

Cantón de Zug

Fiscalía

IIº departamento

2A 2005 31601

2A 2008 137 reunido con 2A 2005
31601

2A 2008 138 reunido con 2A 2005
31601

Auto de sobreseimiento del 11 de mayo de 2010

en la instrucción penal contra

Fédération Internationale de Football Association (FIFA), FIFA-Strasse 20, 8044 Zúrich

defendida a propia instancia por el letrado Dr. Dieter Gessler, Anwaltskanzlei Nobel & Hug,
Dufourstrasse 92, C.P. 1372, 8032 Zúrich

relativo a **Gestión desleal,**

y contra

Ricardo Terra Texeira, nacido el 20-06-1947, de nacionalidad brasileña

defendido a propia instancia por el letrado Lic.iur. Hans-Rudolf Wild, Dammstrasse 19, 6300 Zug

relativo a **Apropiación indebida, eventualmente Gestión desleal,**

y contra

Havelange Jean-Marie Faustin Godefroid, nacido el 08-05-1916, de nacionalidad brasileña

defendido a propia instancia por el letrado Dr. Marco Niedermann, Utoquai 37, 8008 Zúrich

relativo a **Apropiación indebida, eventualmente Gestión desleal,**

Hechos

1. El Juzgado de instrucción de Zug abrió el 08-08-2005 una instrucción penal contra persona desconocida por gestión desleal en detrimento de la Fédération Internationale de Football Association (en lo sucesivo FIFA). La sospecha inicial que condujo a la apertura de la instrucción penal resultó de las diligencias de prueba llevadas a cabo dentro del marco de la instrucción nº URA 2001/756. Ese procedimiento había sido abierto el 29-05-2001 con motivo de una denuncia de la FIFA contra responsables de la gerencia del grupo ISMM/ISL y concluido el 18-03-2005 (HD 2/1). La apertura de la instrucción penal se basó en los siguientes conocimientos.

1.1 El grupo ISMM (ISL) (International Sports Media und Marketing) formaba parte a finales de 2000 de las principales empresas mediáticas y de marketing en el ámbito del deporte. Las distintas actividades se estructuraban bajo la sociedad central ISMM X1 AG y sus sociedades filiales y se llevaban a cabo en el mundo entero mediante sociedades independientes mediáticas, de marketing y de servicios. El grupo adquiría de federaciones internacionales de deporte derechos de eventos con licencia general o como agente ("rights-in"), los desarrollaba convirtiéndolos en conceptos integrados de marketing deportivo y los "vendía" a patrocinadores, cadenas de televisión o licenciarios ("rights-out") (HD 2/4, p. 28. nº 1.1). La FIFA celebró con la sociedad 1 /ISMM X1 AG particularmente los siguientes contratos, relevantes en esta instrucción penal (HD 2/4, p. 105, nº 3.2.1 ss. / Para la calificación jurídica de los contratos, que en esta instrucción penal no es de importancia capital cf.: HD 2/4, p. 103 ss.):

- "Agreement" del 12-12-1997 entre la FIFA y la ISL X2 AG (reglamentación del marketing). Firma por parte de la FIFA: Inculpada João Havelange y P1 . Conforme a este acuerdo la FIFA transfirió sus intereses de comercialización hasta el 31-12-2006 de manera integral a la ISL X2 AG. Además de una compensación fija de CHF 200.000.000,00 se acordó un marco de compensación muy detallada (HD 2/4, p. 123, nº 3.7.1).
- "License agreement" del 26-05-1998 entre la FIFA y la sociedad 1 (reglamentación de la explotación de los derechos de tele y radiodifusión mundiales para los mundiales de 2002 y 2006 con la excepción de Europa y los EE. UU.). Firma por parte de la FIFA: João Havelange Mediante este contrato, la FIFA confería a la sociedad 1 a nivel mundial, con la excepción de Europa y los EE. UU. el derecho exclusivo al aprovechamiento y la explotación de los derechos de radio y teledifusión de los mundiales de 2002 y 2006 (HD 2/4, p. 123, nº 3.6). El otorgamiento del derecho exclusivo de la explotación de los derechos había de ser compensado por la sociedad 1 con un mínimo de USD 650.000.000,00 para el Mundial 2002 y de USD 750.000.000,00 para el Mundial 2006. Los detalles de la reglamentación económica son en esta instrucción penal de importancia subordinada (cf. HD 2/4, p. 108, nº 3.3.1 ss.).
- "Amendments to the License agreement" del 13-03-2000 entre la FIFA y la sociedad 1 (acuerdo complementario al "License agreement" del 26-05-1998). Firma por parte de la FIFA: Urs Linsi, Flavio Battaini (HD 2/4, p. 105, nº 3.2.2).
- "Amendments to the License agreement" del 21-07-2000 entre la FIFA y la ISMM X1 AG (acuerdo complementario al "License agreement" del 26-05-1998). Firma por parte de la FIFA: P2 , P3 (HD 2/4, p. 106, nº 3.2.3).

La sociedad 1 /ISMM X1 AG respectivamente una de sus sociedades filiales celebró a su vez el siguiente contrato de sublicencia, entre otros:

- "Agreement" del 29-06-1998 entre la ISMM X3 AG y la sociedad 2 /sociedad 3 (contrato de sublicencia: explotación de los derechos radiofónicos y televisivos para los mundiales 2002 y 2006 en Brasil [HD 2/4, p. 106, nº 3.2.5]). Mediante este contrato, la ISMM X3 AG transfirió a la sociedad 2

así como a la sociedad 3 los derechos de explotación de los derechos de radio y teledifusión del Mundial de 2002 en Brasil. La compensación ascendía a USD 220.500.000,00 y debía transferirse conforme a un cronograma determinado. Mediante acuerdo del 17-12-1998 se modificó el cronograma de pago y se elevó la compensación a USD 221.000.000,00 (HD 2/4, p. 124 n° 3.7.2.1).

1.2 El 17-12-1998, la Anstalt 1 constituyó con el nombre de fundación 1 una fundación regida por el derecho de Liechtenstein. Al patronato pertenecían, entre otros, miembros del consejo de administración de sociedades del grupo ISMM (ISL). El objetivo social estatutario de la fundación consistía en la inversión y administración del patrimonio de la fundación así como la repartición de los ingresos netos y del patrimonio de la fundación a beneficiarios determinados o determinables. Ya el 01-12-1997 había sido fundada en las Islas Vírgenes Británicas la sociedad 4, que el 08-02-1999 traspasó todas las acciones a la fundación 1. Desde el punto de vista económico, la fundación 1 era una unidad comercial del grupo ISMM (ISL) (HD 2/4, p. 222 ss. N° 12.2 f.). Debido a una transferencia de la sociedad 1, el 27-05-1999 entraron en la cuenta n° 193.223.31 del banco 1, a nombre de la sociedad 4, CHF 36.130.220,05 (HD 2/4, p. 224 n° 12.4). En el balance de apertura de la sociedad 4, al 27-05-1999, la cantidad transferida por la sociedad 1 fue asentada en los activos como capital circulante y en los pasivos como “reserva para gastos de adquisición de derechos”. En resumen se asentaron bajo la partida “gastos de adquisición de derechos” CHF 19.380.192,00 (HD 2/4, p. 227 n° 12.5). En la medida en que los fondos bajo esta partida fueron empleados, se trataba de “comisiones, honorarios”, “finders-fees o pagos de adquisición adicionales” o, respectivamente, de atribuciones a personajes y personas con poder de decisión del deporte mundial, y formaban parte de la nueva adquisición o, respectivamente, de la prórroga de derechos mundiales de explotación (HD 2/4, p. 231 ss. n° 12.7 f.).

En detalle, los fondos fueron recibidos por los siguientes beneficiarios (HD 2/4, p. 224 ss. n° 12.4):

Valor	Destinatario del pago	Cantidad en CHF	Cantidad en USD
03-06-1999	E1/E2	1.550.000,00	
23-06-1999	E3/E4//cheque	775.750,00	500.000,00
28-06-1999	E5/E6	386.875,00	250.000,00
14-07-1999	E1/E2	1.650.000,00	
03-08-1999	E7	3.691.55	2.461,04
22-09-1999	E5/E6	386.250,00	250.000,00
22-09-1999	E5/E6	386.250,00	250.000,00
04-11-1999	E3/E4/cheque	460.440,00	300.000,00
04-11-1999	E3/E4/cheque	460.440,00	300.000,00
08-11-1999	E5/E6	184.656,00	120.000,00
26-11-1999	E8	1.000.000,00	
15-12-1999	E9	12.147,20	
15-12-1999	E10	100.000,00	
22-12-1999	E1/E2	429.246,00	270.000,00
23-12-1999	E3/E11/cheque	15.975,00	10.000,00
19-01-2000	E8	1.000.000,00	
20-01-2000	E12	799.750,00	500.000,00

20-01-2000	E13	159.950,00	100.000,00
20-01-2000	E1/E2	431.865,00	270.000,00
07-02-2000	E5/E6	1.654.800,00	1.000.000,00
07-02-2000	E1/E2	364.870,00	220.000,00
23-02-2000	E14	701,25	430,20
10-03-2000	E1/E2	534.400,00	320.000,00
10-03-2000	E5/E6	835.000,00	500.000,00
29-03-2000	E15	125.035,00	
04-05-2000	E13	51.675,00	30.000,00
08-05-2000	E5/E6	866.500,00	500.000,00
04-05-2000	E3/E4/cheque	868.000,00	500.000,00
15-05-2000	E1/E2	466.803,00	270.000,00
31-05-2000	E8	500.000,00	
02-06-2000	E5/E6	422.875,00	250.000,00
06-06-2000	ISL X2 AG	15.000.000,00	
27-06-2000	E8	500.000,00	
05-07-2000	E16	409.650,00	250.000,00
19-07-2000	E1/E2	446.040,00	270.000,00
21-07-2000	E14	2.347,05	1.390,84
27-07-2000	ISL X4 AG	3.000.000,00	
31-07-2000	ISL X4 AG	33.532,00	20.200,00
27-07-2000	ISL X4 AG	33.600,00	
16-10-2000	E8	500.000,00	
28-11-2000	E10	90.000,00	
15-01-2001	E8	500.000,00	
	Total:	37.399.114,05	

- 1.3 El 20-05-2003, la ISMM X1 AG en concurso de acreedores y la ISL X4 AG en concurso de acreedores, ambas representadas por la administración concursal extraoficial, emprendieron una acción de impugnación en el tribunal cantonal de Zug contra la sociedad 4, la fundación 1, así como contra los accionistas de la ISMM X1 AG. Objeto de la acción fue la citada transferencia de CHF 36.130.220,05 (D 8/12 ss.). Mediante acuerdo del 27-02-2004, las demandantes celebraron un convenio conciliatorio con E10, uno de los demandados, en el que este se comprometía a abonar la cantidad de CHF 2.500.000,00 a las masas concursales "ISMM y ISL". En el preámbulo se hace constar, entre otras cosas, que E10 desea que los destinatarios directos y finales de las transferencias objeto de la acción no sigan siendo demandados por restitución, los últimos en caso de estar vinculados de manera directa o indirecta al negocio futbolístico (D 8/7 ss.). La cantidad convenida fue transferida el 17-03-2004 por el letrado A1 a la cuenta de la ISL X4 AG en liquidación (D 8/18 ss.). Requerido por el Juzgado de Instrucción de Zug, K1 de la administración concursal extraoficial comunicó el 21-03-2005 que el letrado A1 había declarado, con motivo de las negociaciones del convenio, que representaba a la FIFA y que esta tenía un interés legítimo de no volver a verse involucrada en especulaciones injustificadas por la acción contra la sociedad 4. "Por eso la FIFA intercede para que funcionarios de fútbol extranjeros que hayan disfrutado de pagos de comisiones estén dispuestos a concluir el convenio" (D 8/168).

- 1.4 Por lo tanto, en el momento de la apertura de la instrucción penal constaba que la cantidad convenida había sido transferida por el letrado A1 como representante de la FIFA, que el trasfondo de las cantidades demandadas mediante acción de impugnación eran los pagos de la sociedad 4, respectivamente de la fundación 1, respectivamente de la sociedad 1, y no de la FIFA, que con el pago de la cantidad convenida se hacía llegar a las masas concursales "ISMM e ISL" una parte de las cantidades demandadas mediante la acción, y que, después de todo, existía la sospecha de que la FIFA satisfacía una "deuda de un tercero", o bien, una parte de ella. Había que tener en cuenta que el pago de la cantidad convenida no tenía que ser efectuado necesariamente por la FIFA misma. Cabía pensar que una tercera persona, vinculada a la FIFA en una relación obligacional o quizás en calidad de órgano, pagase a las masas concursales con el consentimiento de la FIFA, puesto que, según sus propias declaraciones, tenía interés en no convertirse en objeto de especulaciones en relación con los pagos de soborno. La sospecha inicial se confirmó.
2. Las actuaciones procesales llevadas a cabo después de la apertura de la instrucción penal y el posterior nombramiento de un Juez de instrucción extraordinario se pueden esbozar en particular y no de manera exhaustiva como sigue:

En octubre de 2005 se obtuvo documentación relativa a la FIFA en el Registro Comercial de Zúrich (D 4/1/1) y se incorporaron a los autos documentos de la instrucción penal 2001/756 (D 2/4/3, D 3, D 5, D 6), el 31-10 y el 02-11-2007 se interrogó en Zug a dos testigos (D 3/13, D 3/15), el 03-11-2005 se practicó un registro de la sede principal de la FIFA en Zúrich incautándose documentación varia (D 2/2/9, D 9 und D 10). El 08-11-2005 se cursó una comisión rogatoria a las autoridades de Liechtenstein solicitando la revocación de la reserva de especialidad declarada en el marco de la instrucción penal 2001/756 y, después de su revocación, se incorporó la documentación obtenida entonces en la instrucción penal pendiente (D 2/5/2, D 7), el 24-11-2005, 09-06 y 11-07-2006 se dictaron varias providencias de consignación de documentos y se incorporó la documentación obtenida a los autos (D 11/1, D 13/1, D 14/1). El 03-01-2006 se cursó una comisión rogatoria a Andorra (interrogatorios y consignación de documentos / D 15/1/2) y del 15 al 17-11-2006 se interrogó en Andorra a varios testigos, enviando los autos consignados a la autoridad requirente de manera informal el 02-04-2007 (D 15/1/1) y los autos originales completos el 21-12-2007 (D 15/10). Basándose en los conocimientos del procedimiento de asistencia judicial con Andorra, presentes con antelación, se envió el 28-11-2006 al banco 2 una providencia de consignación de documentos (D 16/1) y se incorporó la documentación obtenida a los autos. El 16-01-2007 se interrogó en Erlangen (D) a un testigo mediante comisión rogatoria (D 3/30). Después de la llegada de los autos de la asistencia judicial (copias de antemano) de Andorra se sometió a la Fiscalía III del cantón de Zúrich, el 15-06-2007, una solicitud de informe sobre jurisdicción (HD 3/1 ss.). Como las autoridades de Zúrich no asumieron la instrucción, la cuestión de la jurisdicción territorial tuvo que ser sometida al Tribunal Penal Federal. La Sala Iª de Quejas hizo constar en su resolución del 19-12-2007 que las autoridades del cantón de Zug tienen el derecho y la obligación de perseguir y juzgar los actos punibles imputados a persona desconocida en detrimento de la FIFA (HD 3/46 ss.). En lo sucesivo, el 04-01-2008 se dictaron providencias de consignación de documentos contra el banco 3 y el banco 2. Los autos fueron transmitidos a la fiscalía el 29-02 / 14-03 y 02-04-2008 (D 17 y 18). El 30-04-2008 se requirieron justificantes individuales relacionados y en lo sucesivo se incorporaron a los autos. El 11-01-2008 se dictó una providencia de consignación de documentos contra la FIFA.

Una parte de los autos requeridos fue transmitida a la fiscalía el 3/25-03-2008 y una parte de las informaciones fue dada mediante escrito del 02-05-2008. Además se requirieron, evaluaron e incorporaron a los autos otros de una instrucción penal incoada por 11 miembros del Comité Ejecutivo de la FIFA contra el presidente de la asociación (D 21 ss.). Mediante providencia del 30-06-2008 se ordenó al administrador concursal extraoficial de la ISMM X1 AG y de la ISL X4 AG en concurso de acreedoras la consignación de autos, recibidos el 28-07-2008, evaluados e incorporados a los autos (D 2/4/54 ss., D 20). Entre el 29-01 y el 07-08-2008 se interrogó en Zug a 8 testigos (D 3/31 ss.).

Sobre la base de los conocimientos obtenidos mediante la práctica de pruebas, el 01-10-2008 se abrieron instrucciones penales contra Ricardo Terra Texeira (2A 2008 137 / D 23/1) y contra Jean-Marie Faustin Godefroid Havelange (2A 2008 138 / D 24/1).

3. Las pruebas practicadas dentro del marco de la instrucción penal 2A 2005 31601 desembocaron en el siguiente resultado de la investigación.

3.1 La Fédération Internationale de Football Association (FIFA) es una asociación inscrita en el Registro Comercial del cantón de Zúrich de acuerdo con los arts. 60 ss. del Código Civil Suizo (CC), con sede en Zúrich. Los estatutos de la asociación fueron revisados en repetidas ocasiones, a saber, en 1990, 1992, 1994, 2000 y 2003 (D 4/1/2). Los últimos estatutos obrantes en autos fueron aprobados en el congreso extraordinario de la FIFA, el 19-10-2003, y entraron en vigor el 01-01-2004 (D 4/1/40). De acuerdo con esta versión, el objetivo de la FIFA consiste en mejorar constantemente el fútbol y promoverlo en todo el mundo, considerando su carácter universal, educativo y cultural, así como sus valores humanitarios, particularmente mediante programas juveniles y de desarrollo, organizar competiciones internacionales propias, elaborar regulatorios y disposiciones que garanticen su implementación, controlar todas las formas del fútbol, adoptando aquellas medidas adecuadas para evitar la violación de los estatutos, reglamentos y decisiones de la FIFA, así como de las Reglas de Juego, impedir que ciertos métodos o prácticas pongan en peligro la integridad de los partidos o competiciones, o den lugar a abusos en el deporte del fútbol asociación (D 4/1/7, artículo 2 de los estatutos). Según los datos de la FIFA se trata de una organización sin ánimo de lucro (D 2/1/86). Las revisiones de los estatutos que tuvieron lugar entre 1990 y 2003 no modificaron de manera sustancial el objetivo de la asociación (D 4/2/46 hasta D 4/2/74).

De acuerdo con la versión de los estatutos de la asociación del 01-01-2004, la misma tiene los siguientes órganos: el Congreso es el órgano legislativo supremo, el Comité Ejecutivo es el órgano ejecutivo, la secretaría general es el órgano administrativo y las comisiones permanentes y especiales aconsejan y asisten al Comité Ejecutivo en el cumplimiento de sus deberes (D 4/1/13, artículo 21 de los estatutos). El Comité Ejecutivo está formado por 24 miembros (1 Presidente, 8 vicepresidentes y 15 miembros), elegidos por confederaciones y asociaciones (D 4/1/16, artículo 30 de los estatutos). El Presidente de la FIFA representa legalmente a la asociación y es responsable, en particular y entre otras cosas, de la ejecución de las decisiones del Congreso y del Comité Ejecutivo por parte de la secretaría general. Preside el Congreso y todas las reuniones del Comité Ejecutivo y del Comité de Urgencia

así como de aquellas comisiones de las que ha sido nombrado presidente (D 4/1/17, artículo 32 de los estatutos). En la medida de lo necesario, se entrará en las diferencias relevantes de la organización, de acuerdo con los estatutos de 1992 (D 4/2/630 ss.), 1994 (D 4/2/655 ss.) 1996 (D 4/2/679 ss.) 1998 (D 4/2/703 ss.) 1999 (D 4/2/728 ss.), 2000 (D 4/2/752 ss.) y 2003 en los considerandos.

- 3.2 Jean-Marie Faustin Godefroid Havelange (en lo sucesivo João Havelange) fue Presidente de la FIFA de 1974 hasta el 20-11-1998 (D 4/2/779, D 4/1/2). En cuanto a Ricardo Terra Texeira, se puede hacer constar de manera no exhaustiva, y por tanto a título de ejemplo, que ya en 1990 era miembro del comité organizador de la Copa Mundial FIFA EE. UU. 1994 y en lo sucesivo estaba representado en las comisiones de organización de las copas mundiales (D 4/2/780, D 4/2/798, D 4/2/936) así como que a partir de 1994 era miembro el Comité Ejecutivo de la FIFA (D 4/2/806, D 4/2/816, D 4/2/826, D 4/2/834, D 4/2/843, D 4/2/855, D 4/2/877, D 4/2/895, cf. también D 4/2/936). Es el Presidente de la Confederación Brasileña de Fútbol.
- 3.3 La transferencia de la sociedad 1 a una cuenta de la sociedad 4 por un valor de CHF 36.130.220,05 correspondía a activos puestos a disposición por el grupo ISMM/ISL para poder pagar comisiones relativas a derechos ya adquiridos y a otros que debían adquirirse en el futuro (D 3/1/1, nº13). Esta práctica es incontestada (D 3/1 - D 3/12). El presidente del consejo de administración de la sociedad 1/ISMM X1 AG declaró por ejemplo que el favorecimiento de personajes ilustres del deporte para el fomento de objetivos político-deportivos y económicos se habría originado en los años setenta, cuando el deporte se convirtió en un factor económico. Él habría sido confrontado con el hecho de que la ISL aplicaba tales prácticas desde su creación cierto tiempo después de comenzar su función como miembro del consejo de administración, a comienzos de los años noventa, en la sociedad de cartera familiar 1. Ante su repetida insistencia de poner fin a los favorecimientos, el sucesor de P4 en la ISL¹ le habría dejado claro que esta atención a los contactos había conducido a obligaciones aún existentes. Las actividades habrían sido desplazadas hacia una fundación dotada una sola vez (D 3/3/1, nº 20, D 3/10/1, nº 2). El director de finanzas del grupo también declaró que, al adquirir derechos, se habían tenido que efectuar pagos adicionales además de los propios gastos de adquisición de derechos. Se habría tratado de pagos a personas que habían contribuido a que se realizara el contrato (D 3/1/1, nº 15, nº 16).
- 3.3.1 La ISL X5 AG, como sociedad del grupo ISMM/ISL, pagó entre 1989 y 1998, en el contexto descrito anteriormente, comisiones totales de CHF 122.587.308,93 (D 20/1/27 ss.), que sin embargo afectaban a los inculpados sólo parcialmente, lo que se detallará más abajo. Ya antes de 1989 se realizaron “inversiones previas” en cantidades millonarias (D 20/1/17). La construcción descrita fundación 1/sociedad 4 se utilizó a partir de 1999 para continuar con la práctica de los pagos realizados entre 1989 y 1998 por la ISL X5 AG. La cantidad transferida a la cuenta número 193.223.31 del banco 1, a nombre de la sociedad 4, de CHF 36.130.220,05 corresponde al saldo restante del volumen total puesto a disposición por el grupo para el pago de comisiones (D 20/1/30). Los motivos del traslado de estos activos a la fundación 1 no son de importancia capital para esta instrucción.

¹ Para comprender el papel desempeñado por P4 en el desarrollo del marketing deportivo cf. [...]

Los destinatarios de comisiones fueron, entre otros, João Havelange (D 20/1/29, D 3/32/4, nº 21, D 3/41, nº 22 ss., D 3/80 nº 17 ss.), la Anstalt 2 y la E4 (D 20/1/29). E13, miembro del Comité Ejecutivo de la FIFA durante muchos años, fue también, entre otros, destinatario de asignaciones (p.ej. D 4/2/895).

3.4 El derechohabiente económico de la Anstalt 2 era Ricardo Terra Texeira (D 3/68, D 18/5/4). Esta sociedad mantuvo a partir de 1990 relaciones comerciales con el banco 4 (disuelto a raíz de la fusión con el banco 5 y este disuelto a su vez a raíz de su fusión con el banco 3) (D 18/5 ss.).

De acuerdo con los conocimientos, no definitivos, en la E4 participan económicamente tanto João Havelange como Ricardo Terra Texeira (D 23/10/5, D 23/10/8, D 23/10/13). En particular deben atribuirse a Ricardo Terra Texeira y a João Havelange los siguientes pagos:

Asignaciones a través de la ISL X5 AG:

Fecha	Beneficiario	Divisa	Cantidad	Divisa	Cantidad
10-08-1992	Anstalt 2	USD	1.000.000,00	CHF	1.320.000,00
16-02-1993	Anstalt 2	USD	1.000.000,00	CHF	1.510.000,00
11-05-1993	Anstalt 2	USD	1.000.000,00	CHF	1.440.000,00
07-09-1993	Anstalt 2	USD	1.000.000,00	CHF	1.460.000,00
04-02-1994	Anstalt 2	USD	500.000,00	CHF	720.000,00
31-05-1994	Anstalt 2	USD	500.000,00	CHF	700.000,00
04-11-1994	Anstalt 2	USD	500.000,00	CHF	625.000,00
31-01-1995	Anstalt 2	USD	250.000,00	CHF	330.000,00
31-01-1995	Anstalt 2	USD	250.000,00	CHF	330.000,00
31-05-1995	Anstalt 2	USD	500.000,00	CHF	590.000,00
31-05-1995	Anstalt 2	USD	500.000,00	CHF	590.000,00
29-08-1995	Anstalt 2	USD	500.000,00	CHF	575.000,00
31-01-1996	Anstalt 2	USD	250.000,00	CHF	287.500,00
31-01-1996	Anstalt 2	USD	250.000,00	CHF	287.500,00
03-07-1996	Anstalt 2	USD	250.000,00	CHF	312.500,00
03-07-1996	Anstalt 2	USD	250.000,00	CHF	312.500,00
06-11-1996	Anstalt 2	USD	500.000,00	CHF	630.000,00
03-03-1997	João Havelange			CHF	1.500.000,00
30-05-1997	Anstalt 2	USD	250.000,00	CHF	367.500,00
30-05-1997	Anstalt 2	USD	250.000,00	CHF	367.500,00
12-11-1997	Anstalt 2	USD	250.000,00	CHF	352.500,00
12-11-1997	Anstalt 2	USD	250.000,00	CHF	352.500,00
18-03-1998	E4	USD	2.000.000,00	CHF	2.920.000,00
18-03-1998	E4	USD	500.000,00	CHF	730.000,00

24-09-1998	E4	USD	500.000,00	CHF	745.000,00
04-02-1999	E4	USD	500.000,00	CHF	705.000,00
18-06-1997	Anstalt 2/ extorno	USD	250.000,00	CHF	-367.500,00
28-11-1997	Anstalt 2/ extorno	USD	250.000,00	CHF	-352.500,00
	Total provisional				19.340.000,00

Asignaciones a través de la construcción fundación 1/sociedad 4:

Fecha	Beneficiario	Divisa	Cantidad	Divisa	Cantidad
	Suma y sigue del total provisional resultando de asignaciones a través de ISL X5 AG				19.340.000,00
23-06-1999	E4	USD	500.000,00	CHF	775.750,00
04-11-1999	E4	USD	300.000,00	CHF	460.440,00
04-11-1999	E4	USD	300.000,00	CHF	460.440,00
04-05-2000	E4	USD	500.000,00	CHF	868.000,00
	Total				21.904.630,00

(D 7/19/1 a 7/19/132, D 18/16, D 19/4, D 20/1/27 ss., D 20/3/5 ss., D 20/1/29, D 3/32/4, nº 21, D 3/41, nº 22 ss., D 3/80 nº 17 ss.)

- 3.5 El anteriormente citado convenio del 27 de febrero de 2004, que constituyó un elemento decisivo en la cuestión de la apertura de la instrucción penal, se celebró con la participación preponderante de la FIFA, respectivamente de su representante legal, el letrado A1 (D 3/15/3, nº 10 ss., D 20/11/23, D 20/11/26, D 20/11/28, D 20/11/31 ss., D 20/11/56, D 20/11/62 ss., D 20/11/78 ss., D 20/11/90 ss., D 20/11/106 ss., D 20/11/140, D 20/11/148, D 20/11/150, D 20/11/156, D 20/11/158, D 20/11/165 s., D 20/12/23, D 20/12/26 s., D 20/12/28 ss.). La declaración de desinterés emitida por la FIFA dentro del marco de la instrucción penal nº URA 2001/756, mencionado al inicio, formó parte del convenio del 27 de febrero de 2004 (D 9/15 ss., D 9/19 ss., D 9/31 ss.). Antes de concluir el convenio, por parte de la FIFA se discutió a fondo la problemática de los pagos de comisiones y se hicieron elaborar dictámenes al respecto por los profesores 1 y 2 (D 11/5, D 11/6). El dictamen del profesor 2 se basó en los siguientes hechos, formulados por la comitente como hipótesis y con la advertencia de que la hipótesis no estaba corroborada de ninguna manera: "ISL X4 AG ha celebrado contratos de marketing con federaciones deportivas. Estas federaciones deportivas son asociaciones a efectos de los arts. 60-79 del Código Civil Suizo. No existen indicios de que otras agencias de marketing deportivo hayan hecho mejores ofertas. ISL X4 AG ha efectuado pagos a varias personas naturales del entorno de las federaciones deportivas que presumiblemente han de ser considerados comisiones. Estos pagos de comisiones no se realizaron en una determinada fecha sino que se extendieron a lo largo de varios años, asignando dos a tres pagos anuales. Por tanto se produjeron tales pagos tanto antes como después de concluir los contratos de marketing" (D 11/6/1).

- 3.6 La cantidad transferida por el letrado A1 a través del banco 6 a las masas concursales de la ISMM X1 AG y la ISL X4 AG, a una cuenta del banco 7, había llegado anteriormente a la cuenta del primero en dos partidas, a través del banco 8 (D 15/1/8 ss.). Mandante de las dos transferencias fue la sociedad 5, con sede en Andorra, cuyo derechohabiente económico es el ciudadano andorrano P5 y quien realizó la operación bancaria con carácter fiduciario a través de la cuenta, a nombre de la sociedad. Según declaraciones de P5, había efectuado las transferencias por orden de Ricardo Terra Texeira. Con anterioridad, la cantidad en cuestión había sido transferida dentro del banco desde una cuenta a nombre de Ricardo Terra Texeira a una cuenta de la sociedad 5 (D 15/4/1 ss., D 15/10 s.). La cuenta nº 400428 en el banco 8, a nombre de Ricardo Terra Texeira, había sido alimentada antes de esta transferencia, entre otros, con activos procedentes de varias cuentas en el banco 2. Se trata de las siguientes transferencias:

Mandante de la transferencia	Valor abono	Cantidad en USD	Cuenta beneficiaria	Indicación en autos
F1	11-04-2003	459.000,00	4004028	15/4/3, 15/4/68
F2	11-04-2003	418.500,00	4004028	15/4/3, 15/4/69
F3	11-04-2003	357.500,00	4004028	15/4/3,15/4/70
F4	11-04-2003	1.216.000,00	4004028	15/4/3, 15/4/71
Total		2.451.000,00		

A continuación, los pagos recibidos eran retirados en metálico por P5 e ingresados en metálico en cuentas de Ricardo Terra Texeira y F2 en el mismo banco (D 15/4/1 ss., D 15/10 ss.). Tres de las cuatro cuentas en el banco 2 estaban a nombre de F1 - F3. Una cuenta estaba a nombre de F4 (D 16/54). Se trata de las siguientes cuentas:

Número de cuenta	Titular de la cuenta	Fecha de apertura	Indicación en autos
CQUE 206-P0078232.0	F1	01-07-1998	16, 17/33
CQUE 206-P0078233.0	F2	01-07-1998	16, 17/35
CQUE 206-P704605.60L	F3	03-11-1999	16, 17/37
CQUE 206-P790860.70P	F4	23-08-2001	16, 17/30

La apertura de las cuentas se realizó en dos casos mediante ingresos en metálico por parte del inculpado 2, por un valor de USD 300.000,00 cada uno (CQUE 206-P0078232.0 y CQUE 206-P0078233.0), un depósito de títulos por USD 300.000,00 (CQUE 206-P704605.60L) y una transferencia de USD 1.000.000,00 procedente del banco 9. Los ingresos en metálico en el banco 2 fueron precedidos, el 29 de junio de 1998, por un reintegro en metálico de USD 600.000,00 de la cuenta nº 24,034-2-2.002 en el antiguo banco 4, a nombre de Anstalt 2 (D 16/54).

4. Después de que la Comisión Judicial del Tribunal Superior del cantón de Zug y el Tribunal Federal resolvieran todas las quejas y las resoluciones causaran ejecutoria, y de que, consecuentemente, se pudo incorporar en autos otros precedentes del procedimiento de consignación de documentos contra la FIFA, originariamente sellados, y evaluarlos (D 2/10/1-D 2/10/13); luego de que, a su vez, se llegó a un acuerdo sobre jurisdicción territorial con la autoridad competente del cantón de Zúrich el 14/17-07-2009, según el cual las autoridades penales del cantón de Zug perseguirían los actos delictivos en detrimento de la FIFA imputados tanto a persona desconocida como a Ricardo Terra Texeira y João Havelange (AZ: 2A 2005 31601 [antiguamente URA 2005 1601], 2A 2008 137 y 2A 2008 138), y, además, luego de que se incoaron los distintos procedimientos de asistencia judicial para la revocación de las reservas de especialidad, que parcialmente ya existían (D 2/5/9 s., D 23/4/91, D 24/4/127), la Fiscalía abrió un procedimiento el 14-07-2009 para esclarecer si, sobre la base de los resultados de la prueba expuestos, los interesados se declararían dispuestos a resarcir el daño causado y si aprobarían el sobreseimiento de la instrucción en aplicación del art. 53 del Código Penal Suizo.

- 4.1 A la FIFA se le comunicó que la Fiscalía estimaba adecuado invitar al representante y a P1 a una reunión informativa. Esto teniendo en cuenta el actual estado de las actuaciones y el hecho de que a la FIFA no se le hubieran podido exhibir los autos ni tampoco se le podrían exhibir en un futuro próximo. La finalidad de esta reunión debería consistir en revelar los hechos investigados e indicar la dirección que por lo tanto tomaría el proceso (D 2/1/50 s.). La FIFA acogió de manera positiva la propuesta de cómo proceder, a continuación de lo cual se fijaron las condiciones marco según la propuesta de la Fiscalía, celebrando el 21-09-2009 una reunión a la que asistieron P1, el Dr. Dieter Gessler, letrado de la FIFA, P6, Christian Aebi, Fiscal Superior, y Thomas Hildbrand, Fiscal Instructor. Los detalles se desprenden del acta de la reunión, firmada por el Fiscal Superior, el Fiscal Instructor y el representante de la FIFA (D 2/1/114). La Fiscalía hizo constar que sostiene la opinión de que se ha cumplido el tipo penal objetivo de gestión desleal a efectos del art. 158 del Código Penal Suizo. Partiendo de esta premisa habría que resolver si la instrucción penal contra persona desconocida debería abrirse contra la FIFA como empresa y/o contra las personas naturales que tendrían la responsabilidad formal por el comportamiento de la FIFA en cuanto a los hechos expuestos. La decisión de contra quien se formularía finalmente la acusación debería tomarse una vez esclarecida definitivamente la responsabilidad penal. Tomando en cuenta el estado actual de la instrucción resultaría la siguiente conclusión: De abrir una instrucción penal contra la empresa FIFA se podría considerar el sobreseimiento del mismo sobre la base del art. 53 del Código Penal Suizo. Esta constatación parte de los supuestos de la Fiscalía de que se reúnen las condiciones para una pena condicional, y de que el interés del público y del agraviado en una persecución penal es escaso, de manera que se cumplen los requisitos según los literales a y b del art. 53 del Código Penal Suizo. No obstante, la Fiscalía haría depender el sobreseimiento de la instrucción penal de la compensación completa del agravio, respectivamente del resarcimiento del daño por un valor de CHF 2.500.000,00, y del pago de las costas procesales por parte de la FIFA. De abrir la instrucción contra personas naturales, también cabría el sobreseimiento del mismo sobre la base del art. 53 del Código Penal Suizo. No obstante, tal decisión no podría ser tomada en el momento actual por falta de las bases relevantes

(D 2/1/119 ss.). Posteriormente a la reunión, el Dr. Dieter Gessler sugirió el 07-10-2009 otra reunión sin su cliente argumentando que la FIFA quería examinar detalladamente y a fondo la propuesta de la Fiscalía. Se accedió a la petición fijando la fecha del 17-11-2009. El plazo para la toma de posición sobre la reunión del 21-09-2009, fijado hasta el 31-10-2009, fue prorrogado hasta el 30-11-2009 (D 2/1/64).

- 4.2 El 14-10-2009, el letrado Hans-Rudolf Wild, en su calidad de representante de Ricardo Terra Texeira, se puso en contacto telefónico con el Fiscal Superior Christian Aebi y declaró que tenía conocimiento de la reunión del 21-09-2009 y de la reunión proyectada para noviembre de 2009. Dijo que proponía su participación en esta reunión con el objetivo de lograr una solución global. El Fiscal Instructor se puso en contacto con el letrado Wild el 26-10-2009 y le comunicó que nada impedía su participación. La Fiscalía podría imaginar el sobreseimiento de la instrucción sobre la base del art. 53 del Código Penal Suizo siempre y cuando se dieran los requisitos de la tipicidad. No obstante, la solución global expuesta por él abarcaría, en opinión de la Fiscalía, también la persona de João Havelange. Se le propuso, si es que existían tales contactos, disponer lo necesario para que João Havelange o bien su letrado pudieran ser incluidos en la reunión del 17-11-2009 (D 23/2/59).

Después de que también João Havelange hubiera apoderado un letrado en la persona del Dr. Marco Niedermann, este fue contactado por el Fiscal Instructor el 16-11-2009 explicándole esquemáticamente lo que se trataría en la reunión proyectada y advirtiéndole también que la solución propuesta era la misma que la relativa a la FIFA y Ricardo Terra Texeira.. El Dr. Marco Niedermann confirmó que tenía conocimiento del acta de la reunión con fecha del 23-09-2009.

El 17-11-2009 se celebró una reunión a la que asistieron el Dr. Dieter Gessler, letrado de la FIFA, el lic.iur. Hans-Rudolf Wild, letrado de Ricardo Terra Texeira, el Dr. Marco Niedermann, letrado de João Havelange, Christian Aebi, Fiscal Superior, y Thomas Hildbrand, Fiscal Instructor. En cuanto a los detalles se puede remitir al acta de la reunión, que fue firmada por los participantes (D 2/1/122 ss., D 23/2/65 ss., D 24/2/11 ss.).

Como resultado se comunicó a los representantes de Ricardo Terra Texeira y João Havelange que, según el estado de las actuaciones, la Fiscalía estimaba adecuado un resarcimiento de CHF 2.500.000,00 por cada uno de ellos, considerando los criterios de plazo de prescripción, conexión entre pagos y contratos, divisa, etc. Se pronunciaría sobre las modalidades de un eventual resarcimiento por parte de la FIFA, Ricardo Terra Texeira y João Havelange en cuanto se diera el consentimiento básico al cierre de la instrucción basado en el art. 53 del Código Penal Suizo. No obstante, se haría constar ya en el momento actual que el destinatario de una prestación de resarcimiento – en cuanto se tratara de la FIFA – solo podría ser una institución sin ánimo de lucro. Las costas procesales se calcularon en un máximo de CHF 100.000,00.

Tanto el letrado Hans-Rudolf Wild como el letrado Dr. Marco Niedermann indicaron que ya por motivos de cumplimiento del deber de diligencia del abogado sería indispensable examinar los autos

(D 2/1/125 s.). A ambos representantes se les exhibieron los autos del 11 al 31 de enero de 2010 (D 23/2, D 24/2), renunciando finalmente el letrado Hans Rudolf Wild a ejercer el derecho (D 23/2/113).

- 4.3.1 Mediante instancia del 30-11-2009, el representante legal de la FIFA solicitó en nombre de la FIFA el sobreseimiento de la instrucción penal (D 2/1/72 ss.) y, con carácter de solicitud eventual, el sobreseimiento de la instrucción penal basado en el art. 53 del Código Penal Suizo (D 2/1/109). Con el fin de llevar a cabo lo solicitado eventualmente se dieron a conocer a la FIFA, mediante correo del 17 de diciembre de 2009, las condiciones para sobreseer la instrucción penal sobre la base del art. 53 del Código Penal Suizo, a saber, el pago de CHF 2.500.000,00 por parte de la FIFA a una cuenta de transacciones de la Fiscalía de Zug y la declaración escrita en la que constara que correría con los gastos procesales por un máximo de CHF 100.000,00 (D 2/1/128). Mediante correo del 07-01-2010 la FIFA declaró estar de acuerdo con las condiciones, precisando en su instancia del 8 de enero de 2010 que daba su consentimiento a condición de que se sobreseyeran también las instrucciones contra Ricardo Terra Texeira y João Havelange (D 2/1/130 ss.).
- 4.3.2 El 14-01-2010, el letrado Wild comunicó por teléfono que su cliente renunciaba a su derecho a examinar los autos y estaba dispuesto a transferir a comienzos de febrero de 2010, a título de resarcimiento, la cantidad de CHF 2.500.000,00. Dijo que rogaba a la Fiscalía dar a conocer las condiciones puestas para el sobreseimiento (D 23/2/113). Mediante correo del 18-01-2010 se le comunicó al letrado Wild, que estas se cumplirían con la transferencia de CHF 2.500.000,00 a una cuenta de la FIFA por parte de Ricardo Terra Texeira . Las costas procesales correrían a cargo de la FIFA hasta un máximo de CHF 100.000,00. La Fiscalía partiría del supuesto de que la FIFA, Ricardo Terra Texeira y João Havelange se pondrían de acuerdo entre ellos sobre la repartición de las costas procesales, que todavía había que determinar. La prueba del pago habría de efectuarse haciendo llegar su cliente la orden de adeudo a la Fiscalía y la FIFA la orden de abono (D 23/2/114). Mediante correo del 22-01-2010, el letrado Wild dio su consentimiento al sobreseimiento de la instrucción penal basado en el art. 53 del Código Penal Suizo, y el 04-03-2010 transmitió la prueba del pago (D 23/2/116).
- 4.3.3 El 27-01-2010, el letrado Dr. Niedermann comunicó por teléfono que quería reunirse con el Fiscal Instructor para discutir las condiciones básicas del sobreseimiento basado en el art. 53 del Código Penal Suizo y entregar documentación relativa a la situación patrimonial de su cliente. La reunión, fijada a corto plazo, se celebró ese mismo día. El representante legal entregó varios documentos anunciando la traducción de los mismos. El Dr. Niedermann expuso que, teniendo en cuenta todos los factores procesales (plazo de prescripción, adscripción de los pagos a los contratos, personas efectivamente beneficiadas por los pagos, el espíritu de la época al momento de los pagos, la situación patrimonial y de ingresos así como la edad del inculcado etc.), consideraba adecuado un resarcimiento que ascendiese a CHF 250.000,00 (D 24/2/57). Mediante instancia del 01-02-2010 presentó la documentación anunciada, de la cual se desprende que João Havelange alcanzó en el año 2008 ingresos de aproximadamente CHF 87.350,00 y que el patrimonio del matrimonio Havelange ascendía aproximadamente a CHF 5.211.000,00 (D 24/2/97 ss.). Considerando también estas circunstancias se le comunicó al letrado Dr. Niedermann el 12-02-2010 que la Fiscalía consideraba la cantidad de CHF 500.000,00 como resarcimiento adecuado y que la reducción de la cantidad fijada originariamente en CHF 2.500.000,00

tenía en cuenta, por una parte, la situación de ingresos y patrimonial del matrimonio Havelange, pero particularmente también la circunstancia de la avanzada edad del inculpaado. La cantidad habría de ser transferida por João Havelange a una cuenta de la FIFA y la prueba del pago habría de efectuarse haciendo llegar su cliente la orden de adeudo a la Fiscalía y la FIFA la orden de abono (D 24/2/117). Mediante instancia del 04-03-2010 el letrado Dr. Niedermann dio su consentimiento al sobreseimiento de la instrucción penal basado en el art. 53 del Código Penal Suizo (D 24/2/120). Mediante correo del 17-03-201 transmitió la orden de adeudo (D 24/2/123).

4.3.4 Mediante instancia del 22-02-2010 la FIFA depositó los justificantes requeridos (D 2/1/143). La cantidad de CHF 2.500.000,00 transferida por ella ya había sido abonada con valor del 18-03-2010 en la cuenta de la Fiscalía de Zug (D 2/1/140 ss.). Mediante correo del 08-04-2010 se comunicó a los interesados que se habían cumplido los requisitos para el sobreseimiento de la instrucción penal. La Fiscalía tendría la intención de unir administrativamente las instrucciones y resolverlas, por motivos de la causa misma y de la economía procesal, mediante una sola providencia. Se solicitaría a las partes su consentimiento ya que la manera de proceder propuesta podría quizás afectar ámbitos que, por motivos de la protección de la personalidad, no habrían de ser accesibles sin más a cada una de las partes (D 2/1/148). El consentimiento de las partes se manifestó dentro del plazo fijado (D 2/1/150, D 23/2/123, D 24/2/127).

4.3.5 Para finalizar se debe dejar constancia de que el representante legal de la FIFA negó la existencia de un comportamiento punible (D 2/1/72 ss.). La misma constatación es válida para Ricardo Terra Texeira (D 23/2/15 ss.). João Havelange no tomó posición respecto al reproche penal (D 24).

Considerandos

1. Está sometido a las disposiciones del Código Penal Suizo (CP) quien cometa un delito grave o menos grave en Suiza (art. 3 apdo. 1 CP). Se considera cometido un delito grave o menos grave en el lugar donde el autor lo ejecuta o permanece pasivo infringiendo un deber, y en el lugar donde se produce el resultado (art. 8 apdo. 1 CP). Tanto Ricardo Terra Texeira como João Havelange son ciudadanos brasileños y tienen su domicilio en [...]. A ambos inculpaados se les reprocha haber infringido su deber para con la FIFA, la cual tiene su sede en Zúrich, omitiendo revelarle y entregarle a la FIFA las atribuciones recibidas por el grupo ISMM/ISL. João Havelange desarrollaba su actividad como presidente de la FIFA en Zúrich. Lo mismo rige para Ricardo Terra Texeira en cuanto se integraba en la labor asociativa como miembro del Comité Ejecutivo o de otras comisiones. En todo caso se entiende que el resultado de las omisiones se produjo en la FIFA, y que, por lo tanto, el lugar de comisión se encuentra en Suiza, lo que corresponde también al entendimiento de la FIFA (D 2/10/12/59, nº 2.1)². Ricardo Terra Texeira, João Havelange, pero también la FIFA como empresa inculpaada, están por lo tanto sometidos a las disposiciones del Código Penal Suizo.

² Cf. por lo demás la sentencia del Tribunal Federal 6P.190/2006 del 30-05-2007 C.[*considerando*] 6.3, según la cual hay que afirmar la jurisdicción suiza incluso en aquellos casos litigiosos que no presenten vinculación estrecha con Suiza / JS 2008 82, 83, 87, 88, 92, 93, D 2/10/12/57 ss.

2. De afirmar la jurisdicción suiza hay que examinar, sobre la base de los arts. 340 ss. CP, cuál cantón es competente para la acción penal y el procesamiento (STF [Sentencia del Tribunal Federal] 108 IV 146). La aplicabilidad de estas disposiciones presupone afirmar la jurisdicción suiza (STF 122 IV 167). Después de que los cantones de Zug y Zúrich hubieran concluido un acuerdo sobre jurisdicción territorial hay que afirmar la jurisdicción de la Fiscalía de Zug, sobre la base del § 2 apdo. 1 del Código del Procedimiento Penal Suizo (CPP [*StPO*]), en relación con el § 22 ss. de la Ley de la Organización Judicial [*GOG*].
3. De acuerdo con el § 1^{bis} apdo. 1 del CPP hay que abstenerse del traslado de la instrucción penal al juzgado si se dan los requisitos de la exención de pena según los arts. 52-54 CP.

El art. 53 CP regula la exención de pena en caso de resarcimiento. Si el autor ha resarcido el daño o ha hecho todos los esfuerzos exigibles para compensar el mal que hubiese causado, la autoridad competente se abstiene de perseguirlo penalmente, trasladar la instrucción penal al juzgado e infringirle una pena si se cumplen los requisitos de la pena condicional según el art. 42 CP (literal a) y el interés público y el del agraviado en perseguirlo penalmente son escasos (literal b).

Según la memoria [del Consejo Federal sobre el anteproyecto de ley], las piedras angulares de esta disposición pueden ser descritas como sigue. El resarcimiento le sirve en primer lugar a la víctima, que muy a menudo tiene mayor interés en la compensación del daño que en la punición del autor. Se hace un llamamiento al espíritu de responsabilidad del autor. Se le debe mostrar la injusticia del delito cometido. Mediante el resarcimiento también se prevé mejorar la relación entre víctima y autor, lo que restablece la paz pública. El resarcimiento del daño justifica la exención de pena, la necesidad de punición mengua porque el autor cumple activamente una prestación social que sirve a la reconciliación y el establecimiento de la paz pública. Con el requisito del escaso interés público en una acción penal se pretende tener en cuenta aquellos casos en los que el agraviado no es una persona determinada. Además se pretende evitar que salgan privilegiados los autores adinerados que podrían pagar el rescate (Memoria del 21 de septiembre de 1998, BF [Boletín Federal, *BBJ*] 1999 5. 2065 s.). De acuerdo con el anteproyecto del Consejo Federal, el resarcimiento solo era posible cumpliendo los requisitos de la suspensión de pena y, por lo tanto, solo para penas de hasta un año (art. 42 y art. 53 del anteproyecto, BF 1999 5. 2308, 2312). El Consejo de los Estados, como primera cámara que se ocupó del asunto, vinculó el resarcimiento a los requisitos de la pena condicional (cf. Acta Oficial [*Amtl. Bull*] del Consejo de los Estados 1999 5. 1119, sesión del 14 de diciembre de 1999). El Consejo Nacional se hizo eco de esta modificación (Acta Oficial del Consejo Nacional 2001 S. 565, sesión del 7 de junio de 2001). A la vista de los límites establecidos en el art. 42 CP el resarcimiento es pues posible en los casos de penas privativas de libertad de hasta 2 años (art. 42 CP) (citado en la Sentencia del Tribunal Federal 6B_346/208).

De acuerdo con el texto de la disposición, la posibilidad del resarcimiento y las consecuencias jurídicas relacionadas con él se dan ya antes de la apertura de una instrucción penal y, posteriormente, en distintas fases procesales, lo que corresponde a la voluntad del legislador (STF 135 IV 27). De plantearse la cuestión del resarcimiento una vez abierta la instrucción, pero antes de que los hechos hubieran sido sometidos al juicio de un tribunal, hay que sobreseer la instrucción mediante una providencia. El momento procesal y, con él, el estado de la instrucción, son importantes en cuanto a las bases probatorias y las consecuencias jurídicas relacionadas con ellas, ya que la cantidad de las pruebas practicadas es distinta según la fase procesal,

lo que puede repercutir en la apreciación concluyente del objeto de la instrucción penal. De ahí se deduce que el sobreseimiento, en el sentido de renuncia a la persecución penal ulterior, según el art. 52 o el art. 53 del CP, no puede tener la misma calidad que la absolución judicial. Independientemente del momento procesal de la cesación es de importancia que en ninguna de las dos variantes típicas (art. 52 y art. 53 CP) se requiere declaración de culpabilidad, sino hechos lo suficientemente esclarecidos e incriminatorios que induzcan a los órganos de acción penal a intervenir³. El “defecto” ligado a ello en cuanto al resultado de la prueba ha sido asumido conscientemente por el legislador, y es compensado por el hecho de que el sobreseimiento de la instrucción penal depende de manera decisiva de la voluntad del inculcado y que por ello hay que excluir el resarcimiento en todos aquellos casos en que los hechos averiguados por la autoridad de investigación no corresponden a los hechos históricos. Cualquier laguna posiblemente existente en el resultado de la prueba se cierra de manera concluyente mediante el resarcimiento del inculcado.

Tanto en la determinación de los hechos como en la aplicación del derecho, el sobreseimiento de una instrucción penal sobre la base del art. 53 CP conlleva por lo tanto un cierto defecto, subsanado por el ordenamiento jurídico respectivamente por el instituto del resarcimiento, en la medida que se cumplen los requisitos específicos definidos en la ley (art. 53 CP). Esta premisa relativiza las alegaciones del representante legal de la FIFA en su instancia del 30-11-2009 (D 2/1/72). Sometiéndola a consideración desvinculada del instituto del resarcimiento y encuadrada dentro del marco de un proceso judicial, es cierto que contiene una cantidad de argumentos dignos de atención, los cuales, teniendo en cuenta las explicaciones precedentes, no obstante carecen de fuerza. Habrá que entrar en los detalles de ello.

De todas formas, en el presente caso se dan hechos suficientes como fundamento para un auto procesal basado en el art. 53 CP. Por los motivos expuestos y el objetivo del instituto del resarcimiento hay que asumir las imponderabilidades que se desprendan del resultado incompleto de la investigación. Teniendo en cuenta estos parámetros hay que considerar no definitivo el reproche por el hecho descrito a continuación.

4. Sobre la base del resultado de la prueba expuesto y subsumiéndolo bajo los arts. 138 y 158 CP, el reproche por el hecho puede ser reproducido como sigue. De momento no se tienen en cuenta los aspectos de prescripción.
- 4.1 El inculcado Ricardo Terra Texeira utilizó en repetidas ocasiones en favor suyo y, con el fin de enriquecerse ilícitamente, bienes patrimoniales que le habían sido confiados. En el sentido de un reproche eventual hay que hacer constar que, a causa de un negocio jurídico, estaba encargado de administrar el patrimonio de otro, y que reiteradamente causó, infringiendo su deber, que el otro sufriera un daño en su patrimonio. Actuó con ánimo de enriquecimiento ilícito.

Se cumple el tipo legal objetivo por el hecho de que Ricardo Terra Texeira , en su calidad de miembro del Comité Ejecutivo y de otras comisiones de la FIFA, se hiciera llegar, entre el 10-08-1992 y

³ BSK [Basler Kommentar] Strafrecht I, *Riklin*, N 31 ante el art. 52 y N 30 al art. 53 CP.

el 12-11-1997 CHF 12.740.000,00 a través de la Anstalt 2, y entre el 18-03-1998 y el 04-05-2000 una cantidad determinada en su cuantía, pero no atribuible de manera definitiva, a través de la E4. Las atribuciones fueron efectuadas por la ISL X5 AG, sociedad filial de la sociedad 1, la que a su vez celebró, no solo contratos de licencia con la FIFA para el aprovechamiento y la explotación de los derechos de radio y teledifusión de los mundiales y contratos de marketing a precios establecidos exactamente, sino también, a través de una de sus sociedades filiales, la ISMM X3 AG, contratos de sublicencia con la sociedad 2 así como con la sociedad 3 sobre los derechos de explotación de los derechos de radio y teledifusión del mundial 2002 en Brasil. Estas comisiones, que Ricardo Terra Texeira recibió debido a su posición en la FIFA, las cobró para sí mismo omitiendo revelarlas y entregarlas a la FIFA. Los pagos efectuados a través de los años tenían como objetivo aprovechar la influencia de Ricardo Terra Texeira en la FIFA para que se llevaran a cabo las relaciones contractuales entre la FIFA y la sociedad 1 y, en lo sucesivo, asegurarse su influencia como presidente de la Confederación Brasileña de Fútbol en relación con la celebración de los contratos de sublicencia. Ricardo Terra Texeira se enriqueció en cuanto cobró las comisiones e, infringiendo su deber, no las transmitió, la FIFA resultó perjudicada en la misma medida.

- 4.2 El inculcado João Havelange utilizó en repetidas ocasiones en favor suyo y, con el fin de enriquecerse ilícitamente, bienes patrimoniales que le habían sido confiados. En el sentido de un reproche eventual hay que hacer constar que, a causa de un negocio jurídico, estaba encargado de administrar el patrimonio de otro, y que reiteradamente causó, infringiendo su deber, que el otro sufriera un daño en su patrimonio. Actuó con ánimo de enriquecimiento ilícito.

Se cumple el tipo legal objetivo por el hecho de que João Havelange, en su calidad de presidente de la FIFA, se hiciera llegar, el 03-03-1997, como mínimo la cantidad de CHF 1.500.000,00 y, entre el 18-03-1998 y el 04-05-2000, una cantidad determinada en su cuantía, pero no atribuible de manera definitiva, a través de la E4. Las asignaciones fueron efectuadas por la ISL X5 AG, sociedad filial de la sociedad 1, la que a su vez celebró, no solo contratos de licencia con la FIFA para el aprovechamiento y la explotación de los derechos de radio y teledifusión de los mundiales y contratos de marketing a precios establecidos exactamente, sino también, a través de una de sus sociedades filiales, la ISMM X3 AG, contratos de sublicencia con la sociedad 2 así como con la sociedad 3 sobre los derechos de explotación de los derechos de radio y teledifusión del mundial 2002 en Brasil. Estas comisiones, que João Havelange recibió debido a su posición en la FIFA, las cobró para sí mismo omitiendo revelarlas y entregárselas a la FIFA. Los pagos se efectuaron con el objetivo de aprovechar la influencia de João Havelange como presidente de la FIFA con miras a los contratos finalmente celebrados por la FIFA con la sociedad 1 („ISL“) y firmados por el inculcado, del 12-12-1997 y 26-05-1998. João Havelange se enriqueció en cuanto cobró las comisiones e, infringiendo su deber, no las transmitió; la FIFA resultó perjudicada en la misma medida.

- 4.3 A la FIFA se le reprocha la organización defectuosa de su empresa. El reproche consiste en haber omitido ocuparse de establecer una estricta reglamentación interna con el fin de asegurar, por una parte, la revelación de asignaciones fuera de la retribución ordinaria de sus órganos y empleados, y por otra parte, un procedimiento ordinario dentro de la asociación para estas circunstancias. Con la omisión impidió, no solo elaborar aquellas bases que reservan el uso de tales fondos a la decisión de un órgano interno de la asociación, sino también averiguar qué personas deberían tener la responsabilidad del hecho causante que se señala a continuación.

La persona o personas, que no pudo o pudieron determinarse, estaba o estaban encargadas de administrar el patrimonio de otro como consecuencia de un negocio jurídico, y reiteradamente causó o causaron, infringiendo su deber, que uno sufriera un daño en su patrimonio y que el otro resultase enriquecido en la medida del daño.

Se cumple el tipo legal objetivo por el hecho de que el autor, en el que se presuponen las cualidades exigidas por el tipo legal, haya omitido, en conocimiento del pago de comisiones a órganos y/o apoderados y/o empleados de la FIFA, asegurar su entrega a la asociación o bien imponer su pretensión de entrega frente a João Havelange y Ricardo Terra Texeira quienes por su posición estaban obligados a entregarle los fondos a la FIFA. De esta manera, la FIFA sufrió un daño en la medida de su omisión contraria a su deber. Ricardo Terra Texeira y João Havelange se enriquecieron en la misma medida.

5. La instrucción penal ha demostrado que los pagos de comisiones del grupo ISMM/ ISL se remontan hasta los años ochenta, por lo que ante todo hay que examinar los aspectos de la prescripción. Durante este lapso de tiempo se llevaron a cabo varias revisiones mediante las que se volvió a regular la prescripción de la acción penal y se sometió la Parte General (Libro 1º) y la Parte Especial (Libro 2º) del Código Penal a profundas modificaciones.

- 5.1 Las disposiciones sobre la prescripción de la acción penal han sido modificadas por la Ley Federal del 05-10-2001. Dentro del marco de una segunda revisión del 22-03-2002 se adaptaron varias disposiciones de la Parte Especial del Código Penal a la nueva sistemática sobre la prescripción. El texto revisado de la prescripción de la acción penal entró en vigor el 01-10-2002 y volvió a sufrir, con la revisión total de la Parte General del CP, entrada en vigor el 01-01-2007, otra modificación respecto de la nueva designación de las sanciones y debido a ella. La Ley Federal del 17-06-1994 ya había llevado a cabo una revisión parcial. El principio de la *lex mitior* según el art. 2 apdo. 2 CP es aplicable a hechos cuyos puntos de conexión se encuentren tanto en la Parte General como en la Parte Especial del Código Penal.

Por principio, el nuevo derecho de prescripción solo es aplicable, con la reserva de determinadas excepciones, si el acto punible fue cometido después de su entrada en vigor. De haberse cometido el acto punible antes de la entrada en vigor de la nueva legislación sobre el derecho de prescripción, la prescripción de la acción penal se rige de acuerdo con la ley antigua, salvo si la nueva ley es más benigna para el inculpado. El principio de la "*lex mitior*" rige también en cuanto a la prescripción (STF 114 IV 1 C. 2a, 105 IV 7 C. 1a) y se aplica sin límites sobre la base del art. 389 CP, salvo en las excepciones establecidas por la ley.

Antes de la revisión parcial del art. 70 inciso 2 CP (Ley Federal del 17-06-1994), los plazos de prescripción para las penas de prisión mayor eran de 10 (prescripción relativa: art. 70 apdo. 2 antiguo CP) y de 15 años (prescripción absoluta: art. 72 núm. 2, apdo. 2 antiguo CP). Después de la revisión, estos plazos regían también en el caso de una amenaza de pena de prisión de más de tres años. Según la ley antigua, la prescripción relativa se producía para las penas de prisión menor a los cinco años y la absoluta a los 7 ½ años (art. 70 apdo. 3 antiguo CP en relación con el art. 72, núm. 2, apdo. 2 antiguo CP). De acuerdo con la ley vigente (art. 97 literales b y c CP), la prescripción se produce a los 15 años si el acto punible se castiga con pena privativa de libertad de más de tres años, a los 7 años si el acto punible se castiga con otra pena. Con motivo de la revisión se suprimió la distinción entre el plazo de prescripción relativa y el de prescripción absoluta.

- 5.2 El derecho penal patrimonial revisado y, por consiguiente, la Parte Especial del Código Penal entró en vigor el 01-01-1995. Antes de la revisión del derecho penal patrimonial, la apropiación indebida estaba regulada en el art. 140 CP, que preveía, en su tipo legal básico, una amenaza de pena de hasta cinco años de prisión menor y, en su tipo legal cualificado, hasta diez años de prisión mayor. Después de la revisión el art. 138 CP preveía ya en su tipo legal básico hasta cinco años de prisión mayor. Hoy, la amenaza penal al cumplir el tipo legal básico es de pena privativa de libertad de hasta cinco años.

Antes de la revisión la gestión desleal estaba regulada en el art. 159 CP y preveía, en el tipo legal básico, prisión menor y, en el tipo legal cualificado (ánimo de lucro), prisión menor de hasta cinco años. Después de la revisión, el tipo legal de la gestión desleal, regulado en el art. 158 CP, preveía en el tipo legal básico prisión menor, y en el tipo legal cualificado (ánimo de enriquecimiento) prisión mayor de hasta cinco años. En la redacción actual el tipo legal básico prevé una pena privativa de libertad de hasta tres años o una pena pecuniaria, y el tipo legal cualificado una pena privativa de libertad de uno hasta cinco años.

- 5.3 Por lo tanto hay que examinar en cada caso específico si considerando la *lex mitior* han prescrito los hechos.

- 5.3.1 En cuanto se trata de los hechos relativos al convenio del 27 de febrero de 2004, son aplicables las disposiciones legales, tal como entraron en vigor con la revisión el 01-10-2002. Tomando como momento del hecho punible el de la transferencia de los CHF 2.500.000,00 en cuestión (17 de marzo de 2004), la prescripción del tipo legal básico se produciría a los 7 años, o sea el 17 de marzo de 2011. La determinación del momento del hecho punible parte de la premisa de que el hecho se consume cuando se causa el daño patrimonial. Partiendo del ánimo de enriquecimiento (art. 158 núm. 1 apdo. 3 CP), habría que concluir que, sobre la base de la amenaza penal del tipo legal cualificado, el plazo de prescripción sería de 15 años. La prescripción se produciría el 17 de marzo de 2019. El reproche elevado en el contexto del convenio del 27 de febrero de 2004 no ha prescrito tampoco según el tipo legal básico, por lo que, bajo los aspectos de la prescripción, sobran explicaciones acerca de la cuestión de un posible enriquecimiento ilícito. De acuerdo con la acertada opinión del representante legal de la FIFA (D 2/1/103), hay que observar in casu la prohibición de retroactividad de normas penales en cuanto que el derecho penal empresarial

está en vigor sólo desde el 01-10-2003, la punibilidad de la FIFA como empresa no es posible antes de esa fecha y sobran, por lo tanto, las explicaciones relativas a ella.

No se puede compartir la opinión del representante legal de la FIFA, según la cual el tipo legal del art. 102 apdo. 1 CP se ha plasmado como falta, con la consiguiente aplicación del plazo de prescripción de tres años, y, por lo tanto, el hecho causante ha prescrito (D 2/1/107 s.). Sin duda es cierto que el art. 102 CP, considerándolo bajo el punto de vista gramatical, puede calificarse como tipo legal de falta, puesto que el art. 103 CP define como faltas aquellos hechos que son amenazados con multa. No obstante la doctrina reinante parte, dentro del marco de una interpretación efectuada desde el punto de vista teleológico, como es debido, del supuesto de que no estamos en presencia de una falta⁴, lo que conlleva como consecuencia la aplicación de los plazos de prescripción del hecho causante en cuestión⁵. Otro enfoque contradiría el significado y objetivo de la norma dando lugar a resultados injustos. Hay que hacer constar, por lo tanto, que ni el hecho causante, subsumible bajo el art. 158 CP, ni el reproche de la organización defectuosa, recogido en el art. 102 CP, han prescrito.

- 5.3.2 En cuanto a lo que se refiere a la aceptación, no revelación y no transmisión a la FIFA de comisiones por parte de Ricardo Terra Texeira y João Havelange hay que añadir lo siguiente, además de las bases legales ya expuestas y en consideración de la circunstancia de que en este caso en cuestión se trata de cohecho privado.

Si el autor cometió el hecho punible en distintos momentos, la prescripción, según el art. 71 apdo. 2 del antiguo CP, empezaba el día en que llevó a cabo la última actividad. Sobre esta norma, prácticamente idéntica al art. 98 apdo. 1 literal b del nuevo CP, el Tribunal Federal basó en lo sucesivo la figura de los llamados hechos punibles de unidad jurídica (STF 126 IV 142, 127 IV 54, 129 II 393, cf. 131 IV 90 s., 132 IV 53). Bajo el concepto de hechos punibles de unidad jurídica se incluían hechos punibles dirigidos de manera similar y contra el mismo bien jurídico que constituían un comportamiento duradero contrario al deber. Sobre la base de esta figura jurídica, el Tribunal Federal estimó, entre otros, que en los casos de actos de cohecho (STF 126 IV 143), de gestión desleal (STF 117 IV 208) y de una serie de apropiaciones indebidas (STF 124 IV 6, 127 IV 55) existía unidad de prescripción. Entretanto, la figura de la unidad de prescripción o bien del delito sucesivo ha sido abandonada (STF 131 IV 93, 132 IV 54 s.).

No obstante, en ciertos casos varios actos de hecho efectivos pueden seguirse calificando como unidad. Eso es cierto por ejemplo en los casos de acción unitaria del tipo legal, en los que el comportamiento típico presupone, conceptual, fáctica o al menos típicamente, varios actos individuales distintos⁶. En los tipos legales de la gestión desleal o de la apropiación indebida, en los que los hechos tienen como objeto el cohecho privado, se puede deducir la citada acción unitaria típica. Ello está relacionado con la peculiaridad de los hechos de cohecho. Hay que observar que aunque los tipos legales del CP relativos al cohecho regulan el cohecho activo y pasivo de funcionario públicos, se pueden dar casos análogos de influencia abusiva e

⁴ BSK Strafrecht I, *Niggli/Gfeller*, N 41 al art. 102 CP.

⁵ *Hansjakob, Schmitt, Sollberger*, Kommentierte Textausgabe zum revidierten Strafgesetzbuch, 105, no obstante, cf. BSK Strafrecht I, *Niggli/Gfeller*, N 45s. al art. 102 StGB.

⁶ *Andreas Donatsch*, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kommentar, 17ª ed., Zürich 2006, 186, crítico: BSK Strafrecht I, *Müller*, N 18 al art. 98 CP.

influenciabilidad contraria al deber en el sector privado⁷. Lo decisivo son los aspectos de los hechos en cuanto a la relación concreta entre quien comete y quien es objeto del cohecho, teniendo en cuenta el elemento temporal así como la cuantía de los pagos, la frecuencia y la distribución temporal de prestación y contraprestación, así como la intensidad de los contactos habidos entretanto. Eso es cierto tanto para el cohecho activo y pasivo de funcionario público como para el cohecho privado. En cuanto a los hechos concretos hay que comprobar que el cohecho se establecía a largo plazo (cf. la exhaustiva STF 126 IV 142 ss., entonces, sin embargo, aún bajo el aspecto de la unidad de prescripción)⁸.

En conexión con la acción unitaria del tipo legal, en el caso de hechos de cohecho (como por ejemplo la creación del tramado de relaciones y su mantenimiento durante largo tiempo) se puede partir del supuesto de que la calificación como tipo legal de gestión desleal/apropiación indebida comprende, por lo menos de hecho, varios actos individuales distintos, con lo que la prescripción comienza con el último pago de comisiones o, respectivamente, con la retención o bien no entrega al empleador o mandatario, y comprende los distintos actos individuales precedentes.

Hay que constatar, por lo tanto, que los hechos del presente no han prescrito, en contra de la opinión sostenida por el representante legal de la FIFA (D 2/1/107). Por falta de jurisprudencia suprema específica habrá que volver a esta constatación bajo el aspecto de la estipulación de la cuantía del resarcimiento.

6. En cuanto a la calificación de los hechos como tipos legales de apropiación indebida y gestión desleal, de antemano hay que exponer, bajo el punto de vista jurídico, lo siguiente:

La apropiación indebida según el art. 138 CP puede entrar en concurso con el tipo legal del abuso de confianza de la gestión desleal cometida con ánimo de enriquecimiento según el art. 158 núm. 1 apdo. 3 CP. De acuerdo con la doctrina reinante, tiene preferencia la apropiación indebida⁹:

- 6.1 Comete apropiación indebida quien utiliza algo, sobre lo cual ejerce el dominio por voluntad del derechohabiente, en contra de su deber, para lucro propio o ajeno (STF 111 IV 132).

Confiado y, por lo tanto, ajeno desde el punto de vista económico, es el activo patrimonial que alguien recibe con la obligación de utilizarlo de determinada manera y en interés de otro, particularmente de custodiarlo, administrarlo o entregarlo (STF 80 IV 55, STF 120 IV 119) y de mantenerlo en todo momento a disposición del fideicomitente (STF 120 IV 121). Este deber de conservación del valor puede basarse en un acuerdo expreso o tácito (STF 118 IV 239).

Según el art. 138 núm. 1 apdo. 2 CP, comete apropiación indebida de activos patrimoniales quien los utiliza ilícitamente en interés propio o de otro. El acto típico según el apdo. 2 del art. 138 CP consiste en un comportamiento del

⁷ Hans Dubs, Strafbarkeit der Privatbestechung in Festschrift [Homenaje] Niklaus Schmid, 384 S.

⁸ Detenidamente Marco Balmelli, Die Bestechungstatbestände des Schweizerischen Strafgesetzbuches, tesis doctoral, Berna, 1996, 243 ss.

⁹ Trechsel/Cramer, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich 2008, N 25 al art. 138 CP / cf. también la diferenciada jurisprudencia del Tribunal Federal en 111 IV 22 s. C. 4.

autor mediante el cual manifiesta inequívocamente su voluntad de impedir la pretensión obligatoria del fideicomitente (STF 121 IV 25), con lo que infringe el deber de conservación del valor.

El tipo legal objetivo de la apropiación indebida presupone conceptualmente que se haya producido un daño patrimonial. El daño delictivo, que la ley no cita como elemento típico, consiste en el valor del activo objeto de la apropiación indebida (STF 111 IV 23 C. 5. p. 23).

En el plano subjetivo tiene que haber dolo y, además, intención de enriquecimiento ilícito. Se da enriquecimiento en cuanto se produjo un aumento de los activos o disminución de los pasivos. Se considera que no hay causa lícita cuando el desplazamiento patrimonial es condenado por el derecho, por lo tanto no existía pretensión a la prestación¹⁰ y el autor no está, en cualquier momento, dispuesto a reponer inmediatamente los activos patrimoniales. El ánimo de enriquecimiento consiste generalmente en la mera apropiación del activo patrimonial (STF 114 IV 137). En la presente instrucción penal sobran las explicaciones sobre la posibilidad de reposición, no obstante sea dicho que falta el ánimo punible cuando el autor tenía la voluntad y posibilidad de cumplir a tiempo con su deber de fidelidad¹¹ (cf. también STF 71 IV 125, 74 IV 31, 77 IV 12, 81 IV 234, 91 IV 132, 91 IV 134).

Acerca del elemento típico específico de lo dado en confianza hay que exponer, además, lo siguiente. Es dudoso si hay que considerar que se ha confiado el patrimonio comercial de una sociedad comercial a sus órganos¹². Niggli/Riedo¹³ lo niegan, ya que los órganos no son terceros en relación con las sociedades, sino parte de la sociedad misma, lo que conlleva como consecuencia la aplicación del art. 158 CP. Los autores se basan particularmente en la sentencia 6S.249/2002 del Tribunal Federal, que hizo constar que aunque el miembro del consejo directivo puede disponer del patrimonio de la sociedad, esto ocurre dentro del marco de sus obligaciones como órgano de la sociedad. Con su elección como órgano, el electo no recibe patrimonio de la sociedad para administrarlo en interés de esta. La sociedad sigue conservando la custodia de los activos patrimoniales en cuestión y sigue administrándolos ella misma, si bien a través de sus órganos. Stratenwerth parte del supuesto de que el patrimonio de la sociedad le es confiado a sus órganos¹⁴. Esta opinión es sostenida también por tribunales cantonales¹⁵. En la presente instrucción penal, la cuestión de si el patrimonio de una asociación le es confiado a sus órganos no precisa una solución definitiva debido a las peculiaridades expuestas en la introducción y resultantes de la cesación de la instrucción sobre la base del art. 53 CP, relativas a hechos posiblemente incompletos así como a la apreciación jurídica resultante.

- 6.2 Incurrir en gestión desleal quien por ley, mandato de la autoridad o negocio jurídico está encargado de administrar el patrimonio de otro o de vigilar tal administración de patrimonio e,

¹⁰ BSK Strafrecht II, *Niggli*, N 75 al art. 137 CP.

¹¹ *Trechsel/Cramer*, loc. cit., N 19 al art. 138.

¹² BSK Strafrecht II, *Niggli/Riedo*, art. 138 CP, N 34 b, N 195 / *Andreas Donatsch*, Strafrecht III, 17ª ed., Zürich 2006, 127, 281, con extensas explicaciones / *Andreas Donatsch*, en ZStrR 2002, 23 ss., con numerosas indicaciones de doctrina y jurisprudencia.

¹³ BSK Strafrecht II, *Niggli/Riedo*, art. 138 CP, N 34 b, N 195.

¹⁴ ZStrR 1979, 90 y 95.

¹⁵ Cf. También SJZ-88-187.

infringiendo sus deberes, causa o permite que el otro sufra un daño patrimonial. En el plano objetivo es ante todo necesario que el autor haya adquirido la obligación legal o contractual de cuidar de patrimonio ajeno, a saber en el cargo de gerente.

Los elementos típicos de la gestión desleal según el art. 158 CP consisten, en otras palabras, en que el autor tenga el deber de gestión o de protección de patrimonio, infrinja dolosamente dicho deber y, en consecuencia, se produzca un daño en el patrimonio del titular de negocio (STF 120 IV 192).

Existe gerencia a los efectos del tipo legal, cuando alguien, que fáctica o formalmente ocupa una posición autónoma y responsable, tiene la obligación de cuidar, en el interés de otro, de un complejo patrimonial no insignificante (STF 81 IV 278, STF 97 IV 13, STF 100 IV 36, STF 105 IV 307, STF 118 IV 246, STF 120 IV 192).

Entra en consideración como acto de hecho cualquier acción u omisión que infrinja el deber de protección del patrimonio y que cause un daño en el patrimonio confiado¹⁶. La acción u omisión han de ser contrarias a las obligaciones contraídas contractualmente (STF 105 IV 313). La infracción del deber puede resultar también de la ley (STF 97 IV 13).

El tipo legal objetivo requiere por lo demás un daño en el patrimonio confiado, producido por el comportamiento contrario al deber. El daño patrimonial existe en los supuestos de daño efectivo a causa de disminución de activos, aumento de pasivos, no disminución de pasivos y no aumento de activos. También se considera que hay daño patrimonial cuando el patrimonio corre peligro en tal alcance que disminuye su valor económico.

El tipo legal subjetivo consiste en el dolo de la acción, que debe comprender la intención de dañar. Es suficiente el dolo eventual (STF 105 IV 191 s.).

- 6.3 En cuanto se trata de la calificación de los hechos relativos a Ricardo Terra Texeira y João Havelange se puede constatar que, incluso considerando las explicaciones expuestas al comienzo, no tienen que ser de naturaleza definitiva. Como ya se dijo, en especial no existe obligación de resolver la cuestión de si hay que calificar los activos pagados a ellos como confiados a los efectos del art. 138 CP, puesto que la no transmisión a la FIFA es, de todos modos, contraria al deber a los efectos del art. 158 CP. Las consecuencias jurídicas, además, son las mismas en los dos tipos legales debido a su plasmación, respectivamente a la idéntica amenaza de pena máxima y, de esta manera, el punto de vista “correcto” o bien la calificación “correcta” es, ante la situación de partida dada, una cuestión de naturaleza meramente académica. La consideración jurídica se limita por tanto a los elementos típicos de la gestión desleal.

En conclusión, se reprocha tanto a Ricardo Texeira como a João Havelange no haberle revelado y transmitido a la FIFA comisiones que les llegaron durante su actividad para la FIFA, sea como miembro del Comité Ejecutivo, de otras comisiones o como presidente

¹⁶

Martin Schubarth, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Berna 1990, N 21 al art. 159 StGB.

y, de esta manera, haberla perjudicado y haberse enriquecido sin causa.

Según se expuso, para cumplir el tipo legal se requieren cuatro requisitos: calidad del autor como gerente, la infracción de un deber en conexión con esta calidad, un daño patrimonial resultante de la infracción y dolo con respecto a estos elementos.

- 6.3.1 Cuanto a la calidad de gerente hay que constatar que João Havelange estaba inscrito como presidente de la FIFA con firma individual en el Registro Comercial (D 4/1/2) y que, además, estaba autorizado para firmar en las cuentas de la asociación y podía por consiguiente disponer de forma autónoma del patrimonio de la FIFA (D 17/44 ss.), con lo cual se da su calidad de gerente. No obstante, en ciertas situaciones y según la constelación del caso, hay que considerar el derecho para firmar en relación con sustanciales elementos patrimoniales solamente como indicio de la autonomía (STF 100 IV 108, STF 95 IV 65 s.), por otra parte, no es un requisito absolutamente necesario para afirmar dicha calidad. La autonomía puede resultar también de la amplia libertad en la organización de la propia actividad (STF 102 IV 90, 93), pero también de la organización de la empresa, con lo que queda expuesto que lo determinante no es si el gerente ostenta la representación exterior o interior del titular de negocio, o bien el derecho a representarlo (STF 81 IV 276, 279). Hay que considerar ante todo, pero no exclusivamente, la organización jurídica del titular de negocio, que puede aportar indicios para afirmar o negar la calidad de gerente.

En la medida en que no se puede deducir nada concreto de la regulación legal “extremadamente escueta”¹⁷ del derecho suizo de asociaciones para apreciar la presente cuestión, hay que remitir a la constatación, ampliamente incontestada por la doctrina, según la cual forma parte de la gerencia interna de una asociación no solo la administración de su patrimonio en sentido estricto, sino también la disposición sobre los medios en sentido amplio. Esta se da, por ejemplo, en constelaciones como la de la organización de eventos de la asociación¹⁸. Es obvio que a las personas de las comisiones de la FIFA dedicadas a la copa mundial de fútbol más importante desde el punto de vista económico y cíclica, y encargadas de los aspectos organizativos, inclusive la realización del evento, les corresponde un fuerte peso y, con él, la importancia que le confiere a las personas encargadas de ello aquella calidad, en el sentido de la gerencia interna, que satisface el requisito típico de la calidad de gerente. Las personas encargadas de estas tareas disponen ampliamente sobre los medios de la asociación. Pero Ricardo Terra Texeira no solo era miembro del Comité Ejecutivo, sino también de las siguientes comisiones, dotadas de amplias competencias: Comisión Organizadora de la Copa Mundial de la FIFA (miembro), Comisión Organizadora de la Copa Mundial de Clubes de la FIFA (vicepresidente), Comisión del Fútbol (presidente), Comisión de Seguridad y Fair Play (miembro) (D 4/2/267 ss., cf. también las indicaciones bajo el número 3.2 de los hechos). Hay que constatar por lo tanto la calidad de gerente también en cuanto a Ricardo Terra Texeira.

¹⁷ *Piera Beretta*, en *Aktuelle Fragen aus dem Vereinsrecht, Wirtschaftliche Vereine und Corporate Governance*, Zürich 2005, 3, quien por lo demás constata que en el caso de la FIFA se trata de una asociación con grandes volúmenes de negocio (4), hecho sobre el que habrá que volver.

¹⁸ *Wolfgang Portmann*, *Schweizerisches Privatrecht M/5, Das Schweizerische Vereinsrecht*, 3.A., Basilea 2005, 209, N 481.

6.3.2 De acuerdo con lo expuesto, el daño ocasionado al titular de negocio debe haber resultado de un comportamiento contrario al deber.

Los miembros de una asociación tienen un deber general de fidelidad. Dicho de otra manera, el deber de no hacer nada que pueda ser contrario a los intereses orientados hacia el objetivo de la asociación¹⁹. Este deber de fidelidad resulta como principio jurídico no escrito de la finalidad definida por el objetivo (STF 74 II 165). La concretización del deber surge particularmente de los estatutos de la asociación, pero también de las normas sobre el mandato. Aunque los miembros de la asociación sean las respectivas asociaciones nacionales de fútbol (art. 10 de los estatutos / D 4/1/8), ello no cambia el hecho de que el deber de fidelidad citado rige también para los miembros de las comisiones, quienes en su calidad de cuerpos administrativos sirven a la realización del objetivo de la asociación. Le corresponde en particular a aquellas personas que desarrollan actividades para la FIFA como parte de sus órganos estatutarios y rige sin límites tanto para el presidente (João Havelange) como también para un miembro del Comité Ejecutivo (Ricardo Terra Texeira). Aunque el actual presidente desarrolle sus actividades para la FIFA en el marco de una relación laboral (D 21/6/33 ss.), sobre la base del estado de las actuaciones hay que partir del supuesto de que este no es el caso de los dos inculcados, máxime cuando tal relación ha sido negada por la FIFA. La FIFA parte del supuesto de que en el caso de los dos inculcados se trata de una relación orgánica (D 2/1/90, D 24/9/6, cf. también la posición del representante legal de Ricardo Terra Texeira: D 23/2/19 ss.).

La doctrina reinante considera que son aplicables a la gerencia de la junta directiva de una asociación las normas sobre el mandato²⁰. Esto es correcto. No obstante, como resultado se puede hacer constar que la retención de activos patrimoniales que le corresponden a la asociación, que esta necesita para realizar su objetivo y a las que legalmente tiene derecho, es contraria a sus intereses. La violación del deber resulta así ya de la relación de fidelidad básica del derecho asociativo.

Teniendo en cuenta el reproche concreto por el hecho hay que remitir al art. 400 del Código de las Obligaciones (CO), según el cual no sólo existe una obligación de rendir cuentas, sino también una obligación de entrega, determinada en función de si el mandatario ha recibido la "cosa" a consecuencia de la gerencia y, por lo tanto, existe un nexo interno entre el acceso a la "cosa" y el mandato. Este se considera el caso, por ejemplo, en relación con sobornos, descuentos o comisiones concedidas por terceros²¹. El enfoque desde el derecho laboral no produciría otro resultado. De acuerdo con el art. 321b CO el empleado tiene una amplia obligación de rendir cuentas y de entrega.

El representante legal de la FIFA niega la existencia de la obligación de entrega de Ricardo Terra Texeira, entre otras cosas, debido a la posibilidad fundamental del titular de negocio de renunciar a la entrega, teniendo en cuenta la circunstancia de que en el caso de la obligación de entrega establecida en el art. 400 apdo. 1 CO se trata de derecho dispositivo (D 2/1/80, 83). Esta concepción solo puede ser aprobada teóricamente, pero no dentro del marco del contexto penal concreto

¹⁹ Wolfgang Portmann, loc. cit., 140, N 306.

²⁰ BK [Berliner Kommentar], Riemer, N 22 s. al art. 69 CC.

²¹ BK, Fellmann, 1992, N 127 + 128 al art. 400 CO / cf. también STF 4C.432/2005, Martin Hess, en AJP/PJA 11/99, 1432.

e, incluso en ese caso, solo con las siguientes restricciones.

Es cierto que el Tribunal Federal, de conformidad con la doctrina moderna, ha dejado constancia de que se debe considerar válido un acuerdo según el cual el mandante renuncia a la entrega de determinados activos. Pero hay que considerar que existe obligación de entrega por falta de acuerdo que establezca otra cosa. El carácter del mandato en interés ajeno impone, además, límites que no pueden ser derogados por un acuerdo. No obstante, el interés ajeno, como tal no se ve afectado en los casos en que la entrega de ingresos como, por ejemplo, las llamadas retrocesiones en el contrato de administración patrimonial, constituye una obligación accesorio y, como resultado, se pretende que el mandatario reciba una remuneración adicional por su actividad. Pero, también en ese caso, la obligación de entrega constituye un elemento central del interés ajeno del mandato, y está ligada tan estrechamente al deber de rendir cuentas del mandatario que parece una consecuencia del mismo. Como consecuencia, hay que informar íntegra y verídicamente al mandante sobre las retrocesiones esperadas y tiene que constar en el acuerdo su voluntad de renuncia con la correspondiente claridad. Este requisito se justifica además con la consideración de que tal acuerdo puede conducir a conflictos de intereses, puesto que se pueden lograr notables ingresos adicionales mediante transacciones frecuentes (STF 132 III 465 s. C. 4.2).

Por lo tanto, el Tribunal Supremo hace constar con toda claridad que se necesita un acuerdo del que se desprenda la voluntad del mandante informado de renunciar a la entrega de las retrocesiones abonadas al mandatario dentro del marco del mandato (STF 132 III 467 C. 4.3). Entre la FIFA y los dos inculcados no existía ningún acuerdo. Al menos no hay constancia de él en los autos. Además, los inculcados no pueden alegar que la entrega no les había sido exigida, puesto que con anterioridad han violado su obligación de revelación. Sin embargo esta revelación hubiera podido servir de base para un acuerdo preciso.

Tampoco es convincente el argumento alegado por el representante legal de la FIFA tocante a la práctica de no revelación y retención de pagos de soborno (D 2/1/84 s.). El Tribunal Federal ha negado que la suposición de una renuncia a la entrega resulte del hecho de que los correspondientes acuerdos sean considerados habituales (STF 132 III 466 C. 4.3). Es posible que las usanzas tengan cierto papel en la apreciación del tipo legal subjetivo, pero no en la apreciación de la cuestión sobre si existe una obligación de revelación y de entrega.

El representante legal de la FIFA niega la existencia de la violación del deber por parte de los inculcados principalmente remitiendo a aspectos de derecho privado (D 2/1/80). Por cierto es exacto que las obligaciones del gerente resultan en gran medida del derecho privado. No obstante, el enfoque penal requiere precisar que aquello que parece admisible dentro del marco del derecho privado, a saber la circunstancia de una eventual autorización posterior de la acción u omisión, no desempeña ningún papel considerable en el aspecto penal. El motivo está en que una autorización posterior no puede de por sí ser calificada como consentimiento porque "este solo puede ser otorgado con eficacia antes del correspondiente comportamiento típico"²². El comportamiento es de por sí contrario al deber y

la eventual autorización solo puede causar efectos en el daño, lo que conlleva la consecuencia de que habría que partir de una gestión desleal en grado de tentativa. Queda por notar que la autorización sólo es válida si fue otorgada por el gremio competente en la forma válida y prevista por los estatutos. Este no es el caso.

El “tratamiento de pagos de soborno en el derecho privado” planteado por el representante legal de la FIFA requiere la siguiente precisión. La aceptación de tales ventajas patrimoniales ha sido calificada en repetidas ocasiones como contraria al deber²³. De la citada STF 129 IV 128 al fin y al cabo no se puede deducir nada contrario. Es cierto que el Tribunal Federal hace constar que el tipo legal de la gestión desleal solo se cumple si, mediante el pago de sobornos, se induce al receptor a un comportamiento dirigido en contra de los intereses patrimoniales del titular de negocio y, por lo tanto, con efecto lesivo. Esta argumentación pasa por alto el hecho de que en los casos como el presente, en los que existe una pretensión sobre los activos patrimoniales, la retención no lesiva de por sí no es posible y, por tanto, según las leyes del pensamiento lógico, tiene que ser contraria a los intereses patrimoniales del titular de negocio. Además es punible, por lo menos en el momento actual y considerando las normas de la Ley Federal sobre competencia desleal [*Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG*], no solo el otorgamiento sino también la aceptación de tales pagos. En consecuencia, los hechos han de ser calificados, por lo menos en el momento actual, como gestión desleal²⁴.

João Havelange era, además, el presidente de la FIFA, quien estaba dotado de amplias competencias y participaba en la elaboración de los contratos con la sociedad 1. Tenía la obligación de negociar la mejor retribución posible para la asociación. De esa retribución hubiesen formado parte las cantidades que se hizo llegar, anteponiendo así, actuando en contra de su deber, sus intereses privados ante los de la asociación y violando de esta manera los intereses patrimoniales de la misma (STF 129 IV 128). El resultado no es otro en cuanto a Ricardo Terra Texeira, cuya influencia en la FIFA era de importancia capital, también debido a su parentesco (yerno) con João Havelange. Que los pagos se efectuasen eventualmente después de la celebración de los contratos es, de acuerdo con la jurisprudencia, un hecho irrelevante. Esta circunstancia solo cobraría importancia en el supuesto de que los pagos no hubiesen tenido influencia en la celebración de los contratos (STF 129 IV 128), que no es el caso.

La cuestión de si existía la pretensión citada por parte de la FIFA a las atribuciones ha de ser contestada afirmativamente, a saber porque hay que distinguir entre la pretensión de la FIFA y la calificación del negocio subyacente entre el pagador y el receptor del soborno. Teniendo en cuenta esta premisa, pero también la argumentación de la FIFA y además desde la perspectiva de su propia responsabilidad, debe ingresarse, en este punto, en la calificación de los sobornos.

²³

BSK Strafrecht II, *Niggli*, N 104a al art. 158 CP con remisiones.

²⁴

BSK Strafrecht II, *Niggli*, N 104a al art 158 CP.

Aunque el Código Penal (al contrario del art. 4 literal b de la antigua Ley Federal sobre competencia desleal²⁵) no penaliza expresamente el cohecho de particulares, tales “prestaciones” son calificadas por la jurisprudencia del Tribunal Federal como contrarias a las buenas costumbres²⁶. De acuerdo con el art. 20 apdo. 1 CO, es nulo el contrato que presente un contenido imposible o ilícito, o sea contrario a las buenas costumbres. La doctrina también califica como contrarios a las buenas costumbres los contratos sobre los pagos de soborno a empleados o auxiliares del cocontrante o de un tercero²⁷. También se califica como contrario a las buenas costumbres lo que se considera desleal a tenor de la Ley Federal sobre competencia desleal. De acuerdo con el antiguo art. 4 literal b de la Ley Federal sobre competencia desleal, actúa de manera desleal quien intenta procurarse ventajas a sí mismo o a otro, otorgando u ofreciendo bonificaciones a empleados, mandatarios u otros auxiliares de un tercero, a las que estos legalmente no tienen derecho e idóneas para inducir a estas personas a un comportamiento contrario al deber en sus actividades laborales o comerciales. No obstante, el antiguo art. 4 literal b de la Ley Federal sobre competencia desleal no es limitativo. Otros hechos de cohecho pueden entrar en la cláusula general del art. 2 de la Ley Federal sobre competencia desleal²⁸.

Es desleal e ilícito, y ya lo era antes de la revisión de la Ley Federal sobre competencia desleal, cualquier comportamiento o proceder comercial engañoso o de otra forma contrario al principio de la buena fe, que influya en la relación entre competidores o entre ofertantes y clientes. Es obvio que las cantidades millonarias pagadas tenían que conducir a una distorsión de la competencia, con lo que el negocio subyacente de estas transacciones tiene que ser calificado como contrario a las buenas costumbres y, por lo tanto, nulo.

Un contrato nulo no es capaz, sin embargo, de generar efectos jurídico-negociales. La nulidad surge efecto ex tunc, o sea, desde un principio. Es absoluta e insubsanable²⁹. La nulidad se observará de oficio (STF 123 III 62). A pesar de la nulidad completa del negocio se excluye la reclamación basada en los principios de enriquecimiento sin causa porque, de acuerdo con el art. 66 CO, no se puede reclamar la devolución de lo que se dio con la intención de causar un resultado ilícito o contrario a las buenas costumbres. En cuanto se trata del receptor de tales prestaciones, en la doctrina se defiende por ejemplo el criterio según el cual la devolución voluntaria ha de ser calificada como cumplimiento de una obligación natural³⁰, tratándose por lo tanto de una prestación no coercible³¹.

²⁵ **Derogado** por el art. 2 núm. 1 del Decreto Federal del 7 de octubre de 2005 sobre la aprobación e implementación de la Convención Penal del Consejo de Europa y del Protocolo Adicional sobre la corrupción [*BB über die Genehmigung und die Umsetzung des Strafrechtsübereinkommens und des Zusatzprotokolls des Europarestes über die Korruption*], con efecto a partir del **1º de julio de 2006** / no obstante, mediante el mismo decreto se puso en vigor el **art. 4a apdo. 1 literal b de la Ley Federal sobre competencia desleal**, según el cual hay que calificar como desleal a quien, como empleado, socio, mandatario u otro auxiliar de un tercero del sector privado, exija, se haga prometer o acepte, para sí o un tercero, en relación con su actividad laboral o comercial, una ventaja indebida por un acto o una omisión contraria al deber o discrecional. La revisión conllevó por lo tanto la **ampliación** de la calificación de deslealtad hacia el sector pasivo.

²⁶ STF 119 II 385: Según la concepción jurídica suiza, las promesas de pagos de soborno son ilícitas y, por lo tanto, nulas a tenor de los arts. 19 y s. CO, debido al vicio que afecta su contenido.

²⁷ *Von Tuhr Peter*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, tomo I, 3ª ed., Zürich 1979, 257.

²⁸ *Mario M. Pedrazzini, Frederico Pedrazzini*, Unlauterer Wettbewerb, 2ª ed., Berna, 175, cf. también *Carl Baudenbacher*, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basilea 2001, 703 s.

²⁹ BSK I, *Huguenin, Schulin*, Art. 1-529 OR, 4ª ed., Basilea 2008, N 53 al art. 19/20, N 7 al art. 66 CO.

³⁰ BSK I, *Schulin*, N 7 al art. 66 CO.

³¹ *Theo Guhl*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 6ª ed., Zürich 1972, 43.

El representante legal de la FIFA niega en esta circunstancia que exista una obligación legal para el receptor de pagos de soborno de transferir a un tercero la prestación adquirida de forma contraria a las buenas costumbres (D 2/1/81). No se puede compartir este enfoque. El criterio decisivo, que determina si existe una obligación de revelación y finalmente una obligación de entrega para Ricardo Terra Texeira y João Havelange, no es el de la calificación como prestación contraria a las buenas costumbres, sino si el mandatario recibió la “cosa” a consecuencia de la gerencia así como el nexo interno existente entre el acceso a la cosa y el mandato. Cabe afirmar que existe este nexo, como también la pretensión de la FIFA. Se volverá sobre esto en lo sucesivo.

No se puede compartir la argumentación según la cual un acuerdo entre los inculpados y la FIFA, en el sentido de perpetuar un negocio contrario a las buenas costumbres, también sería nulo (D 2/1/81). Las prestaciones impropias a Ricardo Terra Texeira y João Havelange se han convertido, por las intenciones del pagador y del receptor, en algo calificable como contrario a las buenas costumbres. La manipulación de la competencia, posible a consecuencia de la potencia económica, es censurable precisamente no solo desde el punto de vista moral (D 3/10/4 núm. 22), sino que es sancionada por la legislación vigente (Ley Federal sobre competencia desleal). Por el contrario, la pretensión de la FIFA se basa en gran parte en la circunstancia de que las comisiones formaban, a fin de cuentas, parte de la retribución de sus propios acuerdos contractuales con la sociedad 1 y habrían de haberle llegado como parte contratante. En esto no puede haber nada reprobable y se debe hacer lugar a la pretensión.

Además, el representante legal de la FIFA defiende la opinión de que no existe el requisito para la entrega de comisiones, ya por el mero motivo de que el grupo ISMM las abonó a los funcionarios del fútbol únicamente para que pudieran concluir, en los respectivos países, contratos de marketing y televisivos con las personas determinantes del negocio futbolístico de dichos lugares (D 2/1/83). Sería ingenuo suponer que esta afirmación es válida, particularmente en el caso de João Havelange. Él firmó los contratos sobre los derechos de marketing y difusión de 1997/1998, importantísimos desde el punto de vista empresarial. Sin embargo, de estos dependía en gran medida el destino económico del grupo ISMM/ISL, lo que demostraba claramente cuáles eran sus intereses. Con la continua alimentación a través de los años no solo se compraron los servicios de João Havelange, sino también los de Ricardo Terra Texeira. Su calidad de yerno de João Havelange (circunstancia de la que el grupo ISMM/ISL sin duda alguna esperaba las correspondientes ventajas) junto con el hecho de que era el presidente del socio más poderoso de la FIFA (la Confederación Brasileña de Fútbol), hacía de él un vehículo idóneo para lograr los objetivos por doble partida. Por una parte, la celebración del contrato con la FIFA, y a continuación, la celebración de los contratos con los distribuidores brasileños sobre los derechos de licencia conferidos bajo forma de contratos de sublicencia.

Si además se menciona que los pagos de comisiones no habían tenido influencia en las tasas de licencia acordadas entre la FIFA y el grupo ISMM/ISL (D 2/1/83 s.), se pasa por alto que no se trataba solo de la cuantía de la retribución, sino particular y fundamentalmente de la celebración de los contratos con el grupo ISMM/ISL porque tenía poderosos competidores en el mercado (D 21). En hechos como el presente, la alimentación es realmente clásica. Las asignaciones

no solo se producen antes de la celebración del contrato, para imponerle de esta manera al receptor de la prestación una obligación (aunque ésta no sea coercible) sino también después, para intentar conseguir la ulterior celebración de contratos positivos. Esta constatación se puede inscribir sin más dentro de los hechos concretos, según los cuales los contratos se referían a eventos concretos y cíclicos (Copa Mundial de Fútbol), de manera que siempre había que volver a negociar nuevos contratos, con lo cual (teniendo en cuenta también la lógica de tales pagos) los pagos se efectuaban precisamente antes y después, y se produjeron durante un largo lapso de tiempo (de 1993 al año 2000).

La no revelación y retención de sobornos han de ser, por lo tanto, calificadas como contrarias al deber a tenor del tipo legal de la gestión desleal. Esta constatación se basa en un diferenciado análisis de la jurisprudencia y en la consideración de la doctrina reinante³² (cf. al respecto también las explicaciones de la Comisión Judicial en la decisión y sentencia del 16-04-2009: JS 2008 82, 83, 87, 88, 92 y 93).

Se confirma que existió infracción del deber y que la misma ocasionó un daño (relación de causalidad), así como enriquecimiento. Puesto que el enriquecimiento presupone una ventaja económica ilícita hay que apreciar si esta se basaba en una pretensión legítima a la prestación. Hay controversia sobre si la ilicitud del enriquecimiento solo existe en caso de que el enriquecimiento esté en contradicción con el orden jurídico o si es suficiente que el autor no tenga una pretensión que dé lugar a una acción³³. En este contexto se remite a las explicaciones que preceden, las cuales desembocan en la constatación de la ilicitud.

- 6.4 En cuanto se trata del reproche tocante a los hechos relativos al convenio conciliatorio del 27 de febrero de 2004, solo el elemento típico de la infracción del deber requiere una observación más detenida.

El representante legal de la FIFA niega que exista gestión desleal en detrimento de la FIFA porque la dirección de la FIFA no estaba obligada a exigirle a Ricardo Terra Texeira la retransmisión de los CHF 2,5 mill. a la FIFA. Con ello, no había motivo para la FIFA para exigir tal retransmisión, por lo que esta omisión no podría suponer una infracción del deber. Los responsables no solo no habrían infringido ninguna obligación, sino que habrían actuado en el interés objetivo de la FIFA y de sus socios. Asimismo habría actuado en el legítimo interés propio y de sus socios al haberse esforzado activamente para lograr la celebración de un convenio con la masa concursal (D 2/1/80). Por lo demás, el representante legal de la FIFA defendió en el transcurso de la instrucción penal la opinión según la cual un pago habría sido sin ninguna duda compatible con el objetivo de la FIFA, que consiste en el fomento del fútbol, salvaguardando con ello también los intereses de los socios. Todos los pagos cubiertos por el objetivo de la asociación serían admisibles por principio ya en el derecho privado. Regiría el principio de *volenti non fit injuria*, por lo cual

³² BSK Strafrecht II, *Niggli*, N 104a al art. 158 CP.

Cf. también *Peter Ch. Hsu*, *Retrozessionen, Provisionen und Finder's Fees*, en *Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, suplemento 45, Basilea 2006, 45 s.

³³ BSK Strafrecht II, *Niggli*, N 75 ante el art. 137.

habrían que darse circunstancias muy especiales para poder considerar dicho pago dentro del marco de un convenio como gestión desleal.

En el caso de una organización o asociación sin ánimo de lucro, la cuestión de si hay que afirmar que existe infracción del deber se resuelve particularmente contestando la pregunta de si el pago, directo o indirecto, de la cantidad conciliatoria y la renuncia a exigir las comisiones a Ricardo Terra Texeira y João Havelange son compatibles con el objetivo de la asociación. De ello se deriva que la FIFA no podía disponer libremente de activos patrimoniales en cuanto ese acto contradijera el objetivo de la asociación. Los esfuerzos de la FIFA para conseguir la celebración de un convenio, inducir a Ricardo Terra Texeira al pago de la cantidad conciliatoria y, de esta manera, renunciar a la entrega de los pagos de soborno, por lo menos en esas dimensiones, solo pueden interpretarse como llevados a cabo en interés de sus socios, particularmente de algunos de ellos, en cuanto se trataba de un intento de evitarle a la asociación un daño de reputación, ya que los pagos de soborno conllevan en efecto un aspecto reprobable. Pero, al fin y al cabo, lo que ocupaba el primer plano no era, como se pretendió, el fomento del fútbol y, con ello, la salvaguardia de los intereses de los socios, sino las ventajas personales económicas de una parte de los órganos de la FIFA.

Esta circunstancia no tiene, sin embargo, nada que ver ni con el fomento del fútbol, ni con la salvaguardia de los intereses de los socios ni con el fomento de las relaciones de amistad citado por la FIFA en la instrucción, pero mal entendido (D 2/1/91). Considerando que existía un deber de prestación a la FIFA por parte de los inculpados y que esta renunció a la devolución, se produjo, como ya ha sido expuesto, una correspondiente disminución de patrimonio o bien un no aumento de los activos de la asociación, que se han perdido para el "fomento del fútbol". Ahora bien, esto no puede estar cubierto por el objetivo de la asociación si se lo interpreta a tenor de los estatutos y no desde la perspectiva de los favorecidos.

La objeción según la cual una persona orgánica contra la que se procede en derecho podría alegar la excepción eximente de responsabilidad de "volenti non fit injuria" contra una acción de responsabilidad por parte de la sociedad³⁴, en caso de haber actuado con el consentimiento de la sociedad perjudicada, solo puede aportar esclarecimiento en cuanto a la eventual responsabilidad "dentro" de la asociación, pero no en cuanto a las cuestiones penalmente relevantes de tipo legal planteadas por la gestión desleal.

El representante legal de la FIFA no ve infracción del deber en la abstención de hacer valer sus pretensiones, también por el motivo que la cobranza de ingresos procedentes de negocios poco limpios, si es que tenía conocimiento de ellos, habría sido para la empresa más perjudicial que útil (D 2/1/96). Como ya ha sido expuesto, no se puede ver nada reprobable en la reclamación de activos patrimoniales que le correspondían. Si la FIFA asocia escrúpulos morales a la reclamación, viéndose frente a un conflicto de conciencia, es muy libre de abstenerse del enriquecimiento a través de las cantidades transferidas por los inculpados transfiriéndolas, a su vez, a instituciones sin ánimo de lucro. Este no es el lugar para decidir o comentar la cuestión de si esto le parecería razonable al Comité de Finanzas desde la óptica de la administración de empresas.

El representante legal de la FIFA defiende además la opinión según la cual la ejecución de una pretensión de entrega por parte de la FIFA apenas habría sido posible. Entre otras cosas, con la argumentación de que una pretensión de la FIFA apenas se podría haber ejecutado en los países de América del Sur o África porque allí los pagos de soborno forman parte de los ingresos habituales de gran parte de los habitantes (D 2/1/85 s.). Este enfoque no es capaz de modificar la circunstancia de que la inculpada tenía la obligación, en la medida de lo que se le podía exigir, de salvaguardar los intereses de la asociación, lo que no obstante no hizo. Es cierto que no se puede pasar por alto que posiblemente tanto circunstancias fácticas como jurídicas habrían aunque no imposibilitado sí dificultado la ejecución exitosa de sus pretensiones legítimas, lo que, desde el punto de vista empresarial podría haber sugerido la renuncia a la pretensión, lo que habría de ser calificado como acorde con el deber. No obstante, hay que encuadrar esta consideración en los hechos concretos. Estos se refieren al antiguo presidente y a miembros del Comité Ejecutivo, quienes efectuaban una parte considerable de sus prestaciones realizadas para la FIFA en Suiza y eran remunerados también aquí (D 2/7/2). Por lo tanto, habría sido fácil ejecutar la pretensión legítima in situ, aplicando la ley suiza, y no en los “países de América del Sur o África” citados por la FIFA.

El representante legal de la FIFA también niega la existencia de infracción del deber porque los pagos de soborno no habrían sido punibles (D 2/1/96). No hay que volver a entrar en la cuestión de la punibilidad. Al menos sea dicho de nuevo que el deber de reclamarlos no resulta de la circunstancia de que, en opinión de la FIFA, no eran punibles, sino de las tareas fijadas por el objetivo, que sin medios no se pueden realizar. Y es que estos activos patrimoniales objeto del proceso habrían constituido una aportación sustancial a la realización del objetivo. La constatación de que existe un deber no resulta por lo tanto de la relación entre el pagador y el receptor, que ha de ser calificada contraria a las buenas costumbres, sino del objetivo de la asociación.

- 6.5 El representante legal de la FIFA defiende la opinión según la cual la FIFA, de haber ejecutado su pretensión de entrega, a su vez también habría tenido la obligación, sobre la base del art. 290 y con las condiciones de los arts. 286 – 288 de la Ley Federal sobre la ejecución y el concurso [*SchKG*], de transferir las comisiones a la masa concursal, y niega por lo tanto la existencia de un daño (D 2/1/89). El deber alegado se refiere por lo tanto a las bases que pueden conducir a la acción revocatoria por donación, sobreendeudamiento e intención. No se puede compartir ese enfoque, sobre todo porque no se habrían dado los requisitos legales para la acción directa contra la FIFA, considerando particularmente la falta de legitimación pasiva de la FIFA como tercera. Según lo expuesto, las prestaciones a los receptores (Havelange, Teixeira y otros) por principio forman parte de la retribución contractual de los acuerdos negociados por la FIFA. Esta constatación se refiere por lo tanto a la circunstancia decisiva para determinar el posible objeto de la acción pauliana. No obstante, desde el punto de vista de la FIFA, con respecto a los receptores no se trata del cumplimiento de una obligación natural, sino de la ejecución de un título jurídico ejecutable. Considerando estos hechos no se puede proceder en derecho contra ella por ser tercera. Por lo demás no infringe sus deberes por perpetuar una situación ilícita, según alega el representante legal de la FIFA, sino porque no salvaguardó los intereses de la asociación, renunciando a legítimas pretensiones monetarias. Por consiguiente, hay que constatar que existe daño en la medida de la renuncia.

En cuanto se alega que, considerando el plazo de prescripción de diez años para la responsabilidad de los miembros de un órgano de una asociación, las pretensiones de entrega contra Ricardo Terra Texeira han prescrito (D 2/1/86), hay que señalar que ello no es cierto al momento de la celebración del convenio, por lo menos para atribuciones que se remontan al año 1994. La cuestión no tiene que ser resuelta definitivamente, sobre todo porque la apreciación comprende, considerando los aspectos de prescripción y prohibición de retroactividad, únicamente la celebración del convenio como tal.

- 6.6 No se puede poner en tela de juicio la constatación de que la FIFA tenía conocimiento de pagos de soborno a personas pertenecientes a sus órganos. Por una parte, ya solo por el hecho de que varios miembros del Comité Ejecutivo hubiesen recibido fondos y, además, el antiguo jefe de finanzas de la FIFA, entre otros, confirmase como testigo que el pago de una cantidad de CHF 1.000.000.00 de la sociedad 1 destinado a João Havelange entró por error directamente a una cuenta de la FIFA, teniendo conocimiento de ello no solo él, sino también, entre otros, P1 (D 3/41, núm. 22, cf. también D 3/76 ss.).
7. De cometerse en una empresa, en ejercicio de la actividad comercial dentro del marco del objetivo empresarial, un delito grave o menos grave, y no poder imputarle este acto a una determinada persona física debido a la deficiente organización de la empresa, el delito grave o menos grave se imputa a la empresa de acuerdo con el art. 102 apdo. 1 CP. En este caso, la empresa es castigada con una multa de hasta 5 millones de francos.
- 7.1 Según el art. 102 apdo. 4 CP, son consideradas empresas las personas jurídicas de derecho privado, entre las que, por principio, cabe contar las asociaciones según los arts. 60 ss. CC. Considerando el concepto económico de empresa del art. 102 CP, para afirmar que existe responsabilidad de la asociación se requiere una dimensión no solo marginal de actividades económicas, que pueden manifestarse por ejemplo en la prestación de servicios³⁵. No se puede dudar que en el caso de la FIFA, a pesar de su orientación básica como organización sin ánimo de lucro, se trata de una empresa económica a tenor del tipo legal, lo que se desprende únicamente ya del presupuesto 2003-2006, entregado mediante instancia del 30-11-2009, según el cual se calculan ingresos totales de CHF 2.041,8 mill., gastos totales de CHF 1.871,90 mill. y un resultado de CHF 169,9 mill. (D 2/1/110 ss.).
- 7.2 De tratarse de la responsabilidad subsidiaria de la empresa³⁶, lo que se reprocha a la misma no es el hecho causante sino la deficiencia en la organización. La imposibilidad de imputar el hecho causante es el requisito para la punibilidad de la empresa, lo que, no obstante, no es el motivo de la pena porque este se basa en la deficiente organización de la empresa, que imposibilita la imputación³⁷. Se requiere el cumplimiento de los elementos típicos objetivos y subjetivos

³⁵ *Matthias Forster*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, tesis doctoral. 2006, 106.

³⁶ *Hansjakob, Schmitt, Sollberger*, loc. cit. 104.

³⁷ BSK Strafrecht I, *Niggli/Gfeller*, N 207 al art. 102 CP.

del hecho causante³⁸. El hecho causante es un delito grave o menos grave.

- 7.3 La cuestión, no resuelta en jurisprudencia, de si la empresa víctima de una gestión desleal puede ser, además, castigada como autora de ese delito, no tiene que ser resuelta aquí, puesto que el sobreseimiento de la instrucción penal sobre la base del art. 53 CP depende esencialmente de la voluntad de los interesados y, en caso de resarcimiento total, lo que tiene que ocupar el primer plano es ese aspecto y no el de un enfoque jurídico-formal. De todos modos se puede dejar constancia de que ni la ley, ni los materiales del proceso legislativo, ni la concepción del derecho penal empresarial suizo excluyen la punición de la empresa perjudicada³⁹. La empresa no está en la picota por el hecho causante, sino por el reproche de la deficiencia en la organización, tal como se ha descrito en el cargo.
8. Como ya se dijo, el art. 53 CP regula la exención de pena en caso de resarcimiento. Por lo tanto hay que comprobar si se cumplen los requisitos exigidos por el tipo legal de la pena condicional según el art. 42 CP (literal a) y del escaso interés público y del agraviado en la persecución penal (literal b).
- 8.1 Acerca de la reparación del daño / los esfuerzos razonablemente exigibles para compensar el mal causado: Para calcular el daño hay que partir del cálculo de la indemnización según el derecho privado. Por principio, el responsable tiene que reparar el daño completo. De acuerdo con el art. 43 apdo. 1 CO, al momento del cálculo hay que considerar tanto las circunstancias como la magnitud de la culpa⁴⁰. De ello se deriva que, al determinar la reparación del daño dentro del marco de discrecionalidad acorde con el deber, existe un considerable margen de apreciación. Esta constatación, no obstante, se deriva de la ley misma, que no exige la reparación total en todos los casos, sino que permite el sobreseimiento de la instrucción penal también en caso de que el autor haya compensado el mal causado mediante esfuerzos razonablemente exigibles. Además, la culpa no se puede determinar según criterios matemáticos. En la cuestión de lo que es razonablemente exigible cuando el daño como componente material es calculable, como suele ocurrir en el caso de los delitos patrimoniales, sin duda hay que tener en cuenta la situación patrimonial y de ingresos. A su vez deben incluirse factores como la edad del inculpado, las eventuales imponderabilidades relacionadas con ella que imposibilitan o dificultan la obtención de ingresos. Se entiende que, tanto en el caso de la FIFA, como en el de Ricardo Terra Texeira y João Havelange, hay que dejar de lado aquellos frutos de la acción delictiva que, debido a los impedimentos prescriptivos, no pueden constituir objeto de una condena y/o no pueden ser atribuidos de manera concluyente a uno u otro inculpado. Como ya se dijo, las circunstancias relativas a la E4 no están por completo esclarecidas, por una parte en cuanto a la titularidad económica de los inculpados y, por otra, en lo que se refiere a la correspondiente participación específica. Es cierto, además, que en el caso de los dos inculpados, la Fiscalía, ante el hecho de fondo de que ambos tienen su domicilio en [...],

³⁸ *Alain Macaluso*, La responsabilité pénale de l'entreprise, Ginebra 2004, N 711.

³⁹ BSK Strafrecht I, *Niggli/Gfeller*, N 85 s. al art. 102 CP.

⁴⁰ BSK Strafrecht I, *Riklin*, N 7. al art. 53 CP.

se ha abstenido, en la fase actual de la instrucción penal, de llevar a cabo investigaciones in situ y, por lo tanto, dependía, en la medida de lo necesario, de las declaraciones de los interesados.

- 8.1.1 Ricardo Terra Texeira: Teniendo en cuenta las explicaciones sobre la prescripción y, por consiguiente, también la circunstancia de que el Tribunal Federal todavía no se ha pronunciado detalladamente sobre la cuestión de la acción unitaria del tipo legal en caso de hechos como los presentes, hay que recurrir, en fin de cuentas, al lapso de tiempo del acto incluido en el plazo de prescripción de 15 años. Se trata por lo tanto de las asignaciones a la Anstalt 2 realizadas a partir del 31-05-1995 por un valor de CHF 4.305.000,00. A pesar de las imponderabilidades tocantes a la E4, se puede, con la seguridad exigida por la ley, partir del supuesto de que la cantidad delictiva asciende a un mínimo de CHF 5.000.000,00. Teniendo en cuenta la circunstancia de que Texeira ya pagó CHF 2.500.000,00 a la masa concursal, aunque sin causa jurídica coercible, la definición de la cantidad calificada como resarcimiento, de CHF 2.500.000,00, se puede considerar justificable.
- 8.1.2 João Havelange: Se le puede atribuir de manera concluyente la asignación del 03-03-1997 por un valor de CHF 1.500.000.00, no habiendo quedado establecido con absoluta certidumbre si a esta cantidad hay que sumarle la transferencia de CHF 1.000.000.00 descrita por varios testigos. Teniendo en cuenta esta circunstancia, pero también las limitaciones en cuanto a las asignaciones a la E4, así como la edad del inculpado, de 94 años, y las consiguientes posibilidades de ingresos, reducidas a los rendimientos del patrimonio y eventuales pensiones, es razonable la cantidad fijada por la Fiscalía, de CHF 500.000,00.
- 8.1.3 FIFA: No se pueden considerar las omisiones ocurridas antes de octubre de 2003 debido a la prohibición de la retroactividad. La definición de la cantidad calificada como resarcimiento, de CHF 2.500.000,00, corresponde a la cantidad pagada por Ricardo Terra Texeira a las masas concursales. Debido a las explicaciones expuestas no se puede dudar de la capacidad económica de la FIFA.

Para finalizar se debe dejar constancia de que las cantidades entraron a formar parte de las bases del sobreseimiento de la instrucción penal, teniendo conocimiento los interesados de todas las circunstancias y después de detenida reflexión.

- 8.2 Acerca de los requisitos de la pena condicional: La ejecución de una pena pecuniaria, de trabajo comunitario o de una pena privativa de libertad de un mínimo de seis meses y un máximo de dos años generalmente se suspende si no parece imprescindible una pena incondicional para impedir que el autor cometa ulteriores delitos graves o menos graves (art. 42 apdo. 1CP). De haber sido condenado el autor en los últimos cinco años antes del acto a una pena privativa de libertad, condicional o incondicional, de un mínimo de seis meses o a una pena pecuniaria de un mínimo de 180 días-multa, la suspensión solo cabe en los casos en que se den circunstancias especialmente favorables (art. 42 apdo. 2 CP). La concesión del cumplimiento condicional de la pena puede ser rechazada también en caso de que el autor hubiera omitido reparar el daño tal como le era razonablemente exigible (art. 42 apdo. 3 CP). Se puede combinar una pena condicional con una pena pecuniaria incondicional o con una multa según el art. 106 CP (art. 42 apdo. 4 CP). El tribunal puede suspender solo parcialmente la ejecución de una pena pecuniaria, de trabajo comunitario o de una pena privativa de libertad de un mínimo de un año y un máximo de tres

años, si ello es necesario para tomar adecuadamente en cuenta la culpa del autor (art. 43 apdo. 1 CP).

No parece ser necesaria la aplicación de una pena incondicional para impedir que los inculpados cometan ulteriores delitos graves o menos graves. Es probable que la presente instrucción, las cargas psíquicas unidas a él, y finalmente la entrega de considerables valores materiales, en el futuro impidan que los inculpados infrinjan los objetivos de una asociación que se ha fijado como meta actividades a favor del entendimiento entre pueblos. Si esta afirmación es cierta para Ricardo Terra Texeira, más aún lo es para João Havelange. Esto es cierto si se tiene en cuenta, a su vez, que hace tiempo que es pensionista y cuenta con un número considerable de años de vida que excluye una actividad delictiva con una probabilidad casi segura. Además, los inculpados no constan en el registro de antecedentes penales suizo, de manera que se dan los requisitos de una pena condicional. La declaración implícita de que la pena privativa de libertad aplicable no superaría los 2 años, se hace consciente de que se trata de un caso límite. El importe del delito, como elemento objetivo de culpa, es considerable y conllevaría por principio una pena privativa de libertad no susceptible de suspensión. No obstante, en el presente caso hay que tener en cuenta que no están esclarecidos por completo los elementos típicos, tanto subjetivos como objetivos, y que, en la fase actual de la instrucción penal, no han entrado en la apreciación cuestiones como la tocante a un eventual error de derecho, de manera que se puede afirmar que se cumplen, aunque con escaso margen, los requisitos de la suspensión de la pena condicional.

A pesar de que las multas solo se pueden imponer de forma incondicional (art. 105 apdo. 1 CP), hay que entender el art. 53 literal a CP de manera que el resarcimiento también sea posible en caso de que falte el pronóstico desfavorable a tenor del art. 42 CP, o bien no exista un pronóstico legal negativo⁴¹. Además, se puede partir del supuesto de que la FIFA, también en función de evitar un posible daño en la reputación, subsanará las deficiencias existentes en la organización.

- 8.3 Acerca del escaso interés público y del agraviado en la persecución penal: El Tribunal Federal ha entrado en la sentencia 6B_346/208 C. 3.4 ss. en un análisis detallado de la doctrina, su propia jurisprudencia y, en derecho comparado, del orden jurídico y la jurisprudencia alemanes, por lo que las explicaciones siguientes se basan en lo expuesto por el Tribunal Supremo.

El requisito del escaso interés público en la persecución penal del art. 53 CP trata de la necesidad de pena, disminuida debido a la compensación del mal⁴². La exención de pena debido al resarcimiento solo se admite en la medida que se cumplen los requisitos de la ejecución condicional de la pena. De la definición del art. 42 CP como base se deriva que, en los casos de penas privativas de libertad superiores a los dos años, el interés público en la persecución penal ya no

⁴¹ Sobre la problemática de las multas cf. BSK Strafrecht I, *Riklin*, N 15 al art. 53 CP y *Niggli/Gfeller*, N 331 al art. 102 CP.

⁴² *Günter Stratenwerth*, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II*, 2ª ed., Berna 2006, § 7 N 12).

puede ser considerado escaso⁴³. Dentro de este marco penal de dos años, el interés en la persecución penal se vuelve escaso debido a y en la medida que el autor ha dado pasos hacia el resarcimiento. Los esfuerzos por el resarcimiento del autor exigidos aumentan en función de la magnitud de la pena probable. Por otra parte, el interés público en la persecución penal disminuye, en la misma medida que el resarcimiento ha conducido a la reconciliación de los interesados y al restablecimiento de la paz pública. Pero incluso en los casos en que la gravedad del acto queda dentro de los límites del marco del art. 53 literal a CP y se ha producido el resarcimiento completo, ello no conduce necesariamente a la supresión del interés público en la persecución penal. Falta por apreciar si el pronunciamiento de una pena condicional sigue pareciendo necesario desde los puntos de vista de la prevención especial o general⁴⁴. Desde el punto de vista de la prevención general positiva se puede fortalecer la confianza del público en el Derecho, cuando se determina que el autor también admite la infracción de la norma y se esfuerza por restablecer la paz jurídica⁴⁵. Las consideraciones de prevención especial necesariamente ya han de ser tomadas en cuenta al momento de decidir la ejecución condicional de la pena según el art. 42 CP. Puesto que la concesión de la suspensión de pena es un requisito del resarcimiento, desempeñan solo un papel secundario en la apreciación del interés público según el art. 53 CP⁴⁶ (Sentencia del Tribunal Federal 6B_152/2007 del 13 de mayo de 2008, C. 5.2.3). Mientras que los objetivos de la pena han de ser tomados en cuenta de manera general, en la apreciación de los intereses públicos en la persecución penal hay que distinguir también, en el caso concreto, según los bienes jurídicos protegidos. El art. 53 CP se refiere explícitamente a la reparación del mal causado. La antijuricidad de ese mal viene definida por los distintos tipos legales del derecho penal esencial y complementario. En los casos de actos punibles contra intereses particulares y un perjudicado que acepta el resarcimiento, con frecuencia no procederá el interés público en la persecución penal. En los casos de actos punibles contra intereses públicos hay que apreciar si la prestación del resarcimiento es suficiente o si, bajo los aspectos de compensación de la culpa y de prevención, se imponen otras reacciones penales. El interés público en la persecución penal disminuye en función del aumento del tiempo transcurrido desde el acto. También existen intereses públicos en la igualdad de trato de los autores. Por consiguiente, al aplicar la norma del resarcimiento no está permitido privilegiar a los autores acaudalados.

- 8.3.1 Las explicaciones que preceden demuestran que, en la presente cuestión, la doctrina combina aspectos de otros elementos típicos con el del escaso interés público,

⁴³ *Andreas Brunner*, Geldstrafe, Busse und Freiheitsstrafe im strafrechtlichen Alltag sowie Wiedergutmachung, en: B. Tag/M. Hauri (ed.), Das revidierte StGB, Allgemeiner Teil, Erste Erfahrungen, Zürich 2008, 63 ss.

⁴⁴ *Felix Bommer*, Bemerkungen zur Wiedergutmachung, Forumpoenale 3/2008, 171 ss.; Rainer Angst/Hans Maurer, Das «Interesse der Öffentlichkeit» gemäss Art. 53 lit. b StGB - Versuch einer Konkretisierung, 1ª parte en: forumpoenale 5/2008, 301 ss., 2ª parte en: forumpoenale 6/2008; *Christian Schwarzenegger/Markus Hug/Daniel Jositsch*, Strafrecht II, 8ª ed., Zürich 2007, 64; *Andre Kanyar*, Wiedergutmachung und Täter-Opfer-Ausgleich im schweizerischen Strafrecht, Basilea 2008, 217; diferenciando acerca del escaso interés en persecución penal: *M. Dubois/B. Geller/G. Monnier/L. Moreillon/C. Piquet*, Petit Commentaire, Code Penal I, Basilea 2008, art. 53 CP N 13, *Andreas J. Keller*, Art. 53 Wiedergutmachung, en: *Hansjakob/Schmitt/Sollberger*, loc. cit., 50.

⁴⁵ *Silvan Fahrni*, Wiedergutmachung als Voraussetzung einer diversionellen Verfahrenserledigung, en: B. Schindler/R. Schlauri [ed.], Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren, Zürich 2001, 205.

⁴⁶ BSK Strafrecht I, *Riklin*, N 4 y 16 al art. 53 CP.

lo que no es coherente. Las consideraciones de prevención especial, por ejemplo, han de ser tomadas en cuenta, dentro del contexto concreto de la ley, únicamente en la apreciación de la cuestión de si es posible la suspensión condicional de la pena o no.

- 8.3.2 El aspecto central en la ponderación correcta de los factores que pueden conducir a negar la existencia del interés en la persecución penal, o bien a que se pueda calificar de escaso el interés público, reside en la cuestión del bien jurídico protegido. Tanto en los casos de apropiación indebida como en los de gestión desleal, las acciones u omisiones típicas han de ser consideradas, según la sistemática de la ley, como ataques generales al patrimonio. La doctrina actual identifica al patrimonio como bien jurídico protegido por los delitos patrimoniales⁴⁷, pudiéndose renunciar aquí a la discusión teórico-jurídica del concepto de patrimonio. En este contexto no interesa resolver la cuestión de si hay que calificar al art. 102 CP como tipo legal penal y, en caso afirmativo, cuál es el bien jurídico protegido. Lo decisivo en este contexto es la conexión del elemento ético-social con el destinatario del reproche de la deficiencia en la organización de una figura jurídica estructurada según criterios económicos, como lo es una empresa. Es decisivo porque, en la definición de todo bien jurídico, el aspecto ético-social es un elemento de calificación y, a fin de cuentas, conlleva una ponderación de lo antijurídico. En el presente caso se trata, por una parte, de actos delictivos contra intereses particulares y no públicos, y, por otra parte, el destinatario del reproche de una deficiencia en la organización ha de ser inscrito dentro de intereses particulares y no públicos. La compensación del mal causado por los actos punibles en un individuo se produce, por lo tanto, mediante la prestación material. De este enfoque se deriva que, una vez ocurrida la compensación material, el interés público en la persecución por lo menos se reduce.
- 8.3.3 Por lo demás hay que tener en cuenta que el tiempo transcurrido desde que se produjo la infracción jurídica tiene efectos sobre la ponderación del interés público en la persecución penal. Esta constatación se sustenta indirectamente en el hecho de que una eventual infracción del principio de celeridad ha de repercutir en la extensión de la pena. De haberse producido una compensación, tratándose, además, de delitos patrimoniales y remontándose las infracciones jurídicas a años atrás, la necesidad de reacciones penales pasa manifiestamente a un segundo plano. Los pagos de comisiones se remontan parcialmente a un lapso de tiempo no comprendido en el plazo de prescripción de 15 años, y el hecho causante que habría que apreciar en relación con el reproche de la deficiencia en la organización prescribiría, aplicando el tipo legal básico, el año próximo. De esta circunstancia, no obstante, no es responsable la autoridad de investigación, sino los interesados. Estos factores demuestran que la falta de actualidad de los delitos también contribuye a abstenerse de una represión penal desmesurada.
- 8.3.4 Queda por constatar que el trasfondo de los delitos patrimoniales está constituido por actos que se pueden inscribir dentro del cohecho privado. Aunque hoy ya no se constate que tales actos se perciben como libres de falta, este hecho es el mero resultado de una considerable evolución político-social iniciada a comienzos de los años noventa y, por lo tanto, se refiere al lapso de tiempo del acto. Esta evolución político-social, respectivamente el correspondiente cambio de opinión y la consiguiente reformación

⁴⁷

BSK Strafrecht I, *Niggli*, N 13 ante el art. 137 CP.

de la conciencia de la ilicitud, reflejados paralelamente en la legislación (Ley Federal sobre competencia desleal), junto con la circunstancia de que los actos se remontan incluso a los años noventa, relativizan, ante la presente compensación del daño, el interés público en la persecución penal. Dentro de este marco ha de inscribirse también la circunstancia de que ninguno de los inculpados admite explícitamente haber infringido la ley, aunque esta constatación se ve relativizada por el resarcimiento de una cantidad millonaria en la medida que este se puede identificar como admisión tácita de comportamientos penalmente relevantes.

- 8.3.5 Como ya ha sido expuesto, el resarcimiento también pretende contribuir al restablecimiento de la paz pública. A este aspecto le es inmanente un elemento que va más allá de lo que generalmente se discute bajo enfoques filosófico-jurídicos en relación con los fundamentos del estado de derecho de una sociedad que funciona. En la medida en que una terminación de la instrucción penal según el art. 53 CP favorece a la sociedad en el aspecto material, esta circunstancia puede constituir una aportación sustancial al restablecimiento de la paz pública. Esto debe afirmarse en el presente caso. La constelación de la instrucción penal según la cual la FIFA es, por una parte, perjudicada y, por otra, se ve confrontada al reproche de la deficiencia en la organización, convirtiéndose al mismo tiempo en inculpada, conduce, aunque esta es la voluntad del legislador, a un nudo gordiano. El hecho de haber podido desatarlo tiene que ver con el consentimiento de la FIFA de poder emplear los fondos del resarcimiento en proyectos de utilidad pública y la aprobación de poner en manos de la Fiscalía la correspondiente implementación.

Teniendo en cuenta los factores citados, hay que calificar de escaso el interés público en la persecución penal a tenor del art. 53 CP, y constatar que se cumplen los requisitos del sobreseimiento de la instrucción penal sobre la base de esta norma legal. Sobran explicaciones acerca del interés del perjudicado debido a la constelación de la instrucción expuesta.

9. De acuerdo con el § 34 apdo. 2 CPP, en caso de sobreseimiento de una instrucción penal en su fase investigativa hay que resolver sobre las costas según los §§ 56 ss. CPP. La cuestión de las costas ha de resolverse, en caso de que se base en el art. 53 CP, de igual manera que en caso de sentencia absolutoria o sobreseimiento de la instrucción penal⁴⁸.
- 9.1 Sobre la base del § 56^{bis} apdo. 2 en relación con el § 34 apdo. CPP, en caso de sobreseimiento se pueden imponer las costas, totales o parciales, al inculpado, si este ha causado la apertura de la instrucción penal por un comportamiento reprochable o irresponsable o ha dificultado su ejecución.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Federal es incompatible con el art. 6 núm. 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos y el art. 32 de la Constitución Federal (art. 4 de la antigua CF) reprocharle al inculpado, directa o indirectamente, en la motivación de la resolución que le impone las costas en caso de sentencia absolutoria o sobreseimiento de la instrucción penal, haber cometido un delito o bien haber incurrido en culpa penal. Por el contrario, es compatible con la Constitución y la Convención cargarle las costas a un inculpado no sentenciado en caso de que haya infringido claramente, de manera reprochable según los principios de derecho privado, o sea a tenor de una aplicación análoga de los principios resultantes del art.

⁴⁸

BSK Strafrecht I, *Riklin*, N 35 ante los arts. 52 ss. CP, N 31 al art. 53 CP.

41 CO, una norma de comportamiento, escrita o no escrita, que puede tener su origen en la totalidad del orden jurídico suizo y que prohíbe, directa o indirectamente, dañosiones o bien prescribe un comportamiento que evite la dañación, provocando de esta manera la instrucción penal o dificultando su ejecución (STF 116 la 175). El derecho privado no escrito prohíbe crear hechos idóneos para causar un perjuicio a otros sin tomar las medidas necesarias para impedir que se produzca. Quien no observe esta norma puede ser obligado, según el art. 41 CO, a resarcir el daño que se origine. Las costas directas e indirectas de una instrucción penal, inclusive la indemnización que eventualmente se deba pagar al inculpado absuelto, constituyen un perjuicio para la colectividad. El derecho penal prohíbe implícitamente la creación, sin necesidad, de la apariencia de que se ha cometido, a ciencia cierta o posiblemente, una infracción, puesto que tal comportamiento es idóneo para provocar la intervención de las autoridades penales y la apertura de una instrucción penal y, por consiguiente, causarle a la colectividad un daño, representado por los gastos de la apertura de una instrucción penal en vano. En este caso existe comportamiento culposo si el inculpado, ante las circunstancias y su situación personal, tenía que tener claro que su comportamiento conllevaba el peligro de provocar la apertura de una instrucción penal (STF 135 III 43 = Pra 2009 núm. 69). No obstante, un comportamiento ilícito de por sí no es suficiente para que el inculpado deba responder por las costas. Se requiere, además, que este comportamiento ilícito constituya la causa adecuada de la apertura o agravamiento de la instrucción penal (STF 116 la 170) (cf. también JS 2008 3).

- 9.2 Teniendo en cuenta estas consideraciones, hay que afirmar que se cumplen los requisitos para imponer las costas a los inculpados, siendo innecesario el análisis de las correspondientes bases en los hechos, puesto que la FIFA se hace cargo de las costas de la instrucción penal hasta la cantidad de CHF 100.000,00 y las partes están de acuerdo entre ellas sobre su distribución.

Sobre la base de los §§ 34 apdo. 2 en relación con 56^{bis} apdo. 2 CPP,

la Fiscalía dicta:

1. La instrucción penal contra la Fédération Internationale de Football Association (FIFA) por gestión desleal es sobreseída sobre la base del art. 53 CP.
2. La instrucción penal contra Ricardo Terra Texeira por apropiación indebida, eventualmente gestión desleal, es sobreseída sobre la base del art. 53 CP.
3. La instrucción penal contra Havelange Jean-Marie Faustin Godefroid por apropiación indebida, eventualmente gestión desleal, es sobreseída sobre la base del art. 53 CP.

4. Las costas de esta instrucción penal ascienden a

CHF	87.000,00	Costas de la instrucción
CHF	4.474,70	Expensas
CHF	496,00	Gastos de oficina
CHF	91.970,70	Total

y se imponen a la Fédération Internationale de Football Association (FIFA).

5. Las costas de traducción de CHF 5.061,20 corren a cargo del erario público.

6. No se adjudica indemnización alguna.

7. Contra este auto cabe interponer recurso escrito de queja dentro de un plazo de 10 días por las partes de esta instrucción penal ante la Comisión Judicial del Tribunal Superior del Cantón de Zug [Justizkommission des Obergerichts des Kantons Zug]. El recurso de queja ha de efectuarse con peticiones determinadas, motivado y en duplicado, acompañado del auto recurrido (§§ 34 apdo. 5 y 80 ss. CPP).

8. Notificación a:

- Letrado Dr. Dieter Gessler, Anwaltskanzlei Nobel & Hug, Dufourstrasse 29, Postfach 1372, 8032 Zúrich, para sí mismo y la Fédération Internationale de Football Association (FIFA)
- Letrado lic.iur. Hans-Rudolf Wild, Dammstrasse 19, 6300 Zug, para sí mismo y Ricardo Terra Texeira
- Letrado Dr. Marco Niedermann, Utoquai 37, 8008 Zúrich, para sí mismo y Jean-Marie Faustin Godefroid Havelange
- Oficina de Migración (después de causar ejecutoria), solo el fallo
- Caja Judicial del Cantón de Zug (después de causar ejecutoria)

Fiscalía del Cantón de Zug
IIº departamento

Thomas Hildbrand
[firma]
Fiscal suplente

Autorizado el [iniciales]
27-05-2010