. Se trata de una corrección del lado objetivo de la administración desleal mediante el tipo subjetivo, lo cual por cierto es altamente problemático y por lo mismo duramente criticado por la doctrina. Pues, se puede corregir la amplitud de un tipo solo allí y no en el dolo⁴²⁶.

B. Dolo como conocimiento de la acción infractora del deber

Detrás de este problema parece encontrarse una tematización insuficiente del objeto del dolo en la administración desleal. Según la teoría dominante, el dolo debe abarcar el tipo objetivo, esto es, tanto la infracción del deber como la producción del perjuicio⁴²⁷. En este sentido, *Hübner* sostiene que se actúa con dolo de administración desleal, cuando se conoce el deber de tutela del patrimonio ajeno, se le infringe consciente y voluntariamente, y se prevé como posible, que mediante la conducta se provocará un daño al patrimonio confiado⁴²⁸. De esta manera, se exige prever la posibilidad de la realización del daño. Esta opinión también es compartida por *Schünemann*, pero con la aclaración de que el § 266 StGB exige por cierto dolo de perjuicio patrimonial e incluso que regularmente el dolo de infracción del deber resulta de aquél⁴²⁹. Esta opinión es nuevamente consecuencia de una visión material de la administración desleal, en la que los aspectos normativos permanecen más bien solapados y se aplica un concepto de dominio apenas asible. Pues, no resulta comprensible qué significado puede tener un dolo de un perjuicio patrimonial que se ubica materialmente más allá

417. *Saliger*, ZStW 2000, p. 592.

418. *Saliger*, ob. cit., p. 613; cfr. *Seier*, HWSt-Untreue, N. 326.

419. Cfr. *Tiedemann*, FS-Weber, p. 327 s.; *Krüger*, NJW 2002, p. 1180; otra opinión *Velten*, NJW 2000, p. 2856.

420. *Arzt/Weber*, BT, § 22 N. 78; *Kohlmann*, JA 1980, p. 234; *Seier*, HWSt-Untreue, N. 80; *Schmid*, WiStR, § 31 N. 195; *NK-Kindhäuser*, § 266, N. 122; *el mismo*, BT II, § 34 N. 45; *SK-Samson/Günther*, § 266, N. 49; *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, § 266, N. 49; *Bockelmann*, BT, p. 146; *LK-Hübner*, 10.ª ed., § 266, N. 102; *LK-Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 150; *Kargl*, ZStW 2001, p. 595 nota 147; *Lackner/Kühl*, § 266, N. 19; así *RGSt. 76 (115)*, p. 116; *BGHSt. 46 (30)*, p. 35.

421. *Lackner/Kühl*, § 266, N. 19; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT, § 45 N. 51; *Seier*, HWSt-Untreue, N. 29; *SK-Samson/Güntner*, § 266, N. 49; *Bockelmann*, BT, p. 146; *LK-Hübner*, 10.ª ed., § 266, N. 102; *LK-Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 150.

422. *RGSt. 68 (371)*, p. 374; *RGSt. 76 (115)*, p. 116; *BGH (NJW 1975; caso Bundesliga)*, p. 1236; *BGH (NSTZ 1986)*, p. 456; *BGH (NSTZ 2002)*, p. 649; al respecto *Lackner/Kühl*, § 266, N. 19; *Seier*, HWSt-Untreue, N. 83; *Schmid*, WiStR § 31 N. 196.

423. P.ej., *RGSt. 77 (228)*, p. 229, en un caso de contabilidad desordenada; *BGH (GA 1956)*, p. 123, en un caso de estafa de puesto de trabajo; al respecto crítico ya *Frisch*, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 306 s.

424. *BGHSt. 46 (30)*, p. 34 s.; al respecto *Lackner/Kühl*, § 266, N. 19; cfr. *Seier*, HWSt-Untreue, N. 83 ss.

425. *BGHSt. 47 (148)*, p. 156 s., aclarando la sentencia *BGHSt. 46 (30)*, p. 34 s.

426. *Hillenkamp*, NSTZ 1981, p. 163; crítico también *SK-Samson/Günther*, § 266, N. 50; *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, § 266, N. 50; *Saliger*, ZStW 2000, p. 572 s.; *el mismo*, HRRS 2006, p. 23; *Dierlamm*, NSTZ 1997, p. 535; *LK-Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 151.

427. *Lackner/Kühl*, § 266, N. 19; *NK-Kindhäuser*, § 266, N. 122; *Schmid*, WiStR § 31 N. 196; *Schönke/Schröder-Lenckner/Perron*, § 266, N. 49; *Seier*, HWSt-Untreue, N. 80 ss.; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT, § 45 N. 3, 51; *LK-Hübner*, 10.ª ed., § 266, N. 103; *LK-Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 153 s.; así también *BGHSt. 5 (61)*, p. 64; *BGHSt. 13 (315)*, p. 319 s.; *BGH (NSTZ 1986)*, p. 456; *BGH (NSTZ 2002)*, p. 649.

428. *LK-Hübner*, 10.ª ed., § 266, N. 103.

429. *LK-Schünemann*, 11.ª ed., § 266, N. 153 s.

de la infracción del deber, como para ser determinante en la faz subjetiva de la administración desleal.

Resulta dudoso que el perjuicio como resultado pertenezca al objeto del dolo en la administración desleal. Pues, el § 266 StGB no prohíbe la producción de un perjuicio, sino una acción que contradice intereses patrimoniales, mediante la cual se provoca un perjuicio patrimonial. El Derecho penal solo puede prohibir acciones, nunca producciones de resultado. Esto rige obviamente también para la administración desleal, lo cual supone que la norma de conducta, que sirve de presupuesto al § 266 StGB, solo puede motivar ex ante al autor, esto es, exactamente antes del hecho. En este sentido, *Frisch* sostiene que las circunstancias que temporalmente tienen lugar después de la acción, como ocurre con el resultado, no pueden ser determinantes, sino solo las que fueron abarcadas por el conocimiento del destinatario de la norma en el momento de la acción⁴³⁰. En la medida que la conexión de imputación, exigida como elemento del perjuicio patrimonial, solo puede ser verificada desde una perspectiva ex post, tampoco puede formar parte del objeto del dolo⁴³¹. Pues solo lo que el autor conoce en el momento de la acción, puede ser relevante desde el punto de vista de una racionalidad orientada a fines y a valores⁴³². Justamente lo que el autor conoce en ese momento, no puede ser otra cosa que su propia acción y no el perjuicio, que recién se verifica después de ella. Objeto del dolo en la administración desleal puede entonces solo ser la conducta en su dimensión de desvalor⁴³³, esto es, en el tipo de abuso del ejercicio infractor de disposiciones de la facultad y en el tipo de quiebre de confianza la lesión del deber⁴³⁴. Dicho de otra manera, *la acción en su dimensión de infracción del deber constituye el objeto del dolo*.

Para poder hablar de dolo, es preciso que ese objeto sea asido conscientemente, ya sea con el medio del lenguaje —pensamiento lingüístico— o solo como imagen —pensamiento objetivo—⁴³⁵. Las circunstancias asidas en la conciencia deben además convertirse en contenido de un punto de vista personal vinculante, es decir, el autor debe apropiarse de ese pensamiento como su punto de vista⁴³⁶. Pero

en la medida que se concibe de este modo el conocimiento, resulta innecesario exigir a su lado un elemento volitivo⁴³⁷. El dolo se agota entonces en el conocimiento así entendido:

«Obra dolosamente el autor, que parte, para sí, de un riesgo de su conducta, que con vistas al bien jurídico protegido por la norma no es más tolerado por la misma»⁴³⁸.

*En el ámbito de la administración desleal actúa entonces dolosamente no aquél que se representa el riesgo de un perjuicio patrimonial, sino el autor, que parte, para sí, de un riesgo prohibido de su conducta*⁴³⁹.

La jurisprudencia destaca el elemento volitivo del dolo en aquellos casos en que el lado objetivo de la administración desleal aparece dudoso⁴⁴⁰. Pero en los casos en que la verificación del tipo objetivo es clara, la jurisprudencia parece contentarse con el elemento cognitivo, con lo que el elemento volitivo aparece más bien como su consecuencia⁴⁴¹. En un caso de otorgamiento de crédito:

«Existe —como aquí— junto a una lesión grave del deber de información y verificación ya un peligro reconocido alto para la pretensión de pago del banco que va más allá del riesgo general en los negocios crediticios, entonces ha de suponerse, que el representante del banco ha contado aprobando con el daño para el banco en la forma de un peligro para el patrimonio. La aprobación es todavía más clara, cuando el compromiso con el crédito es incontrolable»⁴⁴².

En contra de esta jurisprudencia debe, sin embargo, advertirse que una comprobación defectuosa del lado objetivo de la administración desleal no puede ser corregida con aspectos subjetivos. El dolo solo puede ser tematizado después de la confirmación del tipo objetivo de la administración desleal, concretamente: solo aquella parte del tipo objetivo que implica el sobrepasamiento del riesgo permitido debe ser abarcado por el conocimiento del autor. *Dolo de administración desleal es entonces conocer el sobrepasamiento del riesgo permitido, es decir, conocer la producción de un riesgo que conlleva la acción infractora del deber para el patrimonio ajeno*.

430. Cfr. *Frisch*, Vorsatz, p. 57 s.

431. Cfr. *Frisch*, ob. cit., p. 68.

432. Cfr. *Frisch*, ob. cit., p. 96 ss.

433. Cfr. *Frisch*, ob. cit., pp. 71 ss., 101 s., 115, 150 nota 114, 190.

434. Cfr. Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266, N. 49.

435. *Frisch*, Vorsatz, pp. 169, 175 ss., 190.

436. *Frisch*, ob. cit., pp. 193, 198; no se trata entonces de una mera reducción del dolo al elemento cognitivo (!): el conocimiento es comprendido aquí de un modo distinto a como lo entiende la teoría dominante. Se trata de un conocimiento que contiene una decisión en contra del bien jurídico.

437. *Frisch*, Vorsatz, pp. 257 ss., 267 s., 300.

438. *Frisch*, ob. cit., p. 302.

439. Cfr. con ejemplo de administración desleal *Frisch*, ob. cit., p. 213 s.; así *Ransiek*, ZStW 2004, p. 638, pero como consecuencia de una teoría de la administración desleal, en la que se reduce el tipo objetivo al sobrepasamiento del riesgo permitido; *el mismo*, NJW 2006, p. 816.

440. P.ej., RGSt. 76 (115), p. 116; RGSt. 77 (228), p. 229; BGH (GA 1956), p. 123; BGH (NJW 1975; caso *Bundesliga*), p. 1236; BGHSt. 46 (30), p. 34 s.

441. Cfr. RGSt. 61 (211), p. 213 s.; RGSt. 68 (371), p. 374; BGH (NJW 1979), p. 1512; BGH (NSTZ-RR 2001), p. 330.

442. BGHSt. 47 (148), p. 157.