

La privación de un derecho como delito patrimonial

A la vez, una contribución a la generalización de la Parte Especial

Günther Jakobs

Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

*Abstract**

El autor desarrolla la tesis de que la sustancia de un derecho de valor patrimonial se ve menoscabada en muchos más casos de aquellos abarcados por el Derecho penal positivo, sin que exista una razón genuinamente jurídica que explique el distinto tratamiento que el ordenamiento jurídico hace de la pérdida del derecho.

Der Verfasser vertritt, dass die vermögenswerte Rechtssubstanz geht in weit mehr Fällen verloren, als vom positiven Strafrecht erfasst werden. Es gibt keinen genuin rechtlicheen Grund dafür, dass die Rechtordnung den Rechtsverlust unterschiedlich behandelt.

The author argues that the substance of a property right is harmed in many more cases than those covered by the positive Criminal law, without there being any genuine legal reason accounting for the legal system's different treatment of the right's loss.

Titel: Rechtsentzug als Vermögensdelikt. Zugleich ein Beitrag zur Verallgemeinerung des Besonderen Teils
Title: Right deprivation as a crime against property. At the same time, a contribution to the generalisation of the special part.

Palabras clave: Privación de un derecho, delitos patrimoniales, sustancia de un derecho de valor patrimonial, administración desleal, parte especial

Schlagwörter: Rechtsentzug, Vermögensdelikte, vermögenswerte Rechtssubstanz, Untreue, Besondere Teil

Keywords: Right deprivation, crimes against property, embezzlement, criminal law: special part

* Título original «Rechtsentzug als Vermögensdelikt : zugleich ein Beitrag zur Verallgemeinerung des Besonderen Teils», publicado en SIEBER (ed.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht: Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen; Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Köln (Heymann) 2008, pp. 649-661. Traducción a cargo de Nuria Pastor Muñoz, Universidad Pompeu Fabra.

Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (Plan Nacional I+D+I) titulado "Diez años del nuevo Derecho penal de la criminalidad en la empresa: la intención del legislador y la actuación del sistema judicial", cuyo investigador principal es el Prof. Dr. Jesús-María Silva Sánchez (Referencia: SEJ2005-03425/JURI).

Sumario

1. Derechos y deberes
2. Derechos garantizados versus derechos contractuales
3. La lesión de la sustancia del derecho
 - 3.1. Principio
 - 3.2. Disposición en autoría mediata
 - 3.3. Privación directa de un derecho
4. Listado de bibliografía citada
5. Listado de sentencias citadas

1. Derechos y deberes

Las personas son portadores de derechos y deberes y, por ello, no personas en relación con la naturaleza, esclavos incluidos, sino entre sí; de manera que los derechos de una persona conforman los deberes de la otra y *vice versa*. Esto no se ve modificado por el hecho de que el *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* defina la persona expresamente solamente mediante sus derechos¹: sin los correspondientes deberes, no se pueden concebir los derechos.

¿Cuál es el mínimo deber que existe, por así decirlo, el deber personal originario con el que se corresponde el mínimo derecho que existe, el derecho personal originario? Es el deber del *neminem laedere*, un deber *negativo*², puesto que solamente tiene como contenido que la situación de las otras personas *no* debe ser *empeorada*. Desde una perspectiva fenotípica, este deber se puede lesionar de dos maneras: en un caso, la persona que lesiona interviene, actuando de forma activa, en el otro y, en el otro caso, dicha persona tiene que responder de un curso lesivo (en virtud de su deber de aseguramiento del tráfico o porque lo ha asumido, esto es, porque ha de responder por la supresión de la protección que, en otro caso, existiría, o en virtud de su obligación por inferencia)³ y no lo revoca⁴. En todo caso, el autor tiene que responder de la tendencia al daño de la situación de otra persona.

En el caso de un deber *positivo*, el obligado debe además proteger al titular de un daño o, incluso, mejorar su estado, cuando el obligado no tiene que responder de la situación de aquél —de que le amenaza un daño o de que no se va a producir una mejora sin una intervención adicional—; dicho gráficamente, tiene que construir en un ámbito concreto o de forma global un mundo común con el protegido (de forma global, por ejemplo, en la relación de los padres con sus hijos todavía incapaces de ser autónomos). Los deberes positivos comprenden los negativos, pues la ayuda consiste de entrada en no empeorar la situación. Por ello, la relación solamente-negativa es la más elemental: existe con independencia de la positiva, mientras que esta última no puede ser pensada sin la negativa.

A diferencia de los deberes positivos, los deberes negativos pertenecen al concepto de *toda* persona, esto es, son deberes de todos y cada uno, mientras que los positivos fundamentan un estatus *especial* de personas concretas en contextos determinados (como padres, como funcionarios, etc.). Según la doctrina convencional, cuando se lesionen los deberes negativos mediante una omisión, el omitente tiene que ser garante, esto es, está obligado en virtud de un deber de aseguramiento del tráfico, en virtud de asunción o en virtud de inferencia⁵. En el caso del actuar positivo, de manera dominante se intenta mayoritariamente no hablar de una posición de garante, pero ésta no tiene que concurrir

¹ HATTENHAUER/BERNERT (ed.), *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*, 1794, I, 1., § 1.

² SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, 1999, p. 67 y ss., con amplias referencias.

³ JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996, p. 19 y ss.; EL MISMO, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991, 29/29 y ss.

⁴ Sobre la indemnización de daños y perjuicios, véase *infra* nota 10.

⁵ Como en la nota 3.

menos, existe ciertamente en la mayor parte de los casos y solamente no se da en supuestos límite. Por ejemplo, todo el mundo es garante de que su puño no se dirija impetuosamente a la cara de otro o de que sus dedos no sustraigan cosas ajenas, etc. En lo referente a la *falta* de una relación de garantía en el hacer positivo, a un médico le está permitido (más exactamente: debe) retirar (hacer!) el aparato de respiración conectado al paciente, con la consecuencia de una muerte inmediata de este último, cuando la prestación del aparato solamente sirve para la prolongación presuntamente no querida de un proceso de muerte tormentoso, y a quien, encontrándose en un precipicio, se da cuenta de cómo otro, debido a un paso en falso del que tiene que responder él mismo (o una tercera persona), amenaza con caer sobre él, le está permitido, desde la perspectiva de sus deberes negativos, dar un paso a un lado, también en caso de que entonces el otro —quizá en vez de él, pero eso no es relevante en el caso del deber negativo— se despeñe⁶.

La respuesta habitual a la pregunta de qué es lo que se lesiona en caso de quebrantamiento de una norma que regula deberes negativos reza: bienes. Pues bien, la discusión sobre qué es lo que protege el Derecho penal, bienes jurídicos o la validez de la norma —en parte, una discusión más sobre el rigor de la construcción que sobre los resultados— no se ha de desarrollar aquí⁷, pero, en todo caso, tiene que existir una vinculación normativa entre los bienes y la persona; esto es así porque por el mero hecho de que un individuo ha reunido en torno a sí bienes no se convierte en persona. Esta última se caracteriza más bien por el hecho de que posee un *derecho*, y esto significa, a la vez, que los otros están *obligados* a respetarlo. El delito consiste en la *lesión de derechos*, ciertamente, como todavía se ha de exponer (*infra* II), solamente de derechos *garantizados*.

Un derecho resulta lesionado cuando se ocasiona excediendo el riesgo permitido que el titular no lo pueda utilizar. Aun cuando genotípicamente se trata siempre de lo mismo, se puede diferenciar fenotípicamente dónde o cómo “interviene” el autor, aunque esto son externalidades, formulado en otros términos, se trata de la huella del injusto en el entorno del Derecho. Ciertamente, el Derecho positivo se adhiere de una manera tan fuerte a tales fenotipos que resulta muy difícil reconocer el genotipo común en un ámbito. Preguntándolo con un ejemplo: ¿por qué hay que diferenciar entre sustracción de una cosa y estafa de posesión? El Derecho positivo menciona preferentemente aquel impedimento de la utilización de un derecho que se impone fenotípicamente (sustracción) o el efecto, no menos llamativo, sobre el titular del derecho (engaño, coacción), mientras que la pérdida de un derecho en su sustancia solamente aparece como un elemento de una secuencia (por ejemplo, como resultado de un acto de disposición), y eso —como todavía hay que explicar— solamente de una forma que presenta lagunas.

⁶ JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991, 7/56 y ss., 59 y ss.

⁷ Una crítica fundamental de la teoría de la protección de los bienes jurídicos en AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, p. 15 y ss., p. 125 y ss. Sobre la protección de la validez de la norma JAKOBS, en *Aktualität und Entwicklung der Strafrechtswissenschaft (Saito-Festschrift)*, 2003, parte alemana, p. 18 y ss.; EL MISMO, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991, 2/22.

En este trabajo, se pretende fundamentar la siguiente tesis: la sustancia de un derecho con valor patrimonial se pierde en muchos más casos de los que abarca el Derecho penal positivo y, ciertamente, sin que se pueda descubrir una razón genuinamente *jurídica*, esto es, no vinculada solamente a fenotipos, para el tratamiento distinto de la pérdida del derecho (punibilidad en aquel caso, impunidad en éste). La creación de la sustancia de la deuda (si se quiere: la pérdida del derecho de permanecer libre de deudas) es igual a la pérdida de la sustancia de un derecho, aun cuando en lo que sigue no se haga siempre expresamente referencia a esta igualdad.

2. Derechos garantizados versus derechos contractuales

En las siguientes consideraciones sobre cuándo un derecho garantizado con valor patrimonial es lesionado en su sustancia jurídica mediante la lesión de un deber negativo, no se trata de interpretar el Derecho positivo, sino de la fundamentación general de una parte de los denominados delitos patrimoniales. Si con ello se muestra que esta parte va más allá de lo que indica el Derecho positivo, no hay que derivar que todo injusto tiene que ser necesariamente castigado penalmente; pero sí que habrá que dar una razón por la que algunas cosas se castigan y otras no, y, en esta fundamentación, habrá que tener en cuenta que la configuración del Derecho positivo no es sacrosanta.

Empecemos con el deudor de una prestación de valor patrimonial, por ejemplo, un pago del precio de compra: ¿es el deudor *per se*, solamente porque es deudor, garante de la prestación debida? La pregunta se responde unánimemente de forma negativa⁸ y, ciertamente, con razón. Un garante tiene un deber que está constituido por el Derecho objetivo. Nadie puede hacerse a sí mismo o a otro garante solamente mediante un contrato, esto es, mediante *voluntad* —aun cuando ésta sea congruente—, pues para fundamentar tal posición se requieren criterios objetivos, racionales. Ejemplos: el deber negativo de no lesionar al otro es objetivamente necesario para la vida social de las personas y, del mismo modo, lo es el deber de inhibir un curso lesivo del que uno es responsable. Distintas son las cosas en el caso de un contrato civil visto *per se*⁹; pues su nacimiento y contenido pueden basarse en una voluntad que no resiste un juicio según criterios *generales*¹⁰. Esto no significa que no puedan haber deberes contractuales; más bien, el deudor se ha obligado mediante

⁸ Con esto se corresponde que el Derecho civil no trata a una revindicación *en cuanto a su contenido* como derecho absoluto; véase WAGNER, en REBMANN Y OTROS (eds.), *MüKo*, vol. 5: *Schuldrecht. Besonderer Teil III*, 4ª ed., 2005, § 823 nm. 154. No obstante, véase también nota 11 y el correspondiente texto.

⁹ Una posición de garante lo es siempre para todo el ordenamiento jurídico. Quien es garante en sentido jurídico-penal, también lo es en las otras partes del Derecho público, así como en Derecho civil —y *vice versa*. — Es espinoso el caso de los deberes tributarios, los cuales, como muestra la punibilidad de la evasión fiscal, son tratados, por lo menos por el Derecho positivo, como deberes de garante.

¹⁰ No se basan en la voluntad aquellos deberes de indemnización de daños y perjuicios y de restitución que surgen de la lesión de un deber de garante. Así, por ejemplo, el deber de quien daña y que ha lesionado un derecho absoluto, es la “prolongación” de ese derecho. Sin embargo, esta “prolongación” ya no está garantizada, como muestra el hecho de que —a diferencia de un deber en virtud de injerencia— no puede ser exigir en legítima defensa y, en concreto, tampoco cuando falta la ayuda estatal: de lo contrario, estaría en peligro el monopolio estatal de la violencia. Por ello, existe el problema, muy difícil (y que no se resuelve aquí) de definir un límite entre el deber en virtud de injerencia y el deber de indemnizar daños y perjuicios.

una decisión libre y debe cumplir. Pero no por esa sola razón el *contenido* del deber se muestra como parte *necesaria* de la estructura normativa de la sociedad. Por ejemplo, si un vendedor de gasóleo para calefacción no suministra puntualmente, en contra de lo convenido, y el cliente pasa frío o tiene que alojarse en la casa del vecino, no concurre ni unas lesiones (malos tratos) ni una coacción mediante omisión, salvo que el proveedor haya aceptado la prestación con vistas a que, precisamente por su promesa, no tengan lugar otros abastecimientos que se podrían obtener fácilmente (asunción).

Ahora bien, ¿por qué en esta situación no son vinculantes (y entonces también garantizados *per se*) solamente los contratos racionales en su sustancia? Porque ello eliminaría la libertad de contratación; la *libertad de contratación* está garantizada, el *contenido* de los contratos no lo está *per se*. No obstante, si la libertad de contratación está garantizada, esta garantía no se refiere solamente al poder-celebrar, sino también al poder-ostentar y poder-imponer; de lo contrario, el poder-celebrar sería un *nudum jus*. En consecuencia, ciertamente a una persona no se le garantiza *per se* el contenido de sus derechos provenientes de un contrato, pero sí que tiene derechos provenientes de un contrato, la denominada competencia de reivindicar¹¹. Pertenecen al concepto de persona, al ordenamiento racional, poder ser, como titular o como obligado, parte del contrato; pero el contenido del contrato es *per se* voluntad.

3. La lesión de la sustancia del derecho

3.1. Principio

¿Cómo se puede lesionar un derecho en su sustancia como derecho? La cuestión puede concretarse para los fines que se persiguen en este trabajo: solamente hay que tratar los derechos subjetivos que pertenecen al patrimonio de una persona y éstos, solamente en la medida en que el titular pueda disponer de ellos; en una palabra, interesan los derechos subjetivos como medios de desarrollo para la libertad y no como *base* de ese desarrollo¹². Tales derechos subjetivos no tienen una existencia desligada de la voluntad de su titular, sino que son los instrumentos de su voluntad y, por consiguiente, son lesionados cuando, sin que medie la voluntad del titular, dejan de servirle como instrumentos, esto es, cuando el titular los ha “perdido”. La lesión de un derecho es, en el sentido decisivo para este trabajo, nada más y nada menos que la privación de un derecho¹³. “Nada menos” significa que la mera denegación de la prestación por parte de quien es deudor *en virtud de un*

¹¹ También en Derecho civil se entiende en parte la competencia de reivindicar como derecho absoluto: así, con diferentes fundamentaciones CANARIS, *Der Schutz obligatorischer Forderungen nach § 823 I BGB*, en DEUTSCH Y OTROS (ed.), *Festschrift für Erich Steffen*, 1995, p. 85 y ss.; LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. 2, *Besonderer Teil*, 2. *Halbband*, 13ª ed., 1994, § 76 II 4 g (p. 397 y s.); STOLL, «Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte», en *AcP* (162), 1963, p. 203-236., p. 212; FABRICIUS, «Zur Dogmatik des „sonstigen Rechts“ gemäß § 823 Abs. 1 BGB», *AcP* 160, p. 273 y ss., p. 301 y ss., p. 303 y s.; de otra opinión WAGNER, en REBMANN Y OTROS (eds.), *MüKo*, vol. 5: Schuldrecht. *Besonderer Teil III*, 4ª ed., 2005, § 823, nm. 154 y s., con referencias; véase allí también el nm. 176 y ss.

¹² Al respecto, JAKOBS, «Einwilligung in sittenwidrige Körperverletzung», en HOYER Y OTROS (ed.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, 2006, p. 507 y ss.

¹³ Al respecto, *supra* II.

contrato no es suficiente como lesión del derecho, esto es, como lesión de un derecho garantizado. “Nada más” significa que, en el trato con el patrimonio ajeno, en el comienzo del injusto se encuentra la privación del derecho contraria a lo garantizado, pero no, como sugiere el Derecho positivo, algo más, a saber, una privación de un derecho cometida *mediante estafa*, esto es, provocada mediante engaño, o una privación *extorsiva*, es decir, cometida mediante intimidación o violencia, o una *administración desleal* [Untreue], esto es, la lesión de un deber de velar por el patrimonio ajeno que se añade al deber negativo desnudo, sea aquél deber negativo —por ejemplo, proveniente de una asunción— o positivo —por ejemplo, basada en una confianza especial—¹⁴.

Debido a que se trata de la lesión de un deber negativo, a saber, el deber de no privar de la sustancia del derecho, se puede prescindir de toda relación existente entre autor y víctima, excepto de este deber negativo y del correspondiente derecho. Por tanto, no es necesario que el autor, por ejemplo, esté “en la esfera” de la víctima u ocupe una posición semejante, sino que basta que, mediante un comportamiento arriesgado de manera no permitida para el patrimonio de la víctima, lesione la sustancia jurídica. Tampoco es relevante —de nuevo, a diferencia de lo que sugiere el Derecho positivo— de qué manera se produzca la lesión de la sustancia del derecho; la lesión, como ocurre en los demás delitos de resultado, se puede causar *de cualquier manera*, con tal de que el acontecer se le pueda imputar a quien lesiona. Ciertamente, el Derecho positivo recoge las formas “clásicas”, esto es fundamentales, de lesión de la sustancia del derecho (estafa, extorsión, administración desleal), pero no se puede encontrar una diferencia de principio respecto a aquellas formas que no han sido recogidas. Por ello, normalmente la jurisprudencia y la doctrina cubren las “lagunas” de forma sumamente astuta. Un ejemplo: en el caso del autor que extrae para sí de la cartilla de ahorros de otro una suma parcial de dinero, hay diversas fundamentaciones encaminadas a afirmar que concurre una apropiación¹⁵ de la cartilla o una estafa¹⁶, pero estos delitos son torpes comodines para el injusto realmente cometido, el cual consiste en el menoscabo de la sustancia del derecho del titular.

El Derecho positivo se centra en una forma concreta de privación de la sustancia del derecho (en cuanto que ésta se produce sin intervención sobre la sustancia de la cosa¹⁷), a saber, mediante la *disposición* del derecho, diferenciándose dos subclases de esta forma de lograr una disposición: (1) El titular del derecho o quien lo representa de manera

¹⁴ Sobre la terminología, JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991, 29/46, 67.

¹⁵ KINDHÄUSER, NK, vol. 2, 2ª ed., 2005, § 242, nm. 102: arrogación de la propiedad sobre la cartilla; pero ésta también tiene lugar cuando el autor solamente solamente se vanagloria con la cartilla. Así pues, en todo caso, es relevante aquella arrogación que conduce a la pérdida de un derecho. Ahora bien, si esta última concurre, ¿qué sentido tiene entonces aquélla? – ESER, en *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch*, 27ª ed., 2006, § 242, nm. 49: apropiación según una teoría unificadora (cosa y valor de la cosa). Se ofrecen otras “soluciones”.

¹⁶ OTTO, *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, 1970, p. 185; en contra, con una fundamentación detallada, TIEDEMANN, LK, 11ª ed., vol. 6, 1994-2005, § 263, nm. 44, 125. – Además, habría que pensar en una apropiación indebida del dinero en caso de que el banco solamente dirija la declaración de transferencia al titular de la cartilla de ahorros.

¹⁷ En el caso de intervención en la sustancia de la cosa se discute, en el ámbito de la extorsión, si es necesario un acto de disposición; detalles en HERDEGEN, LK, 11ª ed., vol. 6, 1994-2005, § 253, nm. 5 y ss.

jurídicamente eficaz es conducido a la disposición mediante engaño o coacción (*infra* II.2) o (2) el autor mismo puede actuar de manera jurídicamente eficaz para el titular y dispone (*infra* II.3). Esta distinción es únicamente la que se da entre autoría mediata y autoría directa.

3.2. Disposición en autoría mediata

En lo que atañe a la estafa como un caso de la primera subclase mencionada, en este trabajo solamente interesa responder a la pregunta de cuándo el engaño origina un riesgo no permitido de disposición (o un riesgo no permitido de nacimiento de obligaciones). A este respecto hoy se debe dar por sentado que no todo engaño crea un riesgo de tales características, sino solamente aquél para el cual el titular de un derecho, en la administración de la sustancia de su derecho, no tiene que estar preparado. Hay diferentes modelos que explican esta exigencia normativa¹⁸; el comienzo se encuentra en la denominada victimodogmática¹⁹. Según el planteamiento esbozado al comienzo, en virtud del cual también el *garante* está obligado de forma negativa a evitar la lesión del derecho, aquí se sigue la teoría que se centra en si el autor es garante de la verdad²⁰, de manera más precisa²¹: garante de que no se produzca un engaño²². Por ejemplo²³, el vendedor que, repetida y constantemente asegura de manera mendaz que no quiere (o puede) rebajar más el precio no interviene, con su actuar, en el material de organización que le está garantizado al titular del derecho del que se dispone (o a la persona frente a la que nace la pretensión) y, por ello, en esa medida, no tiene que responder como garante de que no se produzca un engaño; de lo contrario, el mercado se convertiría en una “economía de nodrizas”²⁴.

En el ámbito de los deberes negativos, el caso básico de comportamiento que supone un riesgo no permitido es la lesión de un deber del tráfico y ello consiste, en el caso que nos ocupa, en presentar de manera incorrecta al titular del derecho el negocio que se pretende celebrar. Existe un paralelismo manifiesto con otros delitos de lesión: la venta de un vino dañino para la salud como si fuera vino biológico es constitutiva de estafa, esto es, de la privación de un derecho en autoría mediata, así como también de lesiones en autoría mediata, en la medida en que el estafado bebe lo adquirido produciéndose la consecuencia

¹⁸ Una exposición detallada en PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, p. 65 y ss. Sobre el Derecho español, ampliamente PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004.

¹⁹ TIEDEMANN, *LK*, 11ª ed., vol. 6, 1994-2005, previo al § 263, nm. 34 y ss., con referencias; PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, p. 114 y ss., p. 124 y ss.

²⁰ Sobre la discusión filosófica en la Ilustración: ANNEN, *Das Problem der Wahrhaftigkeit in der Philosophie der deutschen Aufklärung*, 1997.

²¹ En el caso básico del delito de comisión, como un delito que puede cometer cualquiera, no existe un deber positivo de informar de la verdad, sino una prohibición de mentir. El estafador podría guardar impunemente silencio (si no ha puesto antes el fundamento de una responsabilidad por asunción o injerencia).

²² PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, sinopsis p. 127 y ss., desarrollo detallado p. 139 ss.

²³ PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, p. 152 y ss.

²⁴ Sobre la economía de nodrizas — “un gran hospital” en el que “uno” es “cuidador de enfermos de los otros humanos” — GOETHE, *Italienische Reise*, en: *Hamburger Ausgabe*, vol. XI, p. 7 ss., 332 (contra el ideal de humanidad de Herder).

de un daño en su salud. Junto a la lesión del deber del tráfico, aparece la injerencia (ejemplo: el vendedor se ha equivocado o ha entregado por descuido un prospecto con informaciones no actuales) y la asunción (ejemplo: el vendedor aconseja renunciar a un experto, pues él mismo asesorará ampliamente; sin embargo, no menciona los defectos que un experto habría criticado)²⁵.

También la extorsión pertenece a la primera subclase de disposición de un derecho, esto es, a los casos de disposición en autoría mediata²⁶: quien coacciona conduce a aquél que tiene poder para disponer a una posición de tales características que la disposición ha de imputarse a quien coacciona como autor mediato; con otras palabras, así como en la estafa quien dispone se comporta como un instrumento en error, en la extorsión quien dispone lo hace como instrumento coaccionado. Puesto que, mediante la disposición, el instrumento coaccionado desplaza derechos propios o derechos ajenos administrados por él, no se puede tratar de un instrumento que actúe de manera no culpable (tal instrumento sacrifica derechos *indisponibles*), sino solamente de instrumento que actúe justificadamente o —en el caso de una disposición sobre posiciones patrimoniales propias— cuasi-justificadamente. Por tanto, el proceso que hay que concretar reza: la “justificación” del instrumento desplaza la competencia al causante de la “justificación”. A este respecto hay que de diferenciar diversos grupos de casos: el disponente entrega la sustancia del derecho *de otro* (justificación) o, en cambio, entrega la sustancia del *propio derecho* (cuasi-justificación como explicación de una autolesión), siendo posible que sea él, el otro o una tercera persona quien se encuentre bajo coacción.

En caso de que se disponga sobre el propio patrimonio, el cambio experimentado —esto es, la entrega de la sustancia del derecho, con el fin de evadir la coacción— se puede describir como una administración *todavía racional* del patrimonio, lo cual también puede ocurrir cuando el cambio realizado arroja un resultado positivo solamente porque se tienen en cuenta los intereses de afección (no caprichos). Por ejemplo, quien paga cien euros para conservar la vida de su perro fiel que materialmente carece de valor y es fácilmente sustituible, es coaccionado; lo mismo ocurre cuando se trata del perro de su amigo. En el último caso, lo relevante no es si quien dispone “percibe la amenaza al tercero como mal”²⁷ —pues puede actuar por puras ansias de presumir—, sino si el cambio verificado todavía se puede describir como racional: lo que desplaza la responsabilidad a quien amenaza no es la interioridad individual de quien dispone, sino su comportamiento personal. — Por tanto,

²⁵ Sobre la asunción: PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, p. 133 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991, 29/46 y ss.

²⁶ Solamente es posible la privación de un derecho mediante extorsión porque el Derecho civil vigente no valora la violencia compulsiva y la intimidación como causa de nulidad, sino solamente como causa de la anulabilidad del negocio, § 123 BGB. La explicación habitual de esta regulación que parece extraña —como extorsión, el proceso infringe una prohibición legal y, por esa razón, el negocio debería ser nulo, § 134 BGB—, según la cual se le debe dar al coaccionado la posibilidad de mantener el negocio, encajaría mejor con una regulación que le reconociera al coaccionado el derecho a optar por la validez del negocio, eso cuando, de lo contrario, habría nulidad. El fundamento de la regulación legal podría remitir al Derecho natural de la Ilustración: el contrato social se celebra en peligro de muerte y debe vincular; WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª ed., 1967, p. 305 y *passim*.

²⁷ Así, en cambio, ESER, en *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch*, 77ª ed., 2006, § 253 nm. 6.

en caso en que se dispone por mano de un tercero para liberar al titular del derecho que se encuentra bajo coacción, son válidas las reglas del consentimiento presunto²⁸.

En el caso de la disposición sobre el patrimonio de una tercera persona para liberar a una persona amenazada (un ejemplo es el atraco a un banco con toma de rehenes), se produce una intervención en el derecho de quien que no forma parte del conflicto (el banco); por consiguiente, rigen las reglas del estado de necesidad *agresivo*, esto es, el interés salvado debe primar de manera esencial sobre el menoscabado. Una vez más, lo relevante no son las interioridades, sino precisamente la proporción racional. Ejemplo: quien, en perjuicio de una persona jurídica, transfiere un millón de euros a donde sea para liberar a un empleado de la empresa que ha sido tomado como rehén, sigue disponiendo en el marco de una extorsión de la persona jurídica en el supuesto de que el empleado le resulte indiferente pero el efecto publicitario merezca la pérdida de patrimonio²⁹.

La forma de lesión del deber negativo de no menoscabar la sustancia del derecho ajeno que se ha esbozado constituye solamente un fragmento de la lesión del deber que puede realizarse “de cualquier manera”. En sus subcasos (engaño: estafa; intimidación o *vis compulsiva*: extorsión) se trata de tipificaciones de la autoría mediata y, por ello, esa forma encierra, junto al injusto consistente en la pérdida de la sustancia del derecho, el injusto de la degradación de una persona a instrumento³⁰: engaño³¹ y coacción. Por ejemplo, en el caso de un apoderado que es coaccionado a firmar un contrato de condonación, seguirán existiendo unas coacciones si con posterioridad se descubre que el principal ha tomado parte en el hecho.

3.3. Privación directa de un derecho

En el caso de la otra modalidad de disposición, que ya se ha esbozado *supra* (III.1, último párrafo), el autor no tiene que eliminar primero un derecho que “acolcha” el patrimonio: tiene acceso directo a este último, pues él *mismo* puede disponer u originar de otro modo la privación de un derecho. Por tanto, sería de esperar un tipo con el siguiente contenido: el que dañe a otra persona menoscabando la sustancia de su derecho o constituyendo una obligación contra esa persona (sin el consentimiento de esta última), etc. En lugar de un tipo de éstas o semejantes características, solamente se halla, en un funesto enredo con la administración desleal de infidelidad, el tipo de la administración desleal de abuso, que establece la exigencia de que el autor ha de tener el deber de cuidar de los intereses

²⁸ JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991, 21/89.

²⁹ BGH JR 1987, p. 340 y ss., con comentario de Jakobs, en el lugar citado.

³⁰ El autor mediato —al margen de debilidades constitucionales— ha de tener que responder del defecto del instrumento o de la situación en la que se encuentra la persona que sufre el defecto; al respecto, JAKOBS, «Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug» GA, 1997, p. 553 y ss., p. 559 y ss.

³¹ Todo quebrantamiento de un derecho garantizado, también del derecho a que a uno no se le mienta, es violencia; al respecto JAKOBS, en HIRSCH Y OTROS (ed.), *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, 1986, p. 791 y ss., p. 808 y s.

económicos del perjudicado. Este elemento se puede “interpretar hacia abajo”³², pero no se puede llegar a reducirlo al solo deber negativo de no afectar la sustancia del derecho ajeno, al igual que tampoco se puede reducir el deber de velar por la salud a la prohibición de cometer lesiones. Por ejemplo: sobre la persona que, por el motivo que sea, es titular de un poder aislado para obligar o disponer recae el deber de no emplear tal poder para lesionar el patrimonio, pero esa persona no tiene ningún otro deber negativo (asunción, injerencia) o positivo (confianza especial) de cuidar el patrimonio. Según el Derecho positivo, el cumplimiento de este mero deber negativo de no lesionar el patrimonio no está asegurado mediante un tipo penal específico.

Si esto se compara con los delitos contra la propiedad, resulta el siguiente panorama: la administración desleal se encuentra solamente en el “nivel” en el que se encuentra la apropiación indebida cualificada, esto es, la apropiación indebida desleal³³; no existe un tipo paralelo³⁴ al tipo básico de la apropiación indebida³⁵ (y tal precepto paralelo no podría llamarse “administración desleal”, puesto que el injusto solamente lo constituye la lesión del deber negativo de no menoscabar la sustancia del derecho de otro), pero el concepto de ese precepto paralelo está definido: la privación de un derecho como privación de la sustancia del derecho o constitución de una obligación.

Desde luego, los casos de privación de la sustancia del derecho más importantes y que supuestamente se producen con más frecuencia en la praxis se refieren —con palabras de BINDING— al “administrador o cuidador nombrado” de un patrimonio ajeno que abusa de su “posición de poder”³⁶. Sin embargo, esta teoría sobre el tipo de deslealtad³⁷ (en la

³² Así, en estos casos de abuso, se podría afirmar, en contra de la jurisprudencia del Tribunal Federal sobre el abuso de cheque (BGH 26, S. 386 y ss., 387 y s.) y sobre el abuso de tarjeta de crédito (BGH 33, p. 244 y ss., 250 y s.), la existencia de un deber de cuidar el patrimonio. – Sobre la interpretación diferenciadora del deber de cuidar de los intereses patrimoniales ajenos, con detalle, SCHÜNEMANN, *LK*, 11ª ed., vol. 7, 1995-2005, § 266, nm. 1 y ss., 13 y ss., 128.

³³ Así, ya GRÜNHUT, en SCHREIBER (ed.), *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben* (RG-Festgabe), vol. 5, 1929, p. 116 y ss., 125.

³⁴ En mi trabajo «Bemerkungen zur subjektiven Tatseite der Untreue», en WIDMAIER Y OTROS (ed.), *Festschrift für Hans Dahs*, 2005, p. 49 y ss., 59, dije que al legislador se le ha de conceder la libertad de no garantizar que no se produzca el abuso de un poder aislado, incluso que no se produzca una mera privación de un derecho. Esto se ha de revocar en la medida en que la garantía no la preste solamente el Derecho positivo, sino que se derive de la estructura de la sociedad; al legislador le queda, entonces, solamente tomar la decisión sobre la *punibilidad* en caso de que se quebrante esta garantía, pero también en esa medida se tienen que poder fundamentar las desigualdades. En concreto, ¿qué diferencia —por ejemplo— el uso lesivo de un poder aislado de un uso lesivo de la posesión de cosas ajenas? Ambos son lesiones del derecho en forma de lesión de un deber negativo y el hecho de que quien tiene el poder cree el riesgo de un abuso corresponde a la situación en caso de cesión de la posesión directa sobre una cosa, como ocurre normalmente en los casos de apropiación indebida.

³⁵ H. MAYER lamenta que en la administración desleal se trate de un delito oficial («Die Untreue», en *Materialien zur Strafrechtsreform*, vol. 1, 1954, p. 333 y ss., 339): de este modo se dificulta, en especial en las relaciones laborales, la regulación intraempresarial. Desde luego, precisamente en el ámbito mencionado se podría quebrar asiduamente una coposesión superior, de manera que la sola desincriminación de la administración desleal no aporta nada. — Una sistematización de los delitos patrimoniales tiene que empezar con una teoría de las posibles lesiones de derechos garantizados, y no con un revoltijo de aspectos criminológicos.

³⁶ BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, vol. 1, 2ª ed., 1902, p. 396.

³⁷ Sobre la evolución de la administración desleal y sobre la discusión sobre el punto principal del injusto — polo opuesto de la *teoría del abuso* (sobre sus variantes: H. MAYER, «Die Untreue», en *Materialien zur Strafrechtsreform*, vol. 1, 1954, p. 339 y ss.) es la *teoría del quebrantamiento de la lealtad*; respecto a la

versión vigente hasta 1933), denominada teoría del abuso, tampoco puede, mediante la orientación a los “administradores o cuidadores nombrados” —esto es, a una relación *especial* entre autor y patrimonio ajeno que está más allá de la relación básica (de lo contrario, la expresión “administración desleal” sería inadecuada)—, abarcar en su totalidad la *mera* privación de la sustancia del derecho o la *mera* constitución de obligaciones de otro; ello es así porque, para el injusto de la pérdida de la sustancia del derecho o del lastre con una obligación (comparable con el injusto de la mera privación de la propiedad del tipo básico de apropiación indebida) resulta indiferente que lo realice alguien “nombrado”³⁸ o alguien que se encuentra en una relación básica —pues en los dos casos se lesiona el deber negativo de no privar a otros de la sustancia de su derecho y de no constituir obligaciones contra su voluntad—. A este respecto, si el autor se comporta (arriesgadamente de manera no permitida) de manera que se pueda imputar objetivamente, resulta indiferente si la lesión del deber se produce mediante la disposición o “de cualquier otro modo”.

También se genera arriesgadamente de manera no permitida una pérdida de la sustancia del derecho o el nacimiento de una obligación en el caso en que una persona no autorizada, con base en regulaciones que están al servicio de la protección —entendida en un sentido muy amplio— de la buena fe, puede privar al autorizado de la sustancia del derecho y, en concreto, lesionando únicamente su deber negativo, esto es, sin que exista de una relación especial. Ejemplos: (1) El anterior acreedor recibe la prestación del deudor con efecto de liberación (§ 407 apdo. 1 BGB). (2) El deudor realiza la prestación al portador no autorizado de una “*Schuldverschreibung auf den Inhaber*” [documento que otorga a su portador el derecho a la prestación] (§ 793 apdo. 1 BGB), al portador no autorizado de un “*kleines Inhaberpapier*” [títulos al portador como pasajes, entradas, etc.] (§ 807 BGB) o de un título nominativo con cláusula al portador (§ 808 apdo. 1 BGB). (3) El propietario aparente inscrito en el registro transmite —sin maquinaciones dolosas *previas*— o grava el predio (§ 892 BGB). (4) Una cosa ajena es transmitida (§§ 932 ss. BGB), cedida en usufructo (§ 1032 BGB) o pignorada (§§ 1205, 1207 BGB) a un tercero de buena fe. (5) El no-heredero que ha conseguido astutamente o que ha obtenido *de entrada* sin dolo malo un certificado de heredero cobra créditos y vende y grava bienes muebles e inmuebles (§§ 2365-2367 BGB). Quien está empleado en un comercio para realizar tareas de orden (no para vender) enajena mercancías a los clientes haciendo descuentos³⁹ (§ 56 HGB). (7) Quien tiene un

interpretación actualmente vigente se enfrentan conceptos monistas y dualistas — véase H. MAYER, *Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen*, 1926, p. 43 nota 32, § 266, nm. 5 y ss., con más referencias.

³⁸ En el caso del tipo de abuso de la administración desleal, tampoco el “nombrado” comete un injusto solamente porque rebasa el marco de determinados acuerdos internos (ello conduciría a una protección penal de los acuerdos contractuales) o regulaciones legales, por ejemplo, del Derecho de familia (las cuales no fundamentan *per se* una posición de garante), sino porque lesiona su deber *negativo* de no disminuir la sustancia del derecho de otro y de no crear, en su perjuicio, obligaciones (a ello puede sumarse la lesión de un deber positivo). Ciertamente, los acuerdos o las regulaciones legales pueden contener *permisos* que excluyen el tipo (y, de acuerdo con esto, su falta se puede entender como elemento negativo del tipo). Por tanto, el nexo del deber negativo y permiso (en especial: el consentimiento) es el mismo que en los demás delitos contra la persona (en sentido amplio, esto es, abarcando los delitos contra la propiedad y contra el patrimonio).

³⁹ En este caso —al igual que en el siguiente caso de un poder implícito— se da una relación interna, pero falta una autorización; DIERLAMM, *MüKo*, vol. 4, 2006, § 266, nm. 24. – Al igual que en la administración

poder tácito o una facultad implícita enajena cosas del representado o constituye créditos contra éste (ya antes, *supra* III.3 al principio, se ha hecho referencia al poder *jurídico-negocial* aislado; éste tiene menos que ver con la protección de la buena fe —¡pues hay un poder!— que con el interés en la seguridad jurídica). (8) Se discute si existe o no una relación especial en el caso en que el titular de una tarjeta de crédito no respeta el límite de crédito pactado (véase § 266 b StGB)⁴⁰.

Junto a estos actos *jurídico-negociales* cuyo efecto es que, contra la voluntad del titular del derecho, se priva a éste de su derecho o, también contra su voluntad, se constituye una obligación contra él, aparecen *actos reales* cuyo efecto es la pérdida de la sustancia de un derecho. Ejemplo: (1) El constructor sustrae el material y construye la casa (§ 946 BGB). (2) El mecánico pinta su vehículo con pintura sustraída (§ 947 apdo. 2 BGB). (3) Crispino sustrae cuero y confecciona con él zapatos (§ 950 apdo. 1 BGB).

En todos estos casos de actos *jurídico-negociales* o reales —la lista se podría alargar fácilmente, pero ya es suficientemente extensa para mostrar que éste no es un problema marginal (¿por qué le dedica tanta atención el Derecho civil?)—, el titular pierde contra su voluntad su derecho en su sustancia jurídica. Ciertamente, en el caso de los actos reales, como también en algunas formas de uso de títulos al portador, podría hablarse sin excepción de un injusto que podría ser “cocastigado” con la pena de un delito contra la propiedad⁴¹, aun cuando es ciertamente dudoso que la pérdida del *derecho* se muestre siempre como mero injusto secundario; sobre todo en el caso de los títulos al portador, el trato con la sustancia material quedaría por detrás del trato con la sustancia del derecho. Por lo demás, puede dejarse de lado la cuestión de en qué medida sería posible activar, con contorsiones más o menos intensas, un delito contra la propiedad o contra el patrimonio del Derecho positivo, pues, por lo menos en caso de la pérdida del derecho que se produce o bien en el supuesto de abuso de un poder aislado o bien de acuerdo con los preceptos de la protección de la buena fe —incluido el caso de la “cartilla de ahorros” que se ha mencionado antes⁴²—, sería artificial tener que construir aquello que existe, esto es, la provocación prohibida de la pérdida de un derecho en su sustancia jurídica, como acto de apropiación o como engaño con resultado de disposición. — Lo mismo vale para la constitución de obligaciones; un ejemplo de ello: si el que otorga un poder realiza el otorgamiento “por precaución” delante de otra persona (§ 167 apdo. 1, 2º caso BGB), sin que jamás se llegue a un pacto con el apoderado, el cual, no obstante, tiene noticia del otorgamiento del poder y se afana en emplear su poder para generar deudas para quien se lo ha otorgado, no puede hablarse de una deslealtad del apoderado, aunque, sin embargo, este último ha lesionado su deber de no lastrar a quien le otorgó el poder. Esto es lo que

desleal de abuso (al respecto, nota 38), tampoco en los casos del § 56 HGB se trata del injusto de la lesión de un deber (accesorio) *contractual*, sino de la lesión de un deber negativo de no reducir el estado patrimonial *garantizado*. La relación interna es solamente condición de la eficacia jurídica de la intervención.

⁴⁰ Como en la nota 32.

⁴¹ JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991, 31/16 y ss., 19 y ss.

⁴² *Supra* III. 1, texto de la nota 15 s. y III. 3, al comienzo.

ocurre también en el caso de la constitución de obligaciones mediante un poder tácito o una facultad implícita.

Una vez reconocido esto, se abre un camino para una completa revisión de los delitos contra la propiedad y contra el patrimonio: en el núcleo debe encontrarse la lesión de un derecho garantizado sin consentimiento del autorizado o la constitución de una obligación (esto último significa la lesión del derecho garantizado a no ser lastrado arbitrariamente con deudas). De las formas en que el autor puede —fenotípicamente— proceder⁴³, aquí solamente se ha podido analizar la actuación sobre la sustancia del derecho (sin que medie una actuación sobre la sustancia material) y no, en cambio, la privación mediante la “disolución” de la sustancia material, mediante otras frustraciones de la utilidad del derecho garantizado u otros medios. Ahora bien, ya se puede intuir que en el caso de aquellas formas de lesión de derechos patrimoniales que aquí no han sido tratadas lo decisivo no es la razón *subjetiva* del comportamiento del autor, como tampoco lo era en el supuesto de la privación de la sustancia del derecho: para el *injusto* siempre carece de relevancia la cuestión de la intención de apropiación, de enriquecimiento o de perjudicar.

H. MAYER propuso limitar la administración desleal a un “grupo de acciones cerrado en sí cuya impunidad sería intolerable”⁴⁴. Ciertamente, debería ser evidente que un grupo *cualitativamente* definido —y una determinación *cuantitativa* conduciría a ponderaciones arbitrarias, esto es, en una justicia del Cadí— contiene casos de bagatela cuya impunidad no sería en absoluto intolerable. Por ello, en el comienzo de todos los esfuerzos de la sistemática jurídico penal no tienen que estar los “casos graves”, sino “grupos cerrados en sí” tomados en serio, esto es, clases de injusto contruidos limpiamente, como por ejemplo, la “privación de un derecho garantizado en su sustancia jurídica”.

4. Listado de bibliografía citada

AMELUNG, Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft: Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage; zugleich ein Beitrag zur Lehre von der 'Sozialschädlichkeit' des Verbrechens*, Frankfurt/M. (Athenäum) 1972.

ANNEN, Martin, *Das Problem der Wahrhaftigkeit in der Philosophie der deutschen Aufklärung: : Hein Beitrag zur Ethik und zum Naturrecht des 18. Jahrhunderts*, Würzburg (Königshausen und Neumann) 1997.

BINDING, Karl, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, vol. 1, 2ª ed., Leipzig (Engelmann) 1902.

⁴³ *Supra*, parte I, a. E.

⁴⁴ H. MAYER, *Materialien zur Strafrechtsreform*, vol. 1, 1954, p. 339.

CANARIS, Claus-Wilhelm, «Der Schutz obligatorischer Forderungen nach § 823 I BGB», en DEUTSCH Y OTROS (ed.), *Festschrift für Erich Steffen: zum 65. Geburtstag am 28. Mai 1995: der Schadensersatz und seine Deckung*, Berlin (de Gruyter) 1995, p. 85 y ss.

DIERLAMM, Alfred, JOECKS Y OTROS (ed.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, vol. 4, München (Beck) 2006, § 266.

ESER, Albin, en LENKNER Y OTROS (ed.), *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch*, 27^a ed., München (Beck) 2006, § 242.

ESER, Albin, en LENKNER Y OTROS (ed.), *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch*, 27^a ed., München (Beck) 2006, § 253.

FABRICIUS, Fritz, «Zur Dogmatik des „sonstigen Rechts“ gemäß § 823 Abs. 1 BGB», *Archiv für die civilistische Praxis* (160), 1991, pp. 273-336.

GOETHE, Johann Wolfgang, «Italienische Reise», en: *Hamburger Ausgabe*, vol. XI, p. 7 y ss.

GRÜNHUT, , «Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Interessen», en O. SCHREIBER (ed.), *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben: Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgericht (RG-Festgabe)*, vol. 5, Berlin (de Gruyter) 1929, p. 116 y ss.

HATTENHAUER/BERNERT (ed.), *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*, Neuwied (Luchterhand) 1794.

HERDEGEN, Gerhard, en JÄHNKE Y OTROS (ed.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 11^a ed., vol. 6, Berlin (de Gruyter) 1994-2005, § 253.

HERDERS, Johann Gottfried, «36 Paragraphen zum Humanitätsideal der menschlichen Gesellschat», en EL MISMO, *Briefen zur Beförderung der Humanität. Zweite Sammlung*, 25. Brief, 1792/93.

JAKOBS, Günther, «Bemerkungen zur subjektiven Tatseite der Untreue» en WIDMAIER Y OTROS (ed.), *Festschrift für Hans Dachs*, Köln (Schmidt) 2005, p. 49 y 63.

JAKOBS, Günther, «Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug», *GA*, 1997, p. 553 y ss.

JAKOBS, Günther, «Nötigung durch Gewalt», en HIRSCH Y OTROS (ed.), *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Berlin (de Gruyter) 1986, p. 791 y ss.

JAKOBS, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2^a ed., Berlin (de Gruyter) 1991.

JAKOBS, Günther, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Opladen (Westdt. Verl.) 1996.

JAKOBS, Günther, «Einwilligung in sittenwidrige Körperverletzung», en HOYER Y OTROS (ed.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg (Müller) 2006, p. 507 y 520.

JAKOBS, Günther, «Was schützt das Strafrecht?: Rechtsgüter oder Normgeltung», en *Aktualität und Entwicklung der Strafrechtswissenschaft – Festschrift für Seiji Saito zum 70. Geburtstag*, Tokio 2003, pp. 18 y ss.

KINDHÄUSER, Urs, en EL MISMO Y OTROS (ed.), *NomosKommentar, Strafgesetzbuch*, vol. 2, 2ª ed., Baden-Baden (Nomos-Verl.-Ges.) 2005, § 242.

LARENZ, Karl/CANARIS, Claus-Wilhelm, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. 2, *Besonderer Teil*, 2. Halbband, 13ª ed., München (Beck) 1994.

MAYER, Hellmuth, «Die Untreue», en *Materialien zur Strafrechtsreform*, vol. 1, Bonn 1954, p. 333 y ss.

MAYER, Hellmuth, *Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen*, München (Schweitzer) 1926.

OTTO, Harro, *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, Berlin (Duncker & Humblot) 1970.

PASTOR MUÑOZ, Nuria, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Madrid (Marcial Pons) 2004.

PAWLIK, Michael, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Köln (Heymann) 1999.

SÁNCHEZ-VERA, Javier, *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Berlin (Duncker & Humblot) 1999.

SCHÜNEMANN, Bernd, en JÄHNKE Y OTROS (ed.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 11ª ed., vol. 6, Berlin (de Gruyter) 1994-2005, § 266.

STOLL, Hans, «Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte», *Archiv für die civilistische Praxis* (162), 1963, pp. 203-236.

TIEDEMANN, Klaus, JÄHNKE Y OTROS (ed.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 11ª ed., vol. 6, Berlin (de Gruyter) 1994-2005, precomentario al § 263 y § 263.

WAGNER, Gerhard, en REBMANN Y OTROS (ed.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 5: Schuldrecht. Besonderer Teil III, 4ª ed., München (Beck) 2005, § 823.

WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª ed., Göttingen (Vandenhoeck & Ruprecht) 1967.

5. Listado de sentencias citadas

BGH 26, S. 386 y ss., 387 y s.

BGH 33, p. 244 y ss., 250 y s.

BGH JR 1987, p. 340 y ss., con comentario de *Jakobs*.