

DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL (BVERFG) DEL 23 DE JUNIO DE 2010 (BVERFGE 126, 170) SOBRE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA*

Presentación del Dr. Thomas Wostry

La decisión del Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) del 23 de junio de 2010 (BVerfGE 126, 170), publicada en este número de la revista, puede ser calificada, sin riesgo de exagerar, como un hito del derecho penal económico alemán. En el contexto del tipo de administración fraudulenta (§ 266, StGB) se halla en la vanguardia,¹ pero además tiene incidencia sobre el derecho penal patrimonial en su conjunto. En particular, el BVerfG puso en claro en una decisión posterior² que las ideas básicas de este fallo también valen para el tipo penal de la estafa (§ 263, StGB). Es un honor especial presentar, junto con algunas reflexiones propias,³ esta traducción de mis apreciados colegas *José Béguelin* y *Leandro A. Dias*, que hace accesible la sentencia a la ciencia del derecho penal hispanohablante.

El punto de partida para analizarla debería ser la *naturaleza fragmentaria* de la protección del patrimonio regulada *en sentido estricto* en el Código Penal alemán (§§ 253, 255, 263, 266, StGB). El mecanismo básico de este concepto jurídico-penal de protección puede ser reconducido a la

* Traducción del alemán de José R. Béguelin (UBA) y Leandro A. Dias (UBA).

¹ Cf., p. ej. respecto de los riesgos de punibilidad de la remuneración del gerente por el § 266, StGB, recientemente, WOSTRY, *JuS* 2018, p. 1138 y ss.

² BVerfG, decisión del 07/12/2011, 2 BvR 2500/09, 2 BvR 1857/10, BVerfGE t. 130, p. 1 y ss.

³ Un análisis en idioma español, con referencias a la doctrina alemana, se halla, p. ej., en WOSTRY, “El daño patrimonial de la estafa (§ 263 StGB) en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Alemán”, *En Letra: Derecho Penal*, año III, número 5 (2017), pp. 32 y ss.; cf., además, la discusión más detallada en WOSTRY, *Schadensbeizifferung und bilanzielle Berechnung des Vermögensschadens bei dem Tatbestand des Betruges* (§ 263 StGB), Duncker&Humblot, Berlín, 2016.

ponderación de dos intereses:⁴ por un lado, todo ciudadano necesita una masa de bienes cuyo valor debe ser protegido y de la cual él, a falta de autoabastecimiento completo, puede desprenderse para mantenerse y desarrollarse; por otro lado, en principio es un fenómeno natural —y, por tanto, no está reprobado *jurídicamente* de manera automática— que una persona sufra, en el mercado y en la competencia, la pérdida de activos, en virtud de la cual otra persona registra un incremento en su patrimonio. En consecuencia, renunciar por completo a la protección (jurídico-penal) del patrimonio es tan poco imaginable como una protección universal del patrimonio frente a todo menoscabo. Ante este panorama, la protección jurídico-penal del patrimonio se basa, objetivamente,⁵ en dos elementos básicos: por un lado, se exige, según cada tipo penal, una “*agresión*” diferenciada (a modo de ejemplo: coacción, engaño, violación del deber patrimonial) que, por otro lado, produzca de manera imputable un *daño patrimonial* (o bien un perjuicio patrimonial).

La decisión del BVerfG del 23 de junio de 2010 se ocupa de distintas maneras de la relación entre estos dos componentes del concepto de protección patrimonial. En primer lugar, pone de relieve que el mandato constitucional de certeza o determinación (art. 103, ap. 2, de la Constitución alemana) se ve lesionado cuando a ambos elementos básicos de la protección patrimonial se los “mezcla” tanto —o, como dice el BVerfG: se los “alisa” tanto— que uno de los elementos ya no tiene más función autónoma. En segundo lugar, el BVerfG parte de la base de que el valor del patrimonio y sus componentes tiene que ser calculado según principios de la economía de mercados y no necesariamente según la voluntad o las representaciones del titular del patrimonio —y esto es acertado: si el patrimonio es una condición básica para la participación ciudadana, tiene que ser medido según parámetros objetivos para el intercambio de valores patrimoniales—. En tercer lugar, el BVerfG toma en consideración, para concretizar los parámetros necesarios de economía de mercados, el recurso al régimen jurídico de los balances (del derecho comercial alemán). Este método, que se sirve del régimen jurídico de los balances para concretizar el delito patrimonial, ya había sido presentado en sus bases por *Hefendehl*⁶ y, en

⁴ Recurso al concepto que desarrollé en *Schadensbeziehung und bilanzielle Berechnung des Vermögensschadens bei dem Tatbestand des Betruges* (§ 263 StGB), Duncker&Humboldt, Berlín, 2016, pp. 32 y ss. Respecto de modelos de interpretación diferentes o similares, cf. entre otros WOSTRY, “El daño patrimonial...”, *En Letra: Derecho Penal*, Año III, número 5 (2017), pp. 32 y ss.

⁵ El tipo subjetivo puede contener exigencias que, en parte, van más allá del dolo, cf., p. ej., § 263, StGB.

⁶ Fundamental, HEFENDEHL, *Vermögensgefährdung und Expektanzen*, Berlín, Duncker&Humboldt, 1994, *passim*, y actualmente el comentario de HEFENDEHL en: MünchKomm-StGB, 3.^a ed. 2019, § 263 n.º m. 31 ss.

tiempos recientes, yo mismo he presentado una propuesta para calcular el daño que —a diferencia del BVerfG— prefiere las Normas Internacionales de Contabilidad y las Normas Internacionales de Información Financiera (IAS/IFRS).

Sin poder ni deber analizar aquí los detalles con mayor profundidad, se puede constatar que los tres puntos de vista son objeto de debate. Esto vale también para la práctica: a raíz de este fallo, el Tribunal Superior Federal (BGH) revocó numerosas sentencias de tribunales de instancia y las reenvió para que fueran dictadas nuevas decisiones. No obstante, la doctrina valora de los modos más diversos si la práctica jurídica ha medido correctamente el alcance de esta sentencia. Es decir, el debate continúa; y es un gran privilegio poder desarrollarlo en el futuro, además de en el ámbito de habla alemana, en diálogo con la ciencia y la práctica del derecho penal hispanohablante.

Dr. Thomas Wostry, asistente científico (Akademischer Rat a.Z.), Universidad de Düsseldorf

Sumario de la resolución de la Sala Segunda del 23 de junio de 2010

- 2 BvR 2559/08 -

- 2 BvR 105/09 -

- 2 BvR 491/09 -

1. El tipo de la administración fraudulenta del § 266 ap. 1 StGB tiene que ser compatibilizado con el mandato de determinación del art. 103, ap. 2, de la Constitución.

2. La jurisprudencia está obligada, en lo posible, a disipar imprecisiones sobre el ámbito de aplicación de normas penales, por vía de la interpretación, mediante la precisión y concreción (mandato de precisión).

3. La estricta reserva de ley, expresada en el art. 103, ap. 2, de la Constitución, eleva la intensidad del control judicial de constitucionalidad.

- 2 BVR 2559/08 -

- 2 BVR 105/09 -

- 2 BVR 491/09 -

En el nombre del pueblo,

en los procesos

sobre

las quejas constitucionales

I. del señor K...,

—apoderados:

1. Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann, Kaaganger Straße 22, 82279 Eching a.A.,
2. Abogado Eberhard Kempf, Siesmayerstraße 58, 60323 Frankfurt am Main,
3. Prof. Dr. Gunter Widmaier, Herrenstraße 23, 76133 Karlsruhe—

contra: a) la sentencia del Tribunal Superior Federal del 29 de agosto de 2008 —2 StR 587/07—
, b) la sentencia del Tribunal Regional de Darmstadt del 14 de mayo de 2007 —712 Js 5213/ 04-
9 KLS—

—2 BVR 2559/08—,

II. del señor E...,

—apoderado: abogado Prof. Dr. Heinz Dietrich Boxdorfer, Ebenreuther Straße 18, 90482
Nürnberg—

contra: a) la sentencia del Tribunal Superior Federal del 17 de diciembre de 2008 —2 StR 451/08—, b) la sentencia del Tribunal Regional de Kassel del 1.º de noviembre de 2007 —5643 Js 46677/03 1 KLS—

—2 BVR 105/09—,

- III. 1. del señor B...,
2. del señor L...,
3. del señor N...,
4. del señor B...,
5. del señor W...,

—apoderados: Prof. Dr. Rainer Hamm, Dra. Regina Michalke y Jürgen Pauly, de Hamm Partner, Wolfgangstraße 92, 60322 Frankfurt am Main—

contra a) la sentencia del Tribunal Superior Federal del 4 de febrero de 2009 —5 StR 260/08—, b) la sentencia del Tribunal Regional de Berlín del 21 de marzo de 2007 —(536) 2 StB Js 215/01 (13/04)—

—2 BVR 491/09—

el Tribunal Constitucional Federal —Sala Segunda—, con la intervención de las juezas y los jueces

Presidente Voßkuhle,

Broß,

Osterloh,

Di Fabio,

Mellinghoff,

Lübbe-Wolff,

Gerhardt,

Landau,

el 23 de junio de 2010 resolvió:

Los procesos se unificarán en una resolución conjunta.

La resolución del Tribunal Superior Federal del 4 de febrero de 2009 —5 StR 260/08— y la sentencia del Tribunal Regional de Berlín del 21 de marzo de 2007 —(536) 2 StB Js 215/01 (13/04)— les causan agravio a los recurrentes de los puntos III. 1), 2), 3), 4) y 5) en su derecho en virtud del art. 103, ap. 2, de la Constitución. Revóquense las resoluciones. Remítase el proceso al Tribunal Regional de Berlín.

Rechácense las restantes quejas constitucionales.

La República Federal de Alemania y el Estado de Berlín, por mitades, deberán reembolsarles a los recurrentes de los puntos III. 1), 2), 3), 4) y 5) los gastos necesarios.

Fundamentos:

A.

- 1 Los recurrentes han sido condenados por administración fraudulenta a penas de ejecución condicional. Se agravan de que se ha violado el art. 103, ap. 2, de la Constitución.

I.

- 2 1. En la redacción actualmente vigente, según la promulgación del 13 de noviembre de 1998 (BGBl I, p. 3322), el § 266 StGB dice:
 - 3 § 266 Administración fraudulenta
 - 4 (1) Quien abusa de la facultad de disponer de patrimonio ajeno o de obligar a otro, conferida por ley, por orden de la autoridad o por negocio jurídico, o quien viola el deber de ocuparse de intereses patrimoniales ajenos, que le incumbe por imperio de la ley, por orden de autoridad, por negocio jurídico o por una relación de confianza, y así le causa perjuicio a aquel cuyos intereses patrimoniales tiene a su cuidado, es reprimido con pena de privación de la libertad de hasta cinco años o con pena de multa.
 - 5 (2) Son de aplicación, respectivamente, el § 24, ap. 2 y los §§ 247, 248a y 263, ap. 3.
- 6 2. a) El tipo penal de la administración fraudulenta pasó a ser un delito patrimonial recién en el siglo XIX (cf. Kindhäuser, en: Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch, t. 2, 2.^a ed. 2005, § 266 n.º m. 4 s.; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil, t. 1, 9.^a ed. 2003, p. 577; Schünemann, en: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, t. 7, 11.^a ed. 1998, § 266 previo al n.º m. 1). El Código penal prusiano de 1851 formuló en el § 246 un tipo de administración fraudulenta con una única acción típica y una limitación del círculo de autores a determinadas relaciones de confianza. El Código Penal de la Confederación Alemana del Norte del 31 de mayo de 1870 amplió este tipo penal en varios aspectos; esta redacción del tipo de la administración

fraudulenta fue tomada sin modificaciones como § 266 en el Código penal del Reich del 15 de mayo de 1871 (RGBl, p. 127). Decía así:

- 7 Por administración fraudulenta son reprimidos con prisión, junto a lo cual se puede condenar a la pérdida de los derechos civiles honoríficos:
- 8 1) Los tutores, curadores, cuidadores de bienes, depositarios, administradores de masas, ejecutores de disposiciones de última voluntad y administradores de donaciones, cuando deliberadamente actúen en perjuicio de las personas confiadas a su cuidado;
- 9 2) Los mandatarios que deliberadamente dispongan de créditos u otros activos patrimoniales en perjuicio del mandante;
- 10 3) Los agrimensores, agentes inmobiliarios, controladores de mercadería, controladores de pasajes, pesadores, medidores, inspector de mercadería marítima, portuarios, estibadores y otras personas obligadas por la autoridad a administrar sus oficios, cuando en los negocios que les son conferidos deliberadamente perjudiquen a aquellos cuyos negocios tienen a su cuidado.
- 11 Si la administración fraudulenta es cometida para procurarse para sí o para otro un beneficio patrimonial, podrá imponerse junto a la pena de prisión una pena de multa de hasta mil táleros.
- 12 En los tiempos que le siguieron, la interpretación de esta norma se ocupó de la cuestión de si la administración fraudulenta presentaba o no un núcleo de ilícito unitario y si, en caso de ser así, todas las variantes típicas debían ser interpretadas conforme al n.º 2 (la llamada teoría del abuso) o a la luz de las relaciones de confianza concebidas casuísticamente en los n.ºs 1 y 3 (la llamada teoría de la infidelidad). La ciencia tendía a la teoría del abuso, que veía el núcleo de ilícito del tipo de la administración fraudulenta en el perjuicio al patrimonio ajeno a través del uso no permitido de una facultad para actuar con efectos jurídicos; por el contrario, el Tribunal del Reich seguía la teoría de la infidelidad, que concebía más ampliamente el § 266 StGB (cf. Kindhäuser, lug. cit., § 266 n.º m. 12 ss.; Maurach/Schroeder/Maiwald, lug. cit., p. 577 s.; detalladamente, Schünemann, lug. cit., § 266 n.º m. 6).
- 13 b) Luego de que fueran presentados proyectos de reformas a partir de 1909 (ver referencias detalladas sobre las respectivas fuentes en Schünemann, lug. cit., previo al n.º m. 1), el tipo de la administración fraudulenta fue finalmente redactado de nuevo de la siguiente manera, mediante la Ley de Modificación de Disposiciones Penales del 26 de mayo de 1933 (RGBl I, p. 295):
- 14 Quien dolosamente abusa de la facultad de disponer de patrimonio ajeno o de obligar a otro, conferida por ley, por orden de la autoridad o por negocio jurídico, o quien viola el deber de ocuparse de intereses patrimoniales ajenos, que le incumbe por imperio de la ley, por orden de autoridad, por negocio jurídico o por una relación de confianza, y así le causa perjuicio a aquel cuyos intereses patrimoniales tiene a su cuidado, es reprimido con pena de prisión y de multa. Junto a ello se puede condenar a la pérdida de los derechos civiles honoríficos.

- 15 En casos particularmente graves, en lugar de pena de prisión se aplicará pena de reclusión de hasta diez años. Se da un caso particularmente grave en especial cuando el hecho daña el bienestar del pueblo o cuando ha tenido como consecuencia otro daño particularmente grave o cuando el autor ha actuado con especial malicia.
- 16 La nueva regulación pretendía simplificar el tipo penal reformulando la acción de administración fraudulenta, a la vez que buscaba poner fin a la discusión relativa a la interpretación y la estructura del tipo y, en la práctica, realizar un aporte a la lucha efectiva contra la corrupción (cf. Kindhäuser, ob. cit., § 266, n.º m. 9; Maurach/Schroeder/Maiwald, ob. cit., p. 578; Schünemann, ob. cit., § 266 previo al n.º m. 1). El texto de la ley, redactado de manera relativamente amplia y abstracta —el Tribunal del Reich hablaba de una “disposición-marco” en la cual “el legislador ha querido renunciar a encadenar la jurisprudencia a conceptos jurídicos rígidos” y que el juez tendría que completar “según su razonable parecer” (RGSt, t. 69, p. 58 <62>)—, permitía aplicar extensivamente el tipo penal, en el sentido de la concepción nacionalsocialista (cf. —contemporáneo— Bruns, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken*, 1938; al respecto, Lüderssen, en: *Festschrift für Ernst-Walter Hanack*, 1999, p. 487 <490 ss.>; ver además Dahs, *NJW* 2002, p. 272 <273>; Kargl, *ZStW* t. 113 <2001>, p. 565 <572, 579>).
- 17 En el año 1937 se incorporó, en la Ley de Sociedades Anónimas, un tipo penal especial, similar a la administración fraudulenta. Conforme el § 294 AktG, según la redacción del 30 de enero de 1937 (RGBl I, p. 107), era punible quien, en cuanto miembro del directorio o del consejo de vigilancia o liquidador de una sociedad anónima, le irrogara un perjuicio a la sociedad. El tipo penal fue derogado sin reemplazo en 1965 (§ 29 de la Ley Introductoria a la Ley de Sociedades Anónimas del 6 de septiembre de 1965, BGBl I p. 1185).
- 18 c) Luego de diversas modificaciones (respecto de las particularidades, cf. Schünemann, ob. cit., § 266 previo al n.º m. 1) por parte de la Tercera Ley de Reforma Penal del 4 de agosto de 1953 (BGBl I p. 735), de la Primera Ley de Reforma Penal del 25 de junio de 1969 (BGBl I p. 645) y de la Ley Introductoria al Código Penal del 2 de marzo de 1974 (BGBl I p. 469), el tipo penal recibió su actual redacción con el art. 1, n.º 62 de la Sexta Ley de Reforma Penal del 26 de enero de 1998 (BGBl I p. 164). La propuesta del gobierno federal de penar también la tentativa de administración fraudulenta (cf. BT- Drucks 13/8587, p. 43), fue rechazada por el Bundestag alemán —siguiendo el dictamen de la Comisión de Derecho (BTDrucks 13/8991, p. 21; 13/9064, p. 20)— (cf. al respecto Kempf, en: *Festschrift für Rainer Hamm*, 2008, p. 255 <264>; Matt/Saliger, en: *Irrwege der Strafgesetzbuch*, 1999, p. 217).
- 19 3. a) El § 266, ap. 1 StGB comprende dos tipos penales que son designados usualmente como tipo de abuso (§ 266, ap. 1, var. 1: Quien abusa...) e infidelidad (§ 266, ap. 1, var. 2: quien viola el deber... que le incumbe) (cf. por muchos Schünemann, en: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 7, 11.ª ed. 1998, § 266 n.º m. 1). La parte que dice “y así le causa perjuicio a

- aquel cuyos intereses patrimoniales tiene a su cuidado” se refiere, según la concepción unánime de jurisprudencia y doctrina, a ambas variantes típicas (así, ya RGSt t. 69, p. 58 <59>; cf. Dunkel, GA 1977, p. 328 <331>; Mayer, en: *Materialien zur Strafrechtsreform*, t. 1, 1954, p. 333 <353>; Wegenast, *Missbrauch und Treubruch*, 1994, p. 11).
- 20 En este sentido, a partir del llamado fallo de la tarjeta de cheques, del Tribunal Superior Federal del 26 de julio de 1972, la jurisprudencia parte de la base de que los presupuestos bajo los cuales se da un deber de cuidar un patrimonio son idénticos para el tipo del abuso y el de la infidelidad (cf. BGHSt t. 24, p. 386 <387>; t. 33, p. 244; más referencias en Fischer, *Strafgesetzbuch*, 57.^a ed. 2010, § 266 n.º m. 6). Esta concepción “monista” del tipo penal es seguida por gran parte de la doctrina (cf., p. ej., Dierlamm, en: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 4, 2006, § 266 n.º m. 21; Maurach/Schroeder/Maiwald, *Strafrecht Besonderer Teil*, t. 1, 9.^a ed. 2003, p. 579; Samson/Günther, en: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 266 n.º m. 4 s. <dic. 1996>; Weber, en: *Arzt/Weber, Strafrecht Besonderer Teil*, 2.^a ed. 2009, p. 696 s.). Al mismo tiempo, respecto de las exigencias relativas a la posición del autor, se sostienen posiciones —con diversos matices— que pretenden diferenciar entre ambas variantes típicas (cf., p. ej., Labsch, *NJW* 1986, p. 104 <106>; Lenckner/Perron, en: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch*, 27.^a ed. 2006, § 266 n.º m. 2; Mitsch, *Strafrecht Besonderer Teil 2*, 2.^a ed. 2003, p. 526 s.; Schünemann, *lug. cit.*, § 266 n.º m. 23). Con la creación del tipo penal especial del § 266a (retención y malversación de remuneraciones) y del § 266b StGB (abuso de tarjetas de cheques y de crédito), en la Segunda Ley de Lucha contra la Criminalidad Económica del 15 de mayo de 1986 (BGBl I p. 721), el legislador ha reaccionado frente a la jurisprudencia del Tribunal Superior Federal según la cual el tipo del abuso también requiere que se viole un deber de cuidar un patrimonio.
- 21 b) El tipo de la administración fraudulenta ha sido desde siempre objeto de análisis intensivo en la jurisprudencia y la doctrina. Los puntos esenciales de la discusión han sido, junto a la delimitación del círculo de personas sometidas a un deber de cuidar un patrimonio y que, por tanto, son tomadas en consideración como destinatarios del tipo de administración fraudulenta (cf. solo BGHSt t. 1, p. 186; t. 3, p. 289; t. 4, p. 170; t. 13, p. 315; t. 41, p. 224; t. 49, p. 147 <155>; Dierlamm, *lug. cit.*, § 266 n.º m. 30 ss.; Lenckner/Perron, *lug. cit.*, § 266 n.º m. 23 ss.; Schünemann, *lug. cit.*, § 266 n.º m. 58 ss., 103 ss.), en tiempos recientes, particularmente la aplicación del tipo de administración fraudulenta a casos de violación de deberes de derecho societario, de concesión de créditos, de creación y gestión de las llamadas cajas negras y del empleo de fondos públicos contrario al presupuesto (administración fraudulenta de presupuestos), así como la interpretación del elemento del perjuicio en casos de la llamada puesta en peligro patrimonial equivalente al daño o de daño de puesta en peligro.

- 22 c) En la doctrina se ha criticado reiteradamente la extensión y la imprecisión del tipo (cf. Mayer, en: *Materialien zur Strafrechtsreform*, t. 1, 1954, p. 333 <337>: “Cuando no se da uno de los casos viejos y clásicos de administración fraudulenta, ningún juzgado ni fiscalía saben si se aplica o no el § 266... A esta situación hay que ponerle fin, sea como sea. Es urgentemente necesario ponerle límites conceptuales claros al tipo penal”; lo sigue Hillenkamp, *NStZ* 1981, p. 161 con otras referencias; Schünemann, *lug. cit.*, § 266 n.º m. 1: “El capítulo más oscuro y confuso de la parte especial”). Ante este panorama, también se pone en duda una y otra vez, en particular, la constitucionalidad del tipo de infidelidad (cf. Dierlamm, *lug. cit.*, § 266 n.º m. 3 ss.; Hamm, *NJW* 2001, p. 1694 <1696>; Kargl, *ZStW* t. 113 <2001>, p. 565 <589>; Labsch, *Untreue* <§ 266 StGB>, 1983, p. 348; Lesch, *DRiZ* 2004, p. 135; cf. también Kiethe, *WM* 2003, p. 861 <867>: “indeterminación preocupante”; Perron, en: *Jahresband der Juristischen Studiengesellschaft* 2008, p. 45 <64>: “intolerable”) o, en todo caso, se exige una interpretación restrictiva (cf. Albrecht, en: *Festschrift für Rainer Hamm*, 2008, p. 1 ss.; Dierlamm, *lug. cit.*, § 266 n.º m. 6, 186, 195; Saliger, *HRRS* 2006, p. 10 ss.; ídem, *ZStW* t. 112 <2000>, p. 563 ss.; Sax, *JZ* 1977, p. 663 ss.).

II.

- 23 Los recurrentes han sido condenados por administración fraudulenta a penas de ejecución condicional.
- 24 1. a) El recurrente I. fue, en cuanto ejecutivo de la sociedad anónima S., desde 1991 hasta el 30 de junio de 2004, uno de los cuatro directivos de la empresa “Power Generation” (en adelante: SPG); en la estructura jerárquica se hallaba directamente debajo del directorio (central) de SPG. Entre otras cosas, era responsable por la puesta en práctica de las disposiciones de *compliance* de la empresa, según las cuales en las relaciones comerciales estaban prohibidos los sobornos, aun por debajo del umbral punible. No obstante, en el ámbito de negocios de SPG existía —tal como sabía el recurrente, pero no lo sabía el directorio central, según las constataciones del tribunal regional— un sistema establecido para pagar sobornos (llamados gastos útiles), para lo cual los medios previstos para ello se hallaban en cuentas ocultas en el extranjero y no se veían reflejados en la contabilidad oficial de los negocios de SPG. El recurrente recibió el control sobre estos fondos de manos de sus antecesores. Un posterior coimputado del recurrente se ocupaba de la administración de las cuentas y del desarrollo de las transferencias encubiertas. En el marco de la obtención de dos encargos en los años 1999 y 2000 (proyectos “L...” y “R...”), el recurrente dispuso que se transfirieran sobornos por sumas millonarias a funcionarios del grupo empresarial italiano E..., luego de que SPG recibiera los encargos según pactos acordados previamente. Ni el

- recurrente ni su posterior coimputado obtuvieron beneficios financieros de los encargos logrados mediante pagos de sobornos.
- 25 b) El Tribunal Regional de Darmstadt valoró la conducta del recurrente como cohecho en relaciones comerciales (§ 299 ap. 2 StGB) en dos casos, en uno de ellos en unidad de hecho con administración fraudulenta, y como administración fraudulenta en un tercer caso y, por tanto, en la sentencia del 14 de mayo de 2007 dictó una pena única de prisión de dos años, cuya ejecución fue dejada en suspenso. Con el pedido de revisión del recurrente, la Sala 2.^a del Tribunal Superior Federal, mediante la sentencia del 29 de agosto de 2008 (BGHSt t. 52, p. 323), modificó el veredicto de culpabilidad de la decisión del Tribunal Regional y resolvió que el recurrente era culpable (exclusivamente) de administración fraudulenta en dos casos. En cuanto al pronunciamiento de pena, el Tribunal Superior Federal revocó la sentencia y remitió el proceso a otra cámara penal del Tribunal Regional de Darmstadt. Hasta el momento, no se ha dictado una nueva decisión respecto del pronunciamiento de pena.
- 26 c) Según la concepción del Tribunal Superior Federal, el recurrente es culpable, en los dos casos que le han sido reprochados, de administración fraudulenta en la modalidad del tipo de infidelidad por omisión.
- 27 En el marco de su deber de cuidar un patrimonio, el recurrente tendría que haberle revelado a su empleador los valores patrimoniales que le correspondían y le eran desconocidos; esto habría sido infringido por él en el caso de los fondos que halló en cuentas ocultas y que no estaban a nombre de la fiduciante. No negaría la contrariedad al deber la circunstancia de que los valores patrimoniales ocultos habrían de ser utilizados para realizar los pagos de sobornos y, así, empleados probablemente en el interés económico indirecto de la fiduciante; en todo caso habría faltado un consentimiento eficaz de los órganos competentes.
- 28 Dado que el recurrente habría continuado la tenencia de patrimonio monetario de SPG en las cajas secretas y se lo habría mantenido oculto a la fiduciante a largo plazo, le habría privado definitivamente a su empleadora el acceso a estos activos patrimoniales y, así, le habría causado un perjuicio —definitivo—. Para constatar el daño también deberían tomarse en cuenta consideraciones normativas: la disposición sobre el empleo del patrimonio propio le incumbiría al titular del patrimonio o —en caso de sociedades de capital— al órgano competente: por tanto, en caso de que un trabajador desapoderare, desposeyera, privara de, u ocultara partes del patrimonio, de forma contraria al deber, la producción del daño patrimonial no podría quedar excluida por el hecho de que el autor tuviera la intención, o afirmara haber tenido la intención, de utilizar los medios en contra de la instrucción expresa de la fiduciante de tal manera que “en última instancia” pudiera surgir una ventaja patrimonial para aquella. Esto valdría, sobre todo, cuando esa ventaja solo pudiera ser alcanzada a través de un empleo de los medios ilegal, inmoral o, dado el caso, punible. La privación de los valores patrimoniales tampoco habría tenido una

compensación directa que evitara el daño, especialmente no en la forma de la probabilidad vaga, basada en el empleo de los medios con fines de soborno, de cerrar más tarde, tal vez, un contrato que probablemente resultara beneficioso, o acaso en la forma de la mera intención del autor de utilizar para tales fines los medios sustraídos. La privación duradera de la posibilidad de disposición representaría para la fiduciante no solo una puesta en peligro (equivalente a un daño) de la existencia de su patrimonio, sino también una pérdida patrimonial definitiva. El empleo de los medios monetarios sustraídos y mantenidos en cuentas ocultas sería, en cambio, solo una profundización del daño y la obtención de ventajas patrimoniales finalmente alcanzadas a través de negocios posteriores sería, en el mejor de los casos, una reparación del daño.

- 29 2. a) El recurrente II. trabajaba en Kassel como miembro del directorio de la caja de seguros de la empresa H.P. En esta función, durante años aprobó premios para dos empleados —sus posteriores coimputados— que prácticamente llevaron a una duplicación del sueldo de ambos y que claramente se apartaban de la práctica de premios, según la cual solo se realizaban pagos únicos sobre un determinado monto, que usualmente no excedían del salario mensual de un empleado. Según las constataciones del tribunal regional, ambos coimputados percibieron de este modo, cada uno, más de € 100,000 adicionales a sus salarios, que eran relativamente altos, y a la remuneración de horas extras, pagadas por separado. Con su conducta, el recurrente no obtuvo beneficios financieros.
- 30 b) El Tribunal Regional de Kassel condenó al recurrente a penas individuales de privación de la libertad de un año cada una, que, junto a una condena por encubrimiento que no era objeto del proceso, condujeron a una pena única de privación de la libertad de un año y nueve meses, cuya ejecución fue dejada en suspenso. El tribunal regional valoró la aprobación de los premios por parte del recurrente como grosera violación del principio de economía y productividad, según el § 4 ap. 4 SGB V, y, sobre esta base, como administración fraudulenta en dos casos, en cada uno de los cuales estarían cumplidos tanto el tipo de abuso como el de infidelidad.
- 31 c) Respecto de la revisión interpuesta por el recurrente, el Fiscal General Federal expuso que el veredicto de culpabilidad por administración fraudulenta no había incurrido en error jurídico. Al otorgar los premios, el recurrente habría excedido de manera contraria a deber las competencias que le habían sido conferidas. Si bien formaba parte de su ámbito de tareas aprobar premios, se trataba de prestaciones extraordinarias, limitadas en cuanto al monto. La decisión de concederles a los coimputados de manera duradera un “segundo sueldo”, en exceso del salario contractual y de los pagos de horas extras para saldar trabajo adicional, tendría que haber quedado reservada al consejo administrativo, en cuanto decisión excepcional que se aparta del caso concreto y que contradice la práctica regular de remuneraciones. De conformidad con la petición del Fiscal General Federal, el Tribunal Superior Federal rechazó la revisión del recurrente mediante decisión del 17 de diciembre de 2008, con arreglo al § 349 ap. 2 StPO.

- 32 3. a) Los recurrentes III. 1) a 5) eran miembros del directorio de la sociedad anónima BHSA (en adelante, BH) y en esa calidad también estuvieron a cargo de la adjudicación de créditos al grupo empresarial A, fundado a comienzos de los años noventa. Su modelo de negocios consistía en adquirir edificios prefabricados en la ex República Democrática Alemana, sanearlos y convertirlos en condominios, a través de sociedades jurídicamente independientes y de objeto específico. Con esto, el grupo empresarial recibió desde el inicio préstamos de BH; la suma de los créditos aumentó a 810.000.000 de marcos desde septiembre de 1997. Luego de que en el verano de 1999 se produjeran considerables retrasos en los pagos, los implicados decidieron, con el fin de evitar la insolvencia del grupo A, continuar con el compromiso bajo nuevas condiciones (llamadas modelo de usufructo) que no fueron explicadas en detalle en la sentencia impugnada.
- 33 El objeto de la condena impugnada por el recurrente, pronunciada por el Tribunal Regional de Berlín, es la aprobación de un crédito para comprar el edificio prefabricado “P... II” por la suma de 19.589.000 marcos, otorgado en octubre de 1996 a la sociedad de objeto específico P. KG iG, constituida a tales fines. En virtud de otras tres decisiones de créditos de mayo de 1996, diciembre de 1996 y julio de 1997 respecto de proyectos de construcción estructuralmente similares, los recurrentes fueron acusados pero fueron absueltos, decisión que quedó firme. La demanda por indemnización de daños dirigida contra los recurrentes a causa de la aprobación del crédito de julio de 1997 fue rechazada mediante sentencia firme del Tribunal Superior de Berlín del 22 de marzo de 2005 (14 U 248/03, juris): los recurrentes habrían actuado dentro del margen de decisión que les correspondía y no habrían infringido sus deberes de cuidado.
- 34 b) Mediante la aprobación de crédito en el caso “P... II”, la cámara penal consideró realizado el tipo penal de administración fraudulenta en la modalidad del tipo de abuso. Por tanto, les impuso a los recurrentes III. 1), 2) y 3) penas privativas de la libertad de un año y cuatro meses, y a los recurrentes III. 4) y 5), quienes se ocuparon más tarde del proyecto A, penas privativas de la libertad de un año. La ejecución de todas las penas quedó en suspenso.
- 35 La violación del deber de cuidar un patrimonio, que les incumbía a los recurrentes, surgiría de varios elementos de la contrariedad al deber, importantes en sí mismos, que al menos en una observación global deberían ser considerados como graves violaciones del deber.
- 36 En primer lugar, los recurrentes habrían infringido gravemente su deber reglamentario de evaluar la solvencia, conforme el § 18 KWG. Los legajos presentados sobre las condiciones personales y económicas de los tomadores de crédito estarían incompletos y habrían sido evaluados de manera insuficiente; ni siquiera habrían sido examinadas las condiciones personales y económicas actuales de los socios personalmente responsables.
- 37 En segundo lugar, el directorio no habría dado a conocer suficientemente los riesgos vinculados con la otorgación del crédito P... II a la comisión de crédito del banco que era competente en ese asunto, cuyo consentimiento era necesario para la aprobación del crédito según las instrucciones

internas del banco; los recurrentes le habrían ocultado el riesgo a la comisión, entre otras cosas a través de datos falsos respecto del cálculo de los intereses, y habrían pasado por alto sus derechos al suscribir el contrato de crédito sin condiciones —sin esperar la decisión de la comisión— y habrían ordenado el pago del crédito.

- 38 En tercer lugar, no se habría llevado a cabo una ponderación reglamentaria de perspectivas y riesgos; habrían sido tomadas por base suposiciones injustificadamente optimistas respecto del desarrollo del mercado y, en especial, no se habría tenido en cuenta el llamado riesgo de concentración, que habría estado dado por la circunstancia de que, en virtud del estrecho entrelazamiento del grupo económico y la dependencia económica recíproca dentro del grupo A..., la insolvencia de una sociedad traería aparejado el riesgo de insolvencia de las demás sociedades; el riesgo de concentración se habría incrementado aún más por el hecho de que la búsqueda de socios empresariales para participar de los créditos no habría tenido éxito considerable.
- 39 En cuarto lugar, se habrían soslayado indicios de peso que revelaban que el contrato de crédito no era controlable. Mediante pre-aprobaciones y el otorgamiento del crédito en el caso P. II se habría tomado, en definitiva, una decisión previa para otros créditos sucesivos, dado que cada vez habrían sido mayores los riesgos que corría el banco de una insolvencia del grupo A... En última instancia, el carácter incontrolable del contrato de crédito habría surgido de la circunstancia de que los tomadores económicos del crédito, los fundadores de A, habrían demostrado ser, ellos mismos, “incontrolables”, pues se habrían entregado a una “fiebre compradora” y habrían adquirido objetos incluso sin previa confirmación financiera vinculante.
- 40 Con la aprobación del pago del monto crediticio de 19.589.000 marcos, se habría producido un perjuicio patrimonial en la modalidad de puesta en peligro del patrimonio equivalente a un daño, por una suma de 3.029.000 marcos (€ 1.548.703,10). El crédito estaría asegurado suficientemente a través de garantías reales (deudas hipotecarias) por el monto de la diferencia, de 16.560.000 marcos. La cámara penal consideró sin valor las demás garantías, en particular la cesión de los ingresos por alquileres que se esperaban del objeto. El monto de la diferencia entre el importe del préstamo pagado y el valor de las garantías que la cámara entendió realizable, fue evaluado por la cámara en toda su extensión como daño, con el fundamento de que “según consideraciones de la contrariedad al deber del otorgamiento del crédito, desde una nueva valoración jurídica de la amplia discrecionalidad empresarial, [habría existido] un riesgo extremo de pérdida aun en caso de perspectivas —altamente dudosas— de un curso favorable, por tanto, una altísima puesta en peligro —por encima del riesgo general de los negocios crediticios— de la pretensión del banco de que la deuda fuera pagada”.
- 41 c) Con sus recursos de revisión, los recurrentes objetaron la interpretación y aplicación del tipo de administración fraudulenta por parte del Tribunal Regional de Berlín. Todos los recurrentes,

además del vicio *in procedendo*, invocaron la causa absoluta de revisión por composición antirreglamentaria del tribunal (§ 338, n.º 1, StPO); el proceso contra los recurrentes le habría sido asignado a la Cámara Penal n.º 36 del Tribunal Regional de Berlín por vía de una asignación individual no permitida.

- 42 De conformidad con la solicitud del Fiscal General Federal, la Sala Penal 5.ª del Tribunal Superior Federal rechazó las revisiones de los recurrentes mediante resolución del 4 de febrero de 2009, con arreglo al § 349, ap. 2, StPO. La determinación del daño que hizo el tribunal regional sería, por principio, severamente objetable; no obstante, del contexto de la sentencia se inferiría que, en definitiva, no habría tenido efecto en perjuicio del acusado sobre la constatación de un perjuicio patrimonial, en el sentido del § 266, ap. 1, StGB, ni sobre el cálculo de su extensión. Se debería atender a una comparación entre el importe del préstamo concedido y el valor de la pretensión de pago de la deuda por parte del banco que otorgó el crédito, bajo consideración de las garantías al momento del otorgamiento riesgoso contrario al deber. Sobre todo tomando en cuenta los pagos de intereses realizados a continuación, durante dos años, con los ingresos por alquileres de los edificios prefabricados que eran objeto del crédito, habría sido errado suponer que la exigencia de pago del crédito carecía por completo de valor tomando como punto de partida el cálculo exclusivo de las garantías reales. Pero sí habría que ver una puesta en peligro patrimonial típicamente relevante en el hecho de que los recurrentes, a través del otorgamiento del crédito, habrían incurrido en un riesgo demasiado grande, porque no estaría dado el margen de seguridad suficiente. Este riesgo contrario al deber, conocido por los recurrentes, se habría plasmado luego en una respectiva puesta en peligro patrimonial. Según esto, en definitiva no habría dudas de que un enfoque más acertado para determinar el perjuicio en el sentido del § 266, ap. 1, StGB no habría producido un resultado más favorable para los recurrentes. En definitiva, el reproche de administración fraudulenta que fue objeto de juzgamiento se hallaría, con razón, en la circunstancia de que los recurrentes, responsables en cuanto miembros del directorio del banco, habrían continuado el otorgamiento del crédito al proyecto global de A... en un momento en que todavía era económicamente plausible, soslayando riesgos claros y reconocidos y negando múltiples advertencias, en lugar de limitar el compromiso, conforme al deber, mediante el rechazo de otros créditos si no se demostraba un desarrollo positivo del proyecto global.

III.

- 43 Con la queja constitucional interpuesta en plazo, los recurrentes se oponen a la condena del tribunal regional y a su confirmación por parte del Tribunal Superior Federal. Se agravian de la violación del art. 103, ap. 2, de la Constitución; además, el recurrente II. invoca violación del art.

3 ap. 1, de la Constitución y los recurrentes III. 1) a 5) invocan violaciones del art. 101, ap. 1, oración, de la Constitución.

- 44 1. El recurrente I. cuestiona la especial interpretación del elemento del perjuicio realizada por el Tribunal Superior Federal. La idea de que ya el tener y mantener una caja negra abierta por otros realiza el tipo de administración fraudulenta implicaría una analogía prohibida, dado que de esta manera el tipo penal, que según la ley presupone irrogar un perjuicio patrimonial, también sería aplicado al caso en el que simplemente se omite aportar un beneficio patrimonial. Si se parte de la concepción del Tribunal Superior Federal de que ya el abrir una caja negra realiza el tipo de la administración fraudulenta (en la modalidad de un daño definitivo), solo se le podría reprochar al recurrente el no haber reparado ese daño —a pesar de que habría tenido la posibilidad de hacerlo—. Pero en el lenguaje coloquial —relevante— y en el uso de la lengua de la jurisprudencia constante del Tribunal Superior Federal, la omisión de aportar beneficios sería algo distinto a irrogar perjuicios. Coincidiría con la abrumadora mayoría de la doctrina y con la jurisprudencia constante del Tribunal Superior Federal el que no es la falta de un incremento patrimonial en cuanto tal lo que puede ser considerado como irrogación de un perjuicio patrimonial, sino solo el hacer fracasar una expectativa patrimonialmente valiosa, en el sentido de una perspectiva asegurada. Solo así surge una verdadera minusvalía luego del hecho cuando se calcula el saldo general.
- 45 El límite de la letra del texto, decisivo para la prohibición de analogía, debería ser tomado especialmente en serio en el caso del elemento del perjuicio, dado que le presta su sostén principal a la norma del § 266, ap. 1, StGB, por lo demás demasiado indeterminada y, por tanto, precaria en cuanto al principio constitucional de determinación. De todos modos, a través de la figura, reconocida en la jurisprudencia, de la puesta en peligro patrimonial equivalente al daño, el elemento se ampliaría de manera preocupante. Con mayor razón sería problemática la idea de que la apertura de una cuenta negra pudiera ir aparejada de una pérdida patrimonial definitiva. De esto surgirían contradicciones dogmáticas en los casos en que la jurisprudencia niega que la administración fraudulenta esté consumada por tener preparados medios propios. Aquella interpretación también conduciría a un adelantamiento temporal de la punibilidad y no sería conciliable con la decisión del legislador de dejar impune la tentativa de administración fraudulenta. Qué intención de uso tiene el autor no podría ser dejado de lado cuando se valora jurídicamente el mantener una caja negra. De otro modo, también existiría el riesgo de que, en lugar de proteger el patrimonio del fiduciante —el bien jurídico protegido por el § 266, StGB—, se protegería ya la mera posibilidad de disponer del fiduciante o la veracidad de los libros contables.
- 46 2. El recurrente II. cuestiona la interpretación del elemento típico “lesión del deber de cuidar un patrimonio”. En torno a la cuestión de si se da una lesión del principio de productividad y

economía, el tribunal regional no le habría concedido una prerrogativa de tasación, injustamente y en contra de la jurisprudencia del Tribunal de la Seguridad Social Federal. Tampoco habría reconocido que el mandato de economía solo constituye un marco de delimitación externo que únicamente prohíbe aquellas medidas que son inconciliables sin más con los principios de la economización razonable. El tribunal regional habría omitido diferenciar entre una (mera) infracción al principio de productividad y economía y una violación (que va más allá de aquella) del deber jurídico-penal de cuidar de un patrimonio; la constatación de la cámara penal de que el recurrente cometió una “grosera” infracción al principio de productividad y economía no sería suficiente. No habría sido previsible para él que otorgar premios sería considerado como una infracción relevante del principio. Además, en infracción al art. 3, ap. 1, de la Constitución, el tribunal regional no habría analizado la jurisprudencia de tribunales superiores sobre el principio de productividad y economía y el margen de decisión con el que cuentan las juntas directivas empresariales.

- 47 3. a) Los recurrentes III. 1) a 5) atacan, desde la perspectiva del mandato de determinación, la interpretación de la contrariedad al deber y del elemento del perjuicio, en la que se basa su condena; además, critican los requisitos que impusieron los tribunales para constatar el dolo eventual.
- 48 aa) Los reparos constitucionales invocados desde siempre contra el tipo de la administración fraudulenta serían de particular importancia para la constelación de casos de administración fraudulenta por otorgamiento de préstamos (bancarios). Los principios desarrollados por el Tribunal Superior Federal (BGHSt t. 46, p. 30; t. 47, p. 148) para delimitar el actuar punible del legal, en particular la instauración del requisito de una “grave” violación del deber de cuidado, tampoco habrían aportado un plus de certeza.
- 49 A esto se sumaría que el Tribunal Regional de Berlín no solo habría medido la conducta de los recurrentes según el catálogo de criterios desarrollado por el Tribunal Superior Federal, sino que en el marco de una consideración global habría atendido a otras circunstancias. Esto remitiría a un problema metodológico: el contenido del deber jurídico relevante no sería tomado de la ley, sino que sería calculado mediante una consideración global de indicios, es decir, con argumentos que están determinados significativamente por las circunstancias fácticas del caso concreto. En conjunto, esta derivación no satisfaría las exigencias del art. 103, ap. 2, de la Constitución, porque así solo se reemplazaría un elemento indeterminado por otro y no sería previsible el resultado de la consideración global realizada por el tribunal. De este modo, faltaría un deber determinado por ley que hubiera sido violado por la conducta de los recurrentes.
- 50 bb) La figura de la puesta en peligro patrimonial equivalente a un daño, utilizada en el marco de la constatación del daño, infringiría la prohibición de analogía; esto ya estaría expresado en la propia formulación “equivalente a un daño”. Respecto de la cuestión decisiva de cuándo un riesgo de

pérdida futura conduce a una minusvalía actual, no se habrían hallado criterios manejables, pese a una tradición jurídica de más de cien años. En el caso de créditos para proyectos de la vida económica, casi nunca podría excluirse por completo el riesgo de pérdida. Si, así, la producción del resultado típico dependiera considerablemente del grado de puesta en peligro del patrimonio cuidado, la valoración en el caso concreto ya no sería previsible. Además, no estaría definido por qué vías del Estado de derecho, libres de reparos, podrían averiguarse tales probabilidades. Que en un delito de resultado como la administración fraudulenta se llegue a ponderaciones de este estilo contradiría ya el sentido de las palabras del § 266, StGB, que presupone la producción de un daño y, con eso, no permite que la mera probabilidad de su producción sea suficiente. Por eso, los recurrentes consideran acertado que en la literatura se señale que si se reconoce una “puesta en peligro patrimonial equivalente a un daño” como “perjuicio” en el sentido del § 266, StGB, ya no se podrían reconocer los límites entre la consumación y la tentativa impune. Sería absurdo el hecho de que bajo ciertas circunstancias el reembolso del crédito según lo acordado deje intacta la punibilidad y que solo sea valorado como mera reparación del daño.

- 51 En el presente caso, la cámara penal habría fundado la puesta en peligro patrimonial con las mismas circunstancias y valoraciones de las cuales habría derivado la lesión del deber de cuidar un patrimonio y, de este modo, habría perdido la diferencia de significado de esos elementos típicos. Independientemente de ello, la determinación del daño habría sido antirreglamentaria en virtud de errores al valorar las garantías reales, así como por falta de consideración de los cuestionados pagos de intereses durante dos años, provenientes del edificio prefabricado que fue objeto de crédito. Esto último habría sido criticado, con razón, por el Tribunal Superior Federal, pese a no haber mencionado un hecho, en el marco de la confirmación de su propio veredicto de culpabilidad, que pudiera ser subsumido en el concepto de perjuicio.
- 52 b) Los recurrentes consideran violado el art. 101, ap. 1, oración 2, de la Constitución en dos aspectos: por un lado, el Tribunal Superior Federal habría excedido su competencia como tribunal de revisión cuando modificó, en los hechos, el veredicto de culpabilidad mediante su enfoque divergente sobre la determinación del daño y cuando renunció al reenvío, exigible en sí mismo, en razón de una valoración hipotética de cuestiones probatorias. Por otro lado, la presidencia del Tribunal Regional de Berlín, a través de la modificación del plan de asignación de causas, habría suscitado intencionalmente la competencia de la Cámara Penal n.º 36 en el proceso seguido contra los recurrentes y, con esta atribución especial prohibida, los habría sacado de su juez natural.

IV.

- 53 1. El Fiscal General Federal tomó postura respecto de la queja constitucional. El gobierno federal se abstuvo de tomar posición. El presidente del Tribunal Superior Federal envió observaciones de los presidentes de las salas penales.
- 54 2. El Fiscal General Federal considera que el § 266, ap. 1, StGB es constitucional y que las quejas constitucionales son —en todo caso— infundadas.
- 55 a) Tanto de la letra del tipo de abuso como del de infidelidad podría extraerse un contenido lo suficientemente determinado que, a través de jurisprudencia consolidada, habría sido objeto de restricciones que aseguran la previsibilidad de la conducta punible. La norma cumpliría una función imprescindible en la protección del patrimonio; el alcance de su aplicación no presentaría ningún problema de determinación, sino simplemente una cuestión del fin de la norma y contenido regulatorio de la disposición.
- 56 El requisito de la lesión de un deber de cuidar un patrimonio, característico de la administración fraudulenta, representa un elemento típico lo suficientemente determinado también en la variante de infidelidad, si se toma en consideración la historia, la letra del texto, el fin de protección, la multiplicidad de formas, la estructura y la referencia a preceptos jurídicos extrapenales. Esto también valdría para la constelación de casos vinculados con reglas de conducta extrapenales, que establecería un margen de valoración y una discrecionalidad de decisión; en este sentido, el tipo habría sido objeto de una interpretación conforme a la Constitución a través de jurisprudencia consolidada. A esto no se le podría reprochar que aquí se trasladase una decisión del legislador a la jurisprudencia; a esta siempre podría y debería quedarle un cierto ámbito de concretización. Además, los hechos en cuestión difícilmente serían accesibles a una descripción abarcadora y abstracta. El acusado estaría suficientemente protegido de una interpretación desbordante: mediante el principio “*in dubio pro reo*” en el nivel de la constatación del hecho y, en general, mediante la exigencia de dolo y los requisitos que se le imponen a la constatación del dolo.
- 57 Con el requisito del perjuicio, el legislador habría elegido una expresión suficientemente determinada para caracterizar el resultado típico.
- 58 b) La interpretación del elemento “perjuicio patrimonial”, realizada por los jueces del hecho en el caso del recurrente I., no infringiría el art. 103, ap. 2, de la Constitución. Cuando el recurrente dejó fuera de los libros contables los valores patrimoniales que le correspondían a S. S.A., sin consentimiento del directorio central y en contra de indicaciones expresas, habría frustrado una compensación de la pérdida patrimonial ocasionada por la apertura anterior de la caja negra y, así, le habría irrogado un daño a S... AG. Aquí habría que contestar afirmativamente que se ha frustrado una expectativa de valor patrimonial. La interpretación del recurrente no sería constitucionalmente obligatoria —tampoco respecto del contorneo, comparativamente nítido, del

elemento de la irrogación de un perjuicio—. Respecto del problema de si la sustracción patrimonial a través de la creación de las llamadas cajas negras representa un daño en la modalidad de la puesta en peligro patrimonial equivalente a un daño, o de si en atención a las reglas de balances ya se habría producido una merma patrimonial definitiva, se trataría, en esencia, de la interpretación y aplicación de derecho común, sin referencia específica al derecho constitucional.

- 59 c) La condena del recurrente II. tampoco se basaría en una interpretación del § 266, ap. 1, StGB ilimitada o que excediera la letra del texto. En cuanto a las cláusulas generales o a las descripciones relativas, del estilo del § 43 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (GmbHG), el § 93, ap. 1, de la Ley de Sociedades Anónimas (AktG), el § 116 AktG, el § 87 AktG o el § 4, ap. 4, del Quinto Código de la Seguridad Social (SGB V), se habría formado una jurisprudencia que concretiza suficientemente el elemento típico de la violación del deber. Exigir que se examine de manera especial si la violación del deber constatada es de naturaleza particularmente grave no tendría apoyo en el texto de la norma. Tampoco sería obligatorio limitar la punibilidad a casos en los que el autor actuase para enriquecimiento propio, o imponerle exigencias a la valoración del aspecto subjetivo del hecho que excediesen la valoración de la prueba, la cual, de todos modos, debe realizarse cuidadosamente. La cámara penal podría considerar, sin más ni más, que el recurrente habría superado su margen de discrecionalidad, dado que de ningún modo se advertiría que hubiera aprobado los pagos como resultado de una ponderación.
- 60 d) La queja constitucional de los recurrentes III. 1) a 5) encontraría reparos ya en la admisibilidad. Las objeciones básicas de los recurrentes planteadas con la queja constitucional, dirigidas contra la constitucionalidad del § 266, StGB, así como su interpretación, no habrían sido suficientemente introducidas en el proceso de revisión; la objeción contra la errónea composición del tribunal habría sido planteada allí de manera formalmente insuficiente. Pero, de todos modos, esa queja constitucional también sería infundada.
- 61 aa) Según la jurisprudencia del Tribunal Superior Federal, no estaría dada una contrariedad al deber, respecto del otorgamiento de crédito como clásico negocio riesgoso, con el solo hecho de que luego no se reembolse el préstamo; la contrariedad al deber penalmente relevante comenzaría recién cuando el obligado a la fidelidad haya abandonado la senda de la actuación todavía económicamente sostenible, sin aprobación del titular del patrimonio. El Tribunal Superior Federal habría puesto de relieve los criterios relevantes en conexión con las indicaciones del § 18, KWG. El concepto acuñado por el Tribunal Superior Federal de la “grave violación del deber” precisamente no haría depender la punibilidad de valoraciones teñidas de subjetividad del juez respecto del “grado” de violación del deber, sino que subrayaría la extensión del margen de discrecionalidad que se le concede a quien tiene el poder de decisión. Esta interpretación — conforme a la constitución— del § 266, ap. 1, StGB habría sido seguida por los jueces al condenar a los recurrentes.

- 62 bb) La jurisprudencia también habría desarrollado criterios suficientemente claros para poder delimitar una puesta en peligro patrimonial típica, equivalente a un daño —cuya denominación de todos modos sería equívoca, dado que se requeriría una minusvalía actual—, de una situación de riesgo meramente abstracta, también, y justamente, en los grupos de casos aludidos de puesta en peligro por pago del monto de un préstamo. Aquí, el daño consistiría en que, desde el comienzo, el concederle el crédito al destinatario no hallaría una contraprestación del mismo valor. El empeoramiento económico resultante se verá reflejado en los balances, por regla general, ya en ese momento. La aplicación al caso concreto de los principios desarrollados por la jurisprudencia debería ser examinada simplemente según el parámetro de la prohibición de arbitrariedad y, de acuerdo con ello, no podría ser objetada. Constitucionalmente sería intrascendente que la cámara penal, al aplicar el derecho común, hubiera tenido que tener en consideración más estrictamente la circunstancia de que la tomadora del crédito sería capaz, durante un tiempo más, de pagar los impuestos con los ingresos por alquileres. Esta errónea valoración no fundaría arbitrariedad objetiva, ni demostraría una vinculación específica con las garantías del art. 103, ap. 2, de la Constitución. Además, el error jurídico —que en última instancia solo representa una laguna en la valoración de la prueba— ya habría sido constatado por el Tribunal Superior Federal, de manera que los impugnantes, en este aspecto, ya no tendrían agravio. De la resolución del Tribunal Superior Federal también podría extraerse suficientemente por qué la sala, pese a haber tomado en consideración los pagos de intereses realizados con los ingresos por alquileres, compartió la valoración del tribunal regional.
- 63 cc) Por último, tampoco estaría fundado el planteo de los recurrentes III. 1) a 5) respecto de la impugnación por violación del art. 101, ap. 1, oración 2, de la Constitución. El Tribunal Superior Federal se habría mantenido en el marco de sus competencias según el § 337, StPO cuando rechazó que la decisión del tribunal regional estuviera basada en una determinación errónea del daño. La modificación por parte del Tribunal Regional de Berlín del sistema de asignación de causas, que suscitó la competencia de la Cámara Penal n.º 36, también sería ajustada a las reglas constitucionales relativas al juez natural.

V.

- 64 Los recurrentes I. y III. 1) a 5) contestaron la toma de postura y profundizaron la alegación del recurso.

B.

- 65 Las quejas constitucionales de los recurrentes I. y II. son admisibles.
- 66 La queja constitucional de los recurrentes III. 1) a 5) también es admisible en cuanto cuestiona la violación del art. 103, ap. 2, de la Constitución. En contra de la opinión del Fiscal General Federal, los recurrentes agotaron debidamente la vía judicial y conforme al principio de subsidiariedad de la queja constitucional. El principio de subsidiariedad no modifica en nada el hecho de que las partes de un proceso judicial en general no están obligadas a invocar consideraciones u objeciones constitucionales (cf. BVerfGE t. 112, p. 50 <60 ss.>, con otras referencias).

C.

- 67 Las quejas constitucionales de los recurrentes I. y II. son infundadas. La queja constitucional de los recurrentes III. 1) a 5) es fundada; las resoluciones dictadas contra ellos, atacadas con la queja constitucional, violan el art. 103, ap. 2, de la Constitución.

I.

- 68 1. El art. 103, ap. 2, de la Constitución garantiza que un hecho solo pueda ser penado si la punibilidad estaba determinada por ley antes de que se cometiera el hecho. El significado de esta norma constitucional no se agota en la prohibición de la fundamentación consuetudinaria o retroactiva de la pena. El art. 103, ap. 2, de la Constitución establece, para el legislador, un mandato estricto de determinación y la respectiva prohibición, dirigida a la jurisprudencia, de fundamentar analógicamente la pena (stRspr, cf. BVerfGE t. 14, p. 174 <185>; t. 73, p. 206 <234>; t. 75, p. 329 <340>). Estas garantías sirven a un doble fin:
- 69 Por un lado, se ha de asegurar que el propio legislador decida de manera abstracta y general sobre la punibilidad. En esa medida, el art. 103, ap. 2, contiene una estricta reserva de ley que les prohíbe al poder ejecutivo y al judicial fijar los presupuestos normativos de una punición (cf. BVerfGE t. 75, p. 329 <341>, con otras referencias). Cuando decide sobre la conducta merecedora de pena, el legislador asume responsabilidad, democráticamente legitimada, por una forma de actuación soberana que cuenta entre las más intensas injerencias en la libertad individual; con qué alcance y en qué ámbitos un cuerpo político emplea, precisamente, el recurso del derecho penal como instrumento de control social constituye una decisión fundamental (cf. BVerfGE t. 123, p. 267 <408>).

- 70 Por otro lado, se trata de la protección, propia del Estado de derecho, del destinatario de la norma; todos deberían poder prever qué conducta está prohibida y conminada con pena. En este sentido, el art. 103, ap. 2, de la Constitución tiene una función garantizadora de la libertad (cf. BVerfGE t. 75, p. 329 <341> con otras referencias).
- 71 2. a) En consecuencia, el art. 103, ap. 2, de la Constitución, en su función de mandato de determinación, establece para el legislador la obligación de aclarar cuestiones esenciales de la punibilidad o de la impunidad en el proceso de formación de voluntad democrático-parlamentario y de describir los requisitos de la punibilidad de manera tan concreta que el alcance y el ámbito de aplicación de los tipos penales puedan ser reconocidos y que sea posible definirlos a través de la interpretación (cf. BVerfGE t. 75, p. 329 <340 s.>). Según esto, los principios generales de Estado de derecho, según los cuales en el ámbito del ejercicio de derechos fundamentales el legislador tiene que tomar por sí mismo todas las decisiones esenciales (cf. BVerfGE t. 101, p. 1 <34>; t. 108, p. 282 <312>) y tiene que redactar las disposiciones jurídicas de la forma más precisa posible según las particularidades del ámbito de la vida que se regule y tomando en consideración el fin de la norma (principio de claridad normativa, cf. BVerfGE t. 93, p. 213 <238>), rigen con especial rigurosidad en el ámbito del derecho penal material, que es de particular sensibilidad constitucional. Por ello, el mandato de determinación exige que el texto de la norma penal sea concebido de tal manera que, por regla general, los destinatarios de la norma puedan prever mediante el texto de la disposición legal si una conducta es punible o no (cf. BVerfGE t. 48, p. 48 <56 s.>; t. 92, p. 1 <12>).
- 72 b) Con todo, el legislador tiene que estar en condiciones, también en el derecho penal, de abarcar la diversidad de la vida (BVerfGE t. 28, p. 175 <183>; t. 47, p. 109 <120>). Si tuviera que detallar siempre cada tipo penal hasta el último pormenor, en lugar de limitarse a las disposiciones esenciales, pensadas para largo plazo, sobre presupuestos, forma y medida de la pena, existiría el riesgo de que las leyes se tornaran demasiado rígidas y casuísticas y que ya no pudieran corresponder al cambio de circunstancias o a la particularidad del caso concreto (cf. BVerfGE t. 14, p. 245 <251>).
- 73 En virtud de que a las normas penales se les exige generalidad y —en vinculación necesaria con ello— abstracción, es inevitable que en los casos concretos pueda ser dudoso si una conducta todavía se subsume en el tipo legal o no. El mandato de determinación no significa que el legislador esté obligado a describir todos los tipos penales exclusivamente con elementos típicos descriptivos cuyo significado sea directamente comprensible para cualquiera. No excluye de antemano, en el derecho penal, el empleo de conceptos que necesiten un contenido valorativo, ni tampoco de cláusulas generales (cf. BVerfGE t. 48, p. 48 <56 f.>; t. 92, p. 1 <12>; además, BVerfGE t. 75, p. 329 <341 s.>). El legislador también puede configurar tipos penales de tal manera que para interpretarlos haya que recurrir a disposiciones extrapenales. En la medida en

que no se trate de normas para completar leyes penales en blanco, esto no conlleva que también se deba medir las respectivas disposiciones extrapenales con el parámetro del mandato de determinación del art. 103, ap. 2, de la Constitución (cf. BVerfGE t. 78, p. 205 <213>).

- 74 c) Según todo esto, qué grado de determinación legal tiene que tener cada tipo penal no puede decirse de manera general (BVerfGE t. 28, p. 175 <183>). Por tanto, se debe decidir por vía de una consideración global valorativa y tomando en cuenta posibles regulaciones alternativas, si el legislador ha cumplido en el caso concreto la obligación que le impone el art. 103, ap. 2, de la Constitución. Deben ser examinadas las particularidades del respectivo tipo penal, incluyendo las circunstancias que llevan a la regulación legal (BVerfGE t. 28, p. 175 <183>), y el legislador tiene que fijar los presupuestos de punibilidad tanto más precisa y detalladamente cuanto más severa sea la pena con la que él conmine (BVerfGE t. 75, p. 329 <342>). También es importante el círculo de destinatarios de la norma (BVerfGE t. 48, p. 48 <57>).
- 75 El hecho de que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, en casos-límite excepcionalmente alcance con que únicamente sea reconocible el riesgo de una pena (BVerfGE t. 48, p. 48 <56 s.>; t. 92, p. 1 <12>), se debe a la inevitabilidad de imprecisiones en los límites. Además, los reparos constitucionales que podría provocar el alcance (de un elemento) del tipo luego de una observación aislada pueden ser superados por una amplia conformidad respecto de un significado más estrecho, en especial por una jurisprudencia consolidada de los tribunales superiores (cf. BVerfGE t. 26, p. 41 <43>; t. 87, p. 209 <226 s.>; t. 92, p. 1 <18>). La sola circunstancia de que, con una interpretación extensiva que no agota las posibilidades de la letra del texto, una ley también abarcaría casos que el legislador parlamentario no habría querido penar, no la torna inconstitucional en tanto sea posible una interpretación restrictiva y precisa (cf. BVerfGE t. 87, p. 399 <411>).
- 76 3. Para los tribunales penales, el principio “*nulla poena sine lege*” contiene obligaciones en varios aspectos.
- 77 a) El legislador, y no el juez, está llamado a decidir sobre la punibilidad (cf. BVerfGE t. 71, p. 108 <116>; t. 92, p. 1 <19>). El legislador tiene que decidir si, y con qué alcance, quiere defender precisamente con los medios del derecho penal un determinado bien jurídico cuya protección le parece esencial y necesaria. A los tribunales les está vedado corregir su decisión (BVerfGE t. 92, p. 1 <13>). En casos que no están cubiertos por la letra de una norma penal, tienen que alcanzar una absolución y no pueden intervenir con correcciones (cf. BVerfGE t. 64, p. 389 <393>). Esto también vale cuando, a causa del mandato de determinación, caen fuera del ámbito de aplicación de una ley penal casos particulares de características especiales, a pesar de que puedan parecer tan merecedores de pena como la conducta criminalizada. Es, pues, asunto del legislador decidir si quiere dejar que exista esa laguna de punibilidad o si quiere rellenarla con una nueva regulación (BVerfGE t. 92, p. 1 <13>). Como es sabido, de la exigencia de determinación legal se sigue una

- prohibición de fundamentación analógica o consuetudinaria de la pena. Al respecto, “analogía” no debe ser entendida en sentido técnico estricto; antes bien, queda excluida toda aplicación del derecho que —extendiendo el tipo— exceda el contenido de una norma sancionatoria legal, pues el sentido posible del texto, en cuanto límite máximo de interpretación judicial permitida, tiene que ser definido desde el punto de vista del destinatario de la norma (stRspr, cf. BVerfGE t. 71, p. 108 <115>; t. 82, p. 236 <269>; t. 92, p. 1 <12>).
- 78 b) De acuerdo con ello, la interpretación de los conceptos con los cuales el legislador ha caracterizado la conducta conminada con pena no puede conducir a que, en definitiva, se anule nuevamente la restricción de la punibilidad lograda de esa manera. Los elementos de los tipos penales en particular, entonces, no pueden ser interpretados, incluso dentro del sentido posible de las palabras, de manera tan extensa que se fundan con otros elementos típicos, es decir, que necesariamente sean realizados junto con los otros (alisamiento o disolución de los límites de los elementos típicos; cf. BVerfGE t. 87, p. 209 <229>; t. 92, p. 1 <16 s.>).
- 79 c) Pero también entra en consideración que, con una interpretación metodológicamente correcta, una conducta no esté conminada con pena a pesar de que podría estar abarcada por el texto del legislador. En tal caso, tampoco se puede hacer punible, mediante una decisión de los tribunales, una conducta que según la voluntad del legislador es impune (cf. BVerfGE t. 87, p. 209 <224> con otras referencias). Antes bien, esto tiene que ser respetado por los tribunales y, en caso necesario, tiene que ser asegurado a través de una interpretación restrictiva del texto de la norma que ha sido redactada con amplitud (cf. BVerfGE t. 82, p. 236 <270 s.>; t. 87, p. 399 <411>); en definitiva, hay que absolver.
- 80 d) Además, el art. 103, ap. 2, de la Constitución contiene indicaciones para tratar tipos y elementos típicos de redacción amplia. Los tribunales no pueden, mediante una interpretación abstrusa o mediante un entendimiento de la norma que no permita reconocer contornos claros, contribuir a que se incremente la inseguridad existente respecto del ámbito de aplicación de una norma y, así, alejarse aún más del fin del art. 103, ap. 2, de la Constitución (cf. BVerfGE t. 71, p. 108 <121>; t. 87, p. 209 <224 ss., 229>; t. 92, p. 1 <19>). Por otra parte, la jurisprudencia, en lo posible, tiene que disipar la falta de claridad restante respecto del ámbito de aplicación de una norma a través de la precisión y concreción, por vía de la interpretación (mandato de precisión). Este deber es de particular importancia en aquellos tipos que el legislador ha redactado, en el marco de lo permitido por el uso de cláusulas generales, de manera relativamente amplia e imprecisa. A la jurisprudencia le cabe una obligación especial de intervenir para que se puedan conocer los presupuestos de la punibilidad, justamente en constelaciones de casos en las que el destinatario de la norma apenas puede reconocer, según el tipo legal, la posibilidad de una pena y en las que recién en razón de una jurisprudencia consolidada puede lograrse una base confiable para interpretar y aplicar la norma (cf. BVerfGE t. 26, p. 41 <43>; t. 45, p. 363 <371

s.>). También puede plasmarse en exigencias dirigidas a la configuración de los cambios de jurisprudencia que exceden los principios generales de la protección de la confianza (cf. al respecto BVerfGE t. 74, p. 129 <155 s.>; t. 122, p. 248 <277 s.>).

- 81 e) En el examen constitucional de la cuestión de si los tribunales penales han cumplido con estas indicaciones que se siguen del art. 103, ap. 2, de la Constitución, el Tribunal Constitucional Federal no está limitado a realizar un control de mera razonabilidad. La estricta reserva de ley expresada en el art. 103, ap. 2, de la Constitución eleva la intensidad del control de constitucionalidad. Tanto el exceso de los límites de la ley penal, como también el contorno y la especificación de su contenido atañen a la decisión sobre la punibilidad y, así, a la delimitación entre el poder judicial y el legislativo. El Tribunal Constitucional Federal es competente para elucidar las cuestiones planteadas.
- 82 Si los tribunales basan la interpretación y aplicación de la norma penal en una idea consolidada de un elemento típico o de la norma en conjunto, el Tribunal Constitucional Federal examina la existencia de tal entendimiento consolidado en todo su alcance (cf. BVerfGE t. 92, p. 1 <18>; t. 92, p. 1 <23 ss.> - voto disidente). Lo mismo vale cuando la punibilidad de una norma de redacción amplia es limitada mediante premisas mayores más complejas y consolidadas, tal como pueden hallarse, p. ej., en la configuración de grupos de casos y en las especificaciones de los requisitos de la norma penal vinculadas con estos. En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal examina si los tribunales, al aplicar e interpretar la norma penal, se han mantenido dentro de las premisas mayores desarrolladas hasta el momento, que concretizan la norma, y, dado el caso, si han continuado su desarrollo de manera consecuente en el marco de la ley penal, así como si las han tomado por base para valorar el caso concreto.
- 83 En cambio, un entendimiento consolidado de la norma —dado el caso, consolidado mediante premisas mayores de tribunales superiores— es sometido a control de contenido por parte del Tribunal Constitucional Federal solo para constatar que no sea evidentemente inidóneo para contornear la norma (cf. BVerfGE t. 26, p. 41 <43>, en donde se señala —solo a modo de refuerzo— que la interpretación consolidada debe ser “generalmente reconocida”). En esa medida —así como con respecto a la aplicación de la norma penal contorneada y especificada, dado el caso, mediante premisas mayores—, en principio no se plantean cuestiones de derecho constitucional. El control constitucional de las decisiones de tribunales penales según el parámetro del art. 103, ap. 2, de la Constitución no afecta la competencia de los tribunales para interpretar y aplicar la norma penal, sobre todo del Tribunal Constitucional Federal.

II.

- 84 Según estos parámetros, el tipo de la administración fraudulenta, en su redacción actual, todavía tiene que ser compatibilizado con el mandato de determinación del art. 103, ap. 2, de la Constitución. El § 266, ap. 1, StGB permite reconocer claramente un bien jurídico, así como los riesgos particulares de los cuales lo quiso proteger el legislador con ayuda de este tipo penal (1.). Con este trasfondo, el tipo todavía puede ser interpretado de manera restrictiva y especificadora, a pesar de su amplitud y de la relativa imprecisión aparejada (2.), para que sean tomados adecuadamente en consideración los reparos que surgen bajo el punto de vista de la certeza suficiente (3.).
- 85 1. a) El § 266, ap. 1, StGB protege el patrimonio en el sentido de la totalidad de los bienes de valor monetario de una persona (cf. BGHSt t. 43, p. 293 <297>; BGH, fallo del 20 de julio de 1999, 1 StR 668/98, NJW 2000, p. 154 <155>; Fischer, Strafgesetzbuch, 57.^a ed. 2010, § 266 n.º m. 2; Kühl, Strafgesetzbuch, 26.^a ed. 2007, § 266 n.º m. 1; Lenckner/Perron, en: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 27.^a ed. 2006, § 266 n.º m. 1; Schünemann, en: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, t. 7, 11.^a ed. 1998, § 266 n.º m. 28). Con ello, el bien jurídico es caracterizado de modo claro. Cuando —aisladamente— se sostiene la opinión de que también se protege la confianza (individual o colectiva) en la honestidad del tráfico jurídico y económico (cf., p. ej., Dunkel, GA 1977, p. 329 <334 s.>), se trata, en todo caso, de un aspecto complementario que, en particular, no cambia en nada que solo un “perjuicio patrimonial” puede ser “perjuicio” en el sentido del tipo penal (cf. Fischer, lug. cit., § 266 n.º m. 110; Kühl, lug. cit., § 266 n.º m. 16).
- 86 b) A diferencia de otros delitos patrimoniales, el tipo de la administración fraudulenta ha de proteger al titular del patrimonio de daños “desde adentro hacia afuera” (Schünemann, NSStZ 2005, p. 473 <474>); el tipo penal de la administración fraudulenta contrarresta la vulnerabilidad del titular del patrimonio que pone sus intereses económicos en manos ajenas y que depende de la honestidad del mandatario (Perron, GA 2009, p. 219 <223>).
- 87 c) En vista de la desintegración de la titularidad patrimonial y del poder de disposición del mandatario, que caracterizan a la economía moderna, este deseo del legislador es de alta y creciente importancia (cf. Kindhäuser, en: Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch, t. 2, 2.^a ed. 2005, § 266 n.º m. 3). Consecuentemente, en numerosos ordenamientos jurídicos europeos existen tipos penales que abarcan acciones “administrativas fraudulentas” de órganos societarios y otros administradores de patrimonios, con configuraciones que difieren en los detalles (cf. Cappel, Grenzen auf dem Weg zu einem europäischen Untreuestrafrecht, 2009, p. 187 ss.).
- 88 d) Frente a este panorama, así como también en vista de la historia del tipo, que se remonta a antes del año 1933 (cf. al respecto solo Mayer, Die Untreue im Zusammenhang der

Vermögensverbrechen, 1926), los valores en los que se basa la punibilidad de la administración fraudulenta no pueden ser considerados como ideología nacionalsocialista. La circunstancia de que el concepto de fidelidad haya sido objeto de abuso durante el nacionalsocialismo, tal como se menciona en la toma de postura del Fiscal General Federal (cf. también supra A.I.b), no conduce a otra conclusión. El hecho de que, desde 1949, el parlamento alemán se haya ocupado repetidas veces del tipo de la administración fraudulenta demuestra que el legislador democrático ha hecho suya la norma en su redacción vigente.

- 89 2. El programa regulatorio del legislador —vinculado a un interés en una protección efectiva y completa del patrimonio— ha dado lugar a una prescripción penal de muy amplio espectro y relativamente imprecisa.
- 90 El legislador ha renunciado, en gran medida, a crear tipos penales especiales para relaciones de confianza específicas, como los que, p. ej., se encontraban antes en el § 294 de la Ley de Sociedades Anónimas o que hoy en día existen en ciertos ordenamientos jurídicos extranjeros (cf., al respecto, Cappel, *Grenzen auf dem Weg zu einem europäischen Untreuestrafrecht*, 2009, pp. 198 ss.). La excepción más importante viene dada por los tipos del § 266a y del § 266b StGB, que son reacciones legislativas frente a la necesaria aplicación restrictiva del tipo de la administración fraudulenta por parte de la jurisprudencia. De ahí que el ámbito de aplicación del tipo de la administración fraudulenta se extienda, en la praxis actual, a ámbitos tan diversos como la concesión de créditos por parte la junta directiva de los bancos (BGHSt t. 46, p. 30; t. 47, p. 148), la concesión de premios por parte de juntas directivas de empresas públicas o privadas (véase también BGHSt t. 50, p. 331), el empleo de fondos públicos contrario al presupuesto (BGHSt t. 43, p. 293), la violación de las regulaciones del derecho de los partidos políticos (BGHSt t. 51, p. 100) o determinadas formas de aparición de la corrupción (cf., junto con la decisión impugnada, BGHSt t. 52, p. 323; BGH, sentencia del 27 de febrero de 1975, 4 StR 571/74, NJW 1975, p. 1234; sentencia del 9 de julio de 2009, 5 StR 263/08, NJW 2009, p. 3248). Con ello, la punibilidad por administración fraudulenta corre en paralelo a los tipos penales de regulaciones especiales como la Ley de Créditos (§§ 54 ss. KWG), la Ley de Sociedades Anónimas (§ 399 ss. AktG) y la Ley de Partidos Políticos (§ 31d PartG) o representa el único punto de partida jurídico-penal en aquellos ámbitos en los que faltan regulaciones especiales, como en el caso del derecho presupuestario (cf., al respecto, Coenen, *Die Strafbarkeit von Verstößen gegen das Haushaltsrecht bei der Bewirtschaftung öffentlicher Mittel*, 2000) o de ciertas formas de aparición del cohecho transnacional —hasta la aprobación de la ley del 10 de septiembre de 1998 respecto del protocolo concertado el 27 de septiembre de 1996 sobre protección penal de los intereses financieros de la Comunidad Europea (BGBl II, p. 2340) y de la ley del 10 de septiembre de 1998 de lucha contra el cohecho a funcionarios públicos extranjeros

en transacciones comerciales internacionales (BGBl II, p. 2327)— (cf. al respecto Saliger/Gaede, HRRS 2008, p. 57 <60 ss.>).

- 91 b) La consecuencia de esta concepción es que el tipo de la administración fraudulenta, en ambas variantes, está formulado de modo muy abstracto y es demasiado amplio. Igual de amplio es el margen para interpretarlo y también lo es la necesidad de interpretarlo.
- 92 aa) La ley identifica el círculo de destinatarios del tipo de infidelidad, en contraposición con la versión del tipo de la administración fraudulenta de 1871, exclusivamente por medio de una definición con un alto grado de abstracción: lo decisivo es el deber de “cuidar” o “administrar” intereses patrimoniales. Ambas expresiones indican, en su referencia a intereses patrimoniales ajenos, una actuación —relativa al patrimonio— a favor de un tercero o de respeto hacia un tercero. Según ello, a partir del sentido literal queda claro —solamente— que el tipo requiere una relación del autor con el (potencial) damnificado que implica una responsabilidad especial respecto de sus bienes materiales, que va más allá del deber, vigente para cualquier persona, de salvaguardar la esfera jurídica de terceros. Así surge, solamente según el texto, un ámbito de posible aplicación pronunciadamente amplio. Tal como lo expuso ya el Tribunal del Reich en su sentencia del 14 de diciembre de 1937 (RGSt t. 69, p. 58 <60 s.>), aquí *puede*
- 93 “entenderse todo círculo de tareas y actividades que tengan como objeto una actuación de alguna clase (por medio de un hacer, tolerar u omitir) sobre el patrimonio o partes del patrimonio de un tercero, que resulten necesarias o útiles [...]. Del texto de la ley no se puede extraer una conclusión forzosa en contra de una interpretación tan amplia. Incluso puede ser aplicado a relaciones contractuales o de servicio completamente secundarias, lo que incluso abarca una gran parte de los servicios de recados”.
- 94 Respecto de la facultad del autor de disponer sobre el patrimonio ajeno o de obligar a un tercero, que presupone el tipo de abuso (§ 266, ap. 1, variante 1, StGB), es verdad que se trata de conceptos definidos de modo exacto en el uso de lenguaje jurídico (cf. Fischer, Strafgesetzbuch, 57.^a ed. 2010, § 266 n.º m. 10 ss.; detalladamente Schönemann, en: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, t. 7, 11.^a ed. 1998, § 266 n.º m. 37 ss., 46) y que, sin dudas, también pueden ser comprendidos por el profano. Pero incluso así el círculo de destinatarios posibles del tipo de abuso es amplio y, de hecho, abarca, p. ej., a tenedores de cheques y títulos de crédito en su relación con el banco o con las emisoras de tarjetas de crédito.
- 95 bb) El elemento central de la violación a un deber de cuidar o administrar intereses patrimoniales ajenos, o bien el de abusar de facultades jurídicas, no solo es amplio en sí mismo, sino que además se remite adicionalmente a conjuntos de normas y valoraciones extrapenales que configuran las particularidades de la relación entre el titular del patrimonio y su administrador, y, recién así, determinan el contenido del deber —reforzado penalmente— y los parámetros para su violación (sobre la accesoriedad del tipo, cf. Beulke, en: Festschrift für Ulrich Eisenberg, 2009, p. 245

<250>; Hohmann, ZIS 2007, pp. 38 ss.; Rönnau, ZStW <2006>, p. 887 <905>). La contrariedad al deber de actuar, derivada de normas de derecho civil o público, está claramente delineada como presupuesto necesario de la punibilidad por administración fraudulenta. Sin embargo, su determinación en el caso concreto conlleva incertidumbres que no son irrelevantes.

- 96 El elemento de contrariedad al deber no se agota, como si fuese una especie de elemento en blanco, con una remisión a normas definidas con precisión (cf. Kubiciel, NStZ 2005, p. 353 <357 ss.>; Rönnau, *lug. cit.*, p. 887 <904>; sobre la problemática constitucional de los tipos en blanco, cf. solamente BVerfGE 75, 329); se trata más bien de un complejo elemento normativo del tipo (cf. BVerfGE 78, 205 <213>; Kubiciel, *lug. cit.*, Rönnau, *lug. cit.*, p. 887 <904>). En un primer momento, a quien debe aplicar la norma se le plantea la pregunta relativa a qué normas extrapenales debe consultar para valorar la contrariedad al deber. Después se plantea la cuestión de la interpretación de las normas relevantes, entre las cuales pueden encontrarse disposiciones con una considerable indeterminación o con carácter de cláusulas generales, pues del texto normativo del § 266 ap. 1 StGB no es posible deducir exigencias sobre la determinación de las normas en cuestión; en ese sentido, y solo a modo de ejemplo, tómesese como referencia las determinaciones del §§ 76, 93, 111, 116 AktG, pertinentes, en parte, para el caso los recurrentes III. 1) a 5) (cf., al respecto, BGHSt t. 47, p. 187 <192>; t. 50, p. 331 <336>; Kindhäuser, *lug. cit.*, § 266 n.º m. 58). Las dificultades interpretativas resultantes se incrementan si se le concede al obligado —como sucede en el caso de las normas citadas de la Ley de Sociedades Anónimas— un margen de acción propio con límites difíciles de determinar en abstracto (cf. § 93 ap. 1 oración 1 y 2 AktG; al respecto BGHSt t. 47, p. 187 <193 ss.>; cf. también BGHZ t. 135, p. 244; Hüffer, Aktiengesetz, 9.ª ed. 2010, § 93 n.º m. 1, 4 a).
- 97 cc) El tipo de la administración fraudulenta requiere, además, la producción de un perjuicio. Es cierto que el concepto de perjuicio para el patrimonio afectado tiene un contenido comprensible, en líneas generales (cf. BVerfG, decisión de la Cámara Segunda de la Sala Segunda del 10 de marzo de 2009, 2 BvR 1980/07, *juris*, n.º m. 24), pero presenta problemas interpretativos específicos justamente en el contexto del § 266 ap. 1 StGB.
- 98 (1) El sentido literal de “perjuicio” en el lenguaje cotidiano es el de “daño, pérdida, posición desfavorable” (Wahrig, *Deutsches Wörterbuch*, 8.ª ed. 2008, p. 1047); “algo que incide negativamente en alguien, que le causa menoscabo, que lo daña” (Duden, *Deutsches Universalwörterbuch*, 5.ª ed. 2003, p. 1120); o “un mal que aparece como disminución o empeoramiento, cualquier daño, pérdida, ruptura o menoscabo” (cf. Jacob y Wilhelm Grimm, *Deutsches Wörterbuch*, t. 7, reimpresión 1984, columna 184 s.). Por tanto, un perjuicio patrimonial en el sentido del § 266 ap. 1 StGB requiere forzosamente una comparación entre dos posiciones patrimoniales, de la cual tiene que surgir una diferencia (cf. Riemann, *Vermögensgefährdung und Vermögensschaden*, 1989, p. 6).

- 99 El elemento del perjuicio le da contornos al § 266 ap. 1 StGB sobre todo porque la ley exige, sin excepciones, la producción efectiva de un perjuicio, pues el legislador no conminó con pena la tentativa de administración fraudulenta. Es decir, la administración fraudulenta representa un delito de resultado lesivo puro o un delito de protección de la existencia, que requiere un ilícito de resultado (cf. Perron, en: Festschrift für Klaus Tiedemann, 2008, p. 737 <740>; Rönna, StV 2009, p. 246). Si resulta incierta la producción del daño, aunque haya sido posible su producción, corresponde absolver por el principio “*in dubio pro reo*”.
- 100 (2) No obstante, el elemento del perjuicio plantea problemas interpretativos de considerable importancia.
- 101 Por un lado, del texto no surge inequívocamente si el perjuicio provocado por la actuación abusiva o contraria al deber, mencionado en la ley, se refiere a la diferencia que surge de comparar el estado patrimonial anterior a la acción objetada con el posterior, o a la diferencia entre el saldo patrimonial resultante en el caso de un comportamiento conforme a deber y en el de un comportamiento contrario al deber. A este respecto, se pueden producir resultados diferentes sobre todo cuando al afectado —como el recurrente I— se le reprocha una omisión contraria a deber por no haber revelado bienes que le estaban ocultos al fiduciante, o bien no haber llevado a cabo la repatriación de bienes que “se creían perdidos” En estos casos, la punibilidad depende de la clase de comparación patrimonial y, con ello, de cómo se entiende la frase “y así le causa perjuicio”.
- 102 La necesidad de concretización también se puede deducir del hecho de que el patrimonio, en tanto bien jurídico y punto de referencia de la comparación a realizar, no es un objeto al que se pueda acceder directamente por medio de la percepción sensorial, sino que se trata de una dimensión económica, cuya extensión en un momento determinado surge recién a partir de una valoración. En este marco se requiere de la decisión acerca de qué posiciones patrimoniales ingresan en la determinación del valor y cómo se debe calcular su valor. A este respecto, pueden tener un rol consideraciones normativas que, bajo ciertas circunstancias, ponen en duda la autonomía del elemento del perjuicio frente al elemento de la contrariedad al deber y que dificultan, aún más, la posibilidad de trazar los contornos del concepto de perjuicio. Esto puede verse, p. ej., en las cuestiones relativas a en qué medida los incrementos de valor causados por el obligado pueden compensar las pérdidas producidas (cf., p. ej., BGH, sentencia del 6 de mayo de 1986, 4 StR 124/86, NStZ 1986, p. 455 <456>; Kühl, lug. cit., § 266 n.º m. 17b) y bajo qué circunstancias las pretensiones de compensación contra el autor deben ser computadas, excepcionalmente, como disminución del daño (cf. BGHSt t. 15, p. 342 <343 s.>; Dierlamm, en: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, t. 4, 2006, § 266 n.º 184 con otras referencias; Fischer, lug. cit., § 266 n.º m. 168; Waßmer, Untreue bei Risikogeschäften, 1997, pp. 126 ss.). Además, se debe tener en cuenta que la gestión de perjuicios patrimoniales o daños es, en general, un proceso dinámico

(cf. Fischer, NStZ-Sonderheft 2009, p. 8 <12>) cuya valoración puede depender fuertemente del momento de la investigación que se tome por base.

- 103 (3) Finalmente, es verdad que el requisito del perjuicio restringe la punibilidad por administración fraudulenta a casos en los que se da cierto resultado en forma de una merma patrimonial cuantificable. Empero, respecto del merecimiento de pena no dice nada autónomo, que pueda separarse de la cuestión de la contrariedad al deber. Pues justamente las relaciones “clásicas” de gestión patrimonial, como las que se producen entre el banco y su directorio, pueden caracterizarse por el considerable margen de actuación del obligado, al que pertenece, naturalmente, la asunción de riesgos de pérdidas. El hecho de que, p. ej., se produzca un daño patrimonial por la pérdida de un crédito todavía no justifica, por sí mismo, concluir que la junta directiva responsable por la concesión del crédito ha realizado un accionar no permitido y merecedor de pena de (cf. BGHSt t. 46, p. 30 <34>; Albrecht, en: Festschrift für Rainer Hamm, 2008, p. 1 <3>).
- 104 c) Más allá de los elementos mencionados, el tipo de la administración fraudulenta no contiene otros requisitos limitadores adicionales. Tampoco en el ámbito subjetivo impone grandes exigencias: respecto de todos los elementos objetivos del tipo tiene que haber solamente dolo eventual. El tipo no requiere la intención de dañar, que, en su versión de 1871, todavía exigía según su texto (cf. Perron, en: Jahresband der Juristischen Studiengesellschaft 2008, p. 45 <61>; sin embargo, en este caso el Tribunal del Reich interpretó la expresión “intencionalmente” como equivalente a “dolosamente”: bastaba con la consciencia de que la acción en cuestión perjudicaría el patrimonio protegido; cf. RG, sentencia del 10 de julio de 1888, GA 36 <1888>, p. 400 <401>), ni requiere —como sucede, p. ej., con el tipo de la estafa— una intención de enriquecerse (o de enriquecer a un tercero) por parte del autor (cf. BVerfG, decisión de la Cámara Segunda de la Sala Segunda del 10 de marzo de 2009, 2 BvR 1980/07, juris, n.º m. 35; BGHSt t. 51, p. 100 <121>).
- 105 3. El tipo de la administración fraudulenta permite una interpretación concretizante que la jurisprudencia ha puesto en práctica desde hace muchos años y que demostró ser sólida en su función limitadora del tipo.
- 106 a) De cara al círculo de destinatarios de la norma, el Tribunal del Reich ya partía de la base de que, según la voluntad del legislador, el ámbito de la administración fraudulenta punible no debía ser “ampliado inadecuadamente”. De la ley podía y tenía que deducirse (cf. RGSt t. 69, p. 58 <61 s.>) que el tipo de infidelidad
- 107 “está pensado para deberes o círculos de deberes que, según su duración, se extienden más a allá de un cierto tiempo o, según su alcance, se extienden más allá de meros casos individuales, de modo que el obligado tiene para su cumplimiento un cierto margen de actuación, una cierta libertad de movimiento o autonomía, por más que tal círculo de deberes, en cuanto a significado y

extensión, le vaya a la zaga, en más o en menos, al de un tutor, de un albacea o de otros administradores de patrimonios en sentido propio, y se asemeje más al de una gestión individual de negocios en el sentido del derecho civil”.

- 108 Por consiguiente, hoy en día se reconoce en la jurisprudencia y en la doctrina que la mera referencia de una obligación a intereses patrimoniales ajenos todavía no la convierte en un deber de cuidar el patrimonio en el sentido del § 266 ap. 1 variante 2 StGB. Entonces no es suficiente, en cuanto tal, el deber de cumplir un contrato, así como tampoco lo es el deber contractual accesorio y general (cf. § 241 ap. 2, § 242, § 311 ap. 2 BGB) de respetar los intereses (patrimoniales) del *partner*; el mero incumplimiento contractual no debe ser conminado con pena. Antes bien se requiere que el autor esté alcanzado por un deber, de contenido específico, de cuidar intereses patrimoniales ajenos (cf. BGHSt t. 1, p. 186 <188 s.>; Fischer, Strafrechtsgesetzbuch, 57.^a ed. 2010, § 266 n.º m. 35; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil, t. 1, 9.^a ed. 2003, p. 584). La jurisprudencia determina a través de una contemplación global si las tareas trasladadas a una persona son asuntos que tengan la significación de cuidar intereses patrimoniales. A este respecto resulta decisiva, sobre todo, la cuestión de si el cuidado del patrimonio en beneficio de terceros conforma el objeto principal de la relación jurídica y de si al obligado, al cuidar el patrimonio, le queda un cierto margen de actuación, una cierta libertad de movimiento o autonomía o, con otras palabras, la posibilidad de decidir, y ser responsable, dentro de un cierto margen de discrecionalidad (cf. BGHSt t. 1, p. 186 <188 s.>; t. 3, p. 289 <294>; t. 4, p. 170 <172>; t. 13, p. 315 <317>; otras referencias en Dierlamm, lug. cit., § 266 n.º m. 44; Fischer, lug. cit., § 266 n.º m. 29). Según la jurisprudencia, una posición calificada de este modo no solo es requisito del tipo de la infidelidad, sino también del tipo del abuso, de modo que, en particular, el uso tarjetas de cheques y de crédito en contra de lo acordado cae fuera del ámbito de aplicación del tipo de la administración fraudulenta (cf. BGHSt t. 24, p. 386; t. 33, p. 244).
- 109 La jurisprudencia consolidada en este ámbito es adecuada para limitar el ámbito de aplicación del tipo de la administración fraudulenta según la idea de protección, que está de trasfondo. Además, determina de antemano que en una gran parte de las situaciones usuales de la vida no entra en consideración la punibilidad por el tipo de administración fraudulenta. Esto rige, p. ej., para todas las partes contratantes en contratos conmutativos comunes, tales como contratos de compraventa o locación de obra, o respecto de empleados cuyo ámbito de actividad no presenta una relación específica con el patrimonio de su empleador (cf. Fischer, lug. cit., § 266 n.º m. 49, palabra clave “empleado”). Por otro lado, se debe distinguir un ámbito nuclear dentro del cual no queda seriamente ninguna duda de que existe un deber de cuidar el patrimonio y que, por tanto, es posible la punibilidad por el tipo de infidelidad; esto rige especialmente para los directorios de corporaciones de derecho privado o público, respecto del patrimonio de las instituciones que representan (cf. solamente Fischer, lug. cit., § 266 n.º m. 36, palabras clave “directorio de un

- banco”, “director de una agencia gubernamental”, “comisión directiva de un club”, “miembros del directorio”; Kiethe, WM 2003, p. 861 <867>).
- 110 b) La jurisprudencia de los tribunales superiores también ha concretizado suficientemente, con premisas mayores para grupos de casos específicos, el elemento de la contrariedad al deber, de tal manera que por regla general queda asegurada la previsibilidad de la punibilidad. La previsibilidad de la conminación penal y la coherencia del ordenamiento jurídico se encuentran vinculadas estrechamente. Los objetivos de la respectiva interpretación tienen que consistir, por mandato constitucional, en restringir la aplicación del tipo de la administración fraudulenta a casos claros y nítidos (evidentes) de actuación contraria al deber, en evitar contradicciones valorativas con la configuración de regulaciones sancionatorias específicas y en mantener el carácter de delito patrimonial del tipo de la administración fraudulenta. El desarrollo (progresivo) de medios dogmáticos idóneos para lograr este fin le incumbe, en primer lugar, a los tribunales penales y, particularmente, a los tribunales de revisión. Estos últimos, a los fines de que la aplicación del derecho sea calculable y predecible en ámbitos importantes de aplicación del tipo de la administración fraudulenta, tienen que hacer que estos medios dogmáticos sean fáciles de utilizar, mediante la construcción de premisas mayores para grupos específicos de casos que tengan en cuenta los criterios mencionados.
- 111 Es posible encontrar diferentes ejemplos de construcción de premisas mayores para grupos específicos de casos en la jurisprudencia reciente del Tribunal Superior Federal (cf. por ej., BGHSt t. 47, p. 187 sobre *sponsoring*; BGHSt t. 46, p. 30 y 47, 148 sobre concesión de créditos, más detalladamente, al respecto, *infra* III.3.a; BGHSt t. 50, p. 331 sobre el otorgamiento de premios por parte de sociedades anónimas). También tiene una función limitadora del tipo la jurisprudencia reciente que solo afirma la existencia de una violación al deber en el sentido del § 266 StGB si la violación es grave (cf. BGHSt t. 47, p. 148 <152 s.>; 47, 187 <197>; véase también, empero, BGHSt t. 50, p. 331 <343 ss.>; BGH, sentencia del 22 de noviembre de 2005, 1 StR 571/04, NJW 2006, p. 453 <454 s.>; en la doctrina, cf., de manera aprobatoria, Kutzner, NJW 2006, p. 3541 <3543>; en contra, Beckemper, NStZ 2002, p. 324 <326>; Sauer, wistra 2002, pp. 465 s.). La objeción que se ha alzado contra la jurisprudencia relativa a que del texto del tipo no es posible extraer el requisito de una violación grave al deber (Schünemann, NStZ 2005, p. 473 <475>) no resulta convincente, de cara a la mencionada necesidad de limitar (restricción) un texto demasiado abarcador. La objeción de los recurrentes III. 1) a 5) en el sentido de que aquí solo se abre un margen de valoración más amplio cuyas consecuencias en el caso individual serían imprevisibles, ignora que las violaciones graves al deber solo pueden afirmarse si son evidentes.
- 112 c) En el caso del elemento del perjuicio, la interpretación tiene que tener en cuenta la voluntad legislativa de establecer este elemento de forma autónoma junto al de la violación al deber; de ahí que la interpretación no pueda alisar este elemento con el de la violación al deber, es decir, no

puede permitir que sea absorbido por este último (sobre este peligro, cf. Saliger, ZStW t. 112 <2000>, p. 563 <610>; ídem, HRRS 2006, p. 10 <14>). Por esta razón, y para mantener la exigencia de la consumación, es necesario constatar de manera autónoma la existencia de un perjuicio. Al margen de los casos sencillos e inequívocos —p. ej., cuando es palpable un daño mínimo sin más ni más—, los tribunales penales tienen que cuantificar la magnitud del presunto perjuicio y exponer en los fundamentos de la sentencia, de modo económicamente comprensible, cómo lo averiguaron.

- 113 La averiguación necesaria y concreta del perjuicio no puede ser omitida, especialmente, con el argumento de que conlleva dificultades prácticas. Si, y en la medida en que, en la práctica económica se han desarrollado métodos idóneos para valorar las posiciones patrimoniales, los tribunales también tienen que utilizarlos como fundamento de sus juicios —dado el caso, a través de la consulta a un perito—. Se trata, al respecto, de apoyar la constatación del daño sobre un fundamento sólido, hacerla racionalmente comprensible y asegurarse de si en el caso individual, en definitiva, existe un fundamento lo suficientemente sólido como para constatar un perjuicio patrimonial o si, por el contrario, se está en un ámbito en el que todavía no puede hablarse de un daño numéricamente apreciable. En la medida en que persista la incertidumbre, se debe averiguar el daño (mínimo) por medio de un cálculo y teniendo en cuenta el principio de la duda (cf. BGHSt t. 30, p. 388 <390>; BGH, decisión del 20 de marzo de 2008, 1 StR 488/07, NJW 2008, p. 2451 <2452>; decisión del 18 de febrero de 2009, 1 StR 731/08, NStZ 2009, p. 330 <331>; decisión del 20 de octubre de 2009, 3 StR 410/09, juris, n.º 7).
- 114 Sin dudas, los aspectos normativos pueden tener un rol en la constatación del perjuicio. Empero, no pueden desplazar las consideraciones económicas, si es que ha de resguardarse el carácter de delito patrimonial y de resultado de la administración fraudulenta. Así, a modo de ejemplo, la utilización con fines ilícitos del patrimonio confiado no puede ser considerada *per se* como generadora de un perjuicio; antes bien, en esos casos todavía es necesario probar si el negocio prohibido fue perjudicial —según una consideración económica—.

III.

- 115 Las decisiones dictadas contra los recurrentes I y III satisfacen las exigencias que, según lo expuesto, se deben imponer al § 266 ap. 1 StGB, pero no las satisface la sentencia del Tribunal Regional de Berlín del 21 de marzo de 2007, dictada contra los recurrentes III. 1) a 5), ni la resolución del Tribunal Superior Federal del 4 de febrero de 2009, que rechazó el recurso de revisión dirigido contra aquella.

- 116 1. En el caso del recurrente I, el Tribunal Superior Federal consideró que la causación de un perjuicio típico equivalente a las sumas de dinero depositadas en cajas negras en el extranjero, de las que se hizo cargo el recurrente, consistió en que el recurrente no le entregó al grupo empresario esas sumas de dinero, que según el punto de vista del Tribunal Superior Federal ya estaban económicamente perdidas para el grupo empresario, sino que las mantuvo ocultas de forma permanentemente a partir de que se le dio acceso. Esta perspectiva no merece reparos constitucionales ni en cuanto al mérito (a), ni en cuanto al alcance (b).
- 117 a) Es compatible tanto con el texto del § 266 ap. 1 StGB, como con el mandato de interpretación restrictiva y especificante del tipo, el hecho de que el Tribunal Superior Federal haya reconocido en cuanto al mérito, en la conducta del recurrente, la irrogación de un perjuicio autónomo. Esto se corresponde con la jurisprudencia constitucional constante e incuestionada del Tribunal Constitucional Federal sobre el cálculo del daño en caso de frustración de perspectivas de ganancia.
- 118 aa) (1) Según la jurisprudencia actual y la doctrina dominante, el perjuicio patrimonial, en cuanto resultado de la administración fraudulenta, en principio debe ser examinado mediante una comparación del patrimonio total antes y después de la disposición objetada, según puntos de vista económicos (cf. BGHSt t. 47, p. 295 <301 s.>; BGH, resolución del 17 de agosto de 2006, 4 StR 117/06, NStZ-RR 2006, p. 378 <379>, en cada caso con otras referencias; Dierlamm, en: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, t. 4, 2006, § 266 n.º 178; Fischer, Strafgesetzbuch, 57.ª ed. 2010, § 266 n.º m. 115; Kühl, Strafgesetzbuch, 26.ª ed. 2007, § 266 n.º m. 17; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil, t. 1, 9.ª ed. 2003, p. 587). En cambio, el Tribunal del Reich había utilizado, en parte, la fórmula de que el perjuicio debía ser constatado “mediante la comparación entre el patrimonio que el dañado tendría sin el abuso de facultades o sin la violación al deber del autor, y el patrimonio que tiene como consecuencia de una de estas acciones u omisiones” (cf. RGSt t. 73, p. 283 <285>; resaltado añadido).
- 119 La jurisprudencia siempre aceptó un perjuicio incluso en los casos en los que la actuación del autor conducía a que no se realizaran perspectivas concretas y seguras de incremento patrimonial —la doctrina habla de “expectativas” o “esperanzas”— (cf. Schünemann, *lug. cit.*, § 266 n.º m. 135; Hefendehl, *Vermögensgefährdung und Exspektanzen*, 1994, pp. 25 ss.). Así, p. ej., ya el Tribunal del Reich reconoció que constituía un perjuicio relevante para la tipicidad el daño por pérdida de intereses resultante de la omisión de invertir el dinero (cf. RG, sentencia del 10 de julio de 1888, GA t. 36 <1888>, p. 400); el Tribunal Superior Federal afirma, en una jurisprudencia constante, que el tipo de la administración fraudulenta está completo si el autor, en un contrato especialmente ventajoso del titular del patrimonio con un tercero, frustra la posibilidad de cerrarlo porque le hace prometer al tercero una comisión, para el caso de que se cierre el contrato, que el tercero carga a cuenta del pago —correspondientemente más elevado— que iba

a realizar el titular del patrimonio (el llamado pago con *kickback*, cf. por ej., BGHSt t. 31, p. 232; t. 50, p. 299 <314 s.>; BGH, resolución del 20 de enero de 1984, 3 StR 520/83, wistra 1984, p. 109; sentencia del 8 de mayo de 2003, 4 StR 550/02, NStZ 2003, p. 540 <541>; sentencia del 9 de julio de 2009, 5 StR 263/08, NJW 2009, p. 3248).

- 120 La mayoría de la doctrina interpreta esta jurisprudencia en el sentido de que simplemente toma en consideración el valor patrimonial ya actual de perspectivas seguras de ganancia y, por tanto, no se aparta de la “comparación antes-después”, en la que debería basarse la constatación del perjuicio (cf., p. ej., Schünemann, en: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, t. 7, 11.ª ed. 1998, § 266 n.º 135; Dierlamm, lug. cit., § 266 n.º m. 185; un panorama de la doctrina en Hefendehl, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, 1994, p. 33 ss.). Esta reflexión se encuentra en consonancia con el cálculo del daño en la estafa, donde según el punto de vista dominante el daño solo puede consistir, igualmente, en una disminución del patrimonio existente con anterioridad a la disposición realizada mediante engaño (cf. solamente Fischer, lug. cit., § 263 n.º 88 ss.). En cambio, otros autores acentúan la diferencia con el tipo de la estafa, que residiría en el hecho de que el deber de cuidar el patrimonio del § 266 ap. 1 StGB también podría incluir el aumento del patrimonio protegido; si esto es así, entonces también las ganancias desaprovechadas que se correspondan con el § 252 BGB representarían un daño. En estos caso se consideraría como una disminución patrimonial relevante para la administración fraudulenta, a diferencia de lo que sucede con la “contemplación antes-después”, la falta de satisfacción de la pretensión que existe contra el autor (cf. Kindhäuser, en Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch, t. 2, 2.ª ed., 2005, § 266 n.º m. 97, 101; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 9.ª ed. 2007, p. 308).
- 121 (2) En lo que se refiere al derecho constitucional, en primer lugar se debe señalar que ambas posturas dogmáticas son compatibles con el texto del § 266 ap. 1 StGB; este no excluye, en sí mismo, que la diferencia generadora del perjuicio sea constatada mediante la comparación entre el estado actual, existente con posterioridad al comportamiento contrario al deber, y el estado que debería existir en el caso de una actuación conforme al deber, en lugar de comparar con el *statu quo ante*.
- 122 El mandato de una interpretación restrictiva y especificante del tipo de la administración fraudulenta tampoco se opone a las conclusiones a las que llega la jurisprudencia, ni a la fundamentación brindada para alcanzarlas. La suposición de que también las chances y las perspectivas de ganancias tienen relevancia y valor patrimonial se corresponde con las experiencias cotidianas de la economía que, p. ej., pueden observarse en el efecto que tienen las prognosis positivas de ganancias sobre la cotización de las acciones; esta suposición guarda correspondencia con la valoración negativa de las pérdidas esperadas en la figura del daño de puesta en peligro (al respecto, véase *infra* 3. b) aa)). Que, en cambio, tener en cuenta los incrementos patrimoniales esperados en la rendición de cuentas no esté permitido por el régimen jurídico de los balances, es

una consecuencia del principio de prudencia que rige el derecho del balance comercial, que en interés de la protección del tráfico antepone una infravaloración a una posible sobrevaloración (cf. Großfeld, Bilanzrecht, 3.^a ed. 1998, n.º m 166 ss., 172; véase también Baumbach/Hopt/Merkt, Handelsgesetzbuch, 33.^a ed. 2008, § 252 n.º m. 10 ss., 13 ss.) y, en ese sentido, precisamente se aparta de una visión puramente económica. Bajo estas circunstancias, es una cuestión de construcción y formulación dogmática —que no resulta decisiva para la valoración jurídico-constitucional— la de si en los grupos de casos tratados aquí se habla de un quebrantamiento de expectativas con valor patrimonial ya existentes, o si más bien se gira la mirada hacia la diferencia entre el estado actual, existente al finalizar el comportamiento contrario al deber, y el estado que debería existir si se hubiese realizado la conducta conforme al deber. Si se elige esta última perspectiva, sin embargo, se deberá tener mucho cuidado para mantener el carácter autónomo y restrictivo de la punibilidad del elemento del perjuicio.

- 123 bb) En contra de la opinión de los recurrentes, en el caso en cuestión el Tribunal Superior Federal podía determinar la producción de un perjuicio por medio de la aplicación de estos principios, y a ello no se opone ninguna objeción constitucional. Para la Sala Penal 2.^a, lo decisivo para afirmar el perjuicio fue evidentemente (cf. BGHSt t. 52, p. 323 <336 s.>) el carácter definitivo y permanente con el que el recurrente se había decidido a favor de mantener las cajas negras y en contra de hacerlas públicas y devolverlas. Aquí es posible observar el elemento de encubrimiento, en el que ha hecho énfasis el Fiscal General Federal y que el recurrente pasa por alto. Alternativamente, es posible orientarse según una comparación de la situación patrimonial resultante de S... S.A. con la situación que habría existido en caso de una publicidad y una devolución conformes al deber. Tampoco era imprevisible que en el presente caso podría suponerse un perjuicio. Antes bien, en la jurisprudencia del Tribunal Superior Federal (cf. BGHSt t. 51, p. 100 <n.º m. 41 ss.>) estaba claramente instalada la figura de un perjuicio patrimonial por medio del mantenimiento persistente de un sistema de cajas en negro.
- 124 b) En lo atinente a la cuantía, el Tribunal Superior Federal estimó el daño —de manera económicamente comprensible y, por tanto, constitucionalmente irreprochable— según la suma total del dinero que el recurrente recibió y dejó en las cajas en negro; es decir, concretamente, (al menos) en los montos extraídos más tarde para pagar sobornos en los casos L... y R..., de EUR 2.650.000, EUR 2.987.000 millones y U\$S 483.990.
- 125 En la medida en que esto se basa en la premisa de que las sumas de dinero que estaban en las cajas en negro antes de ser recibidas por el recurrente ya no tenían valor económico para S... S.A., los argumentos brindados en contra por el recurrente desconocen las particularidades del caso concreto. Las cuentas en las que se hallaban las sumas de dinero no estaban a nombre de S... S.A. —tal como lo ha puesto de relieve el Tribunal Superior Federal (BGHSt t. 52, p. 323, <325 s., 333 s.>)—, sino a nombre de distintas empresas y de fundaciones de Liechtenstein, de manera

que S... S.A. no tenía ninguna pretensión jurídica de reintegro contra los bancos intervinientes, sino que, a lo sumo, habría podido proceder contra los empleados involucrados en la apertura de las cajas en negro. Sin embargo, las acciones de resarcimiento contra los autores en sí mismos, en principio, no deben ser tomadas en consideración para constatar el perjuicio, según la opinión completamente dominante (cf. Dierlamm, lug. cit., § 266 n.º m. 184 con otras referencias; Fischer, lug. cit., § 266 n.º m. 168; Waßmer, *Untreue bei Risikogeschäften*, 1997, p. 126 ss.). Esta excepción al punto de vista económico, que se requiere en principio, no es objetable constitucionalmente, porque claramente se corresponde con la concepción regulatoria del § 266 ap. 1 StGB y con la voluntad del legislador; sería contradictorio negar un daño a causa de la existencia de una pretensión de resarcimiento de daños (cf. Ransiek, *ZStW* <2004>, p. 634 <663 s.>). El derecho constitucional tampoco requería que el presente caso fuera equiparado con aquellas constelaciones de casos en las cuales la jurisprudencia niega un perjuicio típico porque el autor en todo momento se encontraba dispuesto y en condiciones de compensar completamente el déficit con sus propios medios líquidos (cf. solamente BGHSt t. 15, p. 342 <343 s.>; BGH, resolución del 30 de octubre de 2003, 3 StR 276/03, *NSZ-RR* 2004, p. 54).

126 2. También en el caso del recurrente II, tanto el tribunal regional como el Tribunal Superior Federal aplicaron el tipo de la administración fraudulenta de modo constitucionalmente inobjetable; en especial, en contra de la postura del recurrente, no se le pueden oponer objeciones constitucionales a la interpretación del elemento de la contrariedad al deber. Esta se mantiene dentro de los límites del texto de la norma y también cumple con las exigencias de interpretación restrictiva. Con ello, al mismo tiempo queda excluido que se haya menoscabado la prohibición general de arbitrariedad según el art. 3, párr 1, GG.

127 El cumplimiento del principio de productividad y economía, según el § 4 ap. 4 SGB V, formaba parte de los deberes patrimonialmente relevantes del recurrente en relación con el seguro médico que él representaba. El Tribunal Regional de Kassel garantizó el mandato de delimitación, pues claramente restringió la punibilidad por administración fraudulenta a las violaciones evidentes y graves que el recurrente cometió contra aquel principio, en exceso de su margen de decisión (cf. BSGE t. 55, p. 277 <279>; BSG, sentencia del 29 de febrero de 1984, 8 RK 27/82, *juris*, n.º m. 20 ss.; Hoyningen-Huene, *BB* 1991, p. 1345 <1347 ss.>). Así, la sentencia expone que “en el ámbito del tipo de la administración fraudulenta, solo pueden ser relevantes las violaciones claras... pueden reconocerse sin más”, dado que el principio de productividad y economía “está normado en el § 4 ap. 4 SGB V, pero no se lo siguió concretizando”. No fue necesaria una discusión adicional sobre la jurisprudencia reciente del Tribunal Superior Federal que exige que la lesión al deber sea de carácter grave. En vista de la competencia básica que tenía el consejo administrativo, que limitaba el margen de actuación del recurrente, y de las circunstancias del caso

concreto, la cámara tampoco tenía que fundamentar con mayor solidez que como lo hizo su idea de que efectivamente se produjo una violación lo suficientemente agravada.

- 128 3. La sentencia dictada por el Tribunal Regional de Berlín el 21 de marzo de 2007 en contra de los recurrentes III. 1) a 5) es, en lo que se refiere al elemento del perjuicio, incompatible con las mencionadas exigencias constitucionales impuestas a la interpretación del § 266 ap. 1 StGB; en contra de la opinión del Tribunal Superior Federal, no es posible excluir que la condena de los recurrentes se base en tal violación.
- 129 a) De todos modos, no encuentran objeciones constitucionales la sentencia del tribunal regional y la resolución del Tribunal Superior Federal, en cuanto llegan a la conclusión de que los recurrentes, al aprobar (con efectos jurídico-civiles) el crédito en el caso P... II, violaron el deber de proteger los intereses patrimoniales de B...-H... S.A., que les incumbía en tanto miembros del directorio por los §§ 76, 82, 93 AktG.
- 130 aa) La cámara penal tomó como base de su valoración los parámetros desarrollados por el Tribunal Superior Federal para evaluar la contrariedad al deber de decisiones de otorgamiento de créditos. Según estos, conforme los principios reconocidos en la práctica bancaria los créditos solo pueden ser otorgados después de un examen de solvencia amplio y cuidadoso; se da una violación del deber en el sentido del § 266 StGB cuando quienes toman decisiones han lesionado gravemente, al conceder el crédito, sus deberes bancarios de informarse y examinar las condiciones económicas del tomador de crédito (BGHSt t. 47, p. 148 <150>). El Tribunal Superior Federal lo especifica en el sentido de que la conclusión de que un crédito ha sido aprobado de manera contraria al deber requiere que el tribunal de primera instancia analice detalladamente todas las circunstancias relevantes, en especial las condiciones patrimoniales del tomador del crédito, la utilización que se le dará al crédito y las perspectivas del negocio planeado. Toda aprobación de crédito sería, por su naturaleza, un negocio riesgoso. Al conceder un crédito deberían ser ponderados, sobre la base de una amplia información, estos riesgos frente a las chances resultantes. Si esta ponderación ha sido llevada a cabo cuidadosamente, no podrá afirmarse que se ha violado el deber por el hecho de que posteriormente el proyecto entre en crisis (BGHSt t. 46, p. 30 <33 s.>).
- 131 Según la opinión del Tribunal Superior Federal, los indicios fácticos de que la evaluación del riesgo no ha sido suficiente pueden derivarse, especialmente, de que los deberes de informarse fueron desatendidos, de que quienes tomaban decisiones no contaban con las facultades necesarias, de que, en relación con la aprobación del crédito, se brindaron datos incorrectos o incompletos a corresponsables o a personas que tenían la facultad o el derecho de vigilar, de que no fueron mantenidos los fines anunciados, de que fueron superados los límites máximos de crédito o de que quienes estaban a cargo de la decisión actuaron en su propio interés (cf. BGHSt t. 46, p. 30 <34>). Además, también pueden surgir indicios de una violación al deber relevante para una administración fraudulenta, del hecho de que no se haya cumplido el deber regulado en el § 18,

oración 1, KWG de dar publicidad a las condiciones económicas, aun cuando los deberes de informarse, cuya negligencia generaría una contrariedad al deber en el sentido del tipo de la administración fraudulenta, no fueran completamente coincidentes con el deber del § 18 KWG. Para seguir explicando los deberes bancarios de cuidado que han de observarse al analizar la solvencia, los cuales concretizan los límites de las potestades jurídicas de los directores de bancos en lo que se refiere a la concesión de créditos, el Tribunal Superior Federal recurre también a la circular sobre el § 18 KWG publicada por la Autoridad Federal de Supervisión Financiera (anteriormente: Oficina Federal de Supervisión del Sistema Crediticio) (cf. BGHSt t. 47, p. 148 <150 ss.>).

- 132 bb) Estos estándares satisfacen las exigencias constitucionales expuestas respecto de la interpretación del elemento de la violación del deber de cuidar un patrimonio. Convierten la violación del deber dentro de una la relación interna entre el banco y sus directivos (en el caso de una sociedad anónima, los miembros del directorio) en una condición necesaria, pero no suficiente, para constatar que se ha violado el deber de cuidar un patrimonio en el sentido del tipo de la administración fraudulenta. En especial, se mantiene dentro del marco de interpretación del § 266 ap. 1 StGB la afirmación usual del Tribunal Superior Federal de que forma parte de los deberes de un director de banco asegurar el cumplimiento de la disposición vinculante para el banco frente a terceros, lo que incluye los reglamentos de aplicación. También resulta patente la referencia patrimonial específica de los deberes que se surgen del § 18 KWG. La norma sirve, al menos fácticamente, para proteger el patrimonio del banco, independientemente de la cuestión de a quién beneficie esto en última instancia (cf. al respecto § 4 ap. 4 FinDAG; Bock, en: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, Kreditwesengesetz, 3.^a ed. 2008, § 18 n.º m. 3; Knauer, NStZ 2002, p. 399 <401>; Laskos, Die Strafbarkeit wegen Untreue bei der Kreditvergabe, 2001, p. 34).
- 133 Los parámetros desarrollados por el Tribunal Superior Federal han concretizado el tipo de la administración fraudulenta de modo suficiente en lo que se refiere a las concesiones de créditos (cf. Dierlamm/Links, NStZ 2000, p. 656; Gallandi, wistra 2001, p. 281) y garantizan que la conminación penal sea previsible. En todo caso, y en contra de la opinión del recurrente, de cara al presente caso no es necesaria constitucionalmente una mayor precisión. Al mismo tiempo, se debe tener en cuenta que la punibilidad por administración fraudulenta en el contexto de concesiones de créditos concierne a un círculo de personas a las cuales se les puede requerir, en virtud de su formación y experiencia, los conocimientos técnicos necesarios para aplicar al caso los estándares jurídicos (cf. BVerfGE t. 48, p. 48 <57>). Que los criterios mencionados por el Tribunal Superior Federal para determinar la contrariedad al deber obviamente no impliquen un catálogo obligatorio y concluyente, sino que son más bien indicios cuyos efectos indiciarios, por lo demás, pueden ser refutados (cf. Knauer, NStZ 2002, p. 399 <400>), se deriva de la decisión del

- legislador en contra de una estructura detallada del tipo, en razón de la cual tiene que quedar espacio para considerar las particularidades del caso individual.
- 134 cc) Ni en virtud de los fundamentos del recurso, ni en otra parte, es posible visualizar que la cámara penal, al examinar la situación de hecho concreta, se haya apartado de los principios expuestos.
- 135 b) En cambio, la interpretación y la aplicación del elemento del perjuicio realizada por el Tribunal Regional de Berlín resulta inconstitucional. Para constatar el perjuicio patrimonial, la cámara penal recurrió a la figura del daño de puesta en peligro. Es cierto que esta construcción dogmática no es objetable, en principio, desde el punto de vista del mandato constitucional de determinación. Pero las exigencias constitucionales ya desarrolladas respecto de la interpretación del tipo de la administración fraudulenta (aquí: del elemento del perjuicio) tienen que ser observadas también respecto del caso concreto. Esto es lo que no ha sucedido aquí.
- 136 aa) (1) La dogmática de la puesta en peligro patrimonial equivalente a un daño o del daño de puesta en peligro —en lo sucesivo, los conceptos serán utilizados como sinónimos— toma por base la suposición de que, según una consideración económica, bajo ciertas circunstancias el propio peligro de una pérdida futura puede importar una disminución actual del valor del patrimonio y, con ello, un daño o perjuicio consumado en el sentido de los §§ 263, 266 StGB (cf. ya la resolución de las Salas Penales en pleno del Tribunal del Reich del 20 de abril de 1887, RGSt t. 16, p. 1 <11>; al respecto, Fischer, StraFo 2008, p. 269 <270>).
- 137 Suponer un daño de puesta en peligro requiere, según jurisprudencia consolidada, que el patrimonio de la víctima sea puesto en peligro concreto por medio de la acción típica. Una situación de puesta en peligro abstracto no sería suficiente. Más bien se debería determinar, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso individual, si los afectados tendrían que haber confiado seriamente con que se producirán perjuicios económicos, es decir, que la producción de un daño era obvia, de modo que el valor del patrimonio ya se veía actualmente disminuido a causa del peligro de pérdida (cf. solo BGHSt t. 48, p. 354 <357 s.>; t. 51, p. 100 <113>; t. 52, p. 182 <188>; BayObLG, resolución del 20 de julio 1995, 4 StR RR 4/95, juris; OLG Hamm, resolución del 29 de abril de 1999, 2 Ws 71/99, juris; OLG Karlsruhe, resolución del 30 de agosto de 1989, 1 Ws 60/89, NStZ 1990, p. 82 <84>; OLG Stuttgart, sentencia del 19 de agosto de 1970, 1 Ss 318/70, NJW 1971, p. 64; otras referencias en Fischer, Strafgesetzbuch, 57.^a ed. 2010, § 266 n.º m. 150 ss.; Kindhäuser, lug. cit., § 266 n.º m. 110).
- 138 La categoría del daño de puesta en peligro también es reconocida en la doctrina, en principio, del modo más amplio (cf. solo Fischer, lug. cit., § 266 n.º m. 150; Kindhäuser, en: Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch, t. 2, 2.^a ed. 2005, § 266 n.º m. 110; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil, Teil, t. 1, 9.^a ed. 2003, pp. 587 s.; Schünemann, lug. cit., § 266 n.º 146). De todos modos, también existe una crítica extendida respecto de los

principios que utiliza la jurisprudencia para su determinación y su aplicación en el caso concreto; especialmente en tiempos recientes, es cada vez más usual la crítica de que la jurisprudencia ha extendido demasiado el ámbito de la puesta en peligro equivalente al daño (cf., p. ej., Albrecht, en: *Festschrift für Rainer Hamm*, 2008, p. 1 <2 s.>; Dierlamm, en: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 4, 2006, § 266 n.º m. 186, 195; Otto, *JZ* 1985, p. 69 <72>; ídem, *JZ* 1993, p. 652 <657>; Samson/Günther, en: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 266 n.º m. 45 <diciembre de 1996>; Weber, en: *Arzt/Weber, Strafrecht Besonderer Teil*, 2.ª ed. 2009, pp. 700 s.). Para una mejor delimitación se propone, p. ej., una orientación según si y en qué medida la situación de peligro todavía es controlable desde el punto de vista de la víctima (cf. Schünemann, *lug. cit.*, § 266 n.º m. 146), o se propone valorar si se da una puesta en peligro del patrimonio equivalente a un daño según criterios del derecho civil, especialmente según que el peligro para un bien patrimonial se haya intensificado tanto que el derecho civil reconocería una pretensión de resarcimiento del daño, de supresión o condicional (cf. Cramer, *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, 1968, pp. 130 ss.). Otros autores consideran que la puesta en peligro del patrimonio es lo suficientemente concreta e idónea para dañar solo si (en tanto consecuencia de la contrariedad al deber) puede convertirse directamente en un daño efectivo (cf. Matt/Saliger, en: *Irrwege der Strafgesetzgebung*, 1999, p. 217 <236>; Matt, *NJW* 2005, p. 389 <391>; sobre la problemática desde el punto de vista de la imputación objetiva, además, Perron, en: *Festschrift für Klaus Tiedemann*, 2008, p. 737 <744>). Finalmente, también se combinan los criterios mencionados (cf. Dierlamm, *lug. cit.*, § 266 n.º m. 165 ss.; un panorama detallado sobre el estado de las opiniones en Hefendehl, *Vermögensgefährdung und Exspektanzen*, 1994, pp. 49 ss.).

- 139 (2) Al equiparar los daños con las puestas en peligro (bajo ciertas circunstancias y en cierta medida), la jurisprudencia y la doctrina toman en consideración el hecho de que, en un sistema económico orientado por el mercado, los precios se forman a través del mecanismo de la oferta y la demanda, y que por eso también las expectativas futuras de los participantes en el mercado inciden en el precio que se puede alcanzar y, con ello, en el valor de las cosas (cf. Fischer, *NStZ-Sonderheft* 2009, p. 8 <11>).
- 140 Este hecho fundamental se vio reflejado en las disposiciones sobre valoración del régimen jurídico de los balances (respecto de su importancia en este contexto, cf. detalladamente Hefendehl, *lug. cit.*, pp. 169 ss., 448, 454 s.). Así, el § 253 ap. 4 HGB prevé, en interés de una valoración ajustada a la realidad, la posibilidad de efectuar deducciones para los bienes patrimoniales del activo circulante (a partir de sus costos de adquisición o fabricación, cf. § 253 ap. 1 oración 1 HGB), para calcularlos con el menor valor que surja del precio de bolsa o de mercado a la fecha de cierre del balance. Si no es posible fijar un precio de bolsa o de mercado y los costos de adquisición o fabricación superan el valor que se les ha de otorgar a los bienes patrimoniales a la

fecha del cierre, se debe practicar la deducción según ese valor. El menor valor que se ha de otorgar, en el sentido del § 253 ab. 4 HGB, es determinado por medio de la cuantía estimada del importe que probablemente se recibirá; a su vez, es necesario incluir los riesgos que conllevan individualmente los respectivos bienes patrimoniales y, dado el caso, los gastos futuros que están asociados a estos (por ej., los costos de recaudación) (cf. Ellrott/Ring, en: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 6.ª ed. 2006, § 253 HGB n.º m. 567).

- 141 De aquí se deduce directamente que es compatible con la práctica económica y con el uso general del lenguaje —relevante bajo el punto de vista del mandato de determinación— suponer ya un perjuicio actual con la existencia de un peligro concreto de una pérdida futura. Esto no es en sí mismo contradictorio, sino una consecuencia de la característica específica del bien jurídico “patrimonio”. Un planteo de esta clase tampoco cuestiona, en principio, la diferenciación que exige el legislador entre un “mero peligro”, por un lado, y un perjuicio actual, por el otro (al respecto, supra II. 2. b) cc) (1)): la corrección (negativa) del valor es la consecuencia de un riesgo reconocido; no es en sí misma idéntica a este riesgo ni a la pérdida futura probablemente esperada. Esta última se torna manifiesta en la cuantía del daño. Esta depende del riesgo pronosticado y por eso, como regla, no alcanzará el valor nominal total del bien patrimonial que corre peligro de pérdida; es decir, entre el daño esperado y el actual existe regularmente una diferencia cuantitativa (cf. BGH, resolución del 18 de febrero de 2009, 1 StR 731/08, NStZ 2009, p. 330 <331>; Schmitt, BKR 2006, p. 125 <130>; Riemann, Vermögensgefährdung und Vermögensschaden, 1989, p. 7). Por tanto, las expresiones “daño de puesta en peligro” o “puesta en peligro patrimonial equivalente a un daño” no indican, en autos, algo así como una categoría especial de delitos de puesta en peligro, creada judicialmente; lo que hacen, más bien, es describir no una amenaza de disminución patrimonial, sino una disminución patrimonial ya producida (cf. Fischer, StraFo 2008, p. 269 <271>; Brüning/Wimmer, ZJS 2009, p. 94 <97>; Otto, JZ 1985, p. 69 <72>; ídem, JZ 1993, p. 652 <658>; sobre la cuestión de si, en vista de lo dicho, esta terminología es la más feliz, cf., por un lado, Ransiek, ZStW <2004>, p. 634 <668>, así como BGH, resoluciones del 18 de febrero de 2009, 1 StR 731/08, NStZ 2009, p. 330 <331> y del 2 de marzo de 2008, 1 StR 488/07, NJW 2008, p. 2451 <2452>, por otro lado, Beulke/Witzigmann, JR 2008, p. 430 <433>; Fischer, StraFo 2008, p. 269 <275 s.>).

- 142 (3) Entre los objetos patrimoniales del activo circulante, respecto de los cuales existe, conforme el § 253 ap. 4 oración 1, 2 HGB, un deber de deducción a partir de un menor “valor a otorgar” a la fecha del cierre del balance, se encuentran, según el § 340e ap. 1 oración 2 HGB, básicamente, todos los créditos concedidos por bancos (cf. Schneider, BB 1995, p. 2155). Si, por falta de solvencia del deudor y de garantías, se puede advertir de manera concreta que se ha de contar con un incobrable parcial o total, se debe practicar, consecuentemente, una corrección del valor individual o incluso una deducción directa (cf. Fischer/Sittmann-Haury, IRZ 2006, p. 217

<222>), de modo que el patrimonio del banco, según la contemplación económica exigida, se modificará negativamente ya con la firma del contrato (el compromiso vinculante de crédito) a causa de la minusvalía de la pretensión de contraprestación (cf. BGH, resolución del 18 de febrero de 2009, 1 StR 731/08, NStZ 2009, p. 330 <331>; Hellmann, ZIS 2007, p. 433 <439 s.>; Martin, Bankuntreue, 2000, p. 122; Nack, NJW 1980, p. 1599 <1600>; ídem, StraFo 2008, p. 277 <279>; Ransiek, lug. cit., pp. 668 ss.; Schmitt, BKR 2006, p. 125 <130>).

- 143 En concordancia con esto, el Tribunal Superior Federal parte de la base de que en los casos de concesión de créditos puede surgir un daño de puesta en peligro ya por la minusvalía de la pretensión de pago de la deuda en comparación con el importe del préstamo concedido o a conceder (cf. BGHSt t. 47, p. 148 <157>; Schmitt, BKR 2006, p. 125 <130>; Hellmann, ZIS 2007, p. 433 <440>). Sobre esta concepción también se basa la averiguación del daño en el presente caso, y no se le puede oponer la conclusión, considerada absurda por los recurrentes (en sentido similar, Klötzer/Schilling, StraFo 2008, p. 303 <306>), de que los pagos de la deuda que efectivamente hayan sido mayores que lo esperado ya no tendrán el efecto de reducir el daño; un desarrollo posterior, imprevisible y afortunado no es apto para eliminar posteriormente la minusvalía económica que existió en un momento determinado —la cual, por lo que se puede ver, habría tendría pleno efecto si los bienes patrimoniales afectados hubieran sido enajenados en ese momento—.
- 144 bb) Aun cuando, por lo expuesto, no existan objeciones constitucionales fundamentales en contra de aplicar la figura dogmática del daño de puesta en peligro al tipo de la administración fraudulenta —y tampoco, precisamente, a los casos de concesión de créditos—, se constata, no obstante, que esto conlleva el riesgo de ampliar excesivamente el tipo de la administración fraudulenta.
- 145 (1) Las valuaciones y correcciones del valor de las deudas forman parte de la cotidianeidad comercial (cf. BGH, resolución del 18 de febrero de 2009, 1 StR 731/08, NStZ 2009, p. 330 <331> con muchas referencias; Nack, StraFo 2008, p. 277 <280>). No obstante, en el caso concreto —en especial en los casos de concesión de créditos— pueden requerir complejos análisis económicos. El menor “valor a otorgar”, en el sentido del § 253 ap. 4 HGB, usualmente no se reduce, en el caso de las deudas, a un precio de mercado o de bolsa, sino que resulta de las probabilidades de cobro a la fecha de cierre del balance (cf. Wimmer/Kusterer, DStR 2006, p. 2046). Es decir, se debe averiguar el valor en efectivo que previsiblemente alcanzarán los futuros pagos de intereses y de amortización (cf. Fischer/Sittmann-Hauray, IRZ 2006, p. 217 <223>; Wimmer/Kusterer, lug. cit., p. 2048; v. Heynitz/Jörg, BC 2003, p. 97 <98>) teniendo en consideración la solvencia del tomador del crédito y los réditos del crédito (cf. Schneider, BB 1995, p. 2155; respecto de la valuación de la solvencia, Wimmer/Kusterer, lug. cit., p. 2047), así como todas las circunstancias que tornen dudoso el cobro de la deuda (cf. Ellrott/Ring, en:

Beck'scher Bilanz-Kommentar, 6.ª ed. 2006, § 253 HGB n.º m. 569 ss.). Las garantías utilizables y los eventuales recursos de la deuda también deben ser tenidos en cuenta al determinar el riesgo de incumplimiento (cf. Ellrott/Ring, en: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 6.ª ed. 2006, § 253 HGB n.º m. 569 ss.; v. Heynitz/Jörg, *lug. cit.*, p. 98). La práctica bancaria está obligada a elaborar instrucciones de trabajo que documenten los criterios con los que se deben llevar a cabo las correcciones del valor individual; los requisitos mínimos establecidos por la Autoridad Federal de Supervisión Financiera sobre el manejo de riesgos por parte de las instituciones de crédito prevén que estas fijen criterios, p. ej., mediante un proceso interno de valoración de la deuda, sobre cuya base y tomando en consideración las normas de rendición de cuentas aplicadas se deben practicar las correcciones de valor, las deducciones y las reservas (circular 15/2009 del 14 de agosto de 2009, según el BTO 1.2; para ejemplos de principios para corregir el valor, cf. Nack, *StraFo* 2008, p. 277 <280>).

- 146 (2) En cambio, en los casos de daños de puesta en peligro, la jurisprudencia no considera absolutamente necesario constatar en concreto la cuantía del daño según estándares de valoración reconocidos.
- 147 Antes bien, la jurisprudencia generalmente parte de la base de que, en la realización de negocios riesgosos tales como la concesión de créditos, existe un daño de puesta en peligro cuando “se hacen negocios que se desvían ampliamente del mandato de cuidado comercial por el hecho de que frente a un peligro de pérdida extremadamente elevado solo existe una perspectiva altamente dudosa de un devenir favorable, y así el acusado ‘apuesta a todo o nada’ como en un juego de azar” (cf. *RGSt* t. 61, p. 211 <213>; t. 66, p. 255 <262>; Nack, *NJW* 1980, p. 1599 <1602>), o cuando el autor “como si fuese un jugador, conscientemente y contra las reglas de cuidado comercial, asume un riesgo de pérdida extremadamente elevado solo para obtener una perspectiva de éxito altamente dudosa”; pero con esto apenas se podría fijar una regla de valoración inequívoca, general y válida para cada caso particular (cf. *BGH*, sentencia del 27 de febrero de 1975, 4 *StR* 571/74, *NJW* 1975, p. 1234 <1236>; cf. además Laskos, *lug. cit.*, pp. 97 ss., 104 ss.). Si se presentan estos criterios, entonces la deuda, con su importe nominal, es catalogada como perjuicio patrimonial con forma de puesta en peligro patrimonial que, a causa de su alto riesgo de incumplimiento, equivale a un daño. Empero, en la medición de la pena se atiende a los “verdaderos” daños, porque se valora como atenuante de la culpabilidad que “solo” existió un daño de puesta en peligro (cf. Nack, *StraFo* 2008, p. 277 <280>). A favor de renunciar a la cuantificación del daño de puesta en peligro se aducen dificultades prácticas vinculadas con la valoración, que tampoco podrían ser superadas sin más con la intervención de peritos (cf. Nack, *lug. cit.*; Fischer, *NStZ-Sonderheft* 2009, p. 8 <12>).
- 148 (3) Severas objeciones constitucionales enfrenta el abandono de una determinación autónoma del perjuicio, la que, en vista de las dificultades de valoración en casos de concesión de créditos,

incluye, por regla general, parámetros usuales del ámbito económico para concretizar la cuantía del daño. Esta renuncia esquiva la función autónoma y limitadora de la punibilidad del elemento del perjuicio, porque en el lugar del punto de vista económico deseado por el legislador ingresa un punto de vista en gran parte teñido de consideraciones normativas, tal como lo demuestran las fórmulas citadas de la jurisprudencia (amplio apartamiento del mandato de cuidado comercial, actuación como un jugador). Con una interpretación de esta clase ya no se puede reconocer un elemento del perjuicio de contenido autónomo, que vaya más allá del elemento de la violación del deber de cuidar un patrimonio ajeno; se termina “alisando” los elementos del tipo, en contra de las intenciones legislativas (cf. Albrecht, lug. cit., p. 1 <2 s.>; Dierlamm, lug. cit., § 266 n.º m. 6).

- 149 Con ello, se burla la decisión del legislador en contra de la punibilidad por tentativa. Solo los efectos económicos concretos convierten un peligro de pérdida futura en un daño actual. Si se prescinde del cálculo comprensible, que por regla general debe ser demostrado con cifras, y de la denominación del daño (“de puesta en peligro”), existe el peligro de hacer una equiparación general y no diferenciada entre peligro de pérdida (futura) y daño (actual) (cf. Otto, JZ 1985, p. 69 <72>; ídem, JZ 1993, p. 652 <657>; Aldenhoff/Kuhn, ZIP 2004, p. 103 <106>). Solo una explicación y una determinación comprensible del daño y su extensión puede impedir que se produzca una punición por administración fraudulenta (consumada) cuando las probabilidades de pérdida son tan difusas o se mueven en ámbitos tan reducidos que la producción de un daño real se torna incierta, aunque todavía sea posible (cf. Dierlamm, NStZ 1997, p. 534 <535>; Ransiek, lug. cit., p. 661). En concordancia con ello, tanto la doctrina como también la jurisprudencia del Tribunal Superior Federal han expresado objeciones porque trasladar el concepto de puesta en peligro patrimonial equivalente a un daño, originalmente desarrollado para determinar el daño patrimonial en casos especiales de estafa, a la interpretación del concepto del perjuicio del § 266 ap. 1 StGB, podría conducir, en definitiva, a extender el tipo de la administración fraudulenta, de por sí extremadamente amplio, hasta llegar a un delito de mero peligro (cf. Dierlamm, en: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, t. 4, 2006, § 266 n.º m. 186, 195; Fischer, Strafgesetzbuch, 57.ª ed. 2010, § 266 n.º m. 159 con otras referencias; Samson/Günther, en: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 266 n.º m. 45 <diciembre de 1996>; BGHSt t. 51, p. 100 <121 ss.>).

- 150 (4) Para evitar tal ampliación inconstitucional del tipo de la administración fraudulenta en los casos de daño de puesta en peligro, es necesario —pero también suficiente— cumplir estrictamente con los parámetros ya explicados para una interpretación especificadora y restrictiva del elemento del perjuicio. Según esto, los tribunales tienen que constatar de manera económicamente comprensible también los daños de puesta en peligro también. Se han de tener en consideración procesos y parámetros de valuación reconocidos; en la medida en que se deban realizar análisis económicos complejos, será necesario consultar a un perito. El libre margen de

prognosis y juzgamiento que inevitablemente se produce en el caso de la valoración que hay que realizar aquí, debe ser completado con una evaluación cuidadosa. En caso de duda, hay que absolver.

- 151 cc) Las decisiones del tribunal regional y del Tribunal Superior Federal lesionan el mandato de determinación del art. 103 ap. 2 GG, porque, en el caso P... II, afirman que se ha producido un daño patrimonial a pesar de que no se practicó la constatación, de acuerdo con las exigencias constitucionales, del perjuicio que el recurrente podría haber causado por medio de la concesión del crédito contraria al deber.
- 152 (1) Aquí puede quedar sin decidir la cuestión de si la determinación concreta del daño por parte del tribunal regional todavía se mantiene en el marco de la jurisprudencia consolidada de los tribunales superiores. Pues la jurisprudencia de los tribunales superiores también estaría constitucionalmente impedida de ignorar la decisión del legislador respecto del significado autónomo del elemento típico del “perjuicio”. Por eso, la decisión del tribunal regional recurrida lesiona las exigencias de determinación del art. 103 ap. 2 GG, porque no calcula de modo suficientemente concreto el daño patrimonial exigido como perjuicio, sino que, en última instancia, lo extrae valorativamente de la contrariedad al deber que afirmó antes.
- 153 Tal como también señaló el Tribunal Superior Federal, fue incorrecto suponer, como lo hizo el tribunal regional, que el reclamo de reembolso del préstamo carecía de todo valor, a partir de un cálculo que incluía exclusivamente las garantías reales. Las objeciones del Tribunal Superior Federal contra la determinación del daño del tribunal regional se fundan claramente en los siguientes déficits de cálculo: a partir de que el modelo de negocios del tomador del préstamo preveía el reintegro del crédito con los ingresos de alquileres y enajenaciones de los objetos financiados, se tendría que haber calculado qué perspectivas concretas de ganancias existían para el tomador del préstamo al momento de la concesión del crédito y qué incidencia tenían sobre el valor intrínseco del crédito. En efecto, de la sentencia del tribunal regional no se pueden extraer los puntos de conexión fácticos para realizar tal cálculo; faltan averiguaciones respecto de la cuantía concreta de los ingresos por alquileres al momento de la concesión del crédito, así como tampoco se expresa el punto de vista que ellos tenían sobre el desarrollo futuro que se podía esperar siendo realista. Incluso son incompletos los datos respecto del valor nominal de la deuda crediticia; en este sentido, la cámara penal se basó en una pretensión de reembolso puro, sin expedirse claramente sobre el monto de los intereses, a pesar de que, en el marco de un cálculo económico, se los debería haber tenido en cuenta (cf. Nack, StraFo 2008, p. 277 <279>). Por lo demás, el cálculo del valor de la deuda requería un análisis de los procesos de valuación habituales en la práctica bancaria y, por tanto, evidentemente no podía ser practicado sin consultar a un perito.

- 154 Por el contrario, cuando, para afirmar que el reclamo de reembolso del préstamo carecía de todo valor, el tribunal regional se remite expresamente a las constataciones realizadas sobre la contrariedad al deber y de eso deriva un “peligro de pérdida extremadamente elevado ante una perspectiva altamente dudosa de un devenir favorable y, por tanto, una puesta en peligro que resulta muchísimo más alta que el riesgo general de los negocios crediticios”, deja en claro, en el caso concreto, que renunciar a determinar el daño mediante criterios económicos conlleva un alisamiento de los elementos típicos que abandona el contenido autónomo del elemento del perjuicio. Con ello, en violación del art. 103 ap. 2 GG se reduce la función que tiene el perjuicio en el § 266 ap. 1 StGB, consistente en limitar el tipo.
- 155 (2) No obstante, el Tribunal Superior Federal infirió del contexto de la sentencia que, en definitiva, esto no tuvo un efecto perjudicial para los recurrentes sobre la determinación del perjuicio patrimonial ni sobre el cálculo de su extensión y que la sentencia del tribunal regional no se basó en ese defecto. Estas consideraciones solo pueden ser entendidas en el sentido de que tampoco el Tribunal Superior Federal ha tenido suficientemente en cuenta el significado autónomo del elemento típico “perjuicio” del § 266 ap. 1 StGB, ni su función limitadora de la punibilidad, y que solo dirigió su mirada al cumplimiento del elemento de la contrariedad al deber.
- 156 El Tribunal Superior Federal ve una puesta en peligro patrimonial típicamente relevante en el sentido del § 266 StGB en el hecho de que los recurrentes habrían asumido un riesgo demasiado elevado al conceder el crédito, porque —a diferencia de las otras concesiones de crédito imputadas (L... III, S...)— no habría contado con un margen de seguridad suficiente. Este riesgo, conocido por los recurrentes, se habría plasmado luego en una respectiva puesta en peligro patrimonial, que externamente habría sido notoria (el tribunal hace referencia a viviendas vacías, correcciones de valores, suspensión de reintegros). Según esto, y considerando los riesgos asumidos por los recurrentes de manera contraria al deber (peligro de desarrollo negativo del plan de negocios de los edificios prefabricados, a causa de cálculos de modernización que eran, como mínimo, extremadamente exiguos y fueron realizados con falta de capital de reserva; historial de crédito rechazado inmediatamente antes), en definitiva no habría dudas de que un enfoque básicamente divergente y más adecuado para determinar el perjuicio no habría conducido a un resultado más favorable para los recurrentes. Al respecto, el Tribunal Superior Federal expresa, además: “Esto vale para el crédito en el que se basa la condena, en vista de que se ha comprobado el desarrollo negativo global incluso si se toma en consideración, como resulta de rigor, que también se podía responder con otros objetos del proyecto A... Esto tiene de trasfondo que la contrariedad del riesgo asumido se mide, en gran parte, por el alcance del proyecto global del banco con los créditos A..., para los cuales no se halló ningún banco subsidiario”. En definitiva, el reproche de administración fraudulenta que fue juzgado por el tribunal regional se hallaría, con

razón, en el hecho de que los recurrentes, responsables en cuanto miembros del directorio del banco, habrían continuado el otorgamiento de crédito al proyecto global de A... en un momento en que todavía era económicamente plausible, soslayando riesgos claros y conocidos y negando múltiples advertencias, en lugar de limitar el proyecto, conforme al deber, mediante el rechazo de otros créditos si no se demostraba un desarrollo positivo del plan global.

- 157 En razón de las insuficientes averiguaciones del tribunal regional, a las cuales, además, el Tribunal Superior Federal solo se refiere de modo fragmentario y con fórmulas vacías, evidentemente faltan aquí los presupuestos del Tribunal Superior Federal para constatar un daño concreto.
- 158 dd) Por tanto, corresponde revocar la sentencia del tribunal regional en razón de la violación al art. 103 ap. 2 GG; lo mismo vale para la resolución del Tribunal Superior Federal, con la cual se continuó la violación de derechos fundamentales. Se remite la causa al Tribunal Regional de Berlín (§ 95 ap. 2 BVerfGG).

IV.

- 159 No es necesario examinar la queja constitucional de los recurrentes III. 1) a 5) desde el punto de vista del art. 101 ap. 1 oración 2 GG, en virtud de que la queja constitucional ya ha tenido pleno éxito desde el punto de vista del art. 103 ap. 2 GG.

D.

- 160 Respecto de las costas se resuelve conforme el § 34a ap. 2 BVerfGG.

Voßkuhle

Broß

Osterloh

Di Fabio

Mellinghoff

Lübbe-Wolff

Gerhardt

Landau