

**PROF. DOUTOR  
AUGUSTO SILVA DIAS  
*IN MEMORIAM***

**Volume I**



**IDPCC**  
Instituto de  
Direito Penal e  
Ciências Criminais



**CIDPCC**  
Centro de Investigação  
em Direito Penal e Ciências Criminais



**AAEDL**  
EDITORA

Lisboa / 2022

## **Ficha Técnica**

### **Título:**

Prof. Doutor Augusto Silva Dias – *In Memoriam*

Volume I

AAFDL – 2022

### **Comissão Organizadora:**

Catarina Abegão Alves

Helena Morão

Inês Ferreira Leite

João Gouveia de Caires

José Neves da Costa

Maria Fernanda Palma

Paulo de Sousa Mendes

Rui Soares Pereira

Teresa Quintela de Brito

Vânia Costa Ramos

### **Edição:**

AAFDL

Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa

### **Impressão:**

Gráfica Maiadouro, S.A.

### **ISBN:**

978-972-629-737-6

### **Depósito Legal:**

493462/21

janeiro / 2022

## ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD: LA EXPERIENCIA ALEMANA

Octavio García Pérez <sup>\*/\*\*</sup>

**SUMÁRIO:** Introducción; I. La Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 23 de junio de 2010; 1. Introducción; 2. Consideraciones sobre las implicaciones del mandato de certeza para el legislador; 3. Implicaciones del mandato de certeza para los tribunales; 4. Consideraciones del Tribunal Constitucional sobre el parágrafo 266 a la vista de su doctrina; II. La valoración de la sentencia; III. Perspectivas constitucionales de la administración desleal en España a la vista de la experiencia alemana

### Introducción

En no pocas ocasiones la configuración del principio de legalidad se hace sobre la base de afirmaciones poco compatibles entre sí. Así, es habitual en la doctrina y la jurisprudencia indicar que la jurisprudencia no es fuente del Derecho<sup>1</sup>. Pero al mismo tiempo se destaca que, frente a lo que sostenía Montesquieu<sup>2</sup>, los jueces no son la boca de la ley<sup>3</sup>. Y si no lo son es porque la aplicación de las leyes no es automática, sino que exige una labor creativa. Esto, a mi juicio, supone identificar las normas dentro del marco que ofrece la Ley y, por eso, habría que considerar que la jurisprudencia es una fuente del Derecho, si bien subordinada a la Ley, lo que encaja perfectamente con lo estipulado en el artículo 1.6 del Código Civil español cuando dispone que la jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico. Esto no se opone al principio democrático en la medida en que esta concreción de las normas se efectúa en el marco trazado por la Ley que, además, siempre puede cambiar la decisión judicial<sup>4</sup>.

---

\* Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Málaga.

\*\* Trabajo realizado en el marco del proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (PGC2018-097607-B-I00), sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Unión Europea y Derecho interno.

<sup>1</sup> Así, por ejemplo, Díez Ripollés, José Luis, *Derecho penal español. Parte General en esquemas*. 3ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2011, pág. 56; Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho penal español*. T. I. 6ª ed. Tecnos, Madrid, 2004, págs. 196 y s.

<sup>2</sup> Montesquieu, *El espíritu de las leyes*. Trad. de Siro García del Mazo, Madrid, 1906, Libro XI, cap. VI, pág. 233

<sup>3</sup> Así, por ejemplo, Roxin, Claus/Greco, Luis, *Strafrecht*. AT. T. I 5ª ed. C. H. Beck, Munich, 2020, pág. 221.

<sup>4</sup> García Pérez, Octavio, El principio de legalidad y el valor de la jurisprudencia, en *Indret* 4 (2018), (págs. 1-53), *passim*.

Pues bien, en este trabajo me voy a ocupar de otras dos afirmaciones que también se suelen realizar en materia de principio de legalidad. Se reconoce tanto por la doctrina como por la jurisprudencia que este principio implica el mandato de determinación o de taxatividad<sup>5</sup>. Las normas penales deben recoger con claridad y precisión tanto las conductas como las consecuencias jurídicas. Por ello, como ha declarado el Tribunal Constitucional, “se infringe este mandato y, por tanto, el principio de legalidad si un tipo penal se formula de forma tan abierta que su aplicación o inaplicación depende prácticamente de una decisión libre y arbitraria de los Jueces y Tribunales”<sup>6</sup>.

Por otro lado, se indica que una determinación absoluta es imposible. Dice Cerezo Mir que nunca es susceptible de plena realización. Ello nos llevaría a un casuismo excesivo sin que nunca se pudiera recoger toda la rica variedad de hechos que ofrece la vida real. Los tipos penales se forman por generalización y abstracción, lo que implica indeterminación<sup>7</sup>. Y por esta razón, los tribunales constitucionales son muy reacios a considerar que una norma vulnera el mandato de determinación. El art. 391.2 del antiguo Código de Justicia Militar castigaba a quien dejara de cumplir los deberes militares. Frente a la objeción de que este artículo del Código penal Militar vulneraba el principio de legalidad, el Tribunal Constitucional español en su Sentencia 133/1987, de 21 de julio, indicó que “Si bien es cierto que en su redacción textual el art. 391.2 del C.J.M. era una norma que para la específica determinación de las acciones u omisiones prohibidas se remitía a otras disposiciones que las describían, en el presente caso tal remisión, referida al papel que el destinatario de la norma desempeña en el grupo social al que pertenece -aquí como miembro profesional de las Fuerzas Armadas- y a sus consiguientes deberes, no resultaba vacía de contenido o dejada al arbitrio del juzgador”.

Por ello, pese a la vigencia del mandato de certeza, lo cierto es que en la práctica siempre se terminan validando las normas sea cual sea su grado de indeterminación. Y esta es la cuestión que pretendo analizar respecto del delito de administración desleal a la vista de la experiencia en Alemania.

El Código penal español de 1995 introdujo en el art. 295 el delito de administración desleal entre los delitos societarios. Este precepto rezaba así: “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

---

<sup>5</sup> Así, por ejemplo, MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*. 10ª ed. con la colaboración de Víctor Gómez Martín y Vicente Valiente Ivañez. Reppetor, Barcelona, 2016, pág. 117; PALMA, María Fernanda, *Derecho penal*, 3ª ed., AAFDL editora, 2018, pág. 132; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*. T. I., cit., págs. 206 y s. En Alemania se resalta que el mandato de certeza o el principio de determinación o taxatividad cumple dos fines: de una parte, protege a los destinatarios de la norma, ofreciéndoles seguridad jurídica, y de otra, garantiza la competencia del legislador sobre la responsabilidad penal, es decir, la primacía del legislador. Cfr., por ejemplo, HECKER, Bernd, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Parágrafo 1*, 30ª ed., C.H. Beck, Munich, 2019, marginal 16.

<sup>6</sup> STC 105/1988, de 8 de junio.

<sup>7</sup> CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*. T. I., cit., págs. 206 y s.

socios, depositarios, cuentapartícipes 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”. La introducción de este precepto había planteado numerosos problemas. En primer lugar, la administración desleal solo se castigaba en relación a los administradores de hecho o de derecho o los socios de una sociedad mercantil. En cambio, no se incluía a los administradores del patrimonio de personas físicas.

La segunda dificultad que se planteaba era la distinción entre la administración desleal y apropiación indebida. Esta distinción tenía una enorme relevancia, puesto que mientras la primera estaba castigada con “la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triple del beneficio obtenido”, la segunda se sancionaba con las penas de la estafa. En este caso la apropiación se castigaba con prisión de seis meses a tres años, pudiendo llegar a penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses e incluso cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses si concurren los tipos agravados de la estafa. De este modo si todo lo relativo a los administradores o socios de sociedades se resolvía a través del art. 295 CP, al final este precepto venía a suponer un tipo penal atenuado respecto de las penas que se podrían imponer en virtud de la apropiación indebida. Y, por otro lado, quedaban impunes los casos de administración desleal de personas físicas salvo aquellos que reunieran los requisitos de la apropiación indebida. Ante esta situación el Tribunal Supremo interpretó que el “artículo 252 del vigente Código Penal sanciona dos modalidades distintas de apropiación indebida: la clásica de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido y la distracción de dinero cuya disposición tiene el acusado a su alcance, pero que ha recibido con la obligación de darle un destino específico”. “Las conductas descritas que reflejen actos de carácter abusivo de los bienes ajenos pero que no impliquen necesariamente apropiación, es decir ejecutadas sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, pueden ser constitutivas de administración desleal, que en nuestro ordenamiento solo está tipificado como delito societario, pero no de apropiación indebida, ni en su modalidad propia ni en la de distracción, pues ambas requieren lo que define el tipo: la apropiación, es decir una vocación de permanencia en la privación de la disponibilidad del titular.

La concepción expresada responde a la diferenciación que se ha señalado en nuestra más reciente doctrina jurisprudencial entre la apropiación indebida y la administración desleal en el ámbito societario.

En sentencias como la STS 462/2009, de 12 de mayo, la STS 517/2013, de 17 de junio, la STS 656/2013, de 22 de julio, la STS 765/2013, de 22 de octubre, la STS 206/2014, del 3 de marzo y la STS 370/14, de 9 de mayo, entre otras, se señala que las conductas descritas en el art. 295 del CP reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implican necesariamente apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, por lo que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no constituyen actos apropiativos sino actos de administración desleal y, por

tanto, menos graves -de ahí la diferencia de pena- que los contemplados en el art. 252 del CP”.

El Tribunal Supremo indicaba, citando lo ya dicho en la STS 370/14, de 9 de mayo, que “esta doble modalidad que la jurisprudencia aprecia en el tipo de apropiación indebida no vacía de contenido la rúbrica del tipo (apropiación indebida) y no convierte las modalidades de “distracción” en una mera administración desleal según el modelo germánico, que tantos problemas de taxatividad está planteando en dicho país, porque en todo caso la doctrina jurisprudencial requiere que se emplee o gaste el dinero administrado dándole de modo definitivo un destino distinto del acordado”<sup>8</sup>.

Pues bien, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, derogó el delito de administración desleal contenido en el art. 295 para las sociedades mercantiles e introdujo un tipo general en el art. 252 CP. Su texto dice así en su apartado primero: “serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado”. En su apartado segundo prevé una pena de multa de uno a tres meses para los casos en los que el perjuicio patrimonial no exceda de 400 euros.

Como ha indicado Nieto Martín, el Código penal español se ha inclinado por “una opción similar a la que existe en muchos países de nuestro entorno, cuyo ejemplo paradigmático es Alemania, cuyo delito de Untreue (infidelidad) ha inspirado en buena medida la reforma y cuya regulación también comparten Austria, Suiza o Portugal (modelo germánico o unitario)”<sup>9</sup>. Y por ello me parece muy ilustrativo analizar lo que ha dicho el Tribunal Constitucional Alemán respecto del delito de administración desleal.

## **I. La Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 23 de junio de 2010**

### **1. Introducción**

En esta sentencia en la que se da respuesta a tres recursos por condenas por delito de administración desleal intervienen famosos profesores de Derecho penal y abogados entre los cuales cabe citar a B. Schünemman o Widmaier. En el primer caso se condenó a un directivo de una sociedad encargado de gestionar una caja B que se empleaba para pagar sobornos para la obtención de contratos. La caja la habían creado sus antecesores y posteriormente a él se le encargó que la siguiera gestionando. Se le condenó porque no había comunicado la existencia de la cuenta a la dirección y no había contabilizado correctamente el dinero existente en la misma. Por ello se apreció

---

<sup>8</sup> Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2014 (Roj: STS 5534/2014).

<sup>9</sup> NIETO MARTÍN, Adam, “Administración desleal y apropiación indebida”, en MATA BARRANCO, Norberto Javier de la/DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo/LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio/NIETO MARTÍN, Adán, *Derecho penal económico*. Dykinson, Madrid, 2018, (págs 237-284), pág. 239.

una infracción del deber de cuidado del patrimonio de la empresa y, además, no se constató por el tribunal que hubiera consentimiento por parte de la dirección. Con ello se había hecho imposible que la empresa accediera al dinero de la cuenta por lo que se le había ocasionado el perjuicio patrimonial que exige el tipo penal.

En el segundo recurso se trataba de un directivo de una mutualidad (Betriebskrankenkasse) que había concedido a dos empleados primas cuyo importe suponía duplicar su sueldo cuando en la práctica de la empresa las primas para todo el año no excedían de una cantidad equivalente a un mes de sueldo. El Tribunal entendió que la aprobación de las dos primas constituía una grave infracción de los principios de economía y eficiencia del parágrafo 4 apartado 4 del Sozialgesetzbuch Libro V.

En el tercer caso unos directivos de un banco hipotecario se habían encargado de conceder préstamos a un grupo de empresas que adquirirían edificios, los reformaban y los vendían. Tras haber concedido préstamos por valor de 810 millones de marcos y de que en un momento determinado se empezaron a producir retrasos en los pagos, estos directivos aprobaron la concesión de otro préstamo de casi 20 millones de marcos. Los directivos fueron condenados por administración desleal en la modalidad del tipo penal de abuso. Se apreció una grave infracción del deber de cuidado del patrimonio porque no habían analizado adecuadamente la solvencia de la empresa, ni las ventajas y los riesgos de la operación. Con ello se ocasionó un perjuicio de más de tres millones, pues el resto del crédito estaba cubierto con garantías reales.

Tras la descripción de los tres casos, el Tribunal Constitucional aborda en primer lugar las implicaciones del mandato de certeza para el legislador, a continuación se ocupa de las que tiene para los jueces y tribunales y, por último, aplica su doctrina al parágrafo 266 del Código penal alemán.

## **2. Consideraciones sobre las implicaciones del mandato de certeza para el legislador**

El Tribunal dedica los apartados 69 a 76 a esta cuestión. En este ámbito se puede afirmar que el Tribunal resume el contenido que se suele atribuir al mandato de certeza como aspecto del principio de legalidad<sup>10</sup>. El art. 103.2 de la Constitución alemana consagra el principio de legalidad. De aquí deriva la prohibición del derecho consuetudinario, la irretroactividad de las leyes penales, el mandato de certeza o una prohibición dirigida a los tribunales de recurrir a la analogía *in malam partem*. Estas garantías tienen una doble finalidad. De un lado, debe asegurarse que el legislador decida sobre la intervención penal de forma abstracta y general. El art. 103.2 GG contiene una reserva de ley estricta que prohíbe a los poderes ejecutivo y judicial establecer los presupuestos de la pena. De otra parte, se trata de una garantía para los destinatarios de la Ley: cada uno debe poder prever qué conducta está prohibida y con qué pena está conminada. En este sentido el art. 103.2 GG tiene una función de garantía de la libertad.

---

<sup>10</sup> Así, por ejemplo, KUHLEN, Lothar, "Gesetzlichkeitsprinzip und Untreue – zugleich eine Besprechung des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 23.6.2010 –", en *JR* 2011, (págs. 246-251), pág. 248.

En lo relativo al mandato de certeza, el art. 103.2 GG obliga al legislador a aclarar en el proceso parlamentario-democrático de la toma de decisiones las cuestiones sobre el merecimiento o exención de pena y a describir los presupuestos de la sanción tan concretamente como para que se pueda reconocer el alcance y el ámbito de aplicación de los tipos penales y se pueda averiguar por medio de la interpretación. El mandato de certeza exige redactar el texto de las normas de tal manera que los destinatarios puedan prever a partir del tenor literal del precepto legal si la conducta es punible o no.

No obstante, el legislador tiene que mantener la capacidad de abarcar todos los aspectos de la realidad. Si tuviera que reflejar en cada tipo penal hasta el último detalle, en lugar de limitarse a los rasgos esenciales y duraderos sobre los presupuestos, así como el tipo y la extensión de la pena, correríamos el riesgo de que la ley fuese demasiado rígida y casuística y no podría adaptarse al cambio de circunstancias o a la particularidad del caso concreto.

Debido a la generalidad y la abstracción de las normas penales es inevitable que en determinados casos pueda ser dudoso si una conducta realiza o no el tipo. El mandato de certeza no implica que el legislador esté obligado a redactar todos los tipos penales con elementos descriptivos inmediatamente accesibles a todos en su significado.

El Tribunal Constitucional señala que no se puede fijar en general el grado de certeza que deben revestir los tipos penales, sino que eso se ha de hacer en el caso concreto a partir de una valoración en la que hay que tener en cuenta las alternativas de regulación que se ofrecían al legislador. La exigencia de exactitud y claridad en los tipos es mayor cuanto más elevadas sean las penas. También es relevante el círculo de destinatarios de la norma.

El hecho de que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, excepcionalmente es suficiente en casos extremos con que sea reconocible el riesgo de incurrir en pena supone el reconocimiento de la inevitabilidad de las imprecisiones. Por tanto, un cierto nivel de indeterminación es inherente a las normas.

### **3. Implicaciones del mandato de certeza para los tribunales**

La parte más novedosa de esta sentencia comienza cuando indica que el principio de legalidad contiene obligaciones para los tribunales en varios ámbitos. A estas cuestiones dedica los apartados 77 a 84.

El Tribunal comienza afirmando que es el legislador y no el juez el que está llamado a decidir sobre la responsabilidad penal. Es el legislador el que tiene que establecer si y en qué medida un bien jurídico que valora como esencial y necesario lo pretende proteger a través del Derecho penal. Los tribunales no pueden ni corregir esta decisión, ni aplicar los tipos penales a casos que no encajen en el tenor literal aun cuando muestren el mismo merecimiento de pena que los abarcados. De ahí la prohibición de la analogía *in malam partem*.

La interpretación de los conceptos con los que el legislador ha caracterizado la conducta punible no puede conducir a eliminar en el fondo la delimitación de la

responsabilidad penal efectuada a través de ellos. Los diferentes elementos del tipo no pueden ser interpretados dentro de su tenor literal tan ampliamente que se diluyan por completo en los otros, es decir, su realización no puede identificarse con la de los otros (prohibición de la equiparación o desnaturalización de los elementos del tipo- Verschleifung oder Entgrenzung von Tatbestandsmerkmalen). Con ello lo que pretende decir el Tribunal Constitucional es que si, por ejemplo, un tipo penal exige una acción y un resultado, este no puede ser interpretado tan ampliamente que su concurrencia se afirme por la mera realización de la acción, de tal modo que el tipo termina agotándose en la ejecución del comportamiento. Recientemente Mehl destaca que el Tribunal Constitucional distingue entre la prohibición de equiparación (Verschleifungsverbot) y la prohibición de desnaturalización (Entgrenzungsverbot). A esta última ya había hecho referencia el Tribunal Constitucional Alemán en su sentencia de 20 de octubre de 1992, al indicar en relación con una interpretación de los tribunales ordinarios del antiguo parágrafo 131.1 StGB que el elemento del tipo de una representación que lesione la dignidad humana se interpreta de tal manera que ya no permite ver unos contornos lo suficientemente precisos<sup>11</sup>. Por su parte, la prohibición de equiparación habría que entenderla en el sentido mencionado en la sentencia que comentamos, es decir, los diversos elementos del tipo no pueden ser interpretados de forma tan amplia que la apreciación de unos vaya ligada automáticamente a la presencia de otros y ello aunque dicha exégesis quepa en el tenor literal del precepto<sup>12</sup>.

Cuando con una interpretación coherente desde el punto de vista metodológico la conducta no es punible, no podrá ser incluida en el tipo aunque pueda encajar en su tenor literal. Una conducta impune conforme a la voluntad del legislador no se puede convertir en punible por decisión de los tribunales. Saliger denomina este aspecto como “la garantía de la observancia de la voluntad del legislador penal sobre la impunidad de una conducta”<sup>13</sup>.

Especialmente relevantes son sus consideraciones cuando señala que el art. 103.2 GG contiene directrices para el manejo de tipos y elementos típicos ampliamente redactados. Los tribunales no pueden contribuir por medio de una interpretación alejada o una comprensión de la norma que no permite reconocer unos claros contornos a incrementar las dudas existentes sobre el ámbito de aplicación de una norma. Saliger denomina a esta idea “mandato de minimizar la inseguridad jurídica o prohibición de incrementar la inseguridad jurídica”<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Marginal 116. 1 BvR 698/89 -, Rn. 1-124. También se menciona (marginal 60) en la Sentencia de la Sala primera del Tribunal Constitucional Alemán de 10 de enero de 1995 (1 BvR 718, 719, 722, 723/89).

<sup>12</sup> MEHL, Rudolf, *Das Verschleifungsverbot. Bestimmung und Verortung einer verfassungsrechtlichen Auslegungsgrenze*. Duncker & Humblot, Berlin, 2020, págs. 208 y ss. y 245 y ss.

<sup>13</sup> SALIGER, Frank, “Auswirkungen des Untreue-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 23.6.2010 auf die Schadensdogmatik”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, nº 6, 2011, (págs. 902-918), pág. 903. Por su parte, KUHLEN, Lothar, *Gesetzlichkeit*. Cit., pág. 248, habla de “garantía de la ley interpretada sistemáticamente en favor del ciudadano”.

<sup>14</sup> SALIGER, Frank, *Auswirkungen des Untreue-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 23.6.2010 auf die Schadensdogmatik*. Cit., pág. 904.

Por otro lado, a través de la interpretación, la jurisprudencia está obligada a eliminar en la medida de lo posible las dudas existentes sobre el ámbito de aplicación de una norma a través de su precisión y concreción. Estaríamos, según Saliger, ante un mandato de precisión<sup>15</sup>. Especial relevancia tiene este deber en aquellos tipos que el legislador ha redactado dentro de lo admisible a través de cláusulas generales relativamente amplias e imprecisas. En las constelaciones de casos en las que el destinatario de la norma en virtud del tipo penal solo puede reconocer el riesgo de incurrir en responsabilidad penal y en los que únicamente a través de una constante jurisprudencia puede obtener una base segura para la interpretación y aplicación de la norma, incumbe a la jurisprudencia una especial obligación de contribuir al reconocimiento de los presupuestos de la responsabilidad penal. Esta obligación también puede plasmarse en requisitos sobre la configuración de los cambios jurisprudenciales que van más allá de los principios generales de protección de la confianza.

De este modo, como indica Graf, el mandato de certeza del art. 103.2 GG se entiende como un modelo de doble fase: la primera describe la obligación del legislador de formular una norma penal determinada que permita a su destinatario reconocer bajo qué presupuestos puede incurrir en responsabilidad penal. La segunda se dirige a los tribunales penales en la forma de un mandato de precisión desde la perspectiva del bien jurídico de normas penales ampliamente redactadas y en la de una prohibición de incrementar las inseguridades jurídicas existentes<sup>16</sup>. Esta autora añade que aunque la Sala Segunda del Tribunal Constitucional no se manifiesta detenidamente sobre el alcance de la prohibición de retroactividad, parece concluirse que le gustaría extender también la prohibición de la retroactividad del art. 103 II de la Constitución a los cambios jurisprudenciales en los casos en los que una constante jurisprudencia haya contribuido a dotar de previsibilidad la responsabilidad penal por medio de una interpretación orientada a dar precisión y concreción<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> SALIGER, Frank, Auswirkungen des Untreue-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 23.6.2010 auf die Schadensdogmatik. Cit., pág. 904. Para KUHLEN, Lothar, Gesetzlichkeit, Cit., pág. 248 nota 37, la prohibición de incrementar la inseguridad jurídica forma parte del mandato de precisión. SALIGER, Frank, *ibidem*, responde que es cierto que una interpretación que incrementa las inseguridades existentes sobre el ámbito de aplicación de una norma simultáneamente lesiona el mandato de precisión. Pero el mandato de minimización de la inseguridad jurídica en el fondo se puede designar más precisamente como prohibición del incremento de la inseguridad jurídica. Y en este sentido una infracción de esta prohibición se puede constatar más fácilmente que la del mandato de precisión. Por esta mayor capacidad de delimitación y plasticidad de la prohibición del incremento de la inseguridad jurídica debería mantenerse como una acuñación autónoma del mandato de precisión.

<sup>16</sup> GRAF, Pia-Franziska, *Das Vermögensstrafrecht vor den Schranken des Verfassungsrechts: Folgerungen aus dem BVerfG-Beschluss BVerfGE 126, 170 ff. für die Straftatbestände der Untreue und des Betrugs*, Tectum Wissenschaftsverlag, 2016, pág. 45

<sup>17</sup> *Ibidem*. Pág. 57. KUHLEN, L.: Gesetzlichkeit. Cit., pág. 249, señala que si se acepta la contribución de los tribunales penales a la determinación (y no sólo a la aplicación) del Derecho penal, es coherente la referencia del Tribunal Constitucional a las exigencias especiales para la protección de la confianza frente a los cambios jurisprudenciales, pues la fundamentación judicial de la responsabilidad penal de ciertas conductas no puede tener carácter retroactivo. Por eso se discute desde hace mucho la protección de la confianza frente a cambios jurisprudenciales desfavorables. La sentencia hace una importante contribución al debate sin ciertamente establecer la conexión en sí misma.

En el examen constitucional de si los tribunales penales han cumplido adecuadamente estas tareas derivadas del art. 103.2 GG, el Tribunal Constitucional no se limita a un control de plausibilidad. La reserva absoluta de ley prevista en este precepto incrementa la intensidad del control constitucional. No solo la superación de los límites de la ley penal, sino también la delimitación y precisión de su contenido afectan a la decisión sobre la responsabilidad penal y, por tanto, a la delimitación del poder judicial y legislativo.

Si los tribunales apoyan su interpretación y aplicación de la norma penal en una comprensión consolidada de un elemento del tipo o de la norma, el Tribunal Constitucional puede entrar a examinar si tal entendimiento consolidado existe. Lo mismo sucede cuando la concreción de la norma se efectúa por medio de principios consolidados más complejos como, por ejemplo, la formación de grupos de casos.

#### **4. Consideraciones del Tribunal Constitucional sobre el párrafo 266 a la vista de su doctrina.**

Una vez fijada su doctrina, aborda la cuestión de si el párrafo 266 StGB es compatible con el mandato de certeza contenido en el art. 103.2 GG. Empieza por afirmar que art. 266 permite identificar claramente tanto el bien jurídico como los riesgos frente a los cuales el legislador pretende protegerlo con la ayuda del tipo. Desde esta perspectiva, pese a su amplitud y su relativa ambigüedad, el tipo puede ser interpretado de una forma lo suficientemente restrictiva y precisa como para atender adecuadamente a las consideraciones planteadas desde el punto de vista de una certeza suficiente.

A continuación aclara esta conclusión, empezando por señalar que el párrafo 266.1 StGB protege el patrimonio entendido como conjunto de bienes con valor económico de una persona. Con ello está perfectamente caracterizado el bien jurídico con independencia de que algunos consideren que también se tutelaría la confianza en la rectitud o corrección del tráfico jurídico y económico. La administración desleal, a diferencia de otros delitos patrimoniales, protege al titular del patrimonio de daños desde dentro. El tipo penal pretende contrarrestar la especial vulnerabilidad del titular del patrimonio que coloca sus intereses económicos en manos ajenas y depende de la probidad del representante.

El objetivo del legislador tiene cada vez más relevancia a la vista de la separación entre titularidad del patrimonio y el poder de disposición (gestión) que caracteriza la economía moderna.

El planteamiento normativo del legislador ha llevado a un precepto ampliamente redactado y relativamente impreciso en interés de una protección del patrimonio eficaz y completa. El legislador ha renunciado a crear tipos específicos para cada ámbito, a diferencia de lo que sucedía antes, salvo lo previsto en los párrafos 266a y 266b. Por ello el ámbito de aplicación del tipo de la administración desleal se extiende actualmente a muy diferentes sectores como la concesión de préstamos por los directivos de los bancos, la concesión de primas por los directivos de empresas privadas y públicas, el empleo de recursos públicos de forma contraria al presupuesto, infracciones

de la legislación sobre partidos o determinadas formas de corrupción. En ocasiones el tipo de administración desleal concurre con lo previsto en otras regulaciones como la de la Ley del sistema bancario, la de la Ley de sociedades anónimas o las de partidos políticos, y en otras representa el único anclaje penal allí donde no hay normativas específicas.

Fruto de ello, el tipo de la administración desleal en ambas variantes está formulado muy abstractamente y es de una gran amplitud. Ello determina que sea elevada su necesidad de interpretación. Si pese a esta declaración, el Tribunal no lo considera contrario a la Constitución, ello se debe, según Graf, a su actitud generalmente reticente a considerar indeterminados preceptos penales, a la larga historia de la administración desleal y su recepción en la jurisprudencia<sup>18</sup>.

La ley caracteriza el círculo de autores a través de una definición con un grado elevado de abstracción: lo decisivo es el deber de preservar o cuidar los intereses patrimoniales ajenos. Ambas expresiones apuntan con su referencia a un interés patrimonial ajeno a una actuación, referida al patrimonio, en favor de un tercero o en atención a un tercero. Del tenor literal únicamente queda claro que el tipo presupone una relación del autor con el potencial perjudicado que trae consigo una especial responsabilidad para con sus bienes materiales que va más allá de los deberes de cualquiera de salvaguardar la esfera jurídica de otro. Citando al Reichgericht, indica que por tal cabe entender todo el círculo de tareas y actividades que tienen un efecto de cualquier tipo (por acción, tolerancia u omisión) sobre el patrimonio o sobre partes de este. Del texto de la ley no se puede extraer nada vinculante frente a tan amplia interpretación. Se puede aplicar a relaciones de gestión y servicios completamente subordinadas, e incluso a la mayor parte de los servicios de mensajería.

En el caso del tipo de abuso la facultad del autor de disponer del patrimonio ajeno o de obligar a un tercero constituyen conceptos claramente definidos en el lenguaje jurídico y completamente accesibles a la comprensión de los legos. No obstante, el círculo de posibles autores del tipo de abuso es amplio, abarca, por ejemplo, al titular del cheque o de la tarjeta de crédito en la relación con el banco o la empresa de las tarjetas de crédito.

El elemento central de la infracción de un deber de salvaguarda y cuidado de intereses patrimoniales ajenos o del abuso de las facultades jurídicas no solo es amplio en sí mismo, sino que, además, se vincula a complejas normas extrapenales y a valoraciones que configuran la relación entre el titular del patrimonio y el administrador de este en particular y así fijan el contenido del deber sancionado penalmente y los parámetros para su violación. La infracción del deber de la actuación que se deriva de las normas civiles o administrativas está claramente designado como presupuesto necesario para la responsabilidad penal por la infelidad. Sin embargo, su determinación en el caso concreto trae consigo inseguridades significativas.

El elemento de la infracción del deber no se agota en la remisión a unos preceptos exactamente indicados como se hace en las leyes penales en blanco. Primeramente

---

<sup>18</sup> GRAF, Pia-Franziska, *Das Vermögensstrafrecht vor den Schranken des Verfassungsrechts*. Cit., pág. 60.

se plantea al aplicador de la norma la cuestión de qué preceptos ajenos al Derecho penal interesan para el enjuiciamiento de la infracción del deber. A continuación se suscita la cuestión de la interpretación de las normas relevantes entre las que se pueden encontrar preceptos de gran indeterminación o con el carácter de una cláusula general, dado que no se puede extraer del texto del parágrafo 266 StGB los requisitos para dar certeza a las mencionadas normas. Las dificultades de la exégesis se incrementan cuando se otorga al obligado sus propios márgenes de decisión con límites en abstracto difícilmente determinables.

El tipo de la administración desleal presupone la producción de un perjuicio. El concepto de perjuicio para el patrimonio afectado tiene un sentido generalmente comprensible, pero en el contexto del parágrafo 266 plantea especiales dificultades interpretativas.

El perjuicio patrimonial presupone en el art. 266.1 StGB obligatoriamente una comparación de los dos estados del patrimonio que tiene que arrojar una diferencia. El elemento del perjuicio se clarifica para el parágrafo 266 StGB por el hecho de que el legislador exige siempre la efectiva producción del perjuicio, dado que no se castiga la tentativa de la administración desleal. Es un delito de resultado. Por tanto, si la producción de un daño no es segura, pero es posible, hay que absolver conforme al principio *in dubio pro reo*.

No obstante, el elemento del perjuicio suscita problemas interpretativos de gran relevancia. De un lado, del tenor literal no se infiere claramente si con el perjuicio ocasionado con la actuación contraria a deber o abusiva la ley está pensando en la diferencia que resulta de la comparación de la situación del patrimonio antes y después de la acción, o en la diferencia entre los saldos patrimoniales que resultarían en los casos de una conducta conforme al deber y una contraria a este. Se puede llegar a resultados diferentes, sobre todo, cuando se reprocha una omisión contraria a deber como la no revelación al mandante del patrimonio oculto o la no devolución del patrimonio que se creía perdido. En estos casos la responsabilidad penal depende del tipo de comparación patrimonial y con ello de cómo se entiende la referencia “y por ello ocasiona un perjuicio”.

La necesidad de concreción se infiere también del hecho de que en el caso del patrimonio, como bien jurídico y punto de referencia de la comparación a realizar, no estamos en presencia de un objeto inmediatamente perceptible por los sentidos, sino de una magnitud económica cuyo alcance es fruto de una valoración en un momento determinado. En este marco hay que decidir qué posiciones económicas entran en la determinación del valor y cómo hay que averiguar su valor. En esto pueden jugar un papel consideraciones normativas que en determinadas circunstancias cuestionan la autonomía del elemento perjuicio frente al elemento de la infracción de deber y dificultan, además, la delimitación del concepto de perjuicio. Esto se puede comprobar en cuestiones como si se pueden compensar las pérdidas ocasionadas con los incrementos de valor imputables al obligado. Además, la producción de perjuicios patrimoniales constituye un proceso dinámico que puede depender del momento en el que se efectúe la investigación.

Más allá de estos elementos, el tipo no contiene otros presupuestos que permitan restringirlo, pues en el tipo subjetivo basta con el dolo.

El tipo penal permite una interpretación orientada a su concreción que la jurisprudencia ha puesto en práctica a lo largo de los años y que se ha mostrado viable para limitarlo.

Así desde siempre la jurisprudencia ha mantenido que el círculo de autores no se puede extender desmedidamente. En el caso del quebrantamiento de fidelidad se puede extraer de la ley que está pensado para obligaciones o ámbitos de estas que tienen una cierta duración o se extienden más allá de casos individuales, de tal modo que el obligado tiene para su cumplimiento un cierto margen de actuación, libertad de movimiento o independencia.

En la jurisprudencia y la doctrina se reconoce que solo la referencia a una obligación para con los intereses ajenos no se convierte en un deber de cuidado del patrimonio en el sentido del parágrafo 266. Para apreciarlo no basta con el deber de cumplir un contrato o con la obligación contractual accesoria de atender a los intereses de la otra parte. Hay que exigir desde el punto de vista de su contenido un deber particularmente destacado de salvaguardar los intereses patrimoniales ajenos. La jurisprudencia decide a través de una valoración global si con las tareas asignadas a una persona estamos ante casos a los que se les atribuye el sentido de una salvaguarda de intereses ajenos. Especialmente relevante es si el cuidado del patrimonio ajeno constituye el objeto central de la relación jurídica o si el obligado para la salvaguarda dispone de un margen de actuación, libertad de movimientos o independencia. Este es un presupuesto tanto del tipo del abuso como del de fidelidad por lo que el uso contrario a lo estipulado de tarjetas de crédito y cheques queda fuera del tipo de la administración desleal. A partir de aquí es claro que quedan también fuera los supuestos de contratos que suponen un intercambio como los de compraventa o obra, o los casos de trabajadores que no tienen ninguna específica relación con el patrimonio del empresario. En cambio, no suscita dudas que sí tienen un deber de cuidado del patrimonio y, por tanto, le es de aplicación el precepto de la fidelidad los directivos de empresas públicas o privadas respecto de los patrimonios por ellos defendidos.

Asimismo reconoce que la jurisprudencia ha concretado de forma suficiente el elemento de la infracción del deber para grupos de casos, fijando sus premisas básicas específicas, de tal forma que aquí la previsibilidad de la responsabilidad penal está asegurada generalmente. Desde una perspectiva constitucional, las metas de la interpretación se orientan a limitar la aplicación del tipo de la administración desleal a casos claros de actuación contraria a deber, evitar las contradicciones valorativas para la configuración de las reglas específicas de la sanción y preservar el carácter del tipo de la administración desleal como delito contra el patrimonio. En la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo alemán se encuentran diferentes ejemplos de las premisas básicas específicas fijadas para grupos de casos (patrocinio, concesión de préstamos, aprobación de primas, etc.). También tiene una función de limitación la exigencia de que la infracción del deber sea grave sin que se pueda objetar que este elemento no está recogido en el tipo a la vista de la necesidad de efectuar una interpretación restrictiva del mismo.

En el caso del perjuicio es necesario respetar la voluntad del legislador de establecer este elemento como autónomo junto a la lesión del deber. Por ello no cabe

sostener la presencia del perjuicio por la mera infracción del deber (prohibición de equiparación de elementos del tipo), sino que es preciso recoger en la sentencia las investigaciones sobre la existencia del perjuicio. Dejando de lado los casos claros, en los fundamentos de la sentencias se tiene que calcular la magnitud del perjuicio y reflejar su investigación en una forma verificable desde el punto de vista económico.

No se puede obviar la investigación concreta del perjuicio aludiendo a las dificultades prácticas. Si y en la medida en que en la práctica económica se han desarrollado métodos idóneos para valorar las posiciones patrimoniales, estos tienen que ser adoptados por los tribunales en su enjuiciamiento, recurriendo si hace falta a expertos. Se trata de situar la constatación del daño sobre una base segura, verificarla racionalmente y asegurarse de si en el caso concreto hay una base lo suficientemente clara como para la constatación de un perjuicio patrimonial o no.

Termina el Tribunal Constitucional admitiendo que se pueden usar puntos de vista normativos para la constatación del perjuicio si bien estos nunca pueden desplazar los cálculos económicos. Así, por ejemplo, no basta emplear el patrimonio recibido para fines prohibidos para sostener el perjuicio, sino que habrá que demostrar que el negocio prohibido era perjudicial desde la perspectiva económica.

Estas son las reflexiones que el Tribunal Constitucional efectúa sobre el tipo de la administración desleal a la vista de las exigencias que el mandato de certeza implica tanto para el legislador como para los tribunales. A continuación llega a la conclusión de que en los tres asuntos sometidos a su consideración no se detecta ninguna infracción del mandato de certeza salvo en el caso de la concesión del crédito en el que sí sostiene que el cálculo del perjuicio no se realizó adecuadamente.

## II. La valoración de la sentencia

Es claro que nos encontramos ante una sentencia que ha despertado una enorme atención en la doctrina<sup>19</sup> y que ha tenido un impacto considerable en la propia jurisprudencia<sup>20</sup>. En efecto, esta resolución del Tribunal Constitucional ha sido recibida con gran expectación por parte de un sector de la doctrina alemana<sup>21</sup> y de forma más

---

<sup>19</sup> Buena prueba de ello son los numerosos comentarios que se han efectuado a esta sentencia. Cfr. las referencias, por ejemplo, en GRAF, P. F.: *Das Vermögensstrafrecht*. Cit., págs. 2 y s., notas 7 a 9. E incluso se han publicado algunas tesis doctorales cuyo objeto central es el análisis de la sentencia. Además de la acabada de citar de GRAF, hay que destacar la de MEHL, cit.

<sup>20</sup> Véanse las primeras respuestas por parte de la jurisprudencia ordinaria en KUDLICH, Hans, "Konkretisierungsauftrag erfüllt? – Eine Zwischenbilanz nach der UntreueEntscheidung des BverfG", en *Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht und Haftung im Unternehmen*, 2011, (págs. 1-6), págs. 2 y ss.

<sup>21</sup> Así, por ejemplo, KUHLEN, Lothar, *Gesetzlichkeit*. Cit., pág. 247, señala que aunque era de esperar la respuesta que ofrece esta sentencia a la vista de lo que había ya dicho el Tribunal Constitucional en otra de 2009, sin embargo, la de 2010 va mucho más allá. Esta fija el marco constitucional de la interpretación de los tipos tan exhaustivamente como nunca antes había hecho. Representa un hito en el camino hacia un nuevo entendimiento del principio de legalidad que tenga en cuenta el papel constitutivo de los tribunales en la determinación del Derecho penal. En la misma línea destaca SALIGER, Frank, *Auswirkungen des Untreue-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 23.6.2010 auf die Schadensdogmatik*. Cit., pág. 902, que estamos ante una sentencia de gran impacto y que aunque el

moderada por parte del otro<sup>2223</sup>. Parece fuera de duda que el parágrafo 266 StGB es un precepto indeterminado y, a la vista tanto de la respuesta del Tribunal Constitucional Alemán como de la doctrina, quizás no sería descabellado calificar esa indeterminación como elevada. Es un lugar común en la doctrina indicar que sigue teniendo plena vigencia la frase de H. Mayer de que “ningún tribunal ni ninguna fiscalía sabe si se da o no el parágrafo 266 salvo que se trate de uno de los casos clásicos de administración desleal”<sup>24</sup>. E incluso entre los autores que estiman que el Tribunal Constitucional alemán ha acertado al declarar que el parágrafo 266 es compatible con la Constitución vienen a reconocerlo. Así, por ejemplo, Beckemper señala que estamos ante uno de los tipos penales más impopulares y ello porque se discute cada uno de sus elementos y apenas se puede divisar su sistemática. La casuística es inabarcable y cada nueva sentencia no siempre es compatible con las anteriores. En la jurisprudencia reina la inseguridad sobre la interpretación del parágrafo 266 StGB. Solo en las constelaciones clásicas de casos se puede aún predecir si cabe afirmar la responsabilidad penal por la administración desleal o no. Cada nuevo caso aunque solo difiera en matices de los ya decididos alberga posibles sorpresas... Si ya los juristas difícilmente pueden delimitar el ámbito de aplicación, surgen dudas de si los destinatorios del mandato normativo pueden extraer del tipo la conducta prohibida. Todo lo anterior no le impide concluir que el Tribunal Constitucional no tenía otra alternativa y que seguramente su decisión es correcta<sup>25</sup>.

---

resultado no puede sorprender a la vista de lo dicho en 2009, lo cierto es que esta sentencia va más allá de lo dicho en esta última.

<sup>22</sup> BECKEMPER, Katharina, “Entscheidungsanmerkung zur Verfassungsmäßigkeit der Untreue”, en *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 1/2011, (págs. 88-92), págs. 88 y s., indica que aunque el fallo era esperado con impaciencia, lo cierto es que de plantearse la cuestión de si el Tribunal Constitucional tenía otra alternativa, la respuesta es que difícilmente se podría pretender la derogación del parágrafo 266, puesto que una característica esencial de la moderna vida económica es que el obligado a cuidar un patrimonio lleva los negocios del titular del mismo. Y en este sentido la sentencia probablemente sea acertada. Esta autora termina señalando que es difícil extraer las conclusiones que tanto los estudiosos como los operadores jurídicos pueden sacar de esta sentencia y que, en realidad, esta resolución no va a poner fin a la discusión sino únicamente influir en ella. En este sector de la doctrina habría que situar a PERRON, Walter, *Die Untreue nach der Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, en Hilgendorf/Rengier (Hrsg.), *Festschrift für Wolfgang Heinz*, 2012, (págs. 796-807), quien dice que cuando se lee atentamente la sentencia se tiene la impresión de estar ante el parto de los montes.

<sup>23</sup> Creo que aunque dentro de cada uno de los dos sectores se puedan hacer muchas matizaciones, lo cierto es que este diagnóstico de KUDLICH, Hans, *Konkretisierungsauftrag erfüllt? Cit.*, pág. 2, en creo que refleja bien cómo ha recibido la doctrina alemana la sentencia.

<sup>24</sup> MAYER, Hellmut, *Die Untreue*, en *Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 1: Gutachten der Strafrechtslehrer*, 1954, pág. 337 (citado, por ejemplo, por WITTIG, Petra, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5ª ed., C. H. Beck, Munich, 2020, pág. 335, quien indica que esta afirmación del año 1954 sigue conservando plenamente su vigencia.; JAHN, Matthias/ZIEMANN, Sascha, “Untreuestrafrecht 2.0”: Theoretische und systematische Grundlagen der Dogmatik des § 266 StGB im Rechtsstaat, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2016, (págs. 552-563), pág. 552.; SEIER, Jürgen/LINDEMANN, Michael, capítulo „Untreue“, en Achenbach, Hans/Ransiek, Andreas/Rönnau, Thomas (Hrsg.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 5. Auflage, Verlag C.F. Müller 2019, (págs. 811-959), pág. 823).

<sup>25</sup> BECKEMPER, Katharina, “Entscheidungsanmerkung zur Verfassungsmäßigkeit der Untreue. Cit.”, págs. 88 y s.

En efecto, si el precepto fuera solo relativamente indeterminado, no hubiera hecho falta que el Tribunal Constitucional hubiera realizado un análisis dogmático de todas y cada una de las de las cuestiones que plantea el parágrafo 266 StGB y que la jurisprudencia ordinaria ha ido respondiendo, sino que tendría que abordar dos órdenes de problemas: el primero, referido a si con el texto legal vigente el legislador ha satisfecho las garantías del principio de legalidad y el segundo, si las resoluciones de la justicia ordinaria se han mantenido dentro del marco trazado por el poder legislativo. Al no haber cumplido su papel el poder legislativo, el Tribunal Constitucional no puede confrontar la actividad de aquel con las exigencias del mandato de certeza y se ve obligado a pasar directamente al examen del contenido que la jurisprudencia ha atribuido al parágrafo 266. En mi opinión, la propia doctrina que ha estudiado la sentencia viene a corroborar esta impresión. Y ello porque, en gran medida, la doctrina comparte la conclusión a la que llega el Tribunal Constitucional, pero lo hace en un tono de resignación e indicando que el Tribunal Constitucional no ha sido consecuente con las premisas de las que partía<sup>26</sup>.

En realidad, en la valoración de esta sentencia hay que distinguir, como indica Kudlich, pues si se mide por su resultado para la dogmática del mandato de certeza, entonces efectivamente habría que concluir que la misma realiza una aportación fundamental si bien no es la primera vez que lo dice. En cambio, si se valoran sus consecuencias inmediatas para el delito de administración desleal, aquí los resultados son mucho menos espectaculares<sup>27</sup>.

En relación a la primera cuestión, ciertamente se puede sostener que en la sentencia hay aspectos de gran relevancia para el principio de legalidad en general y para el mandato de certeza en particular. De gran relevancia es la afirmación de que el mandato de certeza no solo se dirige al legislador, sino también a los jueces si bien algunos aspectos de esta cuestión ya se habían apuntado en algunas sentencias previas como sucede, como hemos visto, con la prohibición de desnaturalización (Entgrenzungsverbot). En cambio, otros aspectos sí que son nuevos como la formulación de la prohibición de equiparación (Verschleifungsverbot) y la idea de que los tribunales tienen una especial obligación de contribuir al reconocimiento de los presupuestos de la responsabilidad

---

<sup>26</sup> En este sentido destaca PERRON, Walter, *Die Untreue nach der Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, Cit., págs. 799 y ss., que parece que el Tribunal Constitucional pretendía emitir una declaración clara e inequívoca de constitucionalidad del tipo del parágrafo 266 StGB y, por otro, a la vista de la enorme extensión del ámbito de aplicación no quería dar a los tribunales penales carta blanca desde la perspectiva constitucional y por eso con la referencia a la mayor intensidad del control constitucional dejar abiertas todas las puertas en el futuro. A los jueces del Tribunal Constitucional aparentemente no les ha movido a la moderación el hecho de que esto les lleva a ponerse en el no querido papel de una superinstancia de revisión y a pedir a todos los condenados por administración desleal que no tengan reparos en tomar el camino de Karlsruhe en casos dogmáticamente discutidos. La alternativa hubiera sido tomarse en serio su propio programa constitucional de examen de la determinación de una norma penal y someter el tipo de la administración desleal a un examen real. Esto le hubiera obligado a analizar detenidamente si hay otras alternativas de regulación de la administración desleal como, por ejemplo, crear diversos tipos específicos (administración desleal en la concesión de créditos, administración desleal de presupuestos, administración desleal societaria, etc.). Asimismo, desde sus propias premisas hubieran debido plantearse si se garantiza adecuadamente la previsibilidad de la responsabilidad penal por administración desleal.

<sup>27</sup> KUDLICH, Hans, *Konkretisierungsauftrag erfüllt?* Cit., pág. 2.

penal y que también puede plasmarse en requisitos sobre la configuración de los cambios jurisprudenciales que van más allá de los principios generales de protección de la confianza. ¿Quiere decir con ello el Tribunal Constitucional alemán que la jurisprudencia es fuente de Derecho y/o que a los cambios de jurisprudencia que sean desfavorables para el reo le es de aplicación el principio de irretroactividad? Ciertamente cabría interpretarlo así, pues no parece que más allá de la protección general de la confianza exista otra cosa que no sean los principios de legalidad y de irretroactividad. Sin embargo, tengo la impresión de que el Tribunal Constitucional de momento no desea ir más allá de esta afirmación genérica. En efecto, posteriormente se ha ocupado de algunos casos donde se alegaba un cambio jurisprudencial y no solo no ha afirmado que la jurisprudencia cree Derecho sino que incluso en algún caso ha dicho expresamente lo contrario. En una sentencia de 2015 en un asunto mercantil el Tribunal Constitucional ha dicho que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no crea Derecho y no genera una obligación similar a la jurídica<sup>28</sup>. En un asunto penal el Tribunal Constitucional se ocupó de un caso en el que un abogado había sido condenado por deslealtad profesional, pues, tras haber defendido al autor de una tentativa de asesinato, había hecho lo mismo con el inductor. En su recurso alegaba que su condena era fruto de un cambio jurisprudencial, puesto que una sentencia del Tribunal Supremo alemán de 1954 sostenía que autor e inductor no representan partes distintas. En este caso el Tribunal Constitucional concluyó que con la condena no se había producido ninguna vulneración constitucional y ello porque, en realidad, solo existía una sentencia que se había dictado hacía más de cincuenta años y que la misma no había sido confirmada. De hecho en una sentencia dictada treinta años después se dejó esta cuestión abierta e incluso la jurisprudencia menor había venido condenando por casos similares, por lo que, además, esta decisión era previsible. A continuación, el Tribunal Constitucional añade que no se puede admitir el recurso en relación a la vulneración del principio de legalidad. Señala que no es necesario decidir si una condena penal en la que la interpretación y aplicación de un tipo penal se separa de la jurisprudencia anterior viola el principio de legalidad. *Hasta ahora* –sigue el Tribunal Constitucional alemán– no ha aceptado una vulneración de esta índole. La aplicación del principio de legalidad a las modificaciones jurisprudenciales presupondría que la anterior jurisprudencia, dotada de una cierta continuidad, pudiera fundamentar un supuesto de confianza, lo que no era el caso<sup>29</sup>.

Por lo demás, el planteamiento general en materia de mandato de certeza no me parece convincente desde las premisas que el propio Tribunal establece. Este viene a reconocer que más allá del bien jurídico, el patrimonio, que no es exclusivo de este delito, y de los riesgos frente a los cuales pretende hacer frente el parágrafo 266 StGB, las dos modalidades están configuradas de forma muy abstracta y amplia, de tal modo

---

<sup>28</sup> Sentencia de la Sección 2ª de la Sala 1ª del Tribunal Constitucional alemán de 5 de noviembre de 2015.

<sup>29</sup> Sentencia de la Sección 1ª de la Sala 2ª del Tribunal Constitucional alemán de 16 de mayo de 2011, marginal 20. Cfr. el comentario de KUHLEN, Lothar, Zum Vertrauensschutz bei belastenden Rechtsprechungsänderungen (Anm. zu BVerfG HRRS 2011 Nr. 737), en *Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, 3/2012, (págs. 114-116) págs. 114 y ss.

que todos sus elementos necesitan ser concretados. Y también asume que esta tarea no la ha realizado el legislador, sino que la concreción la ha llevado a cabo la jurisprudencia a lo largo de los años, especialmente mediante la configuración de diferentes grupos de casos. Más allá de los casos clásicos de administración desleal, es la jurisprudencia la que se ha ocupado de ir determinando cuáles son los supuestos que deben ser abarcados por la administración desleal y cuáles no.

Se trata de una idea que recuerda bastante al planteamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando indica que “el principio de que las infracciones y las sanciones deben estar previstas por la ley implica que el Derecho penal debe definir claramente los delitos y las penas con las que se castigan, de manera que sean accesibles y previsibles en sus consecuencias. Este requisito se cumple cuando la persona puede saber a través del texto del precepto correspondiente y, en caso necesario, con la asistencia de la interpretación de los tribunales, qué actos y omisiones le hacen penalmente responsable”<sup>30</sup>.

Pero esto se compadece mal con la tesis del Tribunal cuando indica que las garantías del art. 103.2 de la Constitución alemana tienen la finalidad de que el legislador decida sobre la intervención penal de forma abstracta y general y, por ello, contiene una reserva de ley absoluta que prohíbe a los poderes ejecutivo y judicial establecer los presupuestos de la pena.

Pero es que, en segundo lugar, el que la concreción del contenido y el alcance del delito se deje en manos de los tribunales vulnera la otra finalidad que persiguen, según el Tribunal, las garantías del art. 103.2 de la Constitución alemana. Estas pretenden asegurar que los destinatarios de las normas puedan prever qué conductas están prohibidas y con qué penas están castigadas. Por ello el mandato de certeza exige redactar el texto de las normas de tal manera que los destinatarios puedan prever a partir del tenor literal del precepto legal si la conducta es punible o no. Cuando la determinación de las conductas que caen bajo el parágrafo 266 StGB la tienen que hacer los tribunales, es claro que los destinatarios de las normas ni siquiera aproximadamente pueden prever cuáles son las conductas prohibidas y cuáles no. ¿Qué garantía tienen los destinatarios de las normas antes de que la jurisprudencia concrete el alcance de un precepto tan indeterminado? El Tribunal Constitucional alemán pasa por alto esta cuestión probablemente por tratarse de un precepto que siempre ha existido en el Código penal y, por tanto, en el momento presente ya se cuenta con una larga trayectoria jurisprudencial<sup>31</sup>. Sin duda, en países como España donde un delito genérico de administración desleal se ha introducido muy recientemente, en 2015, y donde todavía no hay un cuerpo de jurisprudencia sobre su contenido y alcance, difícilmente se podría sostener el argumento del Tribunal Constitucional alemán.

---

<sup>30</sup> Así lo ha resaltado recientemente la Sentencia de la Gran Sala del TEDH en el caso G.I.E.M. S.R.L. y otros contra Italia, de 28 de junio de 2018, apartado 242.

<sup>31</sup> Cfr. SCHULZ, Lorenz, “Neues zum Bestimmtheitsgrundsatz – Zur Entscheidung des BVerfG vom 23. Juni 2010”, en HEINRICH, Manfred, JÄGER, Christian, SCHÜNEMANN, Bernd y otros: *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*. De Gruyter, 2011, (págs. 305-330), pág. 316.

Por otra parte, en la medida en que esa concreción se realiza por medio de la identificación de grupos de casos, difícilmente se puede afirmar que antes de que la jurisprudencia incluya uno nuevo en el ámbito de aplicación del parágrafo 266 StGB el destinatario de la norma podía prever que esas situaciones podían generarle una responsabilidad penal, cuando en el momento de la acción ni lo decía el tipo penal ni lo había dicho la jurisprudencia. En este sentido señala Beckemper que antes de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán en modo alguno se podía pronosticar con seguridad que la creación de cajas B fuese constitutiva de un delito de administración desleal<sup>32</sup>.

Por lo demás, el planteamiento del Tribunal Constitucional alemán recuerda bastante a la tesis del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de que “el principio de que las infracciones y las sanciones deben estar previstas por la ley implica que el Derecho penal debe definir claramente los delitos y las penas con las que se castigan, de manera que sean accesibles y previsibles en sus consecuencias. *Este requisito se cumple cuando la persona puede saber a través del texto del precepto correspondiente y, en caso necesario, con la asistencia de la interpretación de los tribunales, qué actos y omisiones le hacen penalmente responsable*”. Esta idea ha sido asumida plenamente también por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>33</sup> e incluso en el caso Taricco pretendió llevar el planteamiento del principio de legalidad del TEDH hasta sus últimas consecuencias<sup>34</sup>.

Frente a las declaraciones generales sobre el principio de legalidad y el mandato de certeza, la respuesta a los recursos planteados se podría calificar como decepcionante, pues, como ha dicho Perron, el Tribunal Constitucional se ha limitado prácticamente a confirmar las tesis del Tribunal Supremo alemán, pero, al mismo tiempo, ha dejado

---

<sup>32</sup> BECKEMPER, Katharina, “Entscheidungsanmerkung zur Verfassungsmäßigkeit der Untreue. Cit., pág. 88.

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 5 de diciembre de 2017, C-42/17, caso M.A.S., M.B. En esta Sentencia se dice que “De las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (DO 2007, C 303, p. 17) se desprende que, en virtud del artículo 52, apartado 3, de la Carta, el derecho reconocido en su artículo 49 tiene el mismo sentido y el mismo alcance que el derecho garantizado por el CEDH. En lo que atañe a los requisitos derivados del principio de legalidad de los delitos y las penas, procede señalar, en primer lugar, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado, a propósito del artículo 7, apartado 1, del CEDH, que, en virtud de este principio, las disposiciones penales deben respetar determinados requisitos de accesibilidad y de previsibilidad tanto en lo que respecta a la definición de la infracción como a la determinación de la pena... Es preciso subrayar, en segundo lugar, que el requisito de la precisión de la ley aplicable, que es inherente a este principio, implica que la ley defina de manera clara las infracciones y las penas con las que se castigan. Este requisito se cumple cuando el justiciable puede saber, a partir del texto de la disposición pertinente y, si fuera necesario, con ayuda de la interpretación que de ella hacen los tribunales, qué actos y omisiones desencadenan su responsabilidad penal”.

<sup>34</sup> La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 8 de septiembre de 2015, en el asunto Taricco y otros, C-, sostuvo que la inaplicación de las disposiciones internas del Derecho italiano que acortaban los plazos de prescripción respecto de los delitos que afectaban a la protección de los intereses financieros de la UE y la vuelta a los anteriores que eran más amplios, en línea con el TEDH, no violaba el principio de legalidad, pues este no es de aplicación a las cuestiones procesales. A mi juicio, esta sentencia realiza una aplicación coherente de las directrices del TEDH, lo cual permite poner en duda la corrección de las mismas.

la puerta abierta a futuras decisiones en las que se puedan establecer requisitos más estrictos<sup>35</sup>. Y, sin embargo, al margen de lo que se ha dicho anteriormente sobre la indeterminación de precepto y su concreción por parte de los tribunales, hay otras cuestiones en las que el Tribunal Constitucional no parece haber sido coherente. En este sentido, Graf señala que no hay nada que objetar desde la perspectiva constitucional a la idea de que la frustración de expectativas patrimoniales puedan sustentar un perjuicio patrimonial. Sin embargo, hay que tener en cuenta en relación a las cajas B que tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional alemán parten de que ya con la creación de las cajas B se da la sustracción definitiva de estos medios y con ello el perjuicio patrimonial. Y ello con independencia de qué uso haya planeado el autor en relación a la misma. Pero si a efectos de determinar el perjuicio patrimonial, únicamente es relevante la separación de los medios con los que se crea la caja B, de tal modo que es irrelevante el fin al que se destinan estos medios y, por tanto, no permiten compensar el perjuicio patrimonial, con lo que ya carecen de todo valor, no se comprende por qué hay que valorarlos como expectativa patrimonial cuando el cuidador de las cuentas cambia<sup>36</sup>. Por lo demás, el Tribunal Constitucional ya ha anulado alguna sentencia del Tribunal Supremo alemán por la forma en la que se ha calculado el perjuicio patrimonial. En concreto ha indicado que no se puede afirmar que se ha producido un perjuicio patrimonial por los intereses que un ayuntamiento ha tenido que abonar por la obtención de un préstamo sin tener en cuenta el beneficio que el disfrute del préstamo trae consigo<sup>37</sup>.

### III. Perspectivas constitucionales de la administración desleal en España a la vista de la experiencia alemana

En mi opinión, tarde o temprano en España se tendrá que abordar si la actual redacción del delito de administración desleal satisface las garantías del principio de legalidad. De hecho, ya para empezar se discute si el art. 252 del Código penal español incluye los dos tipos de administración desleal que contempla el modelo alemán en el parágrafo del StGB o si, por el contrario, solo abarca los casos de abuso. En las primeras manifestaciones de la doctrina se puede observar que hay opiniones en todos los sentidos y que también ocupan un primer plano las consideraciones sobre la indeterminación de la regulación de la administración desleal<sup>38</sup>. Para acreditar su

---

<sup>35</sup> PERRON, Walter, Die Untreue nach der Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, Cit., págs. 799 y ss.

<sup>36</sup> GRAF, Pia-Franziska, Das Vermögensstrafrecht vor den Schranken des Verfassungsrechts. Cit. Pág. 149.

<sup>37</sup> Sentencia de la Sección 1ª de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional alemán de 1 de noviembre de 2012.

<sup>38</sup> Cfr., por ejemplo, NIETO MARTÍN, Adam, “Administración desleal y apropiación indebida”, Cit., págs 237 y ss; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, El delito de administración desleal de patrimonio ajeno, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016. Documento TOL5.856.981; GILI PASCUAL, Antonio: “Administración desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (arts. 252 y ss. CP)”, dir. González Cussac, J.L., Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, Valencia, 2015, pág. 757-783; SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo, El delito de administración desleal: viejos y nuevos problemas, en La

indeterminación bastaría comparar su texto con la propuesta de reformulación que ha presentado Martínez-Buján Pérez y en la que se acogen las sugerencias de otros autores como Nieto Martín:

“1. Será castigado con la pena de... (inferior a la prevista para la apropiación indebida) el que, infringiendo el deber de cuidar un patrimonio y abusando de las facultades jurídicas de disposición autónoma que posee, sin realizar una conducta de apropiación indebida, utilice los bienes o los empleados que presten su servicio a dicho patrimonio o contraiga obligaciones a su cargo, y como consecuencia de ello cause un perjuicio a ese patrimonio.

2. Existe perjuicio no solo cuando se produce una pérdida patrimonial sino también cuando se desaprovecha la posibilidad fundada de obtener un incremento patrimonial esperado, así como cuando se frustra el fin perseguido por el titular del patrimonio.

3. El delito se comete también si el autor omite realizar las acciones tendentes a conservar o incrementar el patrimonio, cuando le incumbía un deber específico de hacerlo”<sup>39</sup>.

Por todo ello no es aventurado pronosticar que el Tribunal Constitucional español tendrá que abordar los problemas de determinación del art. 252 del Código penal y decidir sobre su constitucionalidad.

---

Ley Penal, N° 121, 2016, págs. 1-25; DE PORRES ORTÍZ DE LA URBINA, Eduardo, “Compliance: El nuevo delito de administración desleal. Análisis del tipo objetivo”, 2016, consultado en <https://elderecho.com/el-nuevo-delito-de-administracion-desleal-analisis-del-tipo-objetivo-2>.