

La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal

A la vez, una reflexión sobre la naturaleza y las premisas del concepto jurídico-penal de patrimonio y sobre sus raíces históricas en la dogmática de la estafa

Nuria Pastor Muñoz

Universidad Pompeu Fabra

Abstract

El presente trabajo aborda el problema de la construcción del perjuicio en el delito de administración desleal. Para ello, ahonda en la naturaleza y premisas del concepto de patrimonio, subrayando la imposibilidad metodológica de presentar el concepto de patrimonio como una cuestión descriptiva. Entre las premisas que es preciso tratar se cuenta la relativa a la relación del Derecho penal patrimonial con la valoración jurídica extrapenal de los bienes o posiciones de poder, así como la que atañe a la relación entre patrimonio y libertad. A este problema se añade la cuestión de si el concepto de patrimonio desarrollado en el seno de la dogmática de la estafa es susceptible de ser aplicado en la construcción del perjuicio propio del delito de administración desleal. Al respecto, se pretende subrayar que el concepto de patrimonio en el seno de la estafa viene condicionado no solamente por las premisas de una definición jurídico-penal general del patrimonio, sino también por la dogmática de la estafa, por lo que el tipo de administración desleal requiere contemplar el patrimonio desde la lógica de la posición de garantía del autor de este delito, lo cual puede llevar a diferencias en la concreción de qué alcance tiene el patrimonio protegido por cada tipo. Por último, sobre esta base se define un concepto de patrimonio, el correspondiente concepto de perjuicio y se tratan cuestiones problemáticas esenciales de éste en el tipo de administración desleal: el tratamiento de las expectativas, el problema del cálculo del perjuicio así como la cuestión del "peligro de perjuicio" y el momento consumativo.

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit dem Problem des Aufbaus des Vermögensschadens bei der Untreue. Zu diesem Zweck wird den Versuch unternommen, die Natur und Prämissen des Vermögensbegriffs zu vertiefen. Dabei wird die methodische Unmöglichkeit eines „deskriptiven“ bzw. „faktischen“ Vermögensbegriffs hervorgehoben. Unter den zu erörternden Prämissen befindet sich die Frage bzgl. der Beziehung zwischen dem Vermögensstrafrecht und der (außerstraf)rechtliche Bewertung von Gütern bzw. Machtpositionen, sowie die Frage bzgl. der Beziehung zwischen Vermögen und Freiheit. Zu diesem Problem kommt die Frage hinzu, ob der im Rahmen der Betrugdogmatik entwickelte Vermögensbegriff im Rahmen des Untreuetatbestandes Anwendung findet. Dabei wird betont, der Vermögensbegriff beim Betrug sei nicht nur von den Prämissen eines allgemeinen strafrechtlichen Vermögensbegriffs abhängig, sondern auch von der Dogmatik des Betrugstatbestandes. Deshalb ist bei dem Aufbau des Vermögens- und Vermögensschadensbegriff bei der Untreue erforderlich, das Vermögen aus der Perspektive der der Untreue innewohnenden Garantienstellungen zu betrachten. Dies kann zu Unterschiede bei der Konkretisierung der Tragweite des von jeweiligem Tatbestand geschützten Vermögens führen. Vor diesem Hintergrund wird einen Vermögensbegriff sowie einen Vermögensschadenbegriff für den Tatbestand der Untreue bestimmt, sowie Probleme wie die Behandlung der Exspektanzen, die Vermögensschadensberechnung sowie die Frage der „Vermögensgefährdung“ und die Vollendung erörtert.

This paper analyzes the problem of the concept of damage within the crime of disloyal administration. To that end, it delves into the nature and premises of the concept of patrimony, highlighting the methodological impossibility of approaching that concept as a descriptive matter. One of the premises which needs to be examined is that of the relationship between patrimonial criminal law and the legal extra-criminal valuation of assets or positions of power. Furthermore, the relationship between patrimony and freedom is also a relevant premise which needs to be addressed. The aforementioned problem is coupled with that of whether the concept of patrimony developed for the crime of fraud can be applied in the formation of the concept of damage in the context of the crime of false administration. With regards to this question, it is highlighted that the concept of patrimony in the crime of fraud is conditioned, not only by the premises of a general criminal-law definition of patrimony, but also by the specific dogmatic of the crime of fraud. This leads to the

conclusion that the crime of disloyal administration requires that the patrimony be contemplated within the logic of the guarantor position of the perpetrator of this crime. This can, in turn, bring about differences when it comes to specifying the concrete extension of the protected patrimony in both offenses. Finally, a concept of patrimony and a concept of damage are defined, and some problematic and essential questions regarding the crime of disloyal management are covered: how to deal with expectations, the problem of the calculus of the damage, the subject of the "peril of damage", and also the moment of consummation.

Titel: Der Aufbau des Vermögensschadens bei der Untreue. Zugleich zu der Natur und Prämissen des Vermögens sowie seine historische Wurzeln in der Betrugsdogmatik.

Title: The Construction of the Patrimonial Damage in the Disloyal Administration Crime. Also, on the Nature and Premises of the Concept of Patrimony, as Well as on its Historical Roots in the Dogmatic of the Fraud Crime.

Palabras clave: administración desleal, concepto jurídico-penal de patrimonio, estafa, posición de garantía, delitos patrimoniales, concepto de perjuicio.

Stichworte: Untreue, strafrechtlicher Vermögensbegriff, Betrug, Garantenstellung, Vermögensdelikte, Vermögensschadenbegriff.

Keywords: disloyal administration, criminal-law-concept of patrimony, fraud, guarantor position, patrimonial crimes, concept of damage.

Sumario

1. Introducción
2. Las premisas en la discusión sobre el patrimonio jurídico-penalmente protegido
3. La gestación de la dogmática del patrimonio en el contexto del delito de estafa: influencia del desarrollo histórico en la dogmática general del patrimonio y en la interpretación del delito de administración desleal
4. El concepto de patrimonio como base de la definición de perjuicio típico en el delito del art. 252 CP
5. El concepto de perjuicio en el delito de administración desleal
6. El problema del cálculo del perjuicio
7. Consumación y carácter dinámico del perjuicio
8. Conclusión: la necesidad de revisar el concepto jurídico-penal de patrimonio a partir de su naturaleza normativa
9. Bibliografía

1. Introducción

El delito de administración desleal del art. 252 CP es un injusto patrimonial. En efecto, aunque históricamente –en la cuna de este delito: el ordenamiento jurídico alemán– se llegó a sostener que el injusto de la administración desleal consistía (de forma exclusiva o junto a un menoscabo del patrimonio) en un menoscabo de la *confianza* que el titular del patrimonio había depositado en el administrador,¹ la doctrina actual está de acuerdo en que la administración desleal es un delito estrictamente patrimonial.² Ello se apoya en la ubicación sistemática y el tenor literal del precepto, que el legislador ha formulado como delito contra el patrimonio: no cualquier defraudación de la confianza es penalmente relevante, sino la defraudación de la confianza (bajo determinados presupuestos) idónea para lesionar el patrimonio ajeno.³ Como hemos sostenido COCA VILA y quien suscribe este trabajo, el autor del delito de administración desleal es quien, habiendo asumido una *posición de garantía jurídico-penal frente al patrimonio administrado*,⁴ infringe los deberes propios de dicha posición de garantía de manera idónea para generar un perjuicio en la esfera patrimonial administrada. Así pues, la relevancia típica de la infracción de los deberes asumidos frente al patrimonio de la víctima no radica en que dicha infracción implica un menoscabo de la confianza depositada por la víctima en el autor, sino en que la infracción de dichos deberes genera un riesgo jurídicamente desaprobado de perjuicio para el patrimonio administrado. Obviamente, la asunción de la posición de administrador presupondrá, en la mayor parte de los casos, un acto de confianza.⁵ Sin embargo, el tipo no protege la confianza, sino el patrimonio cuya gestión se ha encomendado a otro y en los términos en que dicho sujeto se haya comprometido a ello.⁶

Pues bien, así las cosas, la determinación de qué deba entenderse por patrimonio y por perjuicio constituye una tarea esencial en la definición del injusto del delito de administración desleal. Para abordar la discusión sobre el concepto de patrimonio (y perjuicio) es necesario ser conscientes de que dichos conceptos dependen sustancialmente de determinadas premisas: el sentido que se atribuya a la protección del patrimonio, la relación entre el Derecho penal y la preconfiguración jurídico-civil de la realidad y, de la mano de estas cuestiones, la decisión (¡valorativa y no impuesta por la naturaleza de las cosas!) sobre cómo definir el patrimonio (*infra* 2). Ahora bien, en mi opinión, para comprender la discusión en torno al perjuicio en la administración desleal, es, además, imprescindible tener presente que el desarrollo de la dogmática jurídico-penal del patrimonio está íntimamente unido a la dogmática del delito de estafa. Pues bien, esa estrecha vinculación entre estafa y patrimonio obliga a preguntarse hasta qué punto la dogmática del

¹ En Alemania, estando vigente el primer tipo de administración desleal (1871): ALLFELD, *Lb*, 8ª ed., 1922, p. 486, nota 8; AMMON, *Die Untreue*, 1894, p. 44. Con detalle sobre esta discusión: PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código penal*, 2016, pp. 76 ss.

² PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal*, 2016, pp. 77 s.

³ En términos semejantes a lo que ocurre con el delito de estafa: el legislador no castiga la mentira en sí, sino el menoscabo del patrimonio ajeno mediante la mentira instrumentalizadora de la decisión de disposición del otro. Al respecto, PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, pp. 50 ss.

⁴ Existen algunos supuestos en los que se debe hablar de una posición de garantía institucional, a saber, cuando el Estado delega en alguien el cuidado de un patrimonio ajeno, como ocurre en el caso de los tutores.

⁵ En cambio, en los casos de deberes de garante con origen institucional (ejemplo: el caso de los tutores), faltaría un acto de confianza de la víctima en el autor: PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal*, 2016, p. 81.

⁶ PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal*, 2016, p. 78.

patrimonio desarrollada para la estafa es trasladable al contexto de la administración desleal (*infra* 3). Para ello es necesario comprender el modo en que el tipo de administración desleal contempla y protege el patrimonio (*infra* 4). Una vez definido ese marco, es posible abordar la cuestión del concepto del perjuicio en el delito de administración desleal (*infra* 5), su cálculo (*infra* 6) y determinar el momento consumativo (*infra* 7).

2. Las premisas en la discusión sobre el patrimonio jurídico-penalmente protegido

La discusión en torno al concepto jurídico-penal de patrimonio se explica en gran parte por las discrepancias de la doctrina en las premisas a partir de las cuales se debe construir este concepto.⁷ En efecto, por una parte, la autocomprensión del Derecho penal en su relación con las demás ramas del ordenamiento jurídico y la consiguiente visión del patrimonio han marcado la discusión histórica entre la concepción jurídica (en su versión jurídico-formal, su principal representante es BINDING⁸) y la concepción económica (que representa el giro hacia el denominado “pensamiento fáctico”, impulsado esencialmente por BRUNS⁹ y la jurisprudencia del Tribunal del *Reich*).¹⁰ Y esta discusión sigue teniendo hoy consecuencias importantísimas para la definición del alcance de la protección penal del patrimonio, en especial cuando se cometen defraudaciones en ámbitos de ilicitud –en el caso de la administración desleal: el problema de la valoración de los pagos de corrupción¹¹–. Por otra parte, como es sabido, la discusión sobre si (y, en su caso, en qué medida y cómo) el titular puede imponer su valoración del patrimonio por encima del criterio del mercado –es decir, la discusión sobre la admisibilidad de un concepto personal de patrimonio¹²– expresa que existen formas diversas de contemplar la relación entre patrimonio y titular, a saber, la de la concepción económica, que defiende el criterio del valor de mercado y contempla el patrimonio como bien perteneciente al sujeto, y la de las diversas concepciones personales, que contemplan el patrimonio como instrumento de libertad y, en esa lógica, extrapolan al patrimonio las posibilidades de autoconfiguración vinculadas a la libertad.

⁷ Un análisis detallado en PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, pp. 57 ss., 74 ss.; LA MISMA, «La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico», en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (coords.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, 2013, p. 85 ss.

⁸ BINDING, *BT*, t. 1, 2ª ed., 1902, § 85, pp. 339 ss.

⁹ BRUNS, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken. Beiträge zu einer selbständigen, spezifisch strafrechtlichen Auslegungs- und Begriffsbildungsmethodik*, 1938, pp. 83 s.

¹⁰ RGSt 44, 230 (que resolvió el conocido caso de los abortivos inocuos), entre otras.

¹¹ Al respecto cfr. PASTOR MUÑOZ, «Los pagos de corrupción realizados por los administradores de sociedades en contextos de corrupción sistémica: ¿una deslealtad punible?», *LH-Schünemann*, 2014, pp. 197 ss.

¹² Los albores de la concepción personal se encuentran ya en una sentencia del Tribunal del *Reich* (RGSt 16, 1, relativa a un caso en el que el engañado había contratado un seguro que no “quería”), que consideró que el *valor de utilidad* se debía tener en cuenta en el cálculo del perjuicio, interpretación que se consolidó en el conocido caso de las máquinas de ordeñar (BGHSt 16, 321). Ahora bien, el desarrollo pleno y sistemáticamente más sólido es el de las denominadas concepciones personales de patrimonio, pues éstas no introducen únicamente “correctivos personales” en la definición del perjuicio –algo que sistemáticamente no acaba de ser limpio, pues implica introducir elementos nuevos en el resultado no tenidos en cuenta en la definición del bien jurídico–, sino que reformulan el patrimonio en términos personales (BOCKELMANN, «Der Unrechtsgehalt des Betrügers», *FS-Kohlrausch*, 1944, p. 248; OTTO, *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, 1970). Un análisis de esta concepción en PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, pp. 44 ss.

Ahora bien, con independencia del paradigma por el que se opte en la interpretación del patrimonio, se puede decir sin vacilar que la discusión en torno a este concepto nos demuestra que *el concepto de patrimonio – y, con ello, el de perjuicio – no es consecuencia de una descripción de una realidad ontológica previamente dada, sino de una decisión valorativa*. Por eso, no resulta admisible que la concepción económica se haya presentado a sí misma, por lo menos en sus comienzos, como la concepción “fáctica”,¹³ ya que la adopción del sistema económico como referente para definir qué elementos forman parte del patrimonio – y, en la concepción económica vinculada al valor de mercado, cuánto valen – es una decisión que implica una remisión (distinta en su contenido pero, al fin y al cabo, una remisión) a un sistema conceptual externo al Derecho penal, a saber, el sistema económico, el cual a su vez se construye a base de decisiones valorativas sobre el valor de las cosas (asignaciones). La *aspiración* a un concepto “fáctico” de patrimonio – claramente presente en los orígenes de la concepción económica¹⁴ – es, pues, tan constante como ilusoria.¹⁵ Solamente cuando se reconoce que toda concepción de patrimonio presupone una decisión normativa, se hace posible una discusión abierta sobre los argumentos para optar por una u otra definición. En cambio, si se “viste” la concepción económica como forma de descripción, se oculta su dimensión valorativa y, con ello, se elude la necesaria justificación de las premisas en que se apoya dicha decisión. La ontología no impone un concepto de patrimonio. A este planteamiento se le podría objetar que olvida que el “objeto material” sobre el que recae el acto de disposición (en la estafa) o el acto de gestión (en la administración desleal) sí es una *realidad ontológica*: un montón de billetes, una mercancía, etc. Sin embargo, el objeto material no “es” el patrimonio, sino que es algo a lo que, en su caso, “se le atribuye la condición de patrimonio”, y, dependiendo de qué concepto de patrimonio se sostenga, un determinado valor. En resumidas cuentas: el concepto de patrimonio se basa en una decisión previa valorativa, no en una descripción de realidades ontológicas. Es cierto que, además, la concepción puramente económica no resulta convincente porque pretende definir un patrimonio sin un vínculo jurídico entre éste y el titular, y ¿cómo se puede considerar que el autor ha lesionado la esfera patrimonial ajena, “de otro”, si ese “otro” no tiene atribuida previamente dicha esfera?¹⁶ En puridad, la crítica a la concepción económica está íntimamente unida a la crítica a la teoría del bien jurídico que está en su base. Pero, en lo que aquí interesa, basta

¹³ PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, p. 255: “(...) ist selbstverständlich auch die sog. ‚faktische‘ eine normative Betrachtungsweise” (resaltado en el original). Cfr. también la crítica de PAWLIK a la concepción económica y al “*grenzenlose(r) Tatsachenpositivismus*” que se esconde tras ella (p. 256).

¹⁴ En efecto, históricamente se vincula la concepción económica a una visión científico-empírica del bien jurídico como objeto de protección del tipo (así ya CRAMER, *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, 1968, p. 53) y, sin embargo, la pretensión “descriptivo-científica” de la concepción económica no es realizable, sino que esconde tras ellas juicios de valor. No obstante, el diagnóstico de CRAMER, conforme al cual la pretensión de la concepción económica era la de ofrecer un concepto económico, es correcto. Ello se detecta en la formulación de la jurisprudencia alemana que introdujo la concepción económica (el perjuicio es “*immer etwas Tatsächliches, etwas dem Menschen wirtschaftlich Fühlbares*”: sentencia del caso de los abortivos inocuos, RGSt 44, 230) y en el planteamiento de BRUNS, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken*, 1938, pp. 83 ss., quien presenta su concepción económica como “fáctica” (un examen más detallado en PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, pp. 60 ss.).

¹⁵ Un ejemplo claro se encuentra en una obra clásica de 1968: CRAMER, *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, quien no por casualidad considera que la “desmaterialización” del concepto de patrimonio – la cual atribuye a la aspiración jurídica – constituye un “peligro” (p. 86). En mi opinión, en el fondo de esta calificación se encuentra la aspiración a contar con un concepto de patrimonio “material”, tangible, que “imponga límites objetivos” al intérprete.

¹⁶ JAKOBS, «La privación de un derecho como delito patrimonial», *InDret*, (4), 2008, p. 5.

con subrayar por ahora que dicha teoría peca de insincera cuando se presenta a sí misma como “fáctica”.

A este aspecto, que podríamos calificar de cuestión de “sinceridad metodológica”, se añade otro que, creo, es especialmente importante en la construcción de la dogmática de los delitos patrimoniales, a saber, el hecho de que los diversos tipos patrimoniales contemplan el patrimonio desde perspectivas diversas y criminalizan como injusto penal agresiones de diversa naturaleza. Así, los delitos de frustración de la ejecución e insolvencias punibles, la estafa, la administración desleal son todos ellos tipos patrimoniales, pero no necesariamente atienden a la misma dimensión del patrimonio (que tiene diversas dimensiones, como también las tiene la libertad). Con ello solamente se pretende subrayar que de la dogmática del patrimonio –entendido según la concepción jurídica, económica o mixta, personal o no– se deducen, en efecto, ciertos pilares esenciales para la interpretación de todos los delitos patrimoniales, pero no se derivan consecuencias necesarias en lo que atañe a qué aspectos del patrimonio son el referente del injusto –¿la globalidad del patrimonio o alguno de sus elementos?, ¿cualquier elemento del patrimonio o solamente los de una determinada naturaleza?– recogido en un concreto tipo penal patrimonial. Esto parece ser bastante obvio y, sin embargo, como se pretende exponer a continuación, el hecho de que históricamente el concepto jurídico-penal de patrimonio se ha desarrollado de la mano del tipo de estafa ha generado ciertas interacciones entre la dogmática del patrimonio y la de la estafa, de manera que algunas de las conclusiones válidas para la interpretación del patrimonio *en el seno del delito de estafa* vienen condicionadas por la dogmática de este delito, no por el concepto de patrimonio. Y resulta esencial no perder esto de vista cuando se aborda la definición del perjuicio en otros delitos patrimoniales, como por ejemplo, la administración desleal.

3. La gestación de la dogmática del patrimonio en el contexto del delito de estafa: influencia del desarrollo histórico en la dogmática general del patrimonio y en la interpretación del delito de administración desleal

Como es sabido, históricamente, la dogmática del patrimonio se ha desarrollado en el marco del delito de estafa, es decir, este ha sido contemplado desde la lógica de dicho delito. A ello se une un factor esencial, a saber, que la estafa se considera, ya desde en sus inicios como tipo independiente de las falsedades en el *Preußisches Strafgesetzbuch* de 1853, un delito próximo al hurto –importante: *próximo, no idéntico*–. Basta con leer a HÄLSCHNER¹⁷, MERKEL¹⁸ o KÖSTLIN.¹⁹ En efecto, nótese que en esa época se entiende que lo que diferencia a la estafa de las falsedades es que aquélla se dirige contra un “*Vermögensrecht*”, un derecho patrimonial.²⁰ Ciertamente, la doctrina posterior intentará

¹⁷ Ya así, HÄLSCHNER, *Das preußische Strafrecht, Theil 3*, t. 2, 1868, p. 339, pone de relieve que el parentesco entre las figuras predecesoras de la estafa y el delito de hurto (*Diebstahl*) se remonta a la época de los *Volksrechte*, antes por tanto del Derecho medieval, en el que dicha vinculación sigue siendo evidente.

¹⁸ MERKEL, «Die Lehre vom Strafbaren Betrug», en *Kriminalistische Abhandlungen*, t. II, 1867, p. 101.

¹⁹ KÖSTLIN, «Ueber die Grenzen zwischen dem strafbaren und dem bloß civilrechtlich zu verfolgenden Betrüge», *ZCP* (n. F.), (14), 1857, p. 313.

²⁰ HÄLSCHNER, *Das preußische Strafrecht, Theil 3*, t. 2, 1868, p. 354, § 58: “*Gegenstand des rechtswidrigen Angriffes ist bei dem Betrüge das Vermögensrecht in allen einen Formen und Gestalten*”, y el perjuicio concurre, según este autor, “*wenn der Werth des Vermögens vermindert wurde (...) durch die zurechenbare Handlung eines andern Menschen*”. De entrada, en

separarse del “derecho patrimonial” (para algunos, único definidor del concepto penal de patrimonio, para otros, relevante en cuanto portador de un valor económico). Sin embargo, como se intenta exponer a continuación, la concepción vigente en los tiempos del nacimiento de la estafa, conforme a la cual dicho tipo protege “derechos patrimoniales”, extiende su influencia hasta el presente, siendo la responsable de que hoy en día, en el delito de estafa, se contemple el patrimonio en sus elementos concretos –¿*Additionsbegriff*?– y no como globalidad. Con esto no se pretende necesariamente fundamentar una crítica al concepto de patrimonio en la estafa –la cuestión de cómo se debe contemplar el patrimonio en la estafa deriva de su propia dogmática, algo que hay que abordar, por tanto, con detenimiento–, sino destacar un factor que nos ayuda a comprender la historia del patrimonio en la estafa y, en lo que aquí interesa, a sacar conclusiones sobre cómo hay que proceder con el patrimonio en el seno de otros delitos patrimoniales, como la administración desleal.

La concepción que se ancla exclusivamente en el “derecho patrimonial” o “derecho subjetivo patrimonial” como interés protegido por el tipo de estafa es la concepción jurídica, cuyo principal representante es BINDING.²¹ En el marco de esta concepción, el patrimonio se entiende como *Additionsbegriff*, esto es, como suma de derechos del titular, no como *Wertsummenbegriff*, esto es, no como el resultado de la realización de un “balance” del estado del patrimonio tras el acto de disposición instrumentalizado de la víctima. Ello es perfectamente coherente con la decisión de BINDING de dejar fuera del patrimonio la dimensión económica y centrarse únicamente en la existencia de un derecho subjetivo reconocido por el Derecho civil. No sin motivo se le objetó a BINDING que, con su definición del patrimonio en términos jurídico-formales, convertía a la estafa en un delito contra la propiedad.²² En efecto, su visión impedía determinar el perjuicio mediante la realización de un balance (económico) tras el acto de disposición, siendo el criterio decisivo el de si el titular había obtenido, a cambio de la entrega de su derecho, lo que se correspondía con su pretensión jurídica en la relación con el autor. Por ello, puede afirmarse que en la visión de BINDING la estafa se entiende –con algunos matices²³– como la “otra cara” del hurto –lo que en la

la visión de HÄLSCHNER, que, como la de algunos contemporáneos, ponía el acento en la dimensión económica del patrimonio, podría parecer que el patrimonio se contemplaba en su globalidad. Sin embargo, ello no se debe interpretar necesariamente así: HÄLSCHNER considera la estafa como un ataque a un derecho patrimonial y la excluye cuando se produce una sustitución del objeto del acto de disposición por otro objeto de igual valor (*Das preußische Strafrecht, Theil 3, t. 2, 1868, p. 356*). En ningún lugar aparecen consideraciones sobre la globalidad del patrimonio de la víctima, un rasgo esencial del planteamiento jurídico (así, por ejemplo, GALLAS, «Betrug als Vermögensdelikt», *FS-Eb. Schmidt*, 1961, pp. 408, 417).

²¹ BINDING, *BT*, t. 1, 2ª ed., 1902, p. 238 (suma de todos los “*Vermögensrechte und -pflichten*” de un sujeto), en una línea de pensamiento de la que se podría predicar que tiene sus raíces en el planteamiento civilista de BIRKMEYER, *Über das Vermögen im juristischen Sinne*, 1879.

²² Cfr. por todos GALLAS, *FS-Eb. Schmidt*, 1961, p. 409; PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, p. 284.

²³ Con matices, porque en el hurto no es habitual preguntarse si la pérdida de la cosa sustraída ha ido acompañada por la entrada en el patrimonio de la víctima de aquello a lo que tenía derecho. Ello no se plantea porque en el hurto, tradicionalmente, se considera que el injusto se dirige contra la mera propiedad formal. Con todo, ello no es tan obvio, pues la referencia al valor de lo sustraído empaña la imagen de un hurto como delito contra la sola propiedad formal y obliga a preguntarse por qué aparece en la dogmática del hurto el valor de lo sustraído y el ánimo de lucro. Ciertamente, en el ordenamiento jurídico alemán, la definición del hurto del § 242 StGB, que omite toda referencia al valor de lo sustraído y no exige “ánimo de lucro”, sino “ánimo de apropiación” (*Zueignungsabsicht*), es más plausible fundamentar un modelo de hurto como delito estrictamente contra la propiedad (en sentido formal, sin referentes de valor económico). Así lo hace la teoría, hoy todavía dominante, “de la sustancia” (*Substanztheorie*). En cambio, el modelo español del art. 234 CP presenta “impurezas”

dogmática contemporánea denominaríamos una forma de agresión contra la propiedad ajena que se diferenciaría naturalísticamente del hurto, pero no normativamente, pues el acto de disposición efectuado materialmente por el engañado pertenece normativamente al autor del engaño (sería, pues, una especie de sustracción en autoría mediata) —.

Aparentemente, la concepción de BINDING perdió su fuerza con el giro hacia la concepción económica²⁴ (también denominada “fáctica”, una denominación incorrecta porque dicha concepción presupone también una decisión valorativa sobre lo que es patrimonio, y no “describía” una realidad ontológica²⁵), pues esta última implicaba abandonar el *Additionsbegriff* de BINDING (patrimonio como suma de derechos y deberes) para adoptar el *Wertsummenbegriff* (fruto de un balance del valor global del patrimonio).²⁶ Sin embargo, no es tan evidente que con la concepción económica se produzca la adopción de un *Wertsummenbegriff*. La influencia de BINDING siguió viva en las distintas concepciones del patrimonio en lo referente a la “estructura” del tipo de estafa y su objeto de protección. Así, la concepción económica se distanció del “derecho subjetivo patrimonial” como objeto de protección y lo sustituyó por los “bienes y expectativas de valor económico”, introduciendo, en ese sentido, el “valor” como esencia del concepto del patrimonio; sin embargo, en su modo de interpretar el tipo, continuó centrando su atención en el *objeto del acto de disposición*, no en el patrimonio considerado en su globalidad. En efecto, pese a que a la concepción económica se le asocia un concepto de patrimonio de valoración conjunta de los bienes de un sujeto (prescindiendo de la forma, que tan importante era para BINDING), esto es, un *Wertsummenbegriff*, parece que la aplicación del tipo de estafa defendida por la concepción económica consiste, en realidad, en determinar el valor del bien del que se ha dispuesto y examinar si ha habido *compensación* mediante la entrada de un bien de valor equivalente, sin realizar una valoración de las consecuencias del acto de disposición en el conjunto del patrimonio de la víctima. Ello, como indico más adelante, puede tener pleno sentido en la dogmática de la estafa, un delito de organización en el que el autor comete la agresión “desde fuera” y ostenta una posición de garantía —fruto de asunción, injerencia, etc.— con un alcance habitualmente limitado— más limitado, en cuanto a su contenido, que en el delito de administración desleal. El caso clásico de estafa del vendedor de vehículos de segunda mano que altera a la baja el kilometraje sirve para poner esto de relieve: al vendedor no le compete la organización global del patrimonio de la

que, por lo menos, no permiten defender rotundamente dicha concepción del injusto y que, en cambio, abonarían la toma en consideración de la *Sachwerttheorie* (teoría del valor de la cosa), un planteamiento que tiende a “materializar” la protección de la propiedad del tipo de hurto, centrándose en el valor de la cosa y definiendo el hurto como la “apropiación del valor económico de una cosa”.

²⁴ Una concepción ya con raíces en la doctrina alemana en los tiempos del surgimiento del delito de estafa como tipo autónomo respecto a las falsedades: KÖSTLIN, *ZCP* (n. F.), (14), 1857, p. 313; MERKEL, en *Kriminalistische Abhandlungen*, t. II, 1867, p. 103; HÄLSCHNER, *Das preußische Strafrecht, Theil 3*, t. 2, 1868, p. 356, exigían como perjuicio la disminución del valor del patrimonio (p. 354 ss.) y entendía que no había perjuicio en los casos “*in denen durch Täuschung zwar der Zustand des Vermögens verändert wurde, aber eine Beschädigung nicht stattfand, weil durch die Täuschung nur ein Austausch gleicher Werthe veranlaßt wurde*” (HÄLSCHNER, *Das preußische Strafrecht, Theil 3*, t. 2, 1868, p. 356). En contra del planteamiento aquí defendido, CRAMER, *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, 1968, p. 35, sostuvo que la limitación del objeto de protección al “derecho patrimonial” en el planteamiento de esta época impide ver en los autores mencionados un antecedente de la concepción económica. Sin embargo, la lectura de dichos autores revela que ellos ya introducían un elemento de valoración económica incompatible con la concepción civilista que defendería BINDING.

²⁵ Al respecto, *supra* 2.

²⁶ Tradicionalmente se ha vinculado la concepción económica a la definición de patrimonio como “*Wertsumme*” (CRAMER, *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, 1968, p. 38).

víctima, sino que su “incursión” en la esfera ajena se limita a las consecuencias “concretas” del negocio (celebrado bajo engaño), es decir, a él no le compete cómo esté organizado en términos globales el patrimonio de la víctima, sino solamente las consecuencias del acto de disposición que instrumentaliza mediante la infracción de sus deberes jurídico-penales de veracidad.

Sea como fuere, hay que subrayar que, cuando se observa con detenimiento la concepción de BINDING, aunque el hecho de que este autor partiera de un *Additionsbegriff* podía, ciertamente, ir unido a la idea de la protección de derechos subjetivos patrimoniales como únicos elementos del patrimonio, la renuncia a la concepción jurídica no implica necesariamente desprenderse de la idea de patrimonio como adición. Con otras palabras: no hay una relación de necesidad entre el concepto económico y el *Wertsommenbegriff*, esto es, una visión global del patrimonio que implique que el perjuicio se calcule tras hacer un “balance” del valor del patrimonio tras la conducta del autor.

Solamente la concepción dinámica²⁷ y concepciones personales²⁸ propusieron abiertamente determinar el perjuicio teniendo en cuenta las *repercusiones* del acto de disposición “en la economía” de la víctima. En efecto, la primera, la concepción dinámica, pretendió incorporar a la valoración del perjuicio los efectos del acto de disposición en la economía de la víctima. Así, por ejemplo, si la víctima había tenido que solicitar un crédito para estar en condiciones de comprar lo que le ofrecía el autor, se había producido una “*Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit*” que se debía considerar constitutiva de perjuicio. Por su parte, la concepción personal, al definir el patrimonio como medio para la realización de los fines personales de la víctima, sostiene que el referente de la determinación de si hay o no perjuicio lo constituye la estructura de fines de ésta, y no la valoración (externa) de mercado –en ese sentido, la atribución de sentido perjudicial al acto de disposición no depende del valor del objeto sobre el que recae la disposición, sino de si dicha modificación es beneficiosa o perjudicial según la estructura de fines del titular del patrimonio—. ²⁹ De este modo, los fines del titular son un referente en la determinación del perjuicio que se encuentran más allá del mero objeto del acto de disposición.

Por tanto, puede afirmarse que en el marco del tipo de estafa domina una visión del patrimonio centrada en el *objeto del acto de disposición*. Ello, como indicaba, tiene una explicación en el paralelismo entre hurto y estafa: primero, porque la estafa tiene una estructura de instrumentalización de la decisión de disposición de otro³⁰ para que éste, en error, perjudique su

²⁷ ESER, «Die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit als Betrugsschaden», GA, 1962, pp. 296 ss. Un análisis en PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, p. 41.

²⁸ OTTO, *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, 1970, p. 44, p. 80; BOCKELMANN, *FS-Kohlrausch*, 1944, p. 248. Cfr. al respecto PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, pp. 44 ss.

²⁹ Aquí no se abordan las críticas clásicas a esta concepción: la crítica de “desbordamiento” del concepto de patrimonio (cfr. por todos CRAMER, *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, 1968, p. 85), que es un argumento circular, porque solamente hay “desbordamiento” una vez se han legitimado ciertos “bordes” o “límites” al concepto, y la crítica de la aproximación o cuasi-identificación de patrimonio y libertad de disposición. Al respecto, cfr. PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, p. 46.

³⁰ Una estructura que muchos años después del nacimiento del tipo de estafa KINDHÄUSER denominaría de “autoría mediata expresamente tipificada” (KINDHÄUSER, «Betrag als vertypte mittelbare Täterschaft», *FS-Bemmann*, 1997, p. 354, nota 40), pero que ya los hegelianos conocían (HÄLSCHNER, *Das preußische Strafrecht, Theil 3, t. 2*, 1868, p. 353: “Die Eigenthümlichkeit des Betruges liegt darin, daß der Betrüger die Vermögensbeschädigung, unter dem Scheine, Wille und

propia esfera patrimonial – o la de un tercero, en la estafa en triángulo –. Y segundo, porque en la dogmática del hurto hay planteamientos que reducen las distancias con el injusto de la estafa: en concreto, la *Sachwerttheorie*, que entiende el injusto del hurto como “apropiación del valor económico de una cosa”.³¹

Además, la vinculación (no identificación) de la estafa con el hurto en autoría mediata explica algunos aspectos de la concepción dominante de la estafa. Así, nótese que la doctrina dominante define el *acto de disposición* propio de la estafa como un “acto de entrega” (desplazamiento material de la cosa).³² Ese modo de ver las cosas viene claramente inspirado por la idea de que en la estafa el disponente hace (instrumentalizado) lo que en el hurto hace el mismo autor: el ladrón sustrae; el estafador manipula para que se le entregue la cosa. Al margen de la opinión que merezca este modelo –hay razones para poner en duda que el concepto de “acto de disposición instrumentalizado” en el delito de estafa deba limitarse a los actos de “entrega física” de una cosa³³–, lo cierto es que ha marcado la concepción de la estafa durante décadas. Y a este modelo va unida una manera muy concreta de entender y determinar el perjuicio típico, un enfoque centrado en el objeto de la disposición. Ciertamente, según qué concepto de patrimonio se sostenga, la determinación *concreta* del perjuicio se altera: en la concepción jurídica, el perjuicio consiste en la pérdida del derecho subjetivo patrimonial sin que se produzca la entrada de aquello a lo que se tenía derecho; en la concepción económica, en la entrega de un bien de valor económico sin “compensación”, esto es, entrada de otro bien de valor equivalente; en la concepción mixta dominante, en la entrega de un bien de valor económico y apariencia jurídica sin la ya mencionada “compensación”. Y también es cierto que las concepciones que incorporan al concepto de patrimonio una dimensión económica, admitiendo la posibilidad de que el perjuicio no concurra, por haber “compensación” –y, con ello, mantenerse el “potencial económico” de la esfera patrimonial³⁴–, se alejan en ese aspecto sustancialmente de la dogmática del hurto,³⁵ pues en el caso del hurto se excluye de plano toda posibilidad de “compensación” por la entrada de un valor equivalente. Ahora bien, las diferencias importantes entre unas y otras concepciones en el tipo de estafa dejan incólume un elemento común, a saber, que el análisis del perjuicio se suele limitar a lo que le ocurre al objeto del acto de disposición (si se entrega y si es “compensado” o no).

Recht des Andern zu respectiren, verübt, indem er sich des Wollens und Handelns eines Anderen als unfreien Instruments seiner That bedient. Unter dem Scheine der freien Selbstbestimmung des Andern vollen Spielraum zu lassen, wird mittels Erregung eines Irrthums und Mißbrauches des Erkenntnißvermögens dem Getäuschten selbst unbewußt eben diese freie Selbstbestimmung vernichtet und der fremde Wille als Mittel der Beschädigung benutzt“).

³¹ Cfr. por todos KINDHÄUSER, *StGB*, 5ª ed., 2015, § 242, nm. 81.

³² Cfr. el análisis en PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, pp. 172 ss.

³³ Ciertamente, la referencia del tipo a un “acto de disposición” apoyaría la exclusión de manipulaciones dirigidas a que la víctima contraiga una obligación –el por qué de su exclusión del ámbito de lo delictivo no está, desde luego, nada claro–. Ahora bien, la disposición no debe entenderse necesariamente como acto de desplazamiento físico de una cosa.

³⁴ Así, PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, pp. 264 s.

³⁵ Nótese que en los orígenes de la estafa, KÖSTLIN, *ZCP* (n. F.), (14), 1857, p. 313; MERKEL, en *Kriminalistische Abhandlungen*, t. II, 1867, p. 103; HÄLSCHNER, *Das preußische Strafrecht*, *Theil* 3, t. 2, 1868, p. 356, etc. añaden el elemento del perjuicio patrimonial como disminución de valor con la clara finalidad de separarse de modelos conceptuales de la estafa que la definían como la sola lesión de un derecho a la verdad (KLEINSCHROD, «Ueber den Begriff und die Erfordernisse des Verbrechen der Verfälschung», *ACrim*, [2], 1800, pp. 135 ss.; CUCUMUS, *NACrim*, [10], 1829, pp. 513 ss., 681 ss.).

A esta consideración se le podría objetar que se está confundiendo *bien jurídico* (el patrimonio) y *el objeto de la acción* (el objeto del acto de disposición), una distinción esencial en la dogmática de los delitos patrimoniales. Sin embargo, aquí no se pretende “mezclar” (o confundir) bien jurídico y objeto de la acción, sino poner de relieve que el bien jurídico patrimonio “considerado en su globalidad”, cuyo valor se ha de determinar haciendo un “balance” de todos sus elementos (*Wertsammenbegriff*), no se aplica “plenamente” en cuanto tal en el seno de la dogmática de la estafa, sino solamente de forma parcial, limitado a la valoración económica –con o sin presupuestos de reconocimiento jurídico, teniendo o sin tener en cuenta baremos de valoración personales– del intercambio entre objeto del acto de disposición y la contraprestación recibida en su lugar. Esta constatación no es necesariamente una crítica, sino simplemente una reflexión sobre las raíces dogmáticas de la interpretación del patrimonio en el contexto de la estafa. La “limitación” de la atención del tipo al objeto del acto de disposición, al segmento de patrimonio afectado por este último, se explica desde la dogmática de la estafa –el injusto sirve para explicar el bien jurídico, no a la inversa–. La posición de garantía del autor de la estafa viene definida por lo asumido por el autor. Así, en muchas ocasiones, se limitará al deber de ser veraz sobre el sentido y consecuencias del acto de disposición en sí mismo considerado, quedando fuera de lo relevante las consecuencias para el patrimonio global de la víctima. Por ejemplo, al vendedor no le compete si la víctima, para comprar el producto con vicios ocultos camuflados por aquél, se ha endeudado y asumido el deber de pagar intereses a una entidad de crédito. En cambio, en otros grupos de casos, la extensión de la posición de garantía del autor es mayor: así, en el caso del empleado del banco que aconseja a un cliente una inversión, a la vista de su situación patrimonial global, el empleado no es ajeno al hecho de que el disponente engañado sobre los riesgos de su inversión sufra determinadas consecuencias perjudiciales en la globalidad de su patrimonio –ello es así porque el autor ha asumido una posición de garantía más amplia–.

Así las cosas, el modelo de interpretación del patrimonio que se concentra en el objeto del acto de disposición (se añade o no una “valoración económica” de dicho objeto y de la eventual contraprestación, a efectos de determinar si hay o no “compensación”), que puede tener sentido en la mayor parte de casos de estafa, fracasa cuando se traslada *sin más* al delito de administración desleal, precisamente porque el patrimonio protegido por el art. 252 CP se debe definir a partir del injusto de este último delito. En la administración desleal, el autor ostenta una posición de garantía que le faculta a actuar “desde dentro” del patrimonio administrado y cuyo contenido consiste en regirse, en la gestión de dicho patrimonio, por los intereses de su titular. JAKOBS ha visto en esta posición de garantía una confluencia de deberes negativos (de no menoscabar la sustancia del derecho administrado) y positivos (de velar por el patrimonio administrado).³⁶ Otros, en cambio, tendemos a considerar que los deberes del autor del delito del art. 252 CP son, en general, negativos (excepcionalmente son positivos los deberes de quienes ocupan la posición de administración por delegación en ellos, por parte del Estado, de la función de proteger determinados patrimonios, como ocurre en el caso de los tutores). Y los deberes del autor (sean negativos o, excepcionalmente, positivos) incluyen el deber (asumido: responsabilidad por organización) de *regirse por el interés del titular del patrimonio administrado*.³⁷ Pues bien, dicho esto, en la medida en que la posición de

³⁶ JAKOBS, *InDret*, (4), 2008, p. 12.

³⁷ PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal*, 2016, pp. 107 ss.

garantía del autor de la administración desleal no se refiere a un “objeto concreto”, sino a un patrimonio (o parte de un patrimonio), el referente del tipo de administración desleal sí es un patrimonio considerado en su globalidad. Aquí sí podría encontrar plena aplicación un *Wertsommenbegriff*, la consideración de la estructuración de fines del titular, pues el deber del autor no se refiere a un concreto objeto o elemento patrimonial sino al patrimonio gestionado considerado en su conjunto. Esto tiene consecuencias importantísimas para el tratamiento de los “*costes indirectos*” vinculados a los actos de gestión: del administrador de una sociedad se espera que tenga en cuenta no solamente el gasto que supone, por ejemplo, una inversión, sino los costes que ésta genera en la estructura empresarial – por ejemplo, la necesidad de acudir a financiación externa para estar en condiciones de realizar la inversión –; en cambio, como se indicaba antes, en muchos supuestos de estafa la relación autor-víctima se limita a un elemento del patrimonio de esta última – aquél sobre el que recae el acto de disposición –, por lo que no hay razón normativa para hacer responsable al autor de consecuencias vinculadas a la peculiar estructura del patrimonio de la víctima.³⁸

Por esta razón, la exigencia de que, en la valoración del carácter jurídicamente desaprobado del acto de administración – en la determinación del “sentido” de dicho acto –, se tenga en cuenta el contexto de racionalidad económica y planificación de la gestión en cuyo seno se inserta la concreta conducta del autor³⁹ se explica a partir de dos factores: *por una parte*, el hecho de que un concepto de patrimonio que se autodenomine “económico” ha de tomarse en serio dicha dimensión económica, quedando obligado a tener en cuenta la valoración económica que le proporciona la economía y no una visión sesgada “cortoplacista”; *por otra parte*, ello se explica por el modo en que está configurada, en el tipo de administración desleal, la *posición de garantía del autor*.

Así las cosas, a la pregunta sobre si el patrimonio protegido por el tipo de estafa es el mismo que protege el tipo de administración desleal se debería responder: no necesariamente.⁴⁰ Una exigencia de coherencia valorativa sí que implica que las premisas esenciales de la concepción deben ser las mismas en todo el Derecho penal patrimonial, en concreto, las premisas relativas a la relación de este último con el Derecho civil y a la posibilidad de “personalización” del patrimonio – relación entre patrimonio y libertad –. Ahora bien, a partir de aquí, los caminos de los diversos tipos penales pueden separarse, pues la *lógica de cada injusto* – aquí nos hemos centrado en la estafa y la administración desleal – determina que el modo en que dicho tipo protege el patrimonio se deba definir según la *posición de garantía* propia de cada delito.

³⁸ En esos supuestos existe, además, un complejo problema de imputación: la víctima que se endeuda para comprar el producto cuyos defectos han sido ocultados hábilmente por el estafador, no es “dueña” de la decisión de compra, en la medida en que carece de una información esencial para disponer libremente, pero sí es dueña de su decisión de endeudarse. La pregunta (de imputación) es si la vinculación del acto de endeudarse con la decisión (manipulada) de comprar determina que las consecuencias perjudiciales del primero se puedan vincular normativamente a la conducta del autor.

³⁹ NELLES, *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften. Zugleich ein Beitrag zur Struktur des Vermögensbegriffs als Beziehungsbegriff*, 1990, p. 575; PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal*, 2016, pp. 134 s.

⁴⁰ Crítico con la aplicación “automática” del concepto de patrimonio de la estafa al tipo de administración desleal MANSDÖRFER, «Die Vermögensgefährdung als Nachteil im Sinne des Untreuetatbestandes», *JuS*, 2009, p. 116.

4. El concepto de patrimonio como base de la definición de perjuicio típico en el delito del art. 252 CP

Obviamente, el concepto de perjuicio depende sustancialmente del concepto de patrimonio y, como indicaba antes (2), la definición de este último está, a su vez, condicionada por la comprensión del Derecho penal de su relación con el Derecho civil, así como por la comprensión de la relación entre patrimonio y libertad.

En lo que concierne a la primera dimensión, es conocida la posición de la doctrina dominante actual, partidaria de entender que es patrimonio el conjunto de bienes y posiciones del titular que tienen valor económico y apariencia jurídica,⁴¹ una solución que, a mi entender, al exigir solamente “apariencia jurídica” (el dinero la tiene; una prestación ilícita, no) genera distorsiones valorativas en el seno del ordenamiento jurídico, conduciendo en la estafa a la protección penal de un patrimonio en casos en los que el Derecho civil priva (a modo de sanción) de toda acción para recuperar lo entregado, a saber, en los negocios con causa ilícita (art. 1305 CC); y en el tipo de administración desleal a no apreciar un perjuicio, pese a que jurídico-civilmente el acto de gestión del autor implica la pérdida jurídico-civil de toda pretensión sobre el dinero entregado (los casos de pagos de corrupción). Por ello, parece más convincente exigir como presupuesto del patrimonio el “reconocimiento jurídico” del potencial de acción (*Handlungspotenzial*) que implica el patrimonio, como hizo en su momento con acierto PAWLIK,⁴² admitiendo que quien invierte dinero en un negocio ilícito (sea el engañado en la estafa, sea el administrador en el tipo del art. 252 CP), extrae dicho dinero de la esfera de su patrimonio y, con ello, no puede esperar protección alguna.⁴³ Esto no significa defender una accesoriedad formal respecto al Derecho civil, pero sí una exigencia de coherencia valorativa dentro del ordenamiento jurídico. La consecuencia es, obviamente, una visión del Derecho penal patrimonial como protector del patrimonio en cuanto poder en el contexto de una “economía legal”, que ciertamente no tiene por qué coincidir con la “economía realmente practicada”. Y de ello derivan consecuencias claras para el tratamiento de los pagos de corrupción, que deberían considerarse perjudiciales por haberse producido una salida de patrimonio, no justificable en el marco de una racionalidad económica (legal), a cambio de expectativas carentes de respaldo jurídico (el cumplimiento de lo prometido por el sobornado).⁴⁴ Nótese, sin embargo, que la exigencia de coherencia valorativa –que en su día ya defendió HIRSCHBERG⁴⁵– no es consecuencia de meras necesidades “prácticas” –aunque ésta existen–, es decir, no se fundamenta en que sería “disfuncional” –que lo sería– proteger jurídico-penalmente posiciones de poder que el Derecho civil rechaza y en que “sin Derecho civil” resulta imposible definir esferas patrimoniales a partir de las cuales se pueda construir el patrimonio jurídico-penal. Dicha exigencia tiene raíces más profundas: por una parte, si el ordenamiento jurídico define esferas

⁴¹ BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *PE*, t. 2, 2ª ed., 1993, p. 269; ASÚA BATARRITA, *ADPCP*, (46), 1993, pp. 100 ss.; GILI PASCUAL, «Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y kick-backs», *CPC*, (109), 2013, pp. 82 ss.

⁴² PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, p. 259.

⁴³ PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, p. 70 s.

⁴⁴ PASTOR MUÑOZ, *LH-Schünemann*, 2014, p. 197 ss.

⁴⁵ Un análisis detallado de su opinión en PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, pp. 63 s.

patrimoniales —que van unidas a poder económico—, carece de sentido (es más, es una autocontradicción) que ese mismo ordenamiento, en cuanto Derecho penal, ignore la configuración de la realidad definida por el mismo;⁴⁶ por otra parte, si el patrimonio es —al respecto, véase a continuación— medio de la propia libertad, tiene sentido que se lo proteja dentro de los límites del ordenamiento jurídico —igual que no protegeríamos como “libertad jurídicamente reconocida” la “libertad” del sujeto de cometer delitos—.

En lo que atañe a la segunda dimensión, relativa a la relación entre patrimonio y libertad, la legitimación de la protección penal del patrimonio está íntimamente ligada a la vinculación de éste con la libertad de su titular.⁴⁷ El patrimonio es poder, poder que se le reconoce al titular como parte de su esfera de libertad y que le permite configurar su esfera conforme a sus fines (dentro de los límites del ordenamiento jurídico).⁴⁸ Pues bien, en el delito de administración desleal se manifiesta, a mi entender, la especial importancia de la dimensión personal del patrimonio, la vinculación intrínseca entre patrimonio y libertad.⁴⁹ Téngase en cuenta que, en la mayor parte de los casos, la relación entre administrador y titular del patrimonio administrado puede ser definida por ellos con amplios márgenes de libertad —probablemente, los únicos supuestos en los que dicho margen es mínimo o inexistente son los casos de tutores y otros administradores designados por la autoridad, es decir, los casos de posiciones de garantía institucionales—. En efecto, en la mayor parte de los casos, el administrador ostenta la posición de garantía frente al patrimonio administrado en virtud de un acto de asunción.⁵⁰ En la constitución de su posición de garantía, administrador y administrado definen la clase de administración a la que se compromete el autor. Y en ese punto entra en juego la concepción personal, pues el titular del patrimonio introduce sus fines en la definición (aceptada por el administrador) de la forma de gestión: más o menos arriesgada, que incluya o no negocios especulativos, orientada al beneficio a corto o a largo plazo, etc. Esto no implica caer en el subjetivismo,⁵¹ tan temido por los detractores de las concepciones personales, y permite, a la vez, evitar la imposición de fines “tasados” al titular del patrimonio.⁵² Tras este planteamiento, por tanto, se esconde una visión “procedimental” de la concepción personal, según la cual los fines del titular son relevantes en la medida en que se expresen como vinculantes en la relación con el administrador⁵³ (y, obviamente, teniendo en cuenta la primera dimensión tratada en este apartado, en la medida en que se mantengan dentro de los límites del

⁴⁶ A BINDING se le objetó que convertía al Derecho penal en “lacayo” del Derecho civil, sin tener en cuenta que el concepto económico también convertía al Derecho penal en “lacayo”, esta vez del sistema económico. Es decir, la concepción puramente económica procedía, metodológicamente, del mismo modo que la jurídica, si bien el referente de la remisión no se encontraba en el sistema jurídico. Cfr. PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, pp. 64 ss.

⁴⁷ Con detalle, PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, pp. 82 ss.

⁴⁸ PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, p. 92.

⁴⁹ PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, p. 259.

⁵⁰ PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal*, 2016, p. 107 ss.

⁵¹ Sobre el peligro del “subjetivismo” de la concepción personal, BRÄUNIG, *Untreue in der Wirtschaft. Eine funktionale Interpretation des Untreuesstrafrechts*, 2011, pp. 248 ss.; HOYER, «Rechtlich anerkannter Tauschwert als Vermögenswert», *FS-Samson*, 2010, pp. 343 ss., 348 ss.

⁵² En cambio, partidario de limitar los fines admisibles en función del contenido de estos últimos, GALLEGU SOLER, *Responsabilidad patrimonial y perjuicio patrimonial*, 2002, p. 368 ss.

⁵³ PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, pp. 82 ss. Antes ya OTTO, *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, 1970, p. 283, p. 291 ss., se había referido, de manera convincente, al pacto (*Vereinbarung*) de las partes como criterio de relevancia de los fines del titular del patrimonio.

ordenamiento jurídico), fines que pueden coincidir con las valoraciones vigentes en el mercado o no. En el caso de las sociedades, se puede deducir el fin del titular⁵⁴ del patrimonio de la conjunción del objeto social, las consideraciones del programa de cumplimiento sobre negocios admitidos y excluidos, siempre que expresen el “compromiso material” existente entre administrador y sociedad –lo que vincula al administrador es dicho compromiso, que no necesariamente debe coincidir con los fines “formales” expresados por la sociedad en sus estatutos o en su programa de cumplimiento–. Ahora bien, téngase en cuenta que la relación interna es dinámica, puede ser redefinida con posterioridad a su nacimiento –supuestos de consentimiento⁵⁵ a negocios que, de no concurrir aquél, serían constitutivos de un riesgo no permitido, etc. –.

Evidentemente, la vinculación fuerte entre patrimonio y libertad, abriendo la puerta a una personalización (¡no a una subjetivización!) del patrimonio muestra el puente existente con la figura del *riesgo permitido*: allí donde la gestión del administrador siga la lógica de los fines del titular, no puede haber relevancia penal: es un espacio de riesgo permitido (riesgo consentido atípico) del que pueden derivarse disminuciones del patrimonio, pero en ningún caso un perjuicio típico. Obviamente, ello arroja la pregunta de si administrador y administrado pueden reducir el ámbito del que sería, en caso de no haber personalización, un riesgo permitido: ello parece posible, siempre y cuando no se rebasen los límites de lo exigible (no se le pueden pedir peras al olmo, ni tampoco se puede pedir al administrador que evite los riesgos de perjuicio inherentes al tipo de actividad económica que se le ha encomendado).

Además de las dos dimensiones señaladas, conviene hacer referencia al problema de las expectativas. Como es sabido, existe una cierta tendencia a rechazar las expectativas de ganancia como elementos patrimoniales con el argumento de que su frustración constituye un lucro cesante, lucro que no podría –según la doctrina dominante– entenderse como perjuicio porque no es “menoscabo” del patrimonio existente sino su mero “no incremento”. Sin embargo, esta argumentación es circular: la prueba de ello es que si incluimos las expectativas (o ciertas expectativas) en el concepto de patrimonio, su frustración se ha de ver necesariamente como “*damnum emergens*”. Por tanto, el método adecuado para decidir si las expectativas pertenecen al patrimonio no puede ser un concepto previo de perjuicio definido (sin decirlo) mediante la exclusión de las expectativas. Lo correcto es plantear abiertamente si las expectativas pueden formar parte del patrimonio protegido. Como he sostenido con COCA VILA,⁵⁶ hay razones para incluir en el patrimonio, como elementos con reconocimiento jurídico y valor económico, las expectativas que se apoyan en un derecho subjetivo (el derecho de crédito, a cobrar intereses, indemnizaciones, etc.) con base contractual o legal, entre las que se cuentan, en la línea de HEFENDEHL,⁵⁷ las expectativas inmediatas con derecho de exclusión (poder de exclusión jurídicamente válido frente a terceros), en las que la realización del lucro depende únicamente del

⁵⁴ NELLES, *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften*, 1990, p. 470.

⁵⁵ PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal*, 2016, pp. 143 ss.

⁵⁶ PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal*, 2016, pp. 93 ss.

⁵⁷ HEFENDEHL, *Vermögensgefährdung und Exspektanzen*, 1994, p. 117, nota 53. Próximo a este planteamiento, con algunas diferencias en la fundamentación, BRÄUNIG, *Untreue in der Wirtschaft*, 2011, pp. 163 ss.

administrador⁵⁸ y su realización sea exigible a este último conforme a la relación interna con el titular del patrimonio⁵⁹ (ejemplo: la expectativa del adquirente que surge en virtud de una oferta realizada conforme a los arts. 1262 CC). Más complejo es, en cambio, el caso de las expectativas que carecen del apoyo de un derecho subjetivo o derecho de exclusión y, por ello, su realización en lucro no depende exclusivamente del administrador (o, dicho en términos generales, de la actuación desde la esfera patrimonial a la que van unidas dichas expectativas). Pese a que algunos autores han sostenido que esta clase de expectativas deberían considerarse parte del patrimonio cuando su realización es rayana en la seguridad,⁶⁰ resulta difícil defender esta tesis en la medida en que la realización de las expectativas (la celebración del buen contrato para el que se está negociando, de que el inversor con el que se trata se decida a invertir, etc.) depende de terceros.

5. El concepto de perjuicio en el delito de administración desleal

El concepto de perjuicio es la otra cara de la moneda del concepto de patrimonio. En este sentido, la correspondencia entre ambos conceptos constituye una exigencia sistemática. Una concepción con un componente de reconocimiento jurídico –que se defiende aquí– ha de considerar que el pago de corrupción es perjuicio, mientras que una visión esencialmente económica ha de regirse por las expectativas (fácticas) de rentabilidad del pago; asimismo, una concepción personal como la aquí propuesta ha de tener en cuenta la estructura de fines del titular a la hora de determinar si concurre o no perjuicio, algo que no debería hacer una concepción “no personal”, la cual debería resolver de otro modo los casos de frustración del fin.

Ahora bien, además de esta exigencia de coherencia sistemática, es preciso recordar algo bien sabido: en puridad, el perjuicio típico no es el mero menoscabo del patrimonio, sino el menoscabo imputable a una conducta típica. Por ello, el menoscabo derivado de una gestión que se encuentra dentro del riesgo permitido⁶¹ es un menoscabo “inexistente” para el tipo de administración desleal. Esta precisión es sustancial, pues a toda actividad de gestión de patrimonios (¡propios o ajenos!) es intrínseca la existencia de un riesgo de perjuicio (más o menos previsible)⁶² y mientras dicho riesgo no supere el umbral de la tipicidad, sus consecuencias serán también penalmente irrelevantes. Si pretendemos que la figura de la administración de patrimonios ajenos tenga sentido, debe existir un espacio de riesgo permitido –de lo contrario, la norma del art. 252 CP exigiría del autor que

⁵⁸ Nótese que ya HÄLSCHNER, *Das preußische Strafrecht, Theil 3, t. 2, 1868*, p. 358, se refería a dichas expectativas como parte del patrimonio. Actualmente, en sentido semejante SZEBROWSKI, *Kick-Back*, 2005, pp. 53 ss.

⁵⁹ Al respecto, el deber del tutor puede estar configurado en términos distintos al del administrador de una sociedad y el de este último, a su vez, en términos distintos al del administrador de otra entidad. A ello se debe añadir un elemento de “exigibilidad”: al administrador no se le puede exigir que ponga su esfera jurídica particular al servicio del patrimonio administrado (por ejemplo, utilizando sus propios bienes como garantía de las deudas del patrimonio gestionado). Sobre ello con detalle PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal*, 2016, p. 98 s.

⁶⁰ PERRON, «Keine Unmittelbarkeit des Vermögensschadens», *FS-Frisch*, 2013, pp. 857 ss., 868. Entre nosotros, FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, 3ª ed., 2015, p. 29.

⁶¹ Así, a propósito del antiguo art. 295 CP, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE, PE*, 5ª ed., p. 565.

⁶² Cfr. Sven THOMAS, «Untreue in der Wirtschaft», *FS-Riess*, 2002, pp. 800 s.; OTTO, «Untreue durch Übernahme der mit einem Strafverfahren verbundenen Aufwendungen für Unternehmensangehörige durch ein Unternehmen», *FS-Tiedemann*, 2008, pp. 694 s.; MURMANN, «Untreue (§ 266 StGB) und Risikogeschäfte», *Jura*, 2010, p. 562.

renuncie a su puesto de administrador, pues ese sería el único modo de eliminar todo riesgo para el patrimonio administrado—. Pero, sobre todo, lo esencial es que el autor del art. 252 CP tiene deberes de gestión leal, derivados de su posición de garante, cuyo contenido no es la *absoluta neutralización* de los riesgos de perjuicio, sino una gestión del patrimonio ajeno conforme al interés de su titular, pero con límites —límites que ya existen incluso en la definición jurídico-civil de sus deberes de diligencia y que el Derecho penal debe respetar como espacios de riesgo jurídicamente permitido—. Esto implica que los actos de gestión que *ex ante* se puedan considerar económicamente racionales (en el seno de una economía legal) son atípicos y sus consecuencias jamás podrán ser consideradas “perjuicio típicamente relevante”. En concreto, para determinar si un riesgo de perjuicio es permitido, se debe observar el acto de gestión en su contexto concreto,⁶³ lo cual implica tener en cuenta: el nivel de riesgo adecuado a la clase de gestión asumida por el autor, las expectativas a corto y largo plazo vinculadas a la conducta (incorporarse a una multinacional estable, ampliar clientes, obtener un producto cualitativamente superior, atraer inversores, etc.), incluidas expectativas de difícil cuantificación (mejora de la imagen social, mejora del ambiente de trabajo, etc.), y el plan global de gestión del autor.⁶⁴ Es cierto que no todos los autores que se han dedicado al problema del perjuicio admiten estos criterios para la decisión sobre si el acto de gestión tiene sentido económico o no. En concreto, en la doctrina se han formulado críticas al criterio del “plan global”, defendido en Alemania por NELLES,⁶⁵ el cual permite entender que una conducta generadora de pérdidas patrimoniales que, aisladamente, carece de sentido económico, puede adquirirlo si se contempla en el conjunto del plan global del autor. En efecto, el criterio ha sido criticado por LÖSING, por ser un concepto de contornos imprecisos que da pie a manipulaciones en la valoración de la conducta del autor.⁶⁶ Sin embargo, el plan global, entendido como plan “económicamente racional”,⁶⁷ permite averiguar el verdadero sentido del acto de gestión. Es más, por una parte, constituye una exigencia para la doctrina dominante, que considera esencial una dimensión “económica” del patrimonio, ¿o acaso es posible determinar la dimensión económica del patrimonio ignorando la economía?, ¿acaso no nos conduciría ello a sostener una definición sesgada de la dimensión económica del patrimonio?⁶⁸ Por otra parte, la toma en consideración del plan global del autor va más allá de la cuestión de la interpretación del sentido económico del acto de gestión, pues expresa que *el patrimonio protegido por el art. 252 CP se contempla en su globalidad y que el referente del perjuicio del art. 252 CP no es el “objeto material” sobre el cual recae el acto de gestión*. Conviene insistir, por tanto, en lo que ya he indicado *supra* (3, *in fine*): al margen de la cuestión relativa a cómo se debe contemplar el patrimonio desde la perspectiva del tipo de estafa, hay que subrayar que, desde la perspectiva del delito de administración desleal, no es

⁶³ PAREDES CASTAÑÓN, «La determinación del nivel de riesgo permitido: un caso de Derecho penal económico», *RDPP*, (12), 2004, p. 141, sobre la necesidad de individualizar el nivel de riesgo permitido según el sector de actividad económica.

⁶⁴ Un desarrollo detallado de los criterios de riesgo permitido en PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal*, 2016, p. 132 ss.

⁶⁵ NELLES, *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften*, 1990, p. 575.

⁶⁶ LÖSING, *Die Kompensation des Vermögensnachteils durch nicht exakt quantifizierbare, vermögenswirksame Effekte*, 2012, p. 135.

⁶⁷ BRÄUNIG, *Untreue in der Wirtschaft*, 2011, pp. 244 s.

⁶⁸ PASTOR MUÑOZ, «Herausforderungen bei der Vermögensschadenberechnung im Lichte der Entwicklung des spanischen Vermögens- und Wirtschaftsstrafrechts», *FS-Wolter*, 2013, p. 1464.

sostenible entender que el art. 252 CP protege “elementos patrimoniales aislados”, objetos materiales pertenecientes a una esfera ajena.

6. El problema del cálculo del perjuicio

La doctrina debate sobre la fórmula que se debe tomar como base del cálculo del perjuicio. La opinión dominante, que exige una comparación entre el valor económico del patrimonio antes y después de la conducta de gestión,⁶⁹ se ve obviamente obligada a añadir un juicio ulterior, dejando fuera del perjuicio típico las mermas del patrimonio no atribuibles a una conducta del autor que infrinja sus deberes de garante. Otros, como KINDHÄUSER, al definir la fórmula como comparación entre la situación del patrimonio tras el acto de gestión y la situación (hipotética) en que debería haberse encontrado tal patrimonio en caso de actuación conforme a deber del autor,⁷⁰ introducen en el cálculo perjuicio la valoración de si la conducta del autor ha sido contrariamente a deber: si el autor no debía haber actuado de otro modo, porque su conducta era atípica, la consecuencia sería que la situación patrimonial tras el acto de gestión era la misma que “debería” haber tenido lugar, por lo que no hay perjuicio típico. Se puede seguir uno u otro camino, pero al final el análisis debe permitir determinar si hay “menoscabos del patrimonio” que son atribuibles a la conducta típica del autor y constituyen, por eso, “perjuicio típico”. Al respecto, la teoría de la imputación objetiva del resultado obliga a considerar menoscabos típicamente relevantes sólo aquellos imputables a la conducta del autor, dejando fuera la realización de otros riesgos⁷¹ (imprevisibles, provenientes de conductas autorresponsables de terceros – aunque hay salvedades en los casos de conductas sancionatorias de terceros –).⁷²

Ahora bien, ¿cómo valorar lo que ocurre en la esfera administrada? En una visión global del patrimonio como medio de la libertad del titular para su desarrollo en una economía legal,⁷³ la valoración se ha de regir por la relación interna –y los espacios de riesgo permitido/riesgo no permitido definidos en su seno–, teniendo en cuenta, *en primer lugar*, las “consecuencias a largo plazo” (de ganancia, de pérdida, de estabilidad, etc.):⁷⁴ es una consecuencia inevitable de la decisión de la doctrina dominante de definir el patrimonio sobre la base de su dimensión económica. Pero ¿cómo incorporar al cálculo dichas consecuencias a largo plazo? Lo más convincente es “hacerlas presentes” mediante pronósticos de pérdida o de ganancia que se incorporan al cálculo del perjuicio. La consecuencia es que decisiones de gestión que generan pérdidas a corto plazo (ejemplo: cierre de fábricas o reducción de actividad económica o, el ejemplo más claro, una donación) pueden ir vinculadas a pronósticos de ganancia (vinculación a grupos empresariales fuertes, fidelización de clientes a largo plazo o, en el caso de la donación, una mejora

⁶⁹ Cfr. por todos KINDHÄUSER, «§ 266», NK, 4ª ed., 2013, nm. 106; SCHÜNEMANN, «§ 266», LK, 12ª ed., 2011, nm. 168 ss.

⁷⁰ KINDHÄUSER, «§ 266», NK, 4ª ed., 2013, nm. 100.

⁷¹ PERRON, *FS-Frisch*, 2013, pp. 857 ss., 868 ss.

⁷² Con detalle, PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal*, 2016, p. 233 ss., p. 244 ss.; LOS MISMOS, «¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado? Un análisis dogmático a la luz del art. 252 del Proyecto de Reforma del Código Penal de 4 de Octubre de 2013», *InDret*, (1), 2015, pp. 23 ss.

⁷³ PASTOR MUÑOZ, *LH-Schünemann*, 2014, pp. 197 ss.

⁷⁴ PASTOR MUÑOZ, *FS-Wolter*, 2013, pp. 1463 ss.

del prestigio empresarial que atraiga a los inversores). Y a la inversa, un acto de gestión que genere un beneficio a corto plazo puede ser perjudicial, a la vista de los pronósticos de pérdida que van unidos a él. Centrarse únicamente en las consecuencias tangibles a corto plazo sería absurdo desde un punto de vista económico. Es cierto que la toma en consideración de la dimensión a largo plazo complica el cálculo del perjuicio, pero ello forma parte de las tareas en que la Administración de Justicia debe apoyarse en los peritos. En la medida en que éstos consideren que el pronóstico de ganancia realizado por el administrador es razonable (defendible), dicho pronóstico deberá ser tenido en cuenta en el cálculo del perjuicio. Debido a la existencia de diversos criterios aceptados por la ciencia económica, la consecuencia será que toda valoración defendible conforme a alguno de dichos criterios deberá considerarse también admisible. *En segundo lugar*, en la medida en que la razón económica de determinadas decisiones de administración es la persecución de resultados de difícil cuantificación (mejora de la imagen social, motivación de los trabajadores)⁷⁵, tiene pleno sentido incorporar dichos factores al cálculo del perjuicio.⁷⁶ *En tercer lugar*, la opción por un concepto de patrimonio que exige reconocimiento jurídico de éste — es decir, la decisión de adoptar un modelo de Derecho penal patrimonial que protege el patrimonio como posibilidad de libre desarrollo en una economía legal⁷⁷ — implica que no se considerarán relevantes para la determinación del perjuicio las expectativas de enriquecimiento ilícito — derivadas, por ejemplo, de negocios ilegales o de pagos de corrupción —; es más, al cálculo del perjuicio deberán incorporarse las pretensiones de sanción que puedan recaer sobre el patrimonio administrado.⁷⁸

7. Consumación y carácter dinámico del perjuicio

En este lugar no voy a desarrollar con detalle el problema del momento consumativo,⁷⁹ pero sí quiero destacar que la concepción del patrimonio incide directamente en la determinación de dicho concepto. Así, resulta obvio que una concepción de patrimonio que da relevancia al valor económico solamente en la medida en que exista reconocimiento jurídico, conduce a tratar determinadas situaciones tradicionalmente tratadas como “peligro de perjuicio” (ejemplo: la concesión de un crédito a un sujeto de solvencia dudosa) como perjuicio efectivo, produciéndose en ese mismo momento la consumación. A tal efecto, no es preciso hablar de “*schadensgleiche Vermögensgefährdung*”, como hace la doctrina alemana, pues la concesión de un crédito a un sujeto de dudosa solvencia o incluso insolvente constituye en sí un perjuicio efectivo, en la medida en que el derecho adquirido tiene un valor inferior al que se debería haber adquirido en caso de celebrar un contrato económicamente racional, esto es, con un cliente solvente.⁸⁰ Ciertamente, con la desafortunada expresión “peligro de perjuicio” la doctrina dominante intenta expresar el hecho de que el perjuicio puede experimentar modificaciones cuantitativas: éste puede consolidarse (el

⁷⁵ LÖSING, *Die Kompensation des Vermögensnachteils durch nicht exakte quantifizierbare, vermögenswirksame Effekte*, 2012, pp. 78, 80 ss.

⁷⁶ Sobre este problema, cfr. PASTOR MUÑOZ, *FS-Wolter*, 2013, p. 1465; LA MISMA/COCA VILA, *El delito de administración desleal*, 2016, p. 160.

⁷⁷ PASTOR MUÑOZ, *LH-Schünemann*, 2014, pp. 197 ss.

⁷⁸ Con detalle sobre este problema PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *InDret*, (1), 2015, pp. 19 ss.

⁷⁹ Que puede leerse en PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal*, 2016, pp. 161 ss.

⁸⁰ A propósito del caso de la estafa de crédito, PASTOR MUÑOZ, *FS-Wolter*, 2013, pp. 1454 s.

prestataria insolvente no devuelve el importe prestado ni abona los intereses), disminuir (el administrador que ha prestado logra una refinanciación del crédito) o aumentar (el deudor de solvencia dudosa, que parecía *ex ante* poder pagar, por lo menos parcialmente —el derecho de crédito era de menor valor que lo prestado, pero no igual a 0—, incurre en insolvencia y no devuelve el importe), pero cualitativamente ya puede hablarse de perjuicio en el primer momento,^{81,82} por lo que conviene renunciar a esta expresión confusa.⁸³ Esto no constituye, en contra de lo que algunos han sostenido,⁸⁴ un “adelantamiento” del momento consumativo a un momento de peligro (la celebración del contrato) previo al perjuicio (el resultado), sino que es la consecuencia de ubicar la consumación en el momento en que el perjuicio concurre efectivamente —si es que queremos mantener la dimensión económica del patrimonio—. Además, pretender calificar el momento del contrato perjudicial como “peligro de perjuicio” y ubicar la consumación en el momento del incumplimiento (el impago de la prestación, el incumplimiento del deudor) implicaría dejar en manos del tercero el surgimiento del perjuicio, algo difícil de sostener en términos de imputación, pues el perjuicio ha de ser la realización del riesgo típico de la conducta del autor. Sea como fuere, la pregunta que ello arroja es si las conductas del administrador posteriores al surgimiento del primer perjuicio deberían tener más relevancia que la que les atribuye el Código penal mediante la atenuante de reparación del daño.⁸⁵

Probablemente este tratamiento legal inadecuado de estas conductas de revocación del perjuicio —porque el legislador no parece tener en cuenta que el patrimonio es una realidad dinámica y el perjuicio puede desaparecer, una dinámica ajena a los delitos contra la vida, campo de pruebas usual del examen del *iter criminis*— es lo que conduce a la doctrina a “retrasar” al máximo el momento consumativo; sin embargo, ello genera quiebras sistemáticas en la comprensión del injusto de la administración desleal. A ello se añade la influencia (quizá no expresa, pero sí latente) de una concepción del patrimonio que se centra excesivamente en el objeto del acto de gestión (una transferencia de activos, en forma de préstamo o inversión, etc.), el equivalente del acto de disposición instrumentalizado en la estafa, en vez de contemplar el patrimonio en su dimensión normativa. Obviamente, existe una solución a las incomodidades derivadas de un concepto jurídico-económico estricto, a saber, optar por una concepción formal de patrimonio centrada en

⁸¹ Así lo admite HEFENDEHL, «Auslaufmodell „Vermögensgefährdung“?», *FS-Samson*, 2010, pp. 298 ss., en los casos de adquisición de un derecho de crédito sin valor económico.

⁸² La prueba de ello es que quien pretenda enajenar el derecho de crédito sin garantías comprobará que adquiere por él mucho menos de lo que le costó adquirir el derecho de crédito en cuestión (PASTOR MUÑOZ, *FS-Wolter*, 2013, pp. 1462 ss., 1454).

⁸³ Crítico con la expresión ya MURMANN, *Jura*, 2010, pp. 565 s.

⁸⁴ Cfr. PERRON, «Bemerkungen zum Gefährdungsschaden bei der Untreue», *FS-Tiedemann*, 2008, pp. 740 s. Críticos con este “adelantamiento” de la consumación, SALIGER, «Gibt es eine Untreuemode? Die neue Untreuedebatte und Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung», *HRRS*, (1), 2006, p. 12; SCHÜNEMANN, «Der Straftatbestand der Untreue als zentrales Wirtschaftsdelikt», *FS-Frisch*, 2013, pp. 837 ss., 850 s.; BEULKE, «Wirtschaftslenkung im Zeichen des Untreutatbestands», *FS-Eisenberg*, 2009, p. 262; GÜNTHER, «Die Untreue im Wirtschaftsrecht», *FS-Ullrich Weber*, 2004, p. 317; SAMSON/GÜNTHER, § 266, *SK*, 7^a/8^a ed., 2008, nm. 45; RIEMANN, *Vermögensgefährdung und Vermögensschaden*, 1989, pp. 162 ss.; MATT/SALIGER, «Straflosigkeit der versuchten Untreue», en Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a. M. (ed.), *Irrwege der Strafgesetzgebung*, 1999, p. 234.

⁸⁵ Me remito en este punto a las alternativas que hemos propuesto COCA VILA y yo en el sentido de que la solución más convincente consistiría en admitir una especie de desistimiento postconsumativo en aquella fase temporal que va desde la aparición del primer perjuicio y la consolidación de este último (por imposibilidad de ser revocado unilateralmente por el administrador): PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal*, 2016, pp. 165 ss.; LOS MISMOS, *InDret*, (1), 2015, pp. 17 ss.

el “objeto de la acción”, aproximando el patrimonio al concepto de propiedad. Pero ello, como se ha indicado, es insostenible en el seno del delito de administración desleal.

8. Conclusión: la necesidad de revisar el concepto jurídico-penal de patrimonio a partir de su naturaleza normativa

En estas líneas he pretendido subrayar la necesidad de analizar el concepto de patrimonio a partir del reconocimiento de que éste es un concepto normativo, esto es, que presupone una decisión, no una descripción. Por tanto, la pretensión de presentarse como concepción “fáctica” resulta, en sí, metodológicamente insostenible. A partir de aquí, es necesario tomar decisiones en dos planos: el primero concierne al concepto general jurídico-penal de patrimonio y tiene que ver con la decisión relativa a la relación del Derecho penal con las valoraciones jurídicas extrapenales, así como con la relación entre patrimonio y libertad. Al respecto, me parece convincente un concepto de patrimonio en el que el “reconocimiento jurídico” del poder sea presupuesto indispensable (patrimonio como poder jurídicamente reconocido) y en el que el titular tenga la posibilidad de “personalizar” el patrimonio, con ciertos límites (esencialmente procedimentales). El patrimonio no es un “montón de cosas” (no para el Derecho penal), sino un vínculo normativo, un elemento de la libertad jurídicamente reconocida al sujeto. El segundo plano atañe a la dogmática del patrimonio en los concretos tipos patrimoniales: el repaso de los orígenes históricos del concepto jurídico-penal de patrimonio en el seno de la estafa ha servido para explicar en qué medida la dogmática general del patrimonio está fuertemente influida por la dogmática específica del tipo de estafa. Ello no es, en sí, problemático. Lo problemático sería ignorar este factor y extrapolar sin más el concepto de patrimonio y de perjuicio de la estafa a la administración desleal, sin tener en cuenta las diferencias existentes entre ambos injustos, en concreto, el diferente alcance de las posiciones de garantía en cada uno de ellos.

9. Bibliografía

ALLFELD (1922), *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 8ª ed., Deichert, Lipsia/Erlangen.

AMMON (1894), *Die Untreue*, Tesis doctoral, Tubinga.

ASÚA BATARRITA (1993), «El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, (46), pp. 100 ss.

BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ (1993), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, t. 2 (*Delitos patrimoniales y económicos*), 2ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

BINDING (1902), *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, t. 1, 2ª ed., Engelmann, Lipsia.

BIRKMEYER (1879), *Über das Vermögen im juristischen Sinne*, Palm & Enke, Erlangen.

BEULKE (2009), «Wirtschaftslenkung im Zeichnen des Untreutatsbestands», en MÜLLER *et al.* (eds.), *Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, München, pp. 245 ss.

BOCKELMANN (1944), «Der Unrechtsgehalt des Betruges», en EL MISMO (ed.), *Probleme der Strafrechtserneuerung. Festschrift für Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 266 ss.

BRÄUNIG (2011), *Untreue in der Wirtschaft. Eine funktionale Interpretation des Untreuestrafrechts*, Duncker & Humblot, Berlín.

BRUNS (1938), *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken. Beiträge zu einer selbständigen, spezifisch strafrechtlichen Auslegungs- und Begriffsbildungsmethodik*, Nicolai, Berlín.

CUCUMUS (1829), «Von dem Unterschiede zwischen Fälschung und Betrug», *Neues Archiv des Criminalrechts*, (10), pp. 513 ss., pp. 681 ss.

————— (1820), *Ueber das Verbrechen des Betrugs als Beytrag für Criminalgesetzgebung*, Nitribitt, Würzburg.

CRAMER (1968), *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, Gehlen, Berlín/Zürich.

ESER (1962), «Die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit als Betrugsschaden», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 289 ss.

FARALDO CABANA (2015), *Los delitos societarios*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

GALLAS (1961), «Betrug als Vermögensdelikt», en BOCKELMANN/GALLAS (eds.), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga, pp. 401 ss.

GALLEGO SOLER (2002), *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Tirant lo Blanch, Valencia.

GILI PASCUAL (2013), «Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y kick-backs», *Cuadernos de Política Criminal*, (109), pp. 45 ss.

Hans-Ludwig GÜNTHER (2004), «Die Untreue im Wirtschaftsrecht», en HEINRICH (ed.), *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag*, Giesecking, Bielefeld, pp. 311 ss.

HÄLSCHNER (1868), *Das preußische Strafrecht, Theil 3, System des deutschen Strafrechts*, t. 2 (*Verbrechen gegen das Recht der Privatperson*), Marcus, Bonn.

HEFENDEHL (2010), «Auslaufmodell „Vermögensgefährdung“?», en JOECKS *et al.* (eds.), *Recht – Wirtschaft – Strafe. Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, pp. 295 ss.

————— (1994), *Vermögensgefährdung und Exspektanzen. Das vom Zivilrecht konstituierte und vom Bilanzrecht konkretisierte Herrschaftsprinzip als Grundlage des strafrechtlichen Vermögensbegriff*, Duncker & Humblot, Berlín.

HOYER (2010), «Rechtlich anerkannter Tauschwert als Vermögenswert», en JOECKS *et al.* (eds.), *Recht – Wirtschaft – Strafe. Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, pp. 339 ss.

JAKOBS (2008), «La privación de un derecho como delito patrimonial», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (4).

KINDHÄUSER (2015), *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, 5ª ed., Nomos, Baden Baden.

————— (2013), «§ 266», en KINDHÄUSER/ALBRECHT (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4ª ed., Nomos, Baden Baden.

————— (1997), «Betrug als vertypte mittelbare Täterschaft», en SCHULZ/VORMBAUM (eds.), *Festschrift für Günther Bemmman zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden Baden, 1997, p. 339 ss. (existe traducción al castellano de Jorge Fernando Perdomo Torres, *La estafa como autoría mediata tipificada*, Universidad Externado, Colombia, 2002).

KLEINSCHROD (1800), «Ueber den Begriff und die Erfordernisse des Verbrechens der Verfälschung», *Archiv des Criminalrechts*, (2), pp. 113 ss., pp. 135 ss.

KÖSTLIN (1857), «Ueber die Grenzen zwischen dem strafbaren und dem bloß civilrechtlich zu verfolgenden Betrüge», *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess n. F.*, (14), pp. 295 ss.; (15), 1958, pp. 46 ss.

LÖSING (2012), *Die Kompensation des Vermögensnachteils durch nicht exakte quantifizierbare, vermögenswirksame Effekte*, Duncker & Humblot, Berlín.

MANSDÖRFER (2009), «Die Vermögensgefährdung als Nachteil im Sinne des Untreuetatbestandes», *Juristische Schulung*, pp. 114 ss.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2015), *Derecho penal económico y de la empresa, Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

MATT/SALIGER (1999), «Straflosigkeit der versuchten Untreue», en Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a. M (ed.), *Irrwege der Strafgesetzgebung*, Peter Lang, Fráncfort del Meno, pp. 217 ss.

MERKEL (1867), «Die Lehre vom Strafbaren Betrug», en *Kriminalistische Abhandlungen*, t. II, Breitkopf u. Härtel, Lipsia.

MURMANN (2010), «Untreue (§ 266 StGB) und Risikogeschäfte», *Jura*, pp. 561 ss.

NELLES (1990), *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften. Zugleich ein Beitrag zur Struktur des Vermögensbegriffs als Beziehungsbegriff*, Duncker & Humblot, Berlín.

OTTO (2008), «Untreue durch Übernahme der mit einem Strafverfahren verbundenen Aufwendungen für Unternehmensangehörige durch ein Unternehmen», en SIEBER *et al.* (eds.),

Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, Carl Heymann, Colonia/München, pp. 693 ss.

————— (1970), *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, Duncker & Humblot, Berlín.

PAREDES CASTAÑÓN (2004), «La determinación del nivel de riesgo permitido: un caso de Derecho penal económico», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, (12), pp. 139 ss.

PASTOR MUÑOZ (2014), «Los pagos de corrupción realizados por los administradores de sociedades en contextos de corrupción sistémica: ¿una deslealtad punible?», en GIMBERNAT ORDEIG *et al.* (eds.), *Dogmática del Derecho penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schönemann por su 70º aniversario*, t. II, Gaceta Jurídica, Lima, pp. 197 ss.

————— (2013), «Herausforderungen bei der Vermögensschadenberechnung im Lichte der Entwicklung des spanischen Vermögens- und Wirtschaftsstrafrechts», en ZÖLLER *et al.* (eds.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 1447 ss.

————— (2013), «La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico», en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (coords.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, pp. 85 ss.

————— (2004), *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Barcelona.

————— (2000), «Estafa y negocio ilícito. Algunas consideraciones a propósito de la STS de 13 de mayo de 1997 (Ponente: Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, pp. 335 ss.

PASTOR MUÑOZ/COCA VILA (2016), *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código penal*, Atelier, Barcelona.

————— (2015), «¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado? Un análisis dogmático a la luz del art. 252 del Proyecto de Reforma del Código Penal de 4 de Octubre de 2013», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1).

————— (2013), «El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal», *Iuris*, (2), pp. 36 ss.

PAWLIK (1999), *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Carl Heymann, Colonia.

PERRON (2013), «Keine Unmittelbarkeit des Vermögensschadens», en FREUND *et al.* (eds.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 857 ss.

————— (2008), «Bemerkungen zum Gefährdungsschaden bei der Untreue», en SIEBER *et al.* (eds.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Carl Heymann, Colonia/München, pp. 737 ss.

RANSIEK (2004), «Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue», *ZStW*, (116), pp. 634 ss.

RIEMANN (1989), *Vermögensgefährdung und Vermögensschaden*, C. F. Müller, Heidelberg.

SALIGER (2006), «Gibt es eine Untreuemode? Die neue Untreuedebatte und Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung», *Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, (1), pp. 10 ss.

SAMSON/GÜNTHER (2008), «§ 266», en WOLTER (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7^a/8^a ed., Carl Heymann, München.

SCHÜNEMANN (2013), «Der Straftatbestand der Untreue als zentrales Wirtschaftsdelikt», en FREUND *et al.* (eds.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 837 ss.

————— (2011), «§ 266», en LAUFHÜTTE *et al.* (eds.), *Leipziger Kommentar. Strafgesetzbuch*, 12^a ed., Walter de Gruyter, Berlin.

SZEBROWSKI (2005), *Kick-Back*, Carl Heymann, Colonia/Berlin/München.

Sven THOMAS (2002), «Untreue in der Wirtschaft», en HANACK (ed.), *Festschrift für Peter Riess zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin, pp. 795 ss.