

## EL DAÑO PATRIMONIAL DE LA ESTAFA (§ 263, CP ALEMÁN) EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEL TRIBUNAL SUPREMO ALEMÁN

Dr. Thomas WOSTRY\*

---

Fecha de recepción: 19 de septiembre de 2017

Fecha de aprobación: 9 de noviembre de 2017

### Resumen

En este artículo se abordará el problema del daño patrimonial de la estafa en el derecho alemán. En particular, se analizará la tendencia de la jurisprudencia contemporánea alemana de interpretar los delitos patrimoniales de modo amplio y de aplicarlos a varias manifestaciones de la criminalidad económica. Para ello, se estudiarán dos fallos del *Tribunal Constitucional Federal alemán* de los años 2010 y 2011 que aplican el principio *nulla poena sine lege certa* al elemento típico del daño patrimonial. Se describirá, además, la discusión jurídico-penal alemana acerca de las consecuencias de la jurisprudencia del *Tribunal Constitucional Federal alemán*. Por último, se presentará brevemente un método de cuantificación del daño patrimonial derivado de la teoría del balance, que recurre, asimismo, a los estándares internacionales de balances (IAS/IFRS).

*Palabras clave:* Daño patrimonial – Principio de certeza – Cuantificación – Estándares de balance

---

\* Una versión abreviada de este texto fue presentada en una conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el 29 de septiembre 2017. Agradezco cordialmente al Dr. Dr. h.c. Marcelo A. SANCINETTI y a José R. BÉGUELIN por haber revisado los manuscritos. Por supuesto, los eventuales errores o imprecisiones corren solo por cuenta del autor.

## Title: Property Loss Related to Fraud (§ 263 German Criminal Code) in the Case-law of the German Federal Supreme Court and the Federal Constitutional Court

### Abstract

This paper analyzes the contemporary jurisprudential trend adopted in Germany of making an extensive interpretation of certain offenses involving property loss, and applying these offenses to several manifestations of so-called “white-collar-crime”. The author analyzes two decisions of the Federal Constitutional Court of 2010 and 2011 that apply the *nulla poena sine lege* certain – principle to the justification of property related loss, which is a constituent element of the offense of fraud. Furthermore, the paper describes the scientific debate in Germany on the implications of these recent decisions. Finally, the author presents a quick overview of a method for calculating property related loss derived from financial accounting theory that relies on IAS/IFRS accounting standards

*Keywords: Property loss – Principle of legal certainty – Calculation of property loss – Financial accounting standards*

### Sumario

I. Introducción; II. Concepto penal del patrimonio y potencial de participación (*Partizipationspotenzial*); III. Los delitos patrimoniales entre daños efectivos y “amenazas patrimoniales”; 1. La equiparación de peligros económicos y daños patrimoniales efectivos; 2. La amenaza patrimonial en la jurisprudencia contemporánea; IV. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán (BVerfG); 1. BVerfG, auto del 23 de junio 2010 – 2 BvR 2559/08, en BVerfGE 126, p. 170 ss.; 2. BVerfG auto del 7 de diciembre 2011 – 2 BvR 2500/09, 1857/10, BVerfGE 130, p. 1 ss.; V. La discusión acerca de la cuantificación del daño patrimonial; 1. La cuantificación como elemento del tipo penal o de la graduación de la pena; 2. ¿La cuantificación es solo una restricción de la “amenaza patrimonial”?; VI. Estándares de balance y daños patrimoniales; 1. Los estándares de balance del Código de comercio alemán (HGB); 2. Cuentas de orden y los estándares internacionales de balance (IAS/IFRS); VII. Conclusión; VIII. Bibliografía y jurisprudencia

### I. Introducción

El principio de certeza de la ley penal, que está previsto en Alemania en el art. 103, párr. 2.º, de la Constitución alemana (*Grundgesetz* [GG]), requiere, por un lado, que el legislador defina de

manera abstracta y general qué conductas son punibles. En última instancia, este aspecto se refiere a la reserva de ley.<sup>1</sup> Por otro lado, este principio tiene una función jurídico-estatal central, destinada a garantizar el ejercicio de la libertad, y por eso requiere que cada uno pueda prever qué comportamiento está prohibido y penado. El segundo aspecto, por tanto, describe el principio de certeza en sentido estricto.<sup>2</sup> Sin embargo, se observa un fenómeno que consiste en lo siguiente: el legislador penal intenta satisfacer las (*supuestas*) necesidades del Derecho penal “moderno” a través de la intensificación gradual de la imprecisión de los tipos penales.<sup>3</sup> Winfried HASSEMER resumió críticamente ese diagnóstico en el año 1992 con las siguientes reflexiones: “[e]l mandato de certeza es el enemigo de un derecho flexible, abierto al futuro y a situaciones problemáticas cambiantes. Para ello, no es necesario que el legislador introduzca deliberadamente conceptos jurídicos indeterminados; alcanza ya (y así lo hace el legislador) con que elija conceptos que puedan ser aplicados de forma tan flexible y amplia como sea posible”.<sup>4</sup>

La crítica citada interpela, en primer lugar, al legislador. Empero, encontramos la misma tendencia en la *jurisprudencia* actual respecto de la interpretación de los delitos patrimoniales: la parte especial del Código Penal (CP) alemán contiene tres delitos de resultado —a saber, la estafa, el chantaje y la administración desleal— que comparten la característica común de que la consumación del hecho requiere que el autor dañe el patrimonio de otro.<sup>5</sup> La discusión acerca del

<sup>1</sup> BVerfG, fallo del 23.06.2010 - 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, en BVerfGE t. 126, pp. 170 (194): “Por un lado, se debe asegurar que el propio legislador decida sobre la punibilidad de manera abstracta y general. En esa medida, el art. 103, párr. 2.º, GG contiene una reserva de ley estricta, que les prohíbe a los poderes ejecutivo y judicial establecer los presupuestos normativos de la punibilidad”.

<sup>2</sup> BVerfG, *supra* nota 1, en BVerfGE t. 126, pp. 170 (194 y s.): “Por otro lado, se trata de la protección que brinda un Estado de Derecho al destinatario de la norma: toda persona tiene que poder prever qué conducta está prohibida y conminada con pena. En esa medida, el art. 103, párr. 2.º, GG, tiene una función de garantía de la libertad”.

<sup>3</sup> Cfr. HASSEMER, “Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts”, en *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 1992, pp. 378 (383); véase, además, respecto del Derecho penal médico, WOSTRY, “Update im Medizinstrafrecht - Entscheidungen und Tendenzen”, en *Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im DAV/Institut für Rechtsfragen der Medizin Düsseldorf* (eds.), *Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2017, pp. 11 (18 y ss.).

<sup>4</sup> HASSEMER, *supra* nota 3, 1992, pp. 378 (382); véase, acerca de la estafa y las “modificaciones continuas de la vida social”, BOCKELMANN, “Zum Begriff des Vermögensschadens beim Betrug”, en *JZ*, 1952, pp. 461.

<sup>5</sup> Véase RENGIER, *Strafrecht Besonderer Teil I*, 19.ª ed., Múnich, Beck, 19.ª ed. 2017, § 1, n.º m. 2; WOSTRY, *Schadensbeziehung und bilanzielle Berechnung des Vermögensschadens bei dem Tatbestand des Betruges (§ 263 StGB)*, Berlín, Duncker&Humblot, 2016, p. 17, con otras referencias. La importancia práctica de los delitos patrimoniales, en particular de la estafa y de la administración desleal, se deriva del hecho de que son aplicados frecuentemente en ámbitos económicos regulados por una normativa específica del Derecho civil y

concepto del daño patrimonial ya se había llevado a cabo durante más de un siglo,<sup>6</sup> antes de culminar, por un tiempo, en los años 2010 y 2011 con dos fallos del *Tribunal Constitucional Federal alemán* (BVerfG). En estas decisiones, que analizaré a continuación en una comparación con la jurisprudencia del *Tribunal Supremo Federal alemán* (BGH), el *Tribunal Constitucional* formula criterios de gran importancia para la interpretación del daño patrimonial, a partir del principio de certeza. Sobre todo, el *Tribunal Constitucional* intenta asegurar que la interpretación del daño patrimonial se realice de conformidad con el principio de certeza, puesto que la realización de este elemento *típico* marca, precisamente, el *momento* de la consumación del hecho.<sup>7</sup> Sin embargo, en lo sucesivo, encontraremos indicios de que los criterios formulados por el *Tribunal Constitucional* no tienen todos los efectos que serían de desear en la discusión contemporánea.

Para abordar el tema con mayor profundidad, después de unas breves explicaciones sobre el concepto penal del patrimonio (II.) y sobre un fenómeno llamado “peligro patrimonial”, que representa un problema “clásico” del daño patrimonial (III.), expondré en la parte siguiente (IV.) tanto el contenido como las observaciones dogmáticas centrales de los fallos mencionados del

---

público, la que se dirige a la evitación de daños patrimoniales (por ejemplo, en el sector bancario de créditos, en el sistema de salud y, en general, en el ámbito de la gestión de empresas). De ahí que se presenta la necesidad de diferenciar entre daños patrimoniales con relevancia penal y meras infracciones de las normas del Derecho civil y público. Por este motivo, el concepto penal del daño patrimonial también tiene que cumplir con esta tarea de diferenciación.

<sup>6</sup> Cfr. BUSCHMANN, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Betrugsbegriffs im 19. Jahrhundert*, Würzburg, 1939, pp. 5 ss.; TIEDEMANN, “Vor §§ 263 ff.”, en Laufhütte/Rissing - van Saan/Tiedemann (eds.), *Leipziger Kommentar zum StGB*, de Gruyter, 2012, n.º m. 12 ss; CRAMER, *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, Bad Homburg v.d.H. u.a., Gehlen, 1968, pp. 23 y ss. (CRAMER [ibíd., p. 21] también subraya que la “hora del nacimiento” de una sistemática moderna de los delitos patrimoniales, que llega hasta la actualidad, se da en el año 1851 con la entrada en vigor del Código Penal para los Estados Prusianos); también cfr. las observaciones históricas de SATZGER, “§ 263”, en SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER (eds.), *Strafgesetzbuch*, Colonia, Carl Heymanns, 2016, n.º m. 1, y de PERRON, “Vorbemerkungen zu den §§ 263 ff.”, en Schönke/Schröder (eds.), *Strafgesetzbuch*, Múnich, C.H. Beck, 2014, n.º m. 2 y ss.; además, véanse las observaciones críticas concernientes a una interpretación histórica de la estafa según los estándares del Código penal prusiano de 1851 de TIEDEMANN, ibíd., 2012, n.º m. 19.

<sup>7</sup> Según el § 23, párr. 1.º, CP alemán, la punibilidad de la tentativa de los mencionados “delitos patrimoniales” requiere una disposición expresa de la ley, puesto que se trata de delitos menos graves (*Vergehen*). El CP alemán dispone la punibilidad de la tentativa de los tipos del chantaje (§ 253, párr. 3.º, CP alemán) y de la estafa (§ 263, párr. 2.º, CP alemán), mientras que falta tal disposición sobre la punibilidad de la tentativa de la administración desleal (§ 266, CP alemán). Dado que la tentativa de administración desleal no es punible, la determinación del daño patrimonial es fundamental para la punibilidad concreta de ese delito (§ 266, CP alemán).

*Tribunal Constitucional*. Luego, analizaré los conceptos adoptados por ese tribunal (V.). Finalmente, quisiera presentar en pocas palabras algunas medidas para llevar a la práctica las conclusiones del análisis en la interpretación de los delitos patrimoniales (VI.).

## II. Concepto penal del patrimonio y potencial de participación (*Partizipationspotenzial*)

Según la definición aceptada tanto por la mayoría en la dogmática jurídico-penal<sup>8</sup> como por la jurisprudencia<sup>9</sup>, el daño patrimonial consiste en una diferencia negativa que resulta de la comparación de la totalidad del patrimonio que la víctima tenía *antes* del comportamiento típico<sup>10</sup> con la totalidad del patrimonio que tiene *después*. El daño patrimonial, por consiguiente, se calcula según el “principio del saldo total” (*Gesamtsaldierung*).<sup>11</sup> Esta fórmula, obviamente, se refiere a un estándar de comparación que presupone un determinado concepto jurídico-penal del patrimonio. Es generalmente aceptado que el patrimonio es la suma de los bienes de valor, en un sentido *económico*, de la persona natural o jurídica.<sup>12</sup> Si bien es aceptado mayoritariamente que el

<sup>8</sup> TIEDEMANN, “§ 263”, en LAUFHÜTTE/RISSING - VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *Leipziger Kommentar zum StGB*, de Gruyter, 2012, n.º m. 158 ss.; KINDHÄUSER, “§263” *Strafgesetzbuch: Lehr- und Praxiskommentar*, 6.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2015, n.º m. 172; SATZGER, *supra* nota 6, 2016, n.º m. 205.

<sup>9</sup> Cfr. por todos BGH, fallo del 07/12/2010 - 3 StR 433/10, en StV 2011, pp. 726 (727); BGH, fallo del 15/03/2017 - 4 StR 472/16, en NStZ 2017, pp. 469 (470).

<sup>10</sup> En ocasiones el delito patrimonial prevé una modalidad específica de consumación (es decir, se está en presencia de un “delito de resultado unido a un comportamiento” [*verhaltensgebundenes Erfolgsdelikt*]), cfr. TIEDEMANN, *supra* nota 8, 2012, n.º m. 3): Por ejemplo, el tipo de estafa (§ 263, CP alemán) requiere, además del daño patrimonial, una disposición sobre bienes patrimoniales de la víctima (o de otra persona con el poder de actuar para la víctima) que resulta de un error sobre los hechos provocado por el autor mediante un comportamiento engañoso. Una parte de la literatura jurídico-penal, por lo tanto, considera a la estafa un fenómeno de “autoría mediata tipificada”, cfr. KINDHÄUSER, “§ 263”, en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, Nomos, 2017, n.º m. 45 ss.; KINDHÄUSER, *supra* nota 8, 2015, n.º m. 33 s.; las consecuencias de interpretar el tipo como una “autoría mediata tipificada” son señaladas por HEFENDEHL, “§ 263”, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum StGB*, München, C.H. Beck, 2014, n.º m. 715 ss.; véase también, GAEDE, “§ 263”, en Leipold/Tsambikakis/Zöller (eds.), *Anwaltkommentar StGB*, Heidelberg, C.F. Müller, 2015, n.º m. 65.

<sup>11</sup> Se debe tener en cuenta que la opinión mayoritaria, en realidad, no requiere la valoración de la *totalidad* del patrimonio, sino la consideración de efectos específicos del negocio respectivo para la totalidad del patrimonio; cfr. TIEDEMANN, *supra* nota 8, 2012, n.º m. 159; HEFENDEHL, *supra* nota 10, 2014, n.º m. 493; OTTO, *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, Berlín, Duncker & Humblot, 1970, p. 61, todos con referencias bibliográficas. Respecto de la perspectiva histórica, CRAMER, *supra* nota 6, 1968, pp. 113 y ss.

<sup>12</sup> BGH, fallo del 10/11/2016 - 4 ARs 17/16, en NStZ-RR 2017, pp. 44 s.; KÜHL, “§ 263”, en Lackner/Kühl (eds.), *Strafgesetzbuch*, München, C.H. Beck, 2014, n.º m. 33, con otras referencias.

patrimonio sea valorado, en principio, mediante estándares económicos,<sup>13</sup> la definición mencionada esconde la razón por la cual esto es así; sobre todo, esconde el concepto básico que subyace a la protección penal del patrimonio. Hay que mencionar que existe una amplia controversia en lo concerniente a ese concepto básico.<sup>14</sup>

Según mi opinión, la referencia a los estándares económicos se deriva de un modelo explicativo que recurre a la función del patrimonio en la sociedad civil como garante de la libre participación en la sociedad.<sup>15</sup> Este concepto ya ha sido defendido, en este aspecto, por HEFENDEHL<sup>16</sup>, KINDHÄUSER<sup>17</sup>, OTTO<sup>18</sup>, PAWLIK<sup>19</sup> y otros autores, pero cada uno con *inferencias concretas* notablemente *distintas*. A mi parecer, este concepto presupone que el ordenamiento jurídico reconoce la capacidad general del ciudadano de tener *patrimonio* para que él tenga el potencial no *solo* de sustentarse, sino también de participar en la vida social, sin la necesidad de intentar *enajenar* lo inenajenable, por ejemplo, la personalidad o, para ser más precisos, la dignidad humana.<sup>20</sup> El concepto jurídico-penal del patrimonio, por tanto, intenta asegurar el reconocimiento del patrimonio como un medio de *participación social*.

Más allá de ese fundamento general, reconocido hasta cierto punto, es de importancia aclarar, en todo caso, que las conclusiones acerca de la *raison d'être* de la estafa, en particular, son divergentes. Así, se suele concluir que el *concepto de patrimonio* en el ámbito de la estafa abarca la *libertad de disposición*, de modo que la disposición libre sobre los bienes patrimoniales también determina la interpretación del daño penal.<sup>21</sup> Por tanto, según la premisa de la protección de la libertad de disposición el daño patrimonial de la estafa es considerado una “disminución de un

<sup>13</sup> Véase, por ejemplo, SATZGER, *supra* nota 6, 2016, n.º m. 205; TIEDEMANN, *supra* nota 6, 2012, n.º m. 20a.

<sup>14</sup> Cfr. más detalladamente HEFENDEHL, *supra* nota 10, 2014, n.º m. 1 y ss.

<sup>15</sup> Cfr. WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 32 ss.; véase, además CEFFINATO, *Vollendungsumkehr und Wiedergutmachung*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2017, p. 68.

<sup>16</sup> HEFENDEHL, *supra* nota 10, 2014, pp. § 163, n.º m. 2 y ss.

<sup>17</sup> KINDHÄUSER, *supra* nota 10, 2017, n.º m. 13 ss.

<sup>18</sup> OTTO, *supra* nota 11, 1970, pp. 42 y ss.

<sup>19</sup> PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Colonia et. al., Carl Heymanns, 1999, pp. 263 y ss.

<sup>20</sup> WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, p. 33 y ss.

<sup>21</sup> Cfr. KINDHÄUSER, *supra* nota 10, 2017, n.º m. 14 y s.; para una consideración crítica de las tendencias a proteger la libertad de disposición en el ámbito de aplicación de la administración desleal, cfr. SALIGER, “Wider die Ausweitung des Untreuetatbestandes - Eine kritische Analyse der neueren Rechtsprechung zum Begriff des Vermögensnachteils in § 266 StGB”, en *ZStW*, t. 112 (2000), pp. 563 (589 ss.); cfr. la consideración, también, de la libre voluntad en WITTIG, *Das tatbestandsmäßige Verhalten des Betrugs*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 2005, pp. 191 y ss.

potencial de libertad”<sup>22</sup>. Esta perspectiva, sin embargo, le da demasiada importancia al elemento típico del ardid o engaño, que solo identifica la dirección de la lesión del bien jurídico, que se produce mediante un *error* en la persona que dispone sobre el patrimonio dañado.<sup>23</sup> Además, el tipo del chantaje (§ 253, CP alemán), por ejemplo, ya sanciona los daños patrimoniales causados por coacción y, por eso, no es convincente la opinión según la cual la estafa es un tipo que castiga, sobre todo, perjuicios de la libertad de acción menos graves (en comparación con el chantaje).<sup>24</sup> Por tanto, el hecho de que la ley mencione formas específicas de agresión al bien jurídico protegido por los delitos patrimoniales es, más bien, una manifestación del carácter fragmentario de la protección penal del patrimonio.

Por consiguiente, no es necesario hacer ingresar, en la discusión acerca del fundamento jurídico-penal del patrimonio, el modo de infracción de la norma: dado que el concepto del patrimonio es *conditio sine qua non* de la participación en la sociedad civil, la disminución solo se refiere al *potencial de participación del ciudadano*.<sup>25</sup> Por eso, el daño patrimonial es más bien una disminución del “potencial de participación”.<sup>26</sup>

Estas observaciones permiten enfocar, finalmente, la cuestión de por qué se valora la disminución del potencial de participación según estándares *económicos*.<sup>27</sup> Dado que el ordenamiento jurídico presupone la igualdad de todos los ciudadanos, el concepto de potencial de participación requiere un estándar objetivo que permita valorar el potencial de cada ciudadano según este principio de igualdad (que está previsto, por ejemplo, en el art. 3 de la Constitución alemana). Tal estándar tiene que ser derivado de los mecanismos básicos para la realización de potenciales de participación y con esto se hace referencia a los estándares del mercado. Por tanto, la realización del potencial en el sentido de participación en la vida social significa intercambiar bienes en mercados o en negocios individuales, de tal manera que se establecen precios objetivos que señalan el valor del bien patrimonial del potencial de participación.<sup>28</sup> Por consiguiente, la

---

<sup>22</sup> KINDHÄUSER, *supra* nota 10, 2017, n.º m. 15: “Verkürzung eines Freiheitspotenzials”.

<sup>23</sup> Además, cfr. PAWLIK, *supra* nota 19, 1999, pp 67 y ss., cuyo concepto pone el foco en el engaño.

<sup>24</sup> Cfr. el argumento contrario en WITTIG, *supra* nota 21, 2005, p. 193.

<sup>25</sup> WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 36 y ss.

<sup>26</sup> WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, p. 33 y s.

<sup>27</sup> Véanse, además, las observaciones similares acerca del potencial económico en PAWLIK, *supra* nota 19, 1999, pp. 290 y ss.

<sup>28</sup> Véase también la descripción de mercados como “instituciones de enajenación” en WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, p. 37.

disminución del potencial de participación no se tasa según una disminución de libertad, sino según una disminución del valor mercantil.

### III. Los delitos patrimoniales: entre daños efectivos y “peligros patrimoniales”

#### 1. La equiparación entre peligros económicos y daños patrimoniales efectivos

Una controversia “clásica” de los delitos patrimoniales se deriva directamente de este fundamento económico del patrimonio: concierne a la relación entre daños efectivos y peligros de pérdidas futuras. Por supuesto que los problemas que se derivan de la gran propensión de los mercados a receptar los efectos de ciertas expectativas económicas se vienen discutiendo, aproximadamente, desde hace un siglo. En un artículo titulado “*Contribuciones a la teoría de la estafa de crédito*” (*Beiträge zur Lehre vom Kreditbetrug*), publicado en el año 1928 en la revista alemana *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), James Paul GOLDSCHMIDT observaba que “[e]l problema más difícil de la estafa de crédito es el menoscabo del patrimonio”<sup>29</sup> y con el concepto del “menoscabo del patrimonio” se hacía referencia al concepto contemporáneo de “daño patrimonial”. En este artículo, GOLDSCHMIDT explicaba que en este contexto es una cuestión de suma importancia “si, y hasta qué punto, un peligro para el patrimonio ya puede ser considerado un menoscabo del patrimonio”<sup>30</sup>. La cuestión mencionada por GOLDSCHMIDT es discutida en la actualidad bajo la expresión “peligro patrimonial”.

Desde un punto de vista económico ya es posible, obviamente, constatar una disminución del potencial de participación cuando un bien patrimonial todavía no ha sido transferido, de modo que el patrimonio puede ser dañado antes de que una cosa o un derecho pierda efectivamente su filiación con el patrimonio de una persona.<sup>31</sup> Esta inferencia se debe al hecho de que los precios de mercado se constituyen, en principio, según las expectativas acerca de la disponibilidad y de la calidad de los bienes comercializados.<sup>32</sup> Por tanto, una expectativa negativa (por ejemplo, sobre la probabilidad del reembolso de un crédito) puede dar lugar a una disminución del precio en los mercados, de manera que la expectativa negativa puede causar una disminución del potencial de participación. En consecuencia, en la ciencia jurídico-penal se ilustra el “peligro patrimonial” con

---

<sup>29</sup> GOLDSCHMIDT, “*Beiträge zur Lehre vom Kreditbetrug*”, en *ZStW*, t. 48 (1928), pp. 149 [160]).

<sup>30</sup> GOLDSCHMIDT, *supra* nota 30, 1928, pp. 149.

<sup>31</sup> Cfr. BVerfG, *supra* nota 1, en BVerfGE 126, pp. 170 (221 y ss.); BVerfG, fallo del 07/12/2011 - 2 BvR 2500/09, 1857/10, en BVerfGE 130, pp. 1 (46 y s.); véanse, además, las explicaciones de SATZGER, *supra* nota 6, 2016, n.º m. 245 y ss.

<sup>32</sup> BVerfG, *supra* nota 1, en BVerfGE 126, pp. 170, (223).

el simbolismo del “continuo” que empieza con un peligro y se desarrolla hacia el daño efectivo que se produce con la realización final del negocio.<sup>33</sup>

A pesar del hecho de que es posible, por lo general, considerar los efectos económicos de un peligro patrimonial, desde hace varias décadas se formula la crítica de que el concepto de “peligro patrimonial” padece, sobre todo, de una notable vaguedad. Wolfgang NAUCKE, por ejemplo, dijo en el año 1985 que el concepto de “peligro patrimonial” fue inventado por quienes no tenían mucha fe en el principio *nullum crimen sine lege*.<sup>34</sup> También GOLDSCHMIDT —ya en su obra de 1928— expresó reservas dogmáticas contra la equiparación general de *peligros* y daños efectivos. Dijo GOLDSCHMIDT: “[e]l menoscabo del patrimonio y el peligro patrimonial son, en sí mismos, opuestos, y la estafa no es, en sí misma, un delito de peligro”.<sup>35</sup>

En efecto, no se puede negar que la crítica da justo en un punto débil de este concepto: podríamos agudizar el problema que genera la inclusión de peligros en un tipo de resultado simplemente comparando la situación del “peligro patrimonial”, *cum grano salis*, con un puño que se dirige hacia la cara de la víctima: el tipo de lesión corporal (§ 223, CP alemán) todavía estaría, en este caso, en la fase de tentativa, mientras que, en el paralelo de una estafa, la misma situación ya fundamentaría la consumación.<sup>36</sup>

Hubo varias propuestas destinadas a limitar la inclusión de peligros económicos en el ámbito de los delitos patrimoniales<sup>37</sup> y parece significativo que hubo entre ellas, también, una referencia de GOLDSCHMIDT, todavía actual, a los estándares del balance. Según él, la correcta identificación de daños patrimoniales causados por peligros requiere que el peligro “haya alcanzado una dimensión tal que obligue al buen comerciante a deducir en el balance, completa o parcialmente,

<sup>33</sup> HEFENDEHL, *Vermögensgefährdung und Exspektanzen*, Berlin, Duncker&Humblot, 1994, p. 258.

<sup>34</sup> NAUCKE, “Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 09.08.1984 - 4 StR 459/84”, en *StV*, 1985, pp. 187: “Lo único seguro es que la invención [del peligro patrimonial, T.W.] tiene que haber sucedido en una época en la que el principio *nullum crimen sine lege* no valía mucho”.

<sup>35</sup> GOLDSCHMIDT, *supra* nota 30, 1928, pp. 149 (160).

<sup>36</sup> Cfr. WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, p. 45; véase también la posición de BRÜNING, “Anmerkung zu: BGH, Urt. v. 26.11.2015 - 3 StR 247/15”, en *ZJS*, 2016, pp. 781 (782).

<sup>37</sup> Respecto del tipo de administración desleal, cfr. RESCHKE, *Untreue, Bankrott und Insolvenzverschleppung im eingetragenen Verein*, 2015, pp. 250 y ss.; SCHÜNEMANN, *Leipziger Praxiskommentar Untreue* - § 266 StGB, 2017, § 266, n.º m. 230 y ss.

los activos patrimoniales puestos en peligro”.<sup>38</sup> Volveremos sobre esta observación en la última parte de este trabajo.

## 2. El peligro patrimonial en la jurisprudencia contemporánea

La jurisprudencia nunca ha compartido las dudas expresadas por GOLDSCHMIDT, y también por otros (y numerosos) autores, de modo que el “peligro patrimonial” todavía forma parte de la práctica jurídica. Empero, en la práctica jurídica contemporánea la equiparación de un peligro económico con el daño efectivo no ha sido fundada en modelos económicos. Más bien, en la jurisprudencia tradicional se consideraba que el peligro de una pérdida futura ya efectivamente dañaba el patrimonio si “se debe contar seriamente con perjuicios económicos”.<sup>39</sup> Esta interpretación extensiva producía una aplicación igualmente extensa del daño patrimonial en la jurisprudencia tradicional. Los ejemplos más instructivos de la jurisprudencia se refieren al tipo de la administración desleal: en un fallo del año 1975, citado frecuentemente en la discusión, el *Tribunal Supremo Federal* observa: “[s]e debe suponer un daño patrimonial si el autor, actuando como un jugador, conscientemente y en contra de las reglas del cuidado de un buen comerciante, acepta un peligro de pérdidas extraordinariamente elevado solo para obtener una expectativa de ganancia altamente incierta”.<sup>40</sup> En otro fallo más reciente, que concierne a un caso de negocios riesgosos (*Risikogeschäft*), el *Tribunal Supremo Federal* justifica la realización del daño patrimonial con el argumento de que “desde un punto de vista económico [el daño patrimonial] es obvio”.<sup>41</sup>

## IV. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (*BVerfG*)

Las observaciones acerca del fundamento económico del patrimonio y del “peligro patrimonial” nos permiten detenernos ahora en los detalles de la jurisprudencia actual del *Tribunal Constitucional Federal*, mencionada al comienzo de este artículo. Puntualmente, analizaré dos fallos clave de los años 2010 y 2011.

---

<sup>38</sup> GOLDSCHMIDT, *supra* nota 30, 1928, pp. 149.

<sup>39</sup> BGH, fallo del 09/07/1987 - 4 StR 216/87, en BGHSt 34, pp. 394 (395). Por cuestiones de espacio no se puede ofrecer una apreciación introductoria más profunda de este fenómeno. Por eso me permito hacer referencia a consideraciones más amplias —que incluyen conceptos ejemplares de la filosofía sobre la física cuántica— en WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 22 y ss.

<sup>40</sup> BGH, fallo del 27/02/1975 - 4 StR 571/74, en NJW 1975, pp. 1234 (1236).

<sup>41</sup> BGH, fallo del 18/02/2009 - 1 StR 731/08, en BGHSt t. 53, pp. 199 (203); cfr. una crítica detallada en WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, p. 161.

## 1. Fallo del 23 de junio 2010 (2 BvR 2559/08, en BVerfGE 126, p. 170 ss.)

### a) Antecedentes

En un fallo del año 2010, que merece particular atención en este contexto, el *Tribunal Constitucional Federal* considera varios recursos de amparo constitucional interpuestos por recurrentes condenados como autores del delito de administración desleal (§ 266, CP alemán). Es suficiente para el análisis del fallo mencionar los antecedentes de hecho que se refieren a la parte del recurso que el *Tribunal* considera procedente: los recurrentes eran miembros del directorio de un proveedor de servicios financieros y fueron condenados porque habían concedido un crédito en infracción de los estándares vigentes para valorar tanto la solvencia del prestatario como el riesgo del crédito.<sup>42</sup>

Es cierto que el proveedor de servicios financieros recibió garantías reales, pero, según las constancias del *tribunal de primera instancia*, el valor de aquellas garantías únicamente *compensó* una parte del riesgo crediticio.<sup>43</sup> Por eso, en el fallo condenatorio, el tribunal entendió que el hecho había sido consumado porque supuso un daño patrimonial que estaba dado por la diferencia entre el valor de las garantías prestadas y el riesgo crediticio no-compensado.

Si bien la perspectiva económica permite tomar en consideración los riesgos,<sup>44</sup> es objetable la fundamentación del daño patrimonial realizada por el *tribunal de primera instancia*, que el *Tribunal Constitucional* relató de la siguiente manera: “[e]l tribunal de primera instancia consideró la diferencia entre la cantidad desembolsada y el valor realizable de las garantías, en su totalidad, como daño, con la fundamentación de que, ‘considerando la contrariedad al deber de la concesión de créditos, [habría habido] un peligro de pérdidas sumamente elevado, frente a una perspectiva extremadamente dudosa de que el desarrollo fuera favorable, y, por consiguiente, un peligro extremo para el derecho de reembolso del banco, que excedía el riesgo general de operaciones de crédito’”.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> Véase BVerfG, *supra* nota 1, en BVerfGE 126, pp. 170 (181 y ss.).

<sup>43</sup> BVerfG, *supra* nota 1, en BVerfGE 126, pp. 170 (183 y s.)

<sup>44</sup> Cfr. *supra* III.

<sup>45</sup> BVerfG, *supra* nota 1, en BVerfGE 126, pp. 170 (183 y s.).

## b) Argumentos de los recurrentes

Los condenados basaron sus recursos ante el *Tribunal Constitucional Federal*, en primer lugar, en la vulneración del principio de certeza (*lex certa*). Alegaron, entre otras cosas, que se habría producido una valoración insuficiente del monto del supuesto daño patrimonial. Además, adujeron que la instancia previa basó la estimación del daño patrimonial en los mismos fundamentos de hecho utilizados para valorar otro elemento típico de la administración desleal, a saber, el grave incumplimiento del “deber específico de proteger el patrimonio”.<sup>46</sup>

## c) La decisión del BVerfG

La argumentación aducida por los recurrentes ya había sido expuesta en forma de una crítica básica en la ciencia jurídico-penal. De la abundancia de opiniones publicadas al respecto se expondrá, por todos, la toma de posición de Frank SALIGER, quien se dedicó a analizar en detalle varios problemas relacionados con la interpretación del daño patrimonial. Con la expresión “*penalización de la tentativa*”, SALIGER resumió ciertas tendencias a extender el elemento del daño patrimonial en el ámbito de aplicación del tipo de la administración desleal (cabe aclarar aquí que, en el Código Penal alemán, la tentativa de la administración desleal no es punible).<sup>47</sup> En aquel tiempo, SALIGER advirtió, además, una tendencia de la jurisprudencia a subjetivizar por completo el tipo de la administración desleal, especialmente el daño patrimonial, y una tendencia a interpretar erróneamente los peligros abstractos (“peligros patrimoniales”) como resultados equivalentes a daños patrimoniales típicos.<sup>48</sup>

En principio, el *Tribunal Constitucional Federal* sigue esta línea de argumentación en su fallo del año 2010. Así, considera fundado el recurso de amparo constitucional y destaca que la interpretación del elemento típico del daño patrimonial (aquí: de la administración desleal) por parte de los tribunales inferiores no satisface las exigencias del principio de certeza. El *Tribunal Constitucional Federal* sí acepta que sean tomados en consideración los peligros (“peligros patrimoniales”) para la determinación del concepto penal de daño patrimonial,<sup>49</sup> pero critica la falta de consideración independiente del daño en el caso concreto, de modo que estima inconstitucional la fundamentación del *daño* en los fallos de las instancias anteriores.

---

<sup>46</sup> BVerfG, *supra* nota 1, en BVerfGE t. 126, pp. 170 (187 y ss.), “*Vermögensbetreuungspflicht*”.

<sup>47</sup> SALIGER, *supra* nota 21, en ZStW, t. 112 (2000), pp. 563 (564).

<sup>48</sup> SALIGER, *supra* nota 21, en ZStW, t. 112 (2000), pp. 563, pp. 568 ss. y 574 ss.

<sup>49</sup> BVerfG, *supra* nota 1, en BVerfGE t. 126, pp. 170 (223).

Las observaciones principales que fundamentan el fallo del *Tribunal Constitucional Federal* son las siguientes:

- El patrimonio es una magnitud económica no perceptible directamente por los sentidos, que requiere una valoración que determine su verdadera dimensión;<sup>50</sup>
- la escala de valoración puede comprender aspectos normativos, pero estos no deben ocultar el fundamento económico de la valoración, ni sustituirlo;<sup>51</sup>
- queda descartado “*pulir*” el daño patrimonial de una manera tal que permita fundar el daño concreto con observaciones destinadas a fundamentar, al mismo tiempo, otro elemento del tipo; por tanto: cada elemento típico debe mantener una función independiente;<sup>52</sup>
- además, los tribunales deben, en principio, cuantificar el daño concreto, a excepción de los casos que permiten, sin más, determinar un claro daño mínimo; de este modo, deben determinar el daño patrimonial con independencia de los demás elementos del tipo;<sup>53</sup>
- finalmente, el Tribunal destaca que ciertas dificultades prácticas de la determinación del daño patrimonial no justifican una renuncia a la cuantificación del daño concreto; en su caso, los tribunales deben consultar peritos de la materia.

---

<sup>50</sup> BVerfG, *supra* nota 1, en BVerfGE t. 126, pp. 170 p. 206 y s.

<sup>51</sup> BVerfG, *supra* nota 1, en BVerfGE t. 126, pp. 170 p. 212.

<sup>52</sup> BVerfG, *supra* nota 1, en BVerfGE t. 126, pp. 170, p. 211; también cfr. BVerfG, fallo del 01/11/2012 - 2 BvR 1235/11, en NJW 2013, pp. 365 (367).

<sup>53</sup> BVerfG, *supra* nota 1, en BVerfGE 126, pp. 170, p. 211. Nótese que la fórmula del “claro daño mínimo” tiene una cierta semejanza con la *clara et distincta perceptio* de RENÉ DESCARTES, cfr. WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, p. 82 y ss.; además véase, acerca del daño patrimonial mínimo, WESSING, “Untreue durch Begleichung nichtiger Forderung – Die Telekom-Spitzelaffäre und ihre strafrechtlichen Auswirkungen”, en NZG, 2013, pp. 494 (495).

## 2. Fallo del 7 de diciembre 2011 (2 BvR 2500/09, 1857/10, BVerfGE 130, p. 1 ss.)

### a) Antecedentes

En este caso, los recurrentes habían sido condenados como autores responsables del delito de estafa en banda (§ 263, CP alemán). Los tribunales que intervinieron en el caso acreditaron que los recurrentes habían intentado obtener el monto asegurado por un seguro de vida para hacer llegar una parte considerable de los pagos a *Al Qaeda*. A tal fin, un miembro de la banda contrató varios seguros de vida en los que instituyó a otro miembro de la banda como beneficiario. Después, según el plan del hecho, el asegurado debía viajar a Egipto para obtener allí una declaración de fallecimiento y un informe sobre un accidente. Ambos documentos obviamente habrían sido falsos y habrían tenido la finalidad de certificar un accidente del asegurado con desenlace fatal. Finalmente, se firmaron nueve contratos de seguro de vida. Puesto que las autoridades competentes ya tenían conocimiento del plan de la banda en ese momento, no se efectuó ningún pago por parte de las aseguradoras.<sup>54</sup>

### b) La decisión del BGH

Al principio, el *Tribunal Superior estadual de Düsseldorf* puso en duda la consumación de los hechos —según la opinión del Tribunal, ni siquiera había indicios de un “peligro patrimonial” en este caso— y, finalmente, calificó los hechos como tentativa de estafa (§§ 263, 22, 23, CP alemán).<sup>55</sup> El *Tribunal Supremo Federal*, por el contrario, falló que las estafas habían sido consumadas, con apoyo en la llamada “estafa al perfeccionarse el contrato”,<sup>56</sup> es decir, un concepto de la estafa que representa la hipótesis, generalmente aceptada, de que el daño patrimonial ya puede ser causado al momento de perfeccionarse el contrato, siempre que las obligaciones contractuales comparadas no sean equivalentes en un sentido económico.<sup>57</sup> Allí el *Tribunal* recurrió a observaciones más normativas que económicas para fundar la estafa: en el caso concreto, entendió que las primas del seguro no compensaron las obligaciones contractuales de las

---

<sup>54</sup> Cfr. BVerfG, *supra* nota 32, en BVerfGE t. 130, pp. 1 (8 s.).

<sup>55</sup> BVerfG, *supra* nota 32, en BVerfGE t. 130, pp. 1, (11).

<sup>56</sup> BGH, fallo del 14/08/2009 - 3 StR 552/08, en BGHSt t. 54, pp. 69 (122), “Eingehungsbetrug”.

<sup>57</sup> BVerfG, *supra* nota 32, en BVerfGE t. 130, pp. 1, p. 16 y ss.; véase también BGH, *supra* nota 59, en BGHSt t. 54, pp. 69 (122).

aseguradoras, dado que era de esperar con seguridad, a causa de las manipulaciones proyectadas, que estas tuvieran que pagar el monto asegurado.<sup>58</sup>

### c) La decisión del BVerfG

El *Tribunal Constitucional Federal* consideró incompatible con el principio de certeza (art. 103, párr. 2º, Constitución alemana) la posición defendida por el *Tribunal Supremo Federal*.<sup>59</sup> Además, rechazó la aplicación de los criterios tradicionales de “peligro patrimonial”, de modo que rechazó la fundamentación de ya se produce el peligro porque era de esperar con seguridad, a causa de las manipulaciones proyectadas, que las aseguradoras tuvieran que pagar el monto asegurado.<sup>60</sup> Fundándose en los motivos del ya mencionado fallo del año 2010, el *Tribunal* destacó que la probabilidad “difusa” de pérdidas económicas no era suficiente para la determinación justa del daño patrimonial.<sup>61</sup> En este contexto, el *Tribunal Constitucional Federal* constató que faltaban, en las decisiones de los tribunales inferiores, tanto la descripción como la cuantificación del daño patrimonial producido al perfeccionarse el contrato. Según el *Tribunal Constitucional Federal* se debería haber estimado, por lo menos, el monto del daño patrimonial mínimo sobre la base de los hechos del caso. Para ello, se deberían haber descrito, por ejemplo, los fundamentos estadísticos que dieron sustento a la constatación de una disminución del patrimonio causada por el contrato.<sup>62</sup>

## V. La discusión acerca de la cuantificación del daño patrimonial

A pesar de que, *prima facie*, las decisiones del *Tribunal Constitucional* parecen claras, produjeron una intensa discusión acerca de las conclusiones necesarias y generales respecto de la dogmática de los delitos contra el patrimonio.<sup>63</sup> Esta observación se debe al hecho de que las explicaciones del *Tribunal*, en realidad, no pueden ser integradas, sin más, al sistema dogmático existente. Por una parte, dado que la cuantificación es un requisito del mandato de certeza, da la impresión de que esta fuese un elemento del propio tipo penal; por otra parte, en cambio, puesto que el monto del daño patrimonial forma parte de los elementos considerados en la graduación de

---

<sup>58</sup> BGH, *supra* nota 59, en BGHSt t. 54, pp. 69 (123 y ss.).

<sup>59</sup> BVerfG, *supra* nota 32, en BVerfGE t. 130, pp. 1 (43 y ss.).

<sup>60</sup> BVerfG, *supra* nota 32, en BVerfGE t. 130, pp. 1 (48 y ss.).

<sup>61</sup> BVerfG, *supra* nota 32, en BVerfGE t. 130, pp. 1 (47).

<sup>62</sup> BVerfG, *supra* nota 32, en BVerfGE t. 130, pp. 1 (49).

<sup>63</sup> Un análisis de las tomas de posición, casi innumerables, de la ciencia jurídico-penal y de la jurisprudencia, incluidas las posiciones publicadas antes de las decisiones mencionadas, se encuentra en WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 164 y ss.

la pena, podríamos pensar que la cuantificación solo sería necesaria allí.<sup>64</sup> Además, ¿cuáles son los estándares de la valoración del patrimonio y cómo podría el juez cuantificar el daño en el proceso penal?

Parece adecuado dividir la discusión respectiva en tres partes: la primera parte concierne a la cuestión de si la cuantificación es un requisito del tipo penal —para ser más precisos: del elemento del daño patrimonial— o si es un requisito de la graduación de la pena (*infra* 1.). La segunda parte se dedica a la necesidad de cuantificar el daño patrimonial: una posición acepta tal necesidad solamente en el caso de “peligro patrimonial” —es decir: acepta la necesidad de la cuantificación del daño patrimonial como elemento restrictivo en los casos de *estafa contractual*, por razones constitucionales—, mientras que yo afirmo que es necesario cuantificar, en principio, todo daño patrimonial —es decir: definiendo un concepto estricto de cuantificación que se funda en la interpretación del daño patrimonial como una diferencia matemática— (*infra* 2.). Además, hay una discusión independiente acerca de los balances mercantiles, también mencionados por el *Tribunal Constitucional Federal*, como posibles indicadores de daños patrimoniales en los ámbitos económicos, que trataré en un título aparte (*infra* VI).

## 1. La cuantificación como elemento del tipo penal o de la graduación de la pena

### a) Elemento de la graduación de la pena

Al parecer, tanto la jurisprudencia, ante todo el *Tribunal Supremo Federal*,<sup>65</sup> como una parte de la ciencia jurídico-penal,<sup>66</sup> opinan que la necesidad de cuantificar el daño patrimonial representa, en primer lugar, un requisito de la graduación de la pena. Por tanto, la falta de cuantificación no

<sup>64</sup> Además, el *BVerfG* ha destacado que la cuantificación debe “hacer comprensible de modo racional” el cálculo del daño patrimonial, de manera que esto podría ser considerado una modificación del estándar de la libre valoración de la prueba (§ 261, Ordenanza procesal penal alemana), cfr. argumentos en contra de tal concepto en WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 58 y ss.

<sup>65</sup> BGH, fallo del 26/11/2015 - 3 StR 247/15, en NStZ 2016, pp. 343 (344); BGH, fallo del 04/02/2014 - 3 StR 347/13, en NStZ 2014, pp. 457; véase, además, BECKER, “Anmerkung zu: Urt. v. 26.11.2015 - 3 StR 247/15”, en NStZ, 2016, pp. 345 y s.; ÍDEM, “Anmerkung zu: Urt. V. 04.02. 2014 - 3 StR 347/13”, en NStZ, 2014, pp. 458 y ss.

<sup>66</sup> Cfr. por todos BRÜNING, *supra* nota 37, en ZJS, 2016, pp. 781 (785); KRELL, *Untreue durch Stellenbesetzungen: zugleich ein Beitrag zur Pflichtwidrigkeitsdogmatik*, Baden-Baden, Nomos, 2015, pp. 171 y ss.; además: CEFFINATO, *supra* nota 15, 2017, p. 177 y s.

impediría constatar la consumación del delito contra el patrimonio.<sup>67</sup> Esta opinión se apoya en la idea de que la determinación de algún daño “cuantificable” crea una base suficiente para la condena penal, mientras que la cuantificación, en cambio, solo funda la medida de la pena.<sup>68</sup>

El fundamento de la graduación de la pena es la culpabilidad del autor, según el § 46, párr. 1.º, CP alemán<sup>69</sup> y, sin duda, el monto del daño patrimonial forma parte de los elementos de graduación respectivos.<sup>70</sup> Sin embargo, no se entiende cómo la cuantificación del daño patrimonial, entendida como un elemento de la graduación de la pena, podría proporcionar la distinción necesaria entre peligros (que no constituyen más que una tentativa) y daños efectivos (consumación).

Además, parece obvio que el recurso al principio de certeza, por parte del *Tribunal Constitucional Federal*, implica que la cuantificación del daño patrimonial tiene que ser, por lo menos, un elemento del propio tipo penal.<sup>71</sup> El principio de *lex certa* se dirige al contenido de los elementos típicos del delito penal y no requiere que el autor prevea el grado *concreto* de la pena, sino la punibilidad de su comportamiento y el marco de la pena aplicable.<sup>72</sup> Por tanto, la ley penal no deja la decisión acerca de la punibilidad al libre arbitrio de los jueces,<sup>73</sup> mientras que la decisión acerca del grado de la pena, dentro del margen establecido por el legislador, depende de la ponderación judicial de todos los aspectos que caracterizan el hecho concreto del autor.<sup>74</sup> Por consiguiente, la cuantificación del daño patrimonial sí es un elemento de la graduación de la pena, pero no se limita a la graduación de la pena.<sup>75</sup>

<sup>67</sup> BGH, *supra* nota 8, en NStZ 2017, pp. 469 (470); cfr. más detalladamente WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 96 y ss.; véase, además, las observaciones acerca del concepto de “daño intersubjetivo” introducido en ciertos fallos del BGH, que evita la necesidad de cuantificar el daño concreto, basándose en los valores atribuidos por las partes interesadas a las mercancías respectivas, de C. DANNECKER, “Vermögensschaden zwischen Verkehrswert, intersubjektiver Wertsetzung und Einbeziehung von Liquiditätsvorteilen”, en NZWist, 2015, pp. 173 y ss.

<sup>68</sup> KRELL, *supra* nota 70, 2015, pp. 171 y ss.; BRÜNING, *supra* nota 37, en ZJS, 2016, pp. 781 (785).

<sup>69</sup> “Strafzumessungsschuld”, cfr. FRISTER, *Strafrecht AT*, 7.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2015, capítulo 6, n.º m. 16 y ss.

<sup>70</sup> KRELL, *supra* nota 70, 2015, pp. 172 y s.

<sup>71</sup> Cfr. BECKER, *supra* nota 69, en NStZ, 2014, pp. 458.

<sup>72</sup> FRISTER, *supra* nota 70, 2015, capítulo 4, n.º m. 20 y s.

<sup>73</sup> Cfr. FRISTER, *supra* nota 70, 2015, capítulo 4, n.º m. 11 y ss.

<sup>74</sup> Véase § 46, CP alemán.

<sup>75</sup> Véase WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 96 y ss.

## b) Elemento del tipo penal

A pesar de que la mayoría en la ciencia jurídico-penal no comparte esta posición,<sup>76</sup> no hay más remedio que concluir que la cuantificación forma parte, fundamentalmente, del elemento típico del daño patrimonial.<sup>77</sup> Esta afirmación no solo se centra en el hecho de que la cuantificación se deriva del principio *lex certa*. Antes bien, se deduce de la interpretación del daño patrimonial como *diferencia* negativa que resulta de la comparación de la totalidad del patrimonio que la víctima tenía antes del comportamiento típico con la totalidad del patrimonio que tiene después (“principio del saldo total”).<sup>78</sup> El fundamento dogmático de esa afirmación puede ser resumido a partir de las siguientes inferencias:<sup>79</sup>

La *diferencia* es un operador matemático que posibilita comparar ciertas magnitudes y, en principio, da un resultado indudable (*secundum non datur*), por lo menos en su ámbito de aplicación económico respecto de la determinación de la magnitud del patrimonio.<sup>80</sup> Obviamente, la calidad del resultado de la operación matemática depende de la calidad del minuendo y del sustraendo (o sea: de la seguridad con la que se los determina).<sup>81</sup> Si aceptamos este fundamento, la clasificación correcta del principio de cuantificación del daño patrimonial se deriva del hecho de que el resultado de la comparación —lo que está sujeto al principio *secundum non datur*— pretende ser *inequívoco*. Por tanto, el resultado inequívoco de un proceso de comparación necesariamente requiere que hayan sido determinados de modo exacto los elementos de la comparación.

Finalmente, quisiera añadir otra dimensión a las inferencias mencionadas. Puesto que la afirmación del daño patrimonial incluye una referencia a la realidad —en el caso, una referencia a cantidades patrimoniales *existentes*—, el resultado de la comparación (la diferencia) pretende tener la calidad de *conocimiento efectivo de la realidad*.

De ello se desprende la cuestión de cuáles son las condiciones mínimas para el conocimiento efectivo de la realidad respecto del daño patrimonial. En ese contexto, tiene una influencia

---

<sup>76</sup> Véanse, además, las reflexiones fundamentales (críticas) de OTTO, *supra* nota 11, 1970, p. 67: “la imposibilidad de cuantificar no se debe a una valoración básicamente demasiado baja”.

<sup>77</sup> Cfr. WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 64 y ss.

<sup>78</sup> “Prinzip der Gesamtsaldierung”, cfr. *supra* nota 11.

<sup>79</sup> Véanse, con más detalles, las explicaciones en WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 66 y ss.

<sup>80</sup> WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 72 y ss.

<sup>81</sup> Véanse las observaciones acerca de la aplicación de variables en FREGE, *Die Grundlagen der Arithmetik*, 1987 (edición Reclam 2011), pp. 15 *et passim*; además cfr. WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 69 y ss.

considerable, por ejemplo, el concepto defendido por Christian BECKER, tendente a limitar los “daños que consisten en peligros” a las situaciones *evidentes*, por tanto, a la disminución *evidente* del patrimonio causada por un peligro patrimonial.<sup>82</sup> Sin embargo, el criterio de la evidencia produce resultados parecidos a aquellos resultantes de la aplicación del principio *in dubio pro reo*. De ahí que parece recurrir, en el fondo, a principios distintos, probablemente a la *clara et distincta perceptio* del juez. El *criterio de evidencia*, por tanto, intensifica aun más la imprecisión del tipo penal.<sup>83</sup>

En lugar de ello, parece apropiada una interpretación que se refiera al contenido significativo del daño patrimonial y, por tanto, a una diferencia *matemática*, puesto que la referencia a las matemáticas nos pone, en principio, en condiciones de comprobar si el comportamiento intentado puede resultar en un daño patrimonial de otra persona. Con el fin de asegurar la precisión de la afirmación de una diferencia matemática, podemos recurrir a un paralelo con la terminología de ciertas observaciones filosóficas de WITTGENSTEIN compiladas en *Sobre la certeza*<sup>84</sup>: si las magnitudes aritméticas (los valores del patrimonio supuestamente dañado) pretenden proyectar una diferencia convalidada como *conocimiento efectivo*, deben estar más fundadas que el resultado mismo.<sup>85</sup> Por tanto, si las magnitudes comparadas deben estar más fundadas —o sea, si deben ser más exactas— que el resultado, deben ser *cuantificadas* según estándares específicos generalmente aceptados.<sup>86</sup> Con este trasfondo, el requisito de *cuantificación* se desprende de la propia definición del daño patrimonial, de modo que el principio de certeza requiere una cuantificación para que el daño patrimonial represente un contenido significativo previsible *en general*.

Sin embargo, se le critica a esta postura que la cuantificación solo produce “una cifra” y que no garantiza la aplicación justa del tipo penal, es decir, que la cuantificación no puede ser el único

<sup>82</sup> BECKER, “Paradigmenwechsel in der Schadensdogmatik oder „Viel Lärm um nichts“? Zur aktuellen Kontroverse um die sog. „schadensgleiche Vermögensgefährdung“, en *HRRS*, 2009, pp. 334 (339 s.); BECKER, “Das Bundesverfassungsgericht und die Untreue: Weißer Ritter oder feindliche Übernahme? Zum Beschluss des BVerfG vom 23.6.2010 2 BvR 2559/08 = HRRS 2010 Nr. 656”, en *HRRS*, 2010, pp. 383 (392).

<sup>83</sup> Cfr. la crítica más detallada de este concepto en WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, p. 180 y s.

<sup>84</sup> WITTGENSTEIN, *Über Gewißheit*, 2012, *passim*.

<sup>85</sup> WITTGENSTEIN, *supra* nota 88, 2012, § 1 (= p. 9): “Si se dice que no se puede probar una afirmación tal y tal, ello no significa, obviamente, que esta no se pueda inferir de otras; toda afirmación puede inferirse de otras. Pero estas últimas pueden no ser más ciertas que aquella...”; véase, además, BURRI, “Zweifelhafte Gewißeheiten. Skepsis, Sprachgebrauch und Wittgenstein”, en *LOGOS*, 1999, pp. 1 (8).

<sup>86</sup> WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 78 y ss.

requisito.<sup>87</sup> Por supuesto, “una cifra” no asegura nada si el proceso de cálculo no se realiza con arreglo a ciertos estándares. Pero, entonces, la crítica es abstracta y redundante,<sup>88</sup> y no tiene en cuenta que el *Tribunal Constitucional Federal* también considera que la cuantificación es un medio necesario para “hacer comprensible de modo racional” los considerandos de los fallos penales.<sup>89</sup> Antes bien, el concepto restrictivo de la tipicidad que ha elegido el *Tribunal* es fuerte porque recurre al lenguaje universal de la matemática —un lenguaje “hablado” tanto por el Estado como por el ciudadano—. Por tanto, el concepto de cuantificación parece particularmente idóneo para diferenciar entre actividades comerciales legales e ilegales o entre tentativa y consumación, de manera comprensible para todos.

## 2. ¿La cuantificación es solo una restricción del “peligro patrimonial”?

De las deducciones presentadas en la parte anterior se desprende que la cuantificación del daño patrimonial es un requisito general de los delitos patrimoniales.<sup>90</sup> Es cierto que la mayoría<sup>91</sup> opina que la cuantificación sirve como elemento restrictivo solo en casos de “peligro patrimonial”,<sup>92</sup> pero esta opinión no es convincente en la medida en que se arroga de manera exclusiva el ámbito de aplicación de la cuantificación. Esta idea se deriva del hecho generalmente aceptado de que solo hay una diferencia *cuantitativa* entre daños patrimoniales resultantes de peligros económicos (o sea: del “peligro patrimonial”) y daños efectivos.<sup>93</sup> Si bien el *Tribunal Constitucional Federal* utilizó, sobre todo, la cuantificación como requisito limitador del “peligro patrimonial”, los modos de determinación del daño no deben ser distintos ya que no hay una diferencia *cualitativa*, sino *cuantitativa*.<sup>94</sup>

---

<sup>87</sup> BECKER, *supra* nota 69, en *NStZ*, 2016, pp. 345 (346); BECKER, “Anmerkung zu: Urt. v. 20.09.2016 – 2 StR 497/15”, en *NStZ*, 2017, pp. 31 (32); BRÜNING, *supra* nota 37, en *ZJS*, 2016, pp. 781 (785).

<sup>88</sup> WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 49 y ss.

<sup>89</sup> BVerfG, *supra* nota 1, en BVerfGE t. 126, pp. 170 (212); BVerfG, *supra* nota 32, en BVerfGE t. 130, pp. 1 (47).

<sup>90</sup> WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 44 y ss.

<sup>91</sup> Por todos, FISCHER, *Strafgesetzbuch*, 64.<sup>a</sup> ed., München, C.H. Beck, 2017, § 263, n.º m. 161a; véase, además, CEFFINATO, “Vermögensstraftaten im und über das Internet”, en *NZWist*, 2016, pp. 464 (466).

<sup>92</sup> Sin embargo, otra parte de la ciencia jurídico-penal considera cuestiones de la cuantificación ya en la interpretación del tipo penal; véanse, por ejemplo, las explicaciones de KASISKE, “Der Vermögensschaden bei Risikogeschäften”, en *NZWist*, 2016, pp. 302 y ss.

<sup>93</sup> Cfr. las citas en nota 32.

<sup>94</sup> WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 44 y ss.

El principio de que cada elemento de un tipo penal debe mantener una función independiente tampoco requiere, necesariamente, que se interprete de modo restrictivo el requisito de cuantificación del daño.<sup>95</sup> Por cierto, la cuantificación intenta asegurar la observancia de la prohibición de “pulir” los elementos del tipo penal, derivada del principio *lex certa*, pero lo consigue al recurrir, por vía de interpretación, a los fundamentos económicos de los daños efectivos.<sup>96</sup> Por tanto, faltan motivos suficientes para restringir la cuantificación del “peligro patrimonial”, según lo defiende la mayoría en la ciencia jurídico-penal, de modo que el daño debe ser cuantificado en todos los casos. Por supuesto, también se puede determinar un daño mínimo, según las circunstancias, de manera que la posición aquí defendida no conduce a una restricción exagerada del ámbito de aplicación de los delitos patrimoniales.<sup>97</sup>

## VI. Estándares de balance y daños patrimoniales

En la última sección, quisiera hacer unas breves observaciones acerca del *modo* de cuantificación.

Con independencia de si en última instancia se defiende la posición de la mayoría o aquella defendida aquí respecto de la cuantificación del daño patrimonial, queda pendiente la necesidad de encontrar estándares económicos objetivos para llevar a cabo la cuantificación. Al respecto, se discute si corresponde la aplicación de los estándares del balance comercial nacionales, o bien los internacionales.<sup>98</sup>

### 1. Los estándares de balance del Código de comercio alemán (HGB)

El recurso al régimen normativo del balance ha sido introducido en la discusión contemporánea acerca del concepto jurídico-penal del patrimonio por HEFENDEHL.<sup>99</sup> En su fallo del año 2010, el *Tribunal Constitucional Federal* también menciona las disposiciones del Código de comercio alemán (HGB) que establecen el régimen del balance anual de los comerciantes (§ 242 y ss., HGB). El *Tribunal* hace referencia al § 253, párr. 4.º del Código de comercio alemán, que ordena hacer deducciones en el valor de los bienes patrimoniales del activo corriente cuando, al

---

<sup>95</sup> Cfr. *supra* IV. 1. c).

<sup>96</sup> WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, p. 50.

<sup>97</sup> Cfr. WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 93 y ss.

<sup>98</sup> Véase el análisis detallado de los regímenes nacionales e internacionales del balance comercial en WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 191 y ss.

<sup>99</sup> HEFENDEHL, *supra* nota 34, 1994.

día de cierre, el precio respectivo en el mercado o en la bolsa fuera menor. Si el precio de mercado o de bolsa no pudiera constatare y si los costos de compra o de producción superasen el valor que hubiera de asignarse a los bienes patrimoniales al día de cierre, se deberá deducir según ese valor.

### a) El registro cuidadoso del balance mercantil

Sin embargo, se debe objetar la referencia del *Tribunal Constitucional Federal* a los estándares alemanes del balance, dado que si bien recurren al precio de mercado, no son aptos para la cuantificación del daño patrimonial. El análisis histórico revela que, en principio, el régimen de valoración mercantil del Código de comercio alemán contemporáneo todavía sigue la interpretación *célèbre* de la *Ordonnance de Commerce* frances de 1673<sup>100</sup> de Jacques SAVARY,<sup>101</sup> por la cual el comerciante “[ne] se rendre [pas] riche en idée”,<sup>102</sup> es decir, que el comerciante no se presenta como comerciante acaudalado solo en su imaginación. Por tanto, la valoración del balance según los estándares del derecho alemán está sujeta al principio del registro cuidadoso del balance mercantil: con el fin de impedir que la empresa pague utilidades que no ha ganado efectivamente, la valoración de los bienes patrimoniales en el balance mercantil permite fijar precios de mercado más bajos que los gastos de compra y producción, sin computar posibles beneficios futuros.<sup>103</sup> No obstante, es evidente que en un régimen penal sujeto a la necesidad de determinar el *potencial de participación* objetivo de la presunta víctima la cuantificación del patrimonio no debe basarse en principios destinados, ante todo, al mantenimiento del capital original del comerciante.

### b) Reservas para pérdidas inminentes en el HGB

Con independencia de lo señalado, también existe la propuesta de determinar la consumación —es decir, el daño patrimonial— a través de una conexión accesoria con las normas de balance que establecen el régimen de las reservas para pérdidas inminentes, según los §§ 249 y ss., HGB.<sup>104</sup> El criterio que domina la necesidad de constituir estas reservas según los §§ 249 y ss.,

---

<sup>100</sup> El título del código reza: “*Ordonnance de Louis XIV. Roy de France et de Navarre servant de règlement pour le commerce des marchands. Donnée à Saint Germain en Laye, au mois de mars 1673*”.

<sup>101</sup> Cfr. SAVARY, *Le Parfait Négociant: ou instruction generale pour ce qui regarde le commerce des marchandises de France et des Pays Etrangers*, Nouvelle Edition ed., 1679

<sup>102</sup> SAVARY, *supra* nota 102, 1679, p. 336.

<sup>103</sup> Cfr. WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 253 et *passim*.

<sup>104</sup> Cfr (en el caso de la subrepción de tarjetas de crédito) HEFENDEHL, *supra* nota 10, 2014, n.º m. 665; además, cfr. las citas en WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, p. 208.

HGB —que, por lo demás, está controvertido<sup>105</sup>— es el de si hay indicios para que el valor de la prestación del comerciante supere el valor de la contraprestación de la otra parte contratante.<sup>106</sup> Hay tres argumentos cruciales en contra de la propuesta de considerar tales criterios en la determinación del daño patrimonial. Primero, prescindiendo del hecho de que tal estándar se aplica particularmente en el ámbito del balance comercial —mientras que en el Derecho fiscal, en principio, esas pérdidas inminentes del balance comercial no son tomadas en consideración—, las deducciones y las reservas en el balance son generalmente incompatibles (por tanto: o unas u otras).<sup>107</sup> Por eso, la reserva en el balance comercial no indica necesariamente que se deban hacer deducciones en el valor de un bien patrimonial.<sup>108</sup> Segundo, el recurso a las reservas del balance no hace avanzar la discusión, puesto que aplica, en el fondo, el mismo criterio al que la jurisprudencia tradicional suele recurrir desde hace décadas. Tercero, tomar en cuenta las reservas desatiende el hecho de que la constitución de reservas en el balance comercial, en ese momento, solamente traslada una cantidad de una parte del balance (de los activos) a otra parte (las reservas).<sup>109</sup> Por tanto, de ningún modo indica por sí un daño patrimonial.<sup>110</sup>

## 2. Cuentas de orden y estándares internacionales de balance (IAS/IFRS)

Finalmente, se presenta brevemente un modelo de balance para la cuantificación del daño patrimonial que se deriva de un análisis del desarrollo del balance en la teoría de la economía de la empresa. Además, se defiende el recurso al estándar de “*fair value*” del *International Financial Reporting Standard N.º 13* (IFRS 13).

### a) Cuentas de orden

El *Tribunal Constitucional Federal* y una parte de la ciencia jurídico-penal recurren al régimen nacional del balance, pero prescinden enteramente del hecho de que el método de anotar valores en un balance puede servir considerablemente a la tarea de “hacer comprensible de modo

<sup>105</sup> WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 208 y s.

<sup>106</sup> Bundesfinanzhof (BFH), fallo del 07/09/2005 - VIII R 1/03, en DStR 2005, pp. 1975 (1980); SCHUBERT, “§ 249 HGB”, en Grottel/Schmidt/Schubert/Winkeljohann (eds.), *Beck'scher Bilanz-Kommentar*, Múnich, C.H. Beck, 2016, n.º m. 60.

<sup>107</sup> Véase, acerca de la prioridad de la deducción sobre la reserva en el balance, SCHUBERT, *supra* nota 111, 2016, n.º m. 68.

<sup>108</sup> Véase WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 208 y ss.

<sup>109</sup> WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, p. 211.

<sup>110</sup> WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 210 y ss.

racional”.<sup>111</sup> Es decir, a una determinación del daño patrimonial compatible con el principio de certeza. Con este trasfondo, se puede adoptar un principio crucial del balance para la cuantificación de riesgos y pérdidas futuras.

De la teoría de la economía de la empresa —de las obras de SCHMALENBACH<sup>112</sup> y de KOSIOL,<sup>113</sup> entre otras— se desprende la idea, normativizada en el § 250, HGB, de que el balance debe corresponder a los distintos períodos de gastos y pérdidas o de ingresos y ganancias, de modo que el balance requiere un devengo para asegurar que la suma se corresponda con el factor temporal de ganancias y pérdidas del comercio. Por eso, en el balance se incluyen cuentas de orden que, en principio, representan acontecimientos futuros. Retomando este método, en un balance jurídico-penal diseñado para cuantificar el daño patrimonial, se podría incluir una cuenta de orden que represente el valor cuantificado del riesgo de una pérdida futura. La primera ventaja de ese método es que, así, se observa el requisito de la cuantificación especialmente en los casos del “peligro patrimonial”, dado que la cuenta de orden solo reproduce valores cuantificados. La segunda ventaja es el hecho de que ya existen métodos reconocidos de cálculo para la creación de la cuenta de orden,<sup>114</sup> de modo que se puede calcular la diferencia (= el daño patrimonial) entre el valor original del bien afectado y el valor del bien considerando el valor (negativo) del riesgo típico presentado en la cuenta de orden. Con este método, por tanto, se podría adoptar la referencia del *Tribunal Constitucional Federal* a los regímenes normativos del balance.

## **b) IFRS N.º 13 y el *fair value***

En vez de aplicar el régimen del Código de comercio alemán, propongo recurrir a los *International Financial Reporting Standards (IFRS)* para cuantificar los bienes patrimoniales de la presunta víctima. Los IFRS son un estándar establecido por una comisión internacional de economistas y varios de ellos integran oficialmente el Derecho europeo. En el IFRS N.º 13 se establece un régimen particular para determinar el llamado *fair value* (valor razonable). Allí se intenta valorar el precio que resulta de una operación comercial ordenada entre operadores en el mercado al día de valoración y bajo las condiciones del mercado actuales (IFRS 13.2). Con esto,

---

<sup>111</sup> BVerfG, *supra* nota 1, en BVerfGE t. 126, pp. 170 (212).

<sup>112</sup> SCHMALENBACH, *Dynamische Bilanz*, 13.ª ed., 1962 (edición revisada por Richard Bauer).

<sup>113</sup> Entre otras obras, KOSIOL, *Pagatorische Bilanz, Die Bewertungsbilanz als Grundlage einer integrativ verbundenen Erfolgs-, Bestands- und Finanzrechnung*, 1976.

<sup>114</sup> Cfr. MERKT, “§ 250”, en Hopt/Kumpan/Merkt/Roth (eds.), *Baumbach/Hopt - Handelsgesetzbuch*, München, C.H. Beck, 2016, n.º m. 1 y ss.

se calcula el *fair value*, definido como el precio que se paga en una operación comercial ordenada entre operadores en el mercado al día de valoración por un bien patrimonial o por la transferencia de una deuda (IFRS 13. 9). Por tanto, el *fair value* representa un precio del mercado actual y por eso se corresponde con la necesidad de un valor objetivo del patrimonio según los requisitos de la valoración del *potencial de participación*. El IFRS N.º 13, además, fija ciertos criterios para la determinación del mercado respectivo, diferenciando entre el mercado principal y el mercado más ventajoso para el bien o la deuda (IFRS 13.16). Por consiguiente, el *fair value* parece más apto para cuantificar el daño patrimonial que los estándares considerados por el *Tribunal Constitucional Alemán*.

Incluso si la cuantificación del daño mediante el IFRS N.º 13 u otros IFRS<sup>115</sup> requiere, en caso de que sea necesario, la ayuda de peritos,<sup>116</sup> representa un método generalmente inteligible y objetivo, en el sentido de que no se abren posibilidades para interpretaciones imprevisibles o sorpresivas.<sup>117</sup>

## VII. Conclusión

En resumen, se puede decir que el estudio del daño patrimonial, como elemento central de la protección jurídico-penal del patrimonio, clarifica las implicancias del principio de certeza. Por tanto, los fallos de los años 2010 y 2011 del *Tribunal Constitucional Federal alemán* son ejemplos destacados de la incidencia necesaria del principio de certeza en la interpretación del tipo penal. El requisito de la cuantificación aquí defendido apoya la intención de asegurar la observancia de la reserva de ley. La necesidad de cuantificar el daño patrimonial no decrece por los problemas prácticos que, tal vez, se derivan de esta posición. El *Tribunal Constitucional Federal* —con razón— opina que tales problemas, en principio, no justifican renunciar a la cuantificación del daño concreto. Tampoco es de temer que el proceso penal, en los delitos patrimoniales, se convierta en un “combate entre peritos” que disminuya el poder de decisión del juez: el proceso penal médico también ha recurrido, desde siempre, a la ayuda de peritos, sin resistencia alguna contra esta necesidad.

---

<sup>115</sup> Cfr. un análisis de los demás estándares de IFRS en WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 291 y ss.

<sup>116</sup> BVerfG, *supra* nota 1, en BVerfGE t. 126, pp. 170 (211): “En tanto que en la práctica de la economía se hayan desarrollado métodos adecuados para valorar bienes patrimoniales, los tribunales tienen que tomarlos como fundamento de sus sentencias —dado el caso, recurriendo a un perito—”.

<sup>117</sup> Cfr. WOSTRY, *supra* nota 5, 2016, pp. 307 y ss; una tendencia aprobatoria también se encuentra, entre otros, en: RESCHKE, *supra* nota 38, 2015, pp. 258 y ss.

## VIII. Bibliografía y jurisprudencia

BVerfG, fallo del 23.06.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, en BVerfGE 126, pp. 170 et seqq.

— fallo del 07.12.2011 – 2 BvR 2500/09, 1857/10, en BVerfGE 130, pp. 1 et seqq.

— fallo del 01.11.2012 – 2 BvR 1235/11, en NJW 2013, pp. 365 et seqq.

BGH, fallo del 27.02.1975 – 4 StR 571/74, en NJW 1975, pp. 1234 et seqq.

— fallo del 09.07.1987 – 4 StR 216/87, en BGHSt 34, pp. 394 et seqq.

— fallo del 18.02.2009 – 1 StR 731/08, en BGHSt 53, pp. 199 et. seqq.

— fallo del 14.08.2009 – 3 StR 552/08, en BGHSt 54, pp. 69 et. seqq.

— fallo del 07.12.2010 – 3 StR 433/10, en StV 2011, pp. 726 et seqq.

— fallo del 04.02.2014 – 3 StR 347/13, en NStZ 2014, pp. 457 et seqq.

— fallo del 26.11.2015 – 3 StR 247/15, en NStZ 2016, pp. 343 et seqq.

— fallo del 10.11.2016 – 4 ARs 17/16, en NStZ-RR 2017, pp. 44 et seqq.

— fallo del 15.03.2017 – 4 StR 472/16, en NStZ 2017, pp. 469 et seqq.

Bundesfinanzhof (BFH). fallo del 07.09.2005 – VIII R 1/03, en DStR 2005, pp. 1975 et seqq.

BECKER, Christian, “Anmerkung zu: BGH. fallo del 04 de febrero 2014 – 3 StR 347/13”, en NStZ, 2014, p. 458.

— “Anmerkung zu: BGH, Beschl. v. 20.09.2016 – 2 StR 497/15”, en NStZ, 2017, pp. 31 – 32.

— “Anmerkung zu: BGH, Beschl. v. 26.11.2015– 3 StR 247/15”, en NStZ, 2016, pp. 345 – 346.

— “Das Bundesverfassungsgericht und die Untreue: Weißer Ritter oder feindliche Übernahme? Zum Beschluss des BVerfG vom 23.6.2010 2 BvR 2559/08 = HRRS 2010 Nr. 656”, en *HRRS*, 2010, pp. 383 – 393.

— “Paradigmenwechsel in der Schadensdogmatik oder „Viel Lärm um nichts“? Zur aktuellen Kontroverse um die sog. „schadensgleiche Vermögensgefährdung“, en *HRRS*, 2009, pp. 334 – 340.

BOCKELMANN, Paul, “Zum Begriff des Vermögensschadens beim Betrug”, en *JZ*, 1952, pp. 461 – 465.

BRÜNING, Janique, “Anmerkung zu: BGH, fallo del 26 de noviembre 2015 – 3 StR 247/15”, en *ZJS*, 2017, pp. 781 – 786.

BURRI, Alex, “Zweifelhafte Gewißeiten. Skepsis, Sprachgebrauch und Wittgenstein”, en *LOGOS*, 1999, pp. 1 – 26.

BUSCHMANN, Edgar, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Betrugsbegriffs im 19. Jahrhundert*, Würzburg, 1939.

CEFFINATO, Tobias, “Vermögensstraftaten im und über das Internet”, en *NZWist*, 2016, pp. 464 – 467.

— *Vollendungsumkehr und Wiedergutmachung*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2017.

CRAMER, Peter, *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, Bad Homburg v.d.H., Gehlen, 1968.

DANNECKER, Christoph, “Vermögensschaden zwischen Verkehrswert, intersubjektiver Wertsetzung und Einbeziehung von Liquiditätsvorteilen”, en *NZWist*, 2015, pp. 173 – 185.

FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch*, 64<sup>a</sup> ed., München, C.H. Beck, 2017.

FREGE, Gottlob, *Die Grundlagen der Arithmetik*, 1987 (edición Reclam 2011).

FRISTER, Helmut, *Strafrecht AT*, 7.<sup>a</sup> ed., München, C.H. Beck, 2015.

GAEDE, Karsten, “§ 263”, en LEIPOLD, Klaus/TSAMBIKAKIS, Michael/ZÖLLER, Mark A. (eds.), *Anwaltkommentar StGB*, Heidelberg, C.F. Müller, 2015.

GOLDSCHMIDT, James Paul, “Beiträge zur Lehre vom Kreditbetrug”, en *ZStW*, 48 (1928), pp. 149 – 166.

HASSEMER, Winfried, “Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts”, en *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 1992, pp. 378 – 383.

HEFENDEHL, Roland, “§ 263”, en JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus (eds.), *Münchener Kommentar zum StGB*, 2.<sup>a</sup> ed., München, C.H. Beck, 2014.

— *Vermögensgefährdung und Expektanzen*, Berlín, Duncker&Humblot, 1994.

KASISKE, Peter, “Der Vermögensschaden bei Risikogeschäften”, en *NZWist*, 2016, pp. 302 – 309.

KINDHÄUSER, Urs, “§ 263”, en KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfrid/PAEFFGEN, Hans-Ullrich (eds.), *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, 5.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden, Nomos, 2017.

— *Strafgesetzbuch: Lehr- und Praxiskommentar*, 6.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden, Nomos, 2015.

KOSIOL, Erich, *Pagatorische Bilanz, Die Bewertungsbilanz als Grundlage einer integrativ verbundenen Erfolgs-, Bestands- und Finanzrechnung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1976.

KRELL, Paul, *Untreue durch Stellenbesetzungen : zugleich ein Beitrag zur Pflichtwidrigkeitsdogmatik*, Baden-Baden, Nomos, 2015.

KÜHL, Kristian, “§ 263”, en LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian (eds.), *Strafgesetzbuch*, 28.<sup>a</sup> ed., München, C.H. Beck, 2014.

MERKT, Hanno, “§ 250”, en HOPT, Klaus/KUMPAN, Christoph/MERKT, Hanno/ROTH, Markus (eds.), *Baumbach/Hopt – Handelsgesetzbuch*, München, 37<sup>a</sup> ed., C.H. Beck, 2016.

NAUCKE, Wolfgang, “Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 09.08.1984 – 4 StR 459/84”, en *StV*, 1985, pp. 187 – 188.

OTTO, Harro, *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, Berlín, Duncker&Humblot, 1970.

PAWLIK, Michael, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Colonia et. al., Carl Heymanns, 1999.

PERRON, Walter, “Vorbemerkungen zu den §§ 263 ff.”, en SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst (eds.), *Strafgesetzbuch*, 29.<sup>a</sup> ed., Múnich, C.H. Beck, 2014.

RENGIER, Rudolf, *Strafrecht Besonderer Teil 1*, 19.<sup>a</sup> ed., Munich, Beck, 19. Aufl. 2017.

RESCHKE, Dennis, *Untreue, Bankrott und Insolvenzverschleppung im eingetragenen Verein*, 2015.

SALIGER, Frank, “Wider die Ausweitung des Untreuetatbestandes – Eine kritische Analyse der neueren Rechtsprechung zum Begriff des Vermögensnachteils in § 266 StGB”, en *ZStW*, 112 (2000), pp. 563 – 613.

SATZGER, Helmut, “§ 263”, en SATZGER, Helmut/SCHLUCKEBIER, Wilhelm/WIDMAIER, Gunter (eds.), *Strafgesetzbuch*, 3.<sup>a</sup> ed., Colonia, Carl Heymanns, 2017.

SAVARY, Jacques, *Le Parfait Négociant: ou instruction generale pour ce qui regarde le commerce des marchandises de France et des Pays Etrangers*, Nouvelle Edition, 1679.

SCHMALENBACH, Eugen, *Dynamische Bilanz* 13<sup>a</sup> ed., 1962 (edición revisada por Richard Bauer).

SCHUBERT, Wolfgang, “§ 249 HGB”, en GROTTTEL, Bernd/SCHMIDT, Stefan/SCHUBERT, Wolfgang/WINKELJOHANN, Norbert (eds.), *Beck'scher Bilanz-Kommentar*, 10.<sup>a</sup> ed., Múnich, C.H. Beck, 2016.

SCHÜNEMANN, Bernd, *Leipziger Praxiskommentar Untreue – § 266 StGB*, Berlín, Walter de Gruyter, 2017.

TIEDEMANN, Klaus, “§ 263”, en LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm/RISSING – VAN SAAN, Ruth/TIEDEMANN, Klaus (eds.), *Leipziger Kommentar zum StGB*, 12.<sup>a</sup> ed., de Gruyter, 2012.

— “Vor §§ 263 ff.”, en LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm/RISSING – VAN SAAN, Ruth/TIEDEMANN, Klaus (eds.), *Leipziger Kommentar zum StGB*, 12.<sup>a</sup> ed., de Gruyter, 2012.

WESSING, Jürgen, “Untreue durch Begleichung nichtiger Forderung – Die Telekom- Spitzelaffäre und ihre strafrechtlichen Auswirkungen”, en *NZG*, 2013, pp. 494 – 496.

WITTGENSTEIN, Ludwig, *Über Gewißheit*, 2012.

WITTIG, Petra, *Das tatbestandsmäßige Verhalten des Betrugs*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 2005.

WOSTRY, Thomas, *Schadensbezifferung und bilanzielle Berechnung des Vermögensschadens bei dem Tatbestand des Betruges (§ 263 StGB)*, Berlin, Duncker&Humblot, 2016.

— “Update im Medizinstrafrecht – Entscheidungen und Tendenzen”, en Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im DAV/Institut für Rechtsfragen der Medizin Düsseldorf (eds.), *Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2017, pp. 11 – 38.