



LUDWIG-MAXIMILIANS-
UNIVERSITÄT MÜNCHEN

JURISTISCHES SEMINAR

INSTITUT FÜR DIE GESAMTEN
STRAFRECHTSWISSENSCHAFTEN,
RECHTSPHILOSOPHIE UND RECHTSINFORMATIK
Ludwigstr. 29 / 1, U-Bahnhaltestelle Universität

Vorstand:

Professor Dr. Dr. h.c. mult. * Bernd Schünemann

* Mongolische Staatsuniversität Ulan Bator

Universität Saragosa Spanien

Universität José Carlos Mariátegui Peru

Georgische Staatsuniversität Tiflis

Staatl. Universität Chengchi Taiwan

LEHRSTUHL FÜR STRAFRECHT, STRAFPROZESSRECHT,
RECHTSPHILOSOPHIE U. RECHTSZOLOGIE

TELEFON

089 / 2180 - 2790 (Sekretariat)

01.10.2009

DATUM

* 2735 (Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Schünemann)
TELEFAX 089 / 2180 – 3085

- El tipo penal de la administración desleal –
el delito económico central de la actualidad *

I. Una hipótesis de desarrollo de la sociedad humana y sus delitos típicos

1. Las formas del comportamiento humano sufren cambios constantes que, en su conjunto, conforman la cultura de una sociedad. Ello ocurre tanto con el comportamiento que obedece a las concepciones de valores dominantes, como así también con el comportamiento que las contradice, denominado comportamiento desviado por los sociólogos y delito por los juristas. Permítanme formular para el Derecho penal una hipótesis de desarrollo, así como Carlos Marx la presentó para la sociedad humana, partiendo de la horda primitiva, pasando por las diferentes sociedades de clases hasta la sociedad sin clases, o Henry Sumner Maine la formuló siquiera para el Derecho, con un movimiento del Derecho de *status* al Derecho contractual.

Quisiera concentrar mi hipótesis de desarrollo a la pregunta acerca de cuál delito es típico, caracterizador de la sociedad humana para una época determinada. Divido a grandes rasgos el desarrollo de la sociedad humana desde la caída del mundo antiguo en tres épocas, la preindustrial, la industrial-burguesa y la posmoderna-industrial avanzada. Mi tesis consiste en que el delito característico para la primera época era el tipo penal del

* Traducción al castellano de Mariana Sacher, Universidad de Múnich.

robo, para la segunda época el del hurto y, para la época actual, el de la administración desleal. Quien quería tener algo que no le correspondía, a lo que no tenía acceso según las normas sociales, en la primera época lo tenía que robar, es decir, apropiárselo mediante el ejercicio de la fuerza. El robo es, originariamente, un fenómeno omnipresente (ubicuo), que abarca todos los objetos imaginables de los que uno pueda apropiarse, desde la corona simbolizante del poder más alto hasta las mujeres. La supresión del robo constituye una de las tareas más importantes del Estado preindustrial y, en la subcultura de la población sometida, se transmite durante mucho tiempo la imagen del ladrón „noble“, como lo representa Robin Hood.

Con la producción masiva de bienes típica de la sociedad industrial, el hurto avanza hasta convertirse en el delito característico. La masa de los bienes poseídos por personas individuales es tan enorme, que no puede ser controlada por el ejercicio de un dominio personal sobre la cosa. La distribución de los bienes se basa en un concepto de propiedad muy abstracto. Para desobedecer las reglas de ese reparto, por lo general no se requiere más ejercer la fuerza, sino sólo apoderarse secretamente de ese bien. El concepto de propiedad como centro organizatorio de la sociedad capitalista depende de una ideada protección completa mediante el Derecho penal. Un famoso ejemplo de ello ofrece la Ley prusiana sobre la penalización del hurto forestal, que dio motivo al joven Carlos Marx para su primera gran crítica al capitalismo.

El tipo penal del hurto se presenta hoy como si fuera el delito característico de nuestra sociedad posmoderna-industrial avanzada. En efecto, así como lo muestran las estadísticas criminales, dos tercios de toda la criminalidad registrada corresponden al hurto y sus cualificaciones. Pero una apreciación meramente cuantitativa como ésta no dice todavía nada acerca de cuál clase de delito amenaza al fundamento de la sociedad respectiva. Hay que tener en cuenta que la época actual está caracterizada por la producción global, desarrollada en dimensiones gigantescas, de ingentes cantidades de cachivaches, para cuya producción tiene lugar una constante sobreexplotación de los recursos naturales. Considerando esto, la apropiación ilegal en el sentido del Derecho civil, de esas esparcidas pequeñeces inútiles de nuestra sociedad de consumo (denominada hurto en el Derecho penal), es mucho menos lesiva socialmente que los estragos causados al medio ambiente para producir esos objetos. Poniendo énfasis en esta cuestión, se podría decir que el delito de hurto es todavía cuantitativamente notable para la sociedad industrial avanzada, pero que cualitativamente no tiene significación. Desde el punto de

vista cualitativo entran decisivamente en consideración la separación entre la propiedad y la administración que caracterizan la organización actual de la economía política que, a su vez, es una consecuencia del desarrollo hacia la gran empresa con la forma de organización dominante. Toda empresa que no sea absolutamente insignificante está organizada como persona jurídica, cuyo capital es aportado por numerosos socios que son partícipes de la ganancia a obtener de acuerdo a su cuota de capital. Las operaciones comerciales y, de este modo, el dominio sobre el capital colocado se encuentra completamente en manos de órganos empleados que, a su vez, en grandes empresas sólo pueden ejercer una función directiva, mientras que la concreta administración patrimonial en la estructura empresarial construida jerárquicamente se encuentra en las manos de órganos subordinados.

Así como la separación entre la competencia sobre la propiedad y la administración patrimonial es lo que caracteriza la actual economía política, la administración patrimonial desleal es el delito económico característico de la actualidad.

Esta concepción del tipo penal de la administración desleal como el característico delito económico de la tercera época, que comenzó durante el siglo XX, muestra claramente que ni en el Common Law ni en el Code Pénal francés de 1810 fue desarrollada una concepción general de la administración desleal y que, en consecuencia, también los Códigos de los países románicos, que poseían influencia francesa, no llenaron esa laguna hasta la actualidad. Ello es así especialmente en el país anfitrión de mi ponencia del día de hoy, Chile. Por eso, siento como desafío especial en el Curso Maestría de la Universidad de Chile sobre Derecho Penal Económico, el presentar algunas ideas y propuestas para incorporar un tipo penal de la administración desleal en el Código Penal.

II. „Callejones sin salida“ de la legislación

A este respecto, quisiera investigar aquellas vías y construcciones auxiliares que, en mi opinión, no conducen a los objetivos. A su vez, esto presupone que elabore primero analíticamente el ilícito específico de la administración desleal, antes de analizar las posibilidades de crear un tipo penal que abarque este ilícito.

1. Permítanme referirme brevemente a los problemas básicos de la protección penal del patrimonio. El patrimonio como bien jurídico penal presenta considerables problemas por no poseer un ámbito de protección delimitable de un modo preciso, a diferencia de los bienes jurídicos personales de la vida, el cuerpo y la libertad, y también a diferencia del bien jurídico de la propiedad. El hecho de que en principio no se pueda lesionar al individuo en su vida, su salud y su libertad de movimiento, resulta de los Derechos humanos reconocidos en todos los Estados civilizados. También la propiedad es, en el alcance en que está reconocida por el respectivo orden jurídico, absoluta. En palabras art. 903 del Código Civil alemán, el propietario de una cosa tiene el derecho exclusivo de utilizar la cosa a su voluntad y de excluir a otros de toda influencia. Ello es muy diferente cuando se trata del patrimonio, entendido como la suma de los valores pecuniarios de una persona, incluyendo aquellas posibilidades de ganancias que no se han concretizado en un derecho de propiedad fijo. Es que en una economía de libre competencia es obvio que un patrimonio entendido en este sentido tan amplio no puede gozar de una protección penal en todo su entorno. En efecto, una gran parte de las transacciones económicas afectan los denominados juegos de suma cero, en los que la ganancia de uno significa la pérdida del otro, y que en una libre competencia no son reprimidos, sino justamente fomentados. Por eso, la tarea extraordinariamente complicada del legislador en el Derecho penal económico consiste en fijar los ámbitos de protección a respetar en una economía de libre competencia, investigar las formas de acciones socialmente lesivas y, finalmente, fijar las prohibiciones penales legítimas conforme al principio de ultima ratio para la protección de bienes jurídicos. De acuerdo con esto, el derecho de propiedad ha sido completamente protegido contra toda lesión „desde fuera“ mediante los tipos penales del hurto, de la apropiación indebida de cosas muebles (en alemán *Unterschlagung*) y del daño. El patrimonio ha sido protegido contra dos formas de ataque especialmente peligrosas „desde fuera“, que tampoco en una economía de libre competencia deben ser toleradas por su titular. El tipo penal de la estafa protege al titular del patrimonio de que se lo utilice como un mero instrumento de su propio daño a través de un engaño, de modo similar a un hurto en autoría mediata. Y lo mismo vale para la protección contra la violencia, es decir, contra la fuerza y las amenazas insoportables, mediante el tipo penal de la extorsión. Justamente esta protección fracasa en una economía nacional, en la que la posición de titular del patrimonio no coincide con la efectiva administración del patrimonio. El gran dogmático penal alemán *Binding* revisió esto ya hace más de 100 años con la siguiente frase clásica: „En una gran cantidad de casos, quien posee mala fe está en la situación feliz de

poder disponer conforme a Derecho de patrimonio ajeno. Ese patrimonio encuentra su enemigo justamente en esa persona que se lo atribuye de acuerdo al Derecho, y contra esas personas necesita el titular del patrimonio protección energética. Su medio específico de dañar patrimonio ajeno es el abuso de la plenitud de poderes que les ha sido otorgado por ley o por el titular del patrimonio en interés de éste⁴¹. El hecho de que esa necesaria protección sólo puede ser otorgada por el Derecho penal y que aquí el Derecho penal no sólo es la ultima ratio, sino incluso la única ratio, resulta de que todas las restantes precauciones de protección fácticas y de Derecho civil usuales fracasan frente a aquellas personas a las que les está abierto conforme a Derecho el acceso constante al patrimonio de otro. El Derecho civil se convierte aquí prácticamente en el vehículo de la comisión del hecho, de modo que justamente un análisis victimodogmático demuestra en esto que no se puede renunciar a la protección penal. En consecuencia, la tarea polícticriminal del tipo penal de administración desleal consiste en la protección del titular del patrimonio contra un daño realizado „desde dentro“, es decir, por una persona que está „de su lado“.

2. Esta necesidad específica de protección no puede ser satisfecha mediante los tipos penales tradicionales. Ello ocurre especialmente con el Código penal chileno, que en los art. 233 y 470. Art.470 penaliza los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, pero sólo abarca con ello la apropiación de una cosa mueble ajena confiada al autor, es decir, protege sólo la propiedad y no así el patrimonio. Art. 233 penaliza como la Malversación de caudales públicos el empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los sustrajere, es decir, protege tanto la propiedad como el patrimonio, pero eso protege sólo valores patrimoniales ya existentes de la acción de „sustracción“, pero no el mero daño como tal, como por ejemplo a través de una celebración de contrato que es perjudicial. La insuficiencia de prescripciones de estas características fue reconocida en Alemania por primera vez en el Código penal de Sajonia en el año 1855 ((mil ochocientos cincuenta y cinco)), donde la disposición arbitraria de un gerente o encargado de una empresa sobre el patrimonio activo y demás partes patrimoniales era equiparada a la apropiación indebida de cosas muebles (*Unterschlagung*). Y a través del Código penal para la Confederación de la Alemania del Norte de 1867, el Código penal de 1871 y la Ley complementaria del Código penal de

1933 se creó, mediante una progresiva abstracción, el tipo penal específico de la administración desleal (*Untreue*), al que me referiré posteriormente en detalle.

3. También en el ámbito del Common Law se reconoció que la protección penal era insuficiente. Por eso se buscó una ampliación extendiendo el tipo penal del hurto (*theft*) hasta incluir la denominada propiedad intangible (*intangible property*), de modo similar al Código penal de Sajonia que he citado. Pero a este método se le han hecho tres graves objeciones. En primer lugar, colisiona con el principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*) cuando los tribunales interpretan tipos penales que poseen originariamente una dirección claramente delimitada, sencillamente en una dirección completamente nueva. Esta interpretación acaba prácticamente en que el concepto de propiedad, que antes era preciso, se extienda hacia el concepto general de patrimonio, con lo que, hacia fuera, es construida una protección penal demasiado abarcadora. En efecto, como lo acabo de indicar, el patrimonio no puede ser protegido completamente hacia fuera en una economía de libre competencia. Por consiguiente, conduce a confusión cuando se quiere extender el tipo penal del hurto, que describe la protección hacia fuera, a la totalidad del patrimonio. Con ello no puede ser abarcada la dirección de protección específica de la administración desleal contra la lesión producida „desde dentro“. Y, en tercer lugar, el hurto, al requerir en Alemania el ánimo de apropiación (*Zueignungsabsicht*), y en algunos países de habla hispana el ánimo de lucro, está concebido como un delito de desplazamiento del patrimonio. Por el contrario, del fundamento de la relevancia penal de la administración desleal (*Untreue*) resulta que también el mero perjuicio del otro debe ser merecedor de pena, aun cuando el autor no persiga un desplazamiento a su propio patrimonio¹. Esto no es algo así como una determinación conceptual apresurada, sino que resulta de la estructura de la constelación de la administración desleal. En efecto, el administrador del patrimonio ajeno tiene una posición de garante, como la conocemos del delito de omisión impropia. Y al tratarse de un garante, cada lesión de bienes jurídicos de la que sea responsable es merecedora de pena, da igual si ha actuado con el fin de enriquecimiento propio o no.

4. Por consiguiente, una estrategia que corresponda mejor al ilícito de la administración desleal (*Untreue*) consiste en describir en forma casuística las posiciones de aquel administrador de patrimonio que se hacen punibles por administración desleal cuando causan un perjuicio en el patrimonio que se le ha confiado. Un ejemplo de ello ofrece el

¹ Lehrbuch des Besonderen Teils I p. 397; el texto ha sido modificado un poco por mí para que quede

tipo penal de malversación y dilapidación de bienes del art. 233 del Código penal chileno, que pena la administración desleal de un empleado público con relación al patrimonio confiado. Este es, desde todo punto de vista, un tipo penal legítimo que, sin embargo, es muy estrecho, ya que satisface sólo una necesidad de pena que existía en el estado, pero no cubre de modo alguno las formas de organización de la economía nacional privada. Una vía moderna sigue el nuevo Código penal español de 1996, al crear el siguiente tipo penal de la „administración social fraudulenta“ en el art. 295:

„Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentaparticipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triple del beneficio obtenido.“

Evidentemente, este es un gran paso en la dirección acertada, pero, a su vez, está limitado de tres modos. En primer lugar, con la expresión „en beneficio propio o de un tercero“ se exige un desplazamiento del patrimonio, de modo que el mero perjuicio no alcanza. En segundo lugar, el círculo de autores está limitado a los administradores de un patrimonio de la sociedad. Y, en tercer lugar, se exige un actuar fraudulento con lo que el tipo penal contiene de modo confuso un vestigio de los intentos anteriores que penalizaban el defraudar la confianza con el tipo penal de la estafa.² De la cuestión acerca de si estas limitaciones son fundadas o si se pueden eliminar por vía de la interpretación, me ocuparé posteriormente.

5. Previamente quisiera tratar la tendencia hoy dominante a nivel internacional de luchar contra la corrupción tanto del sector público como privado con los medios del Derecho penal, ya que podría ser que, de este modo, también pudiera ser cubierta la administración desleal. Para anticipar la respuesta a esta cuestión: tanto los fines de este movimiento como también los instrumentos legislativos que se refieren a ello son demasiado difusos, las formas de manifestación de la corrupción son demasiado complejas, para que sea posible resolver con ello el problema específico de la administración desleal. La corrupción puede concidir con la administración desleal, pero esto no es forzoso, de modo que sólo una separación cuidadosa de los bienes jurídicos respectivamente afectados puede cumplir con las exigencias de una legislación penal de Estado de Derecho.

más claro.

² Al respecto, en detalle Bacigalupo, en: Hacia un derecho penal económico Europeo, Boletín Oficial del Estado, Madrid 1995, pp. 385 ss.

El concepto de corrupción es definido en la Convención OECD³ (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) sobre soborno en sentido estricto como el soborno de un representante del Estado, incluyendo el representante de empresas públicas, con lo que queda excluida la economía privada. Sin embargo, este ámbito está incluido dentro de Europa tanto por un tratado que abarca a todos los países europeos, como también por una decisión marco de la Unión Europea. De acuerdo con ello, un empleado de una entidad del sector privado es punible, cuando pide o recibe una ventaja a cambio de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones en la empresa.³

El cohecho será cometido en estos casos generalmente con el fin de que quien recibe la dádiva, al decidir encargar a otro un servicio en nombre de su empresa, otorgue preferencia entre los ofertantes a una determinada empresa, de la que recibió la dádiva. Esta contratación del servicio puede llegar a ser una acción de administración desleal. Ello ocurre cuando el empleado no celebra el contrato más barato, sino que, en desventaja para el dueño del negocio, acepta un precio más alto, que el que debería aceptar conforme a la situación del mercado. Sin embargo, este perjuicio desleal producido al dueño del negocio, no es exigido por el tipo penal de la corrupción económica, de modo que este tipo penal posee otra dirección de protección que el tipo penal de la administración desleal. Cuál es esa dirección de protección y si ella ofrece una legitimación suficiente para criminalizar el respectivo comportamiento, es una cuestión extremadamente complicada, razón por la que hoy no puedo tratarla en detalle. Una dirección de protección posible sería la competencia global debida como tal, por ejemplo en el sentido de que siempre debería tener éxito el ofertante más ventajoso. Ello se corresponde con el art. 299 del Código penal alemán (*StGB*), que tiene un ámbito de aplicación internacional. Sin embargo, es en definitiva absurdo que el legislador alemán se considere legitimado para garantizar internacionalmente una competencia debida con los medios del Derecho penal. Y también es dudoso que el Derecho penal sea un medio legítimo para imponer una política económica determinada. Por eso parece más convincente que el tipo penal de la corrupción económica tenga que proteger al dueño del negocio frente a su empleado.

³ Decisión marco del Consejo de 22.7.2003, Diario Oficial de la Unión Europea, L 192 de 31.7.2003, p. 54, art. 21 b.

Pero contra qué tiene que ser protegido? Cuando en el cohecho no se trata de una administración desleal, es decir, de un perjuicio provocado al dueño del negocio, entonces en él se trata sólo de su libertad de disposición. Por ejemplo, puede presentarse el caso de que el dueño de una empresa le ha ordenado a sus empleados que, al encargar tareas a terceros, den preferencia a miembros del mismo partido político o de la misma comunidad religiosa a los que pertenece el dueño de la empresa. Si al celebrar luego el contrato, el empleado da preferencia a una empresa orientada de otro modo en lo político o religioso, por ofrecer ésta un precio más bajo y, así, en interés económico de su empresa y de la economía de libre competencia, el empleado infringe la orden que estaba fundada en motivos no económicos. Es verdad que esta conducta podría constituir una lesión de sus deberes provenientes del contrato de trabajo. Sin embargo, no puede ser aceptado de modo alguno el hecho de que éste sea un comportamiento penalmente relevante.

Por consiguiente, la penalización cada vez más severa de la corrupción amenaza con una clara expansión excesiva del Derecho penal. De ningún modo puede ofrecer un sustituto para un tipo penal de la administración desleal legítimo.

III. Puntos angulares de un tipo penal legítimo de la administración desleal

1. La estructura fundamental del tipo penal de administración desleal ya la aclaré anteriormente: se trata del perjuicio al patrimonio desde dentro es decir, provocado por la persona a la que el titular del patrimonio le ha confiado justamente la vigilancia de éste. Por tanto, el autor debe tener una posición de dominio sobre el patrimonio ajeno que está vinculada fiduciariamente, es decir, debe ser ejercida considerando los intereses del titular del patrimonio. Más allá, tampoco se puede tratar de una posición subordinada, en la que el encargado sólo debe ocuparse de las cosas muebles del dueño del negocio. En estos casos interviene la protección de la propiedad, es decir, o bien el tipo penal de Malversación de caudales públicos del art. 233 del Código Penal chileno ya mencionado o el tipo penal del daño conforme al art. 484 y siguientes. Por consiguiente, se trata de la administración de patrimonio ajeno o, como se dice también en Alemania, del cuidado de los negocios. A partir de aquí denominaré

fiduciante o administrado (Treugeber) a aquellos cuyos negocios son administrados; y al dudoso autor de la administración desleal, que está encargado del cuidado de los negocios, el *fiduciario o administrador (Treunehmer)*.

2. El *fiduciario o administrador* cuidará los negocios en muchos casos a través de concertar negocios de Derecho civil. Para ello debe poder actuar como representante abierto u oculto del *fiduciante o administrado*. Por tanto, **debe existir un poder de disposición o de obligarse**. En esta cuestión aparece un problema que fue sumamente discutido durante mucho tiempo en el debate alemán. Este consiste en si el representante del *fiduciante o administrado* sólo puede ser autor idóneo del tipo penal de administración desleal cuando el fundamento principal para su relación con el *fiduciante o administrado* consiste en el encargo de velar por su patrimonio. Esto se llama en Alemania el **fideicomiso o la administración en interés ajeno (fremdnützige Treuhand)**. ¿O es suficiente cuando el *fiduciario o administrador* actúa en sí en interés propio, pero recibe del *fiduciante o administrado* un poder de disposición del que no puede abusar en su propio perjuicio? Esto es denominado en Alemania el fideicomiso o la **administración por propio interés (eigennützige Treuhand)**. El caso más importante es el caso de la tarjeta de crédito, ya que el titular de ésta recibe un poder de la empresa de tarjetas de crédito, de obligar a la empresa a pagar las deudas del *fiduciario o administrador*. Si el titular de la tarjeta va aquí más allá del límite acordado y no está por sí mismo en condiciones de devolver al *fiduciante o administrado* las sumas de dinero que debe emplear para pagar las deudas hechas por el *fiduciario o administrador*, entonces el *fiduciario o administrador* ha perjudicado el patrimonio del *fiduciante o administrado* mediante un abuso de su poder de obligar. El Tribunal Supremo alemán (BGH) sostuvo aquí la opinión de que no habría administración desleal, ya que la administración desleal supone un fideicomiso o una administración en interés ajeno. Pero esto significa, teniendo en consideración la estructura básica de la administración desleal arriba descrita, un estrechamiento desafortunado del tipo penal. En efecto, para la necesidad de pena es decisivo que el titular del patrimonio haya dado su patrimonio al dominio de otro, ya que la necesidad especial de protección, que sólo puede ser cubierta por el Derecho penal, ya sólo por eso se genera. En consecuencia, es acertado que se pene por administración

desalear todo abuso de un poder para disponer o poder para contraer obligaciones que conduzca a un perjuicio en el patrimonio de quien otorga ese poder.

También en el fideicomiso o la administración en propio interés debe ser fundado un dominio sobre patrimonio ajeno, de modo que la contrariedad a deber en el marco de contratos con obligaciones recíprocas, nunca puede cumplir con el tipo penal de administración desleal. Por ejemplo, un vendedor se entera que el comprador necesita la cosa vendida indefectiblemente para un momento determinado porque, por ejemplo, sino éste no podrá cumplir con una prestación a la que se ha obligado frente a un tercero, y así se hace responsable por los perjuicios que le pueda causar al tercero. Si el vendedor no suministra la mercadería al comprador para perjudicarlo, obviamente es responsable civilmente por los perjuicios que cause. Pero no comete una administración desleal penalmente relevante, ya que no posee un dominio sobre el patrimonio ajeno, sino que sólo ha incumplido su deber como deudor normal.

3. La siguiente cuestión consiste en si es suficiente como acción penalmente relevante sólo el celebrar negocios jurídicos, es decir, una acción civilmente eficaz, o si también son efectivas acciones que conducen económicamente a un perjuicio patrimonial del *fiduciante* o *administrado*.

La respuesta surge ya de la estructura del bien jurídico, es decir, del concepto penal de patrimonio. Conforme al concepto normativo-económico de patrimonio, éste es la suma de los valores pecuniarios sobre los que una persona ejerce dominio con reconocimiento del ordenamiento jurídico. Por eso, al patrimonio pertenece por ejemplo también un know how técnico, aun cuando no posea como Derecho de patentes una solidificación similar a la propiedad. Ahora bien, puede ocurrir que el *fiduciario* o *administrador* deja sencillamente el know how a otro. O bien, por no usarlo, queda superado a raíz de los adelantos técnicos, produciendo así su pérdida de valor. Estas acciones de hecho no son menos merecedoras de pena que transacciones que dan lugar a negocios jurídicos, mediante las que el patrimonio del *fiduciante* o *administrado* es perjudicado. Debido a la posición de garante del *fiduciario* o *administrador*, da igual en definitiva si perjudica al patrimonio mediante un hacer activo a través de una

omisión. De todos modos, aquí la omisión es equiparable a una comisión por el dominio sobre el fundamento del resultado.

4. a) Para consumir la administración desleal es obviamente necesario que al *fiduciante o administrado* se le haya provocado un perjuicio patrimonial. En efecto, detrochar el patrimonio significa que se lo reduce de un modo insensato, sin obtener contraprestación alguna, es decir, se lo perjudica. Lamentablemente, el concepto de perjuicio patrimonial es el elemento del tipo penal más difícil y más discutido de toda la Parte especial del Código penal. Esto parece sorprender a primera vista, ya que el punto de partida dogmático es en realidad muy claro. En efecto, si el patrimonio es la suma de los valores pecuniarios de una persona, entonces el perjuicio patrimonial significa que esa suma se ha reducido luego de la acción del autor. Se trata de una comparación del saldo patrimonial (es decir, del patrimonio neto) del *fiduciante o administrado* antes de la acción del *fiduciario o administrador* y después de la acción. Se debe afirmar un perjuicio cuando mediante él se ha reducido el valor total del patrimonio. Pero justamente el problema está en que se calcule el valor del patrimonio con la denominada categoría homogénea del rendimiento del dinero. En una moderna economía estatal con el intercambio permanente de bienes y el fraccionamiento de objetos negociables en unidades cada vez más especiales y combinaciones, el valor patrimonial está en una corriente constante. Por ejemplo, se puede pensar en el comercio con derivados y opciones, cuyo precio de mercado, si éste es siquiera fijo, cambia día a día y, en definitiva, no reproduce un valor que pudiera ser derivado de la cosa misma, sino sólo las apreciaciones especulativas de los participantes del mercado influidas por muchos imponderables psicológicos. Por ejemplo, existe un perjuicio, cuando el administrador del patrimonio ajeno adquiere con propósitos especulativos participación en los derechos de hacer pozos petrolíferos y paga por ello, por ejemplo, 10 millones de dólares, aunque actúa en la esperanza de que en caso de éxito al hacer los pozos tenga valor haber participado con 10 millones de dólares. Pero, si resulta posteriormente que en el respectivo terreno no hay nada de petróleo y que, por eso, los derechos de participación no poseen en definitiva valor alguno? Negocios de estas características los hemos vivido justamente en los últimos tiempos en una enorme medida, en los casos en que los directores de Bancos compraron por sumas de miles de millones los denominados *subprime mortgages* (crédito con

sobreprima por el alto riesgo crediticio) que, entretanto, se pusieron de manifiesto como en parte sin valor alguno. Sin embargo, hasta ahora no ha sido acusado ningún director de Banco en Alemania por administración desleal. A la inversa, se ha condenado a directores del consorcio Siemens por administración desleal, por haber recibido para Siemens encargos lucrativos en el extranjero con ayuda de sumas sobornantes provenientes de unas denominadas „cuentas especiales o secretas“. En Alemania se habla de estas cuentas negras (*schwarze Kassen*), cuando una suma de dinero no es registrada en la contabilidad oficial y balances de la empresa, sino que es llevada por un empleado secretamente en interés de la empresa y es utilizada para negocios moral- o jurídicamente dudosos, que no deben ser dados a conocer públicamente, como es el caso del cohecho en el extranjero.

b) A su vez, para poder tratar todas las cuestiones dudosas del concepto de perjuicio patrimonial habría que hacerlo en otra ponencia más que esté dedicado especialmente a esta cuestión. Por eso, hoy sólo puedo intentar dar una breve respuesta a ambos problemas parciales que acabo de mencionar.

aa) **Mi primer ejemplo se refiere a los denominados negocios de riesgo.** En esta clase de negocios se trata de que en el transcurso de un proceso que está en desarrollo, se hace un corte agudo y se exige allí un cálculo en dinero, que de la mano de datos objetivos no puede ser realizado. Lo que aparece como precio de mercado, es frecuentemente sólo el producto de apreciaciones subjetivas o casi irracionales de los participantes del mercado. Pero como también el *fiduciario* o *administrador* es un participante normal del mercado, **no se le puede pedir que sea más astuto que el mercado.** Por eso, conforme a la opinión dominante en Alemania, **los negocios de riesgo no fundan ya objetivamente un perjuicio patrimonial, cuando se mantienen en el marco de los precios de mercado.** Cuando **se adquiere un derecho de hacer pozos petrolíferos por un precio que es usual en el mercado, el patrimonio no debería estar perjudicado** aun cuando se compruebe posteriormente que en el respectivo terreno no hay nada de petróleo. Pero esta construcción parece ser dogmáticamente poco sostenible, como se muestra en el caso de los conocimientos especiales. En efecto, cuando el *fiduciario* o *administrador*, por ejemplo, se entera del hecho aún no conocido en el mercado, de que en el terreno correspondiente a los derechos de hacer pozos petrolíferos

no hay nada de petróleo, obviamente se hace punible por administración desleal si, no obstante, adquiere el derecho por el precio usual en el mercado. Pero como el perjuicio no puede depender del conocimiento del autor, sino que debe ser determinado objetivamente, ello conduce forzosamente a valorar la cuestión del perjuicio desde la perspectiva ex-post y sólo negar el tipo subjetivo cuando esa perspectiva no era accesible para el *fiduciario* o *administrador* al momento de actuar.

bb) Por cierto, la **valoración ex-post** no conduce a nada cuando la situación patrimonial al momento de la acción del *fiduciario* o *administrador* tampoco está **objetivamente clara y abierta al futuro**. En el caso de los derechos de hacer pozos petrolíferos es algo cierto si hay petróleo en el terreno o no. Por el contrario, en la mayoría de los casos el desarrollo posterior está abierto, ya que depende del comportamiento no previsible de otros participantes del mercado. Como ejemplo de ello ofrezco el pago de un crédito por un Banco a una empresa que se encuentra en crisis, que quizás la logra superar con ayuda del crédito, pero quizás no. Para decidir esta clase de casos hay tres propuestas diferentes. La primera se refiere a la antijuridicidad, la segunda al perjuicio patrimonial, la tercera al dolo.

(1) Conforme a la primera propuesta, al *fiduciario* o *administrador* le debe ser concedido un amplio campo discrecional. Sólo cuando actúa fuera de todo ejercicio razonable del poder discrecional, la jurisprudencia alemana afirma la administración desleal. Pero esta solución tiene la desventaja que el elemento típico del perjuicio es prácticamente sustituido por el elemento típico de la contrariedad a deber. Sin embargo, el bien jurídico de la administración desleal consiste en el patrimonio del *fiduciante* o *administrado*. Y, por eso, no es suficiente si sólo es desatendido el poder de disposición del *fiduciante* o *administrado*, más bien tiene que agregarse independientemente un perjuicio patrimonial a la deslealtad.

(2) La segunda propuesta consiste en una ampliación del concepto de perjuicio mediante la inclusión del denominado perjuicio de puesta en peligro (*Gefährdungsschaden*). Ya el Tribunal Imperial Alemán (*Reichsgericht*) calificó una mera puesta en peligro como un perjuicio en el sentido del Derecho penal, cuando la puesta en peligro fuera tan concreta que apareciera ya como un

perjuicio actual desde el punto de vista económico. Esta extensión tan amplia del concepto de perjuicio patrimonial fue mantenido también por el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH). Pero se enfrenta con dos objeciones de peso. La primera objeción consiste en que la mera puesta en peligro constituye una mera tentativa, que no puede ser convertida en un delito consumado a través de una mera definición. La segunda objeción se dirige en contra de la vaguedad de la delimitación del perjuicio de puesta en peligro.

Conforme a la tradicional fórmula de la jurisprudencia, en el caso del crédito bancario habría que preguntarse si la pretensión que tiene el Banco frente a la empresa a que se le pague el crédito se encuentra tan fuertemente en peligro por la crisis de la empresa que, de acuerdo a una perspectiva económica, habría que haber constatado una pérdida actual de esa pretensión. Pero ¿cuándo es ése el caso? Un crédito es en el 100 por ciento seguro, cuando está asegurado en su 100 por ciento. Es decir, cuando quien toma el crédito entrega objetos valiosos, como por ejemplo terrenos en hipoteca. Por otro lado, también puede ocurrir que quien recibe un crédito, estando al principio en una grave crisis, supera luego la crisis y paga finalmente el crédito.

Aún más arbitraria es la delimitación en mi segundo ejemplo de las „cuentas especiales o secretas“. Cuando ellas son administradas por *fiduciario* o *administrador* de buena fe en interés del *fiduciante* o *administrado*, como en el caso del consorcio *Siemens*, en realidad se trata sólo de la desatención del poder de disposición del *fiduciante* o *administrado*, pero no de un perjuicio. Por el contrario, la jurisprudencia quiere, sólo por el peligro abstracto de que el *fiduciario* o *administrador* utilice la cuenta especial o secreta para otros fines que sean desleales, afirmar un perjuicio patrimonial actual del *fiduciante* o *administrado*. Pero eso es claramente una extensión, es decir, una interpretación extensiva no permitida del tipo penal de administración desleal.

(3) Por consiguiente, tanto la solución de la contrariedad a deber como también la solución de la puesta en peligro patrimonial, que es equiparable económicamente a un perjuicio, extiende demasiado el tipo penal de la administración desleal. Una salida de este dilema podría ofrecerla la tercera solución, que fue propuesta hace poco tiempo por el Tribunal Supremo Federal

alemán (BGH). De acuerdo con esta solución, un perjuicio patrimonial en forma de una puesta en peligro concreto sólo es suficiente cuando el *fiduciario o administrador* al actuar se conformó aprobando la producción de un perjuicio definitivo. Es decir, cuando al menos actuó con dolo eventual. Esto es razonable desde el punto de vista politicocriminal. Para el caso de las cuentas especiales o secretas, esto significa que el *fiduciario o administrador*, que las lleva y administra exclusivamente en interés patrimonial del *fiduciante o administrado*, no posee dolo de administración desleal y, por tanto, no es punible. Para el caso del crédito bancario depende de la situación total la cuestión acerca de si el director del Banco se conformó aprobando la producción de un perjuicio definitivo. Ese podría ser el caso si se dejara sobornar por quien recibe el crédito y, así, se mostrara dispuesto a ignorar los intereses del *fiduciante o administrado*.

Pero esta solución es, lamentablemente, dogmáticamente objetable de acuerdo al Derecho alemán vigente. En efecto, con ella se exige más para el tipo subjetivo que para el objetivo, mientras que, conforme a las reglas de la Parte general y también de acuerdo al tenor literal del tipo penal alemán de la administración desleal, el tipo objetivo y el subjetivo deben coincidir. A este respecto es más elástico el art. 295 del Código penal español. Efectivamente, el elemento subjetivo típico „fraudulentamente“ contenido adicionalmente podría ser interpretado en el sentido del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), es decir, en el sentido de un dolo eventual respecto del perjuicio definitivo.

IV. Propuesta de lege ferenda

1. Con esto se ha mostrado que un tipo penal general de la administración desleal es irrenunciable en la época actual de la sociedad industrial avanzada, pero que hasta ahora no está formulada de un modo óptimo en ningún Código penal. Por eso, el hecho indiscutible de que el Código penal chileno se halle atrasado en lo que respecta al delito de administración desleal, ofrece la oportunidad tan propicia de observar críticamente las experiencias de los otros países y concebir ahora un tipo penal de la administración desleal que sea convincente desde el punto de vista politicocriminal. En mi opinión, habría que seguir en esto, en principio, al Derecho alemán, pero habría que impedir que se extienda

erradamente el concepto de perjuicio al ámbito de las puestas en peligro. Por otro lado, cuando se requiere un perjuicio definitivo, se podría declarar punible la tentativa. En efecto, también en la tentativa el autor debe tener dolo de consumación, aunque sea sólo en forma de dolo eventual. De este modo se alcanzaría justamente aquello que persiguió el Tribunal Supremo Federal alemán (*BGH*) con su jurisprudencia sobre el dolo restante, pero que es muy difícil de compatibilizar con el texto legal alemán vigente.

2. Por consiguiente, mi propuesta para la legislación estaría finalmente formulada de la siguiente manera:

„Quien sea apoderado civilmente para disponer de un patrimonio ajeno o a cuyo dominio de custodia le esté confiado un patrimonio, será penado, si infringiendo sus deberes frente al titular del patrimonio perjudica dolosamente el patrimonio ajeno que está bajo su dominio o que le haya sido confiado. La tentativa es punible, en tanto que su actuar haya puesto en peligro el patrimonio“.