

JOSÉ MIGUEL ZUGALDIA ESPINAR

LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD Y EL PATRIMONIO

I: Infracciones de uso

PRIMERA PARTE LOS BIENES JURIDICOS PROTEGIDOS EN EL TITULO XIII DEL LIBRO II DEL CODIGO PENAL

I. LAS FIGURAS DEL TITULO XIII COMO DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

Todo el Título XIII está comprendido bajo la denominación genérica de «Delitos contra la propiedad». Esta denominación debe de ser el punto de partida para averiguar cuál sea el bien jurídico protegido en dicho Título, teniendo en cuenta que en nuestro Código los delitos se agrupan en atención al bien jurídico protegido. Pero de todas formas deben hacerse dos salvedades: que las denominaciones que encabezan los Títulos del Código no son de por sí suficientes en muchos casos para determinar dicho bien jurídico y que ya ha pasado la época en la que los estudios del Derecho aceptaban sin discusión la terminología y sistemáticas usadas por el legislador (1).

1. El derecho de propiedad entendido en su sentido estricto jurídico privado: consideraciones críticas

La doctrina española, absolutamente dominante, descarta que el bien jurídicamente protegido en el Título XIII («De los delitos contra la propiedad»), último en realidad de los delitos en particular del Libro II del Código Penal, sea el derecho de propiedad entendido en su sentido estricto jurídico-privado: el concepto de propiedad, civilmente acuñado como «el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas por las leyes» (art. 348 C. C.), no acierta a compren-

(1) Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco: *El delito de alzamiento de bienes*. Barcelona, 1971, págs. 30.



AKAL

der, sin duda, toda la gama de relaciones que se encuentran bajo el mencionado Título. Efectivamente, la rúbrica «delitos contra la propiedad» es inadecuada porque la gran mayoría de las infracciones contenidas bajo la misma no requieren precisamente la violación del derecho de propiedad *stricto sensu*, sino que pueden ser igualmente imaginables contra la posesión (2) hasta en su forma más rudimentaria de mera tenencia de las cosas (3) y contra otros derechos reales y obligaciones (4), como lo demuestra el hecho de la protección que el art. 517 del Código Penal brinda a titularidades de derechos reales distintos del de propiedad (5).

Desde otro punto de vista, se afirma que en el Código Penal existen determinadas infracciones en las que se daría la paradoja, si se aceptara la propiedad en su acepción jurídico-privada como bien jurídico de los delitos del Título XIII, de que el propietario de una cosa pudiera cometer «un delito contra la propiedad» al apropiarse de dicha cosa que otro tuviese legítimamente en posesión. Así, el art. 532.1. C.p. zanja la cuestión al castigar al dueño de una cosa mueble que la sustrajere a otra persona que la tuviese en virtud de un título legítimo. Además, forman parte del Título XIII figuras que —se afirma— suponen un ejercicio abusivo del propio derecho de propiedad, como ocurre en los incendios y daños a cosa propia de los arts. 556 y 562 C.p. De lo dicho puede deducirse la doctrina que si se aceptara a la propiedad en su acepción jurídico-privada como el bien jurídico del Título XIII al que nos referimos, se daría el supuesto inóclito en Derecho Penal de que el titular del bien jurídicamente protegido y el sujeto activo del delito coincidirían en una misma persona: se castigaría, por tanto, como reo de un delito contra la propiedad, al propietario mismo (6).

La fuerza de convicción de los argumentos expuestos, esto hay que reconocerlo, no es la misma en todos los casos: personalmente no creo afor-

(2) En este sentido: QUINTANO RIBOLLES, Antonio. *Compendio de Derecho Penal*. Tomo II. Parte Especial. Madrid, 1958, pág. 309. CARRA JIMÉNEZ, Francisco. *En torno al fornum possessionis (análisis crítico del art. 532. 1. del Código Penal)*. ADPCP, 1980, pág. 396.

(3) De esta opinión: CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal*. Revisado y puesto al día por César CAMARGO HERNÁNDEZ. Tomo II. Parte Especial. Vol. II 14 ed. Barcelona 1980, pág. 834. CARRA JIMÉNEZ, FRANCISCO. *En torno al fornum possessionis (análisis crítico del art. 532. 1. del Código Penal)*. Cit., pág. 396.

(4) En este sentido: MUÑOZ COMBE, Francisco. *Derecho Penal*. Parte Especial. 5 ed. Sevilla 1983, pág. 175. CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal*. Cit., pág. 834.

(5) Cit. HUERTA TOCADO, Susana. *La protección penal del patrimonio inmobiliario*. Madrid 1980, pág. 15, nota 1.

(6) Vid. MUÑOZ COMBE, Francisco. *Derecho Penal*. Cit., págs. 180 y 181. De la misma opinión, entre otros: QUINTANO RIBOLLES, Antonio. *Compendio de Derecho Penal*. Cit., pág. 309. CARRA JIMÉNEZ, Francisco. *En torno al fornum possessionis (Análisis crítico del art. 532. 1 del Código Penal)*. Cit., pág. 396. LOPEZ HERNÁNDEZ, Gerardo. *Sobre la tutela penal del patrimonio*. ADPCP, 1965, págs. 513 y sigs. SANZ CANTERO, José Antonio. *Derecho Penal*. II. Unidades Didácticas redactadas para la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid 1977, pág. XIX/6. RODRÍGUEZ DE VESA, José María. *Derecho Penal español*. Parte Especial. Madrid 1983, pág. 348.

tunada la ejemplificación con los arts. 556 y 562 C.p., ya citados. Ya que en la legislación penal española no se eleva a la categoría de delito toda destrucción o incendio de bienes propios, sino sólo aquellos incendios que tienen por finalidad defraudar o perjudicar a tercero, o causan defraudación o perjuicio, o ponen en peligro bienes ajenos (art. 556 C.p.) y aquellos daños que recaen sobre cosa propia de utilidad social (art. 462 C.p.) De ello se deduce que la más que dudosa razón de ser de la figura del art. 556 C.p. (suprafusa repetición en la mayoría de los casos de auténticos delitos de estafa) radica en el perjuicio patrimonial o daño que se intenta causar, se causa o se puede causar a bienes ajenos (pudiendo recurrir aquí sentido, aunque no lo haga, la referencia al derecho de propiedad), mientras que el merecimiento de pena en el delito de art. 562 se debe a la sustracción que el propietario hace de la cosa a su función social, de donde se puede deducir sin obstáculos lógicos insalvables —pues la función social de la propiedad no queda en la faz externa del dominio, sino que penetra en su interior, ya que la atribución misma del derecho a su titular tiene en cuenta no sólo su interés, sino sobre todo la conexión entre la posición del particular y su pertenencia a un organismo social (7) —un ataque interno a la institución misma de la propiedad realizado por el propietario: por ello parece correcta la ubicación que se hace en la PANCP del delito de sustracción de la cosa propia a su función social entre los delitos socioeconómicos, indicaría de la dimensión social de la infracción (7 bis).

2. Definiciones penales del derecho de propiedad: consideraciones críticas.

Fuera de discusión, pese a todo, que no es el derecho de propiedad entendido en su sentido estricto jurídico-privado el bien jurídicamente protegido en el Título XIII del libro II del Código Penal, algunos autores han entendido al término «propiedad» en sentido distinto a como se viene entendiendo por la doctrina y el derecho positivo privado, formulando de un modo más amplio para que pueda comprender toda la gama

(7) En este sentido: MONTES, Vicente L. *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo*. Madrid 1960, pág. 197.

(7 bis) Favorable a dicha ubicación sistemática: TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Sustracción de cosa propia a su utilidad social*. Documentación Jurídica. Enero-diciembre 1983 dedicado a la PANCP. Vol. II, págs. 811 y sigs. Más defectuosamente, incluyendo la infracción simplemente entre los delitos contra la propiedad —lo que no obstante es básicamente correcto— el Proyecto 1980 ignoró que en el marco de nuestro modelo de orden socioeconómico, el art. 33 C.E. establece una afirmación al derecho de propiedad por su función social. Cf. STAMPABACCIAJURO. *La reforma del Derecho Penal económico*. Instituto de Estudios Económicos. Madrid 1980, págs. 24 y sigs.

de relaciones reguladas en el mencionado Título XIII. De esta forma Rodríguez Devesa sostuvo que la propiedad debía entenderse acudiendo a «la Filosofía del Derecho, especialmente al llamado Derecho Natural, porque allí encontramos una acepción lo suficientemente amplia, en la que no solamente las cosas, sino también los derechos reales o de crédito que no solamente son susceptibles de una propiedad» (8). No obstante, el mencionado autor se apartó posteriormente de esta tesis—muy difundida entre los comentaristas del siglo XIX (9)—por entender que esta noción de «propiedad» se aproxima tanto al significado privatista de la misma que debía ser rechazada por semejantes razones (10) y para sostener, a pesar de todo en la misma línea, que el bien jurídico protegido en el Título III es la «propiedad» entendida como «el conjunto indeterminado de relaciones jurídico-patrimoniales que generalmente tiene valor económico» (11); esto es, la «propiedad» como expresión equivalente a elementos integrantes del patrimonio (12), ya que no es posible hablar de delitos contra el patrimonio como tal unidad—es un argumento similar a aquél en base al cual Quintano Rapolles prefería hablar de «delitos patrimoniales» para referirse a los del Título XIII, en lugar de «delitos contra el patrimonio», ya que consideraba que ésta última expresión tenía el peligro de incitar al equívoco de una noción universalista del patrimonio (13).

La postura de Rodríguez Devesa y la de otros autores que le siguen (14) es más bien de tipo formal. La propiedad entendida en su sentido penal como el conjunto indeterminado de relaciones jurídico-patrimoniales que tienen un valor económico, no es más que lo que entiende por patrimonio la posición económico-jurídica mantenida entre otros por Weizel en Alemania (15). Pero no por ello deja de ser susceptible de crítica. Sin exagerar el problema de las cuestiones terminológicas, que en

el campo del Derecho ocasionan discusiones y polémicas las más de las veces inútiles, afirma Muñoz Conde, tampoco es menos cierto que determinadas instituciones, por su validez general para todo el Ordenamiento jurídico y por su tradición científica, tienen un significado preciso y concreto, que no puede variarse sin más, pues, además de que este procedimiento sería formalmente inadmisibles, se ocasionaría también un confusiónismo en los términos empleados en las distintas ramas del Derecho (16). No hay que olvidar, insiste el mencionado autor, que el término propiedad es un concepto que viene acuñado ya desde el Derecho Romano y que ha pasado a formar parte de la Teoría General del Derecho, usándose tanto en las ramas del Derecho Público como el Privado. El pretendido crear un concepto distinto de propiedad para el Derecho Penal es un procedimiento que viene a crear un confusiónismo terminológico en conceptos cuya inteligencia están fuera de duda en todo el campo de la Teoría General de Derecho (17).

El hecho, además, de que no existan delitos contra el patrimonio como tal unidad (en el sentido de que supongan un ataque *en bloque* a todos los derechos que lo integran) no debe conducir a la defensa de la «propiedad» (redefinida en el sentido anteriormente expuesto) como bien jurídico de todo el Título XIII del libro II del Código Penal: no sólo por criticando los conceptos de patrimonio y propiedad—tomado éste último en sentido estricto—por ser imprecisos y de vaga significación (18) se llega a sostener un concepto de «propiedad» con mayor dosis de indeterminación y ambigüedad (19), sino porque, además, la esencia de los delitos contra el patrimonio radica en que a través de los mismos se lesiona el patrimonio (globalmente considerado) mediante la pérdida, obviamente, de una parte integrante determinada del mismo. En este sentido la doctrina absolutamente dominante ha repetido con insistencia que los delitos contra el patrimonio en su totalidad se dirigen normalmente contra determinados derechos particulares integrantes del mismo: lo que sucede es que estos derechos particulares—v. gr. en el delito de estafa—no aparecen incluidos en el tipo legal, por lo que todos ellos (la totalidad de ellos) pueden ser objeto de ataque (20).

- (8) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *El hurto propio*. Madrid 1946, págs. 66 y 67. En analogo sentido: PUIG PEÑA, Federico. *Derecho Penal*. Parte Especial. Tomo IV. Vol. II. 5.ª ed. Barcelona 1959, pág. 181.
 (9) Vid.: MUÑOZ CONDE, Francisco. *El delito de alzamiento de bienes*. Cit., pág. 32, nota 20 con bibliografía.
 (10) Vid.: RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho Penal español*. Parte Especial. Cit., pág. 348.
 (11) Vid.: RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho Penal español*. Parte Especial. Cit., págs. 349 y 350.
 (12) Vid.: RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Consideraciones generales sobre los delitos contra la propiedad*. ADRCP 1960, págs. 52 y sigs.
 (13) Cfr. QUINTANO RAPOLLES, Antonio. *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*. Tomo II. Infracciones patrimoniales de apoderamiento. 2.ª ed. puesta al día por Carlos GARCÍA VALDÉS. Madrid 1977, págs. 3 y 4.
 (14) En este sentido: CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal*. Cit., págs. 834 y 835.
 LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *El delito de usurra*. Barcelona 1968, págs. 96 y sigs. MISMO AUTOR. *Las quiebras punibles*. Barcelona 1970. Pág. 139. SAINZ CANTERO, José Antonio. *Derecho Penal II*. Cit., pág. XIX 6.
 (15) Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. *El delito de alzamiento de bienes*. Cit., pág. 33.

- (16) Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. *El delito de alzamiento de bienes*. Cit., págs. 33 y 34.
 (17) Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal*. Cit., pág. 181. En contra de este tipo de construcciones se pronunció ya LISZT FRANZ von, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. Dreundwanzigste Auflage nach dem Tode des Verfassers besorgt von Dr. Eberhard SCHMIDT. Berlin und Leipzig 1921. Págs. 464 y sigs.
 (18) Lo que es básicamente inexacto al menos en lo que se refiere al concepto jurídico-patrimonial de bienes. Cit., pág. 33.
 (19) En este sentido: LÓPEZ HERRÁNDEZ, Gerardo. *Sobre la tutela penal del patrimonio*. Cit., pág. 516.
 (20) Cfr. MEZZER, Edmund. *Derecho Penal*. Parte Especial. Libro de Estudio. Trad. de la 4.ª ed. alemana (1954) por el Dr. Conrado A. FIZZI. Buenos Aires 1959, págs. 167 y

Ejemplificando con la estafa, delito patrimonial por antonomasia, se podría decir que el engaño del sujeto activo que produce error en la víctima ha de determinar una disposición patrimonial de ésta; pero dicha disposición patrimonial, naturalmente, no ha de afectar a todos sus bienes patrimoniales, sino que normalmente se circunscribe a una parte concreta de ellos, sean cuales sean (v. gr. el lote de frigoríficos que se entrega tomando como pago un cheque sin fondos). Lo decisivo es que efectivamente se produzca un «perjuicio patrimonial», es decir, que tras una comparación del patrimonio del sujeto pasivo antes y después de la disposición patrimonial, pueda afirmarse que después de ella, su patrimonio, como tal, se ha visto perjudicado desde alguno de los puntos de vista que puede concebirse modernamente, como veremos, al patrimonio. De la inexistencia de delitos contra el patrimonio como tal unidad no cabe deducir —sin incurrir en un estéril juego de palabras— que los delitos que basan su razón de ser en un perjuicio patrimonial no son delitos contra el patrimonio, sino contra una parte integrante del mismo —es decir, delitos contra «la propiedad».

II. LAS FIGURAS DEL TÍTULO XIII COMO DELITOS CONTRA LOS DENOMINADOS «VALORES PATRIMONIALES»: CONSIDERACIONES CRÍTICAS

La poca aceptación que han tenido, por las razones ya expuestas, los mencionados intentos de redefinir a la propiedad desde el punto de vista penal y la justificada renuencia a considerar que la propiedad en su sentido estricto jurídico-privado pueda ser la abrazadera común de todo el Título XIII, ha llevado a un importante sector de nuestra doctrina a utilizar otro concepto distinto —más amplio, se afirma— para englobar ese conjunto de relaciones reales y obligacionales que se protegen en el Título XIII de nuestro Código Penal: ese concepto es el de patrimonio (21).

sign. En idéntico sentido, con posterioridad, haciéndose eco del sentido en que la doctrina alemana dominante entiende la expresión «delitos contra el patrimonio en general» o «delitos contra el patrimonio en su totalidad». Vid. por todos: BELI, Hermann. *Strefrecht II. Besondere Teil*. En Stuttgart, 12. neubearbeitete Auflage des von Edmund Mezger begründeten Werkes. München 1983, pág. 167. WETZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht. Elftes Buch*. 1983. En este sentido: MÚÑOZ COMBES, Antonio. *Compendio de Derecho Penal*. Madrid 1949. PÉREZ, Fernando. *Derecho Penal*. Cit., pág. 181. LÓPEZ HERNÁNDEZ, GERARDO. *Sobre la noción penal del patrimonio*. Cit., págs. 313 y sigs. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *La realización del propio derecho*. Madrid 1976, págs. 29 y sigs. QUINERO OLIVARES, Gonzalo. *La política penal de la propiedad y el orden económico ante el futuro Código Penal español*. En *Estudios Penales y Criminológicos III*. Santiago de Compostela 1979, págs. 212. CANDIL JIMÉNEZ, Francisco. *En torno al *forum possessionis* (análisis crítico del art. 532.1 del Código Penal)*. Cit., pág. 396. HUERTA TOGILDO, Susana. *La Protección penal del patrimonio*

El mismo es unánimemente aceptado y utilizado por la doctrina de países como Italia —cuyo Código Penal abandonó la rúbrica de «delitos contra la propiedad» para aceptar la de «delitos contra el patrimonio»— y Alemania, donde goza de aceptación general en los términos a los que me referiré más adelante, pese a que el SGB no agrupa esta clase de delitos ni en un sólo Título ni bajo una denominación genérica (22).

1. Delimitación del tema

La determinación de si es correcta o no la tesis a la que se ha hecho referencia pasa, en primer lugar, por razones de economía metodológica, por una delimitación o reducción de las figuras respecto de las cuales básicamente se hace la mencionada afirmación. Y en segundo término, por algunas precisiones puntuales que eviten superfluas repeticiones.

A. Delitos «contra la propiedad» y delitos socioeconómicos

No tiene excesivo sentido, y parece ser una tarea considerada inevitablemente al fracaso, la de intentar encontrar un denominador común —a nivel de bien jurídico— a conductas tan diversas como el delito de cheque en descubierto (23), las maquinaciones para alterar el precio de las cosas (24) y el hurto, por ejemplo. Prescindiendo de las conductas que en principio están llamadas a desaparecer de un futuro texto punitivo —como es el caso de delito de cheque en descubierto (25)— los actuales «delitos contra la propiedad» deberían dividirse en dos grandes grupos:

incubierta. Cit., pág. 15, nota 1. MÚÑOZ AUTON: *Los delitos patrimoniales en el Proyecto de Código Penal de 1980*. CFC, núm. 15, 1981, pág. 423, nota 2. MÚÑOZ COMBES, Francisco. *Derecho Penal*. Cit., pág. 181 y 182. FERNÁNDEZ ALBA, Agustín. *Los delitos contra el patrimonio y el arbitrio judicial en el Proyecto de Código Penal de 1980*. En *La Reforma penal y penitenciaria*. Santiago de Compostela 1980, págs. 223 y sigs. GÓMEZ BERTREZ, José Manuel. *Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socioeconómico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código Penal (Títulos VIII y V)*. ADPFCP 1980, págs. 467 y sigs. DÍAZ PALOS, Fernando. *Infraacciones contra el patrimonio*. R. Jur. Cat. 1980, págs. 53 y sigs.

(22) Cit. MÚÑOZ COMBES, Francisco. *El delito de alzamiento de bienes*. Cit., pág. 34. (23) Vid. Con simpatía: JOYE JANE, Jordi. *La necesaria supresión del delito de cheque en descubierto*. En *Estudios Jurídicos en honor del profesor Ozaivo Pérez-Viñoria*. Barcelona, 1983. Vol. 1, págs. 385 y sigs.

(24) Vid. También ampliamente: GARCÍA PABLOS DE MOLANA, Antonio. *Sobre la figura del delito de maquinaciones para alterar los precios (naturales) de las cosas*. CFC, núm. 14, 1981, págs. 224 y sigs.

(25) Vid. JOYE JANE, Jordi. *La necesaria supresión del delito de cheque en descubierto*. Cit., págs. 386 y sigs. El delito de cheque en descubierto, previsto en el art. 534 del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal español de 1980, ha desaparecido como tal figura criminal en la PANCP de 1983. Vid. también la motivación de la Enmienda número 1115 —primer firmante: Grupo Comunista— presentada al Proyecto de 1980.

el de los delitos —eminentemente colectivos— socioeconómicos (insolvencias punibles, delitos relativos a la propiedad industrial y a los secretos industriales, delitos publicitarios, alteración de precios y prácticas restrictivas de la competencia, infracciones de los derechos de autor, delitos laborales, usura, delitos financieros, sustracción de la cosa propia a su utilidad social, delitos contra la Hacienda Pública y delitos relativos al control de cambios) (26), y el grupo residual —valga la expresión— compuesto fundamentalmente por las figuras del hurto, robo, apropiación indebida, estafa, recepción y daños. Sólo en el ámbito más restringido de estas figuras criminales últimamente citadas (que sí aparecen estrechamente vinculadas en los Tratados de Parte Especial de Derecho Penal y en el ámbito del Derecho Comparado) tiene especial sentido y utilidad práctica investigar sobre sus particulares bienes jurídicos y preguntarse hasta qué punto podría afirmarse que el vínculo de unión de todas ellas puede ser el concepto de patrimonio —como, por lo demás, entienden también tanto el Proyecto de 1980 como la PANCP.

B. Consideraciones generales sobre los delitos de robo y recepción

Una breve referencia a los delitos de robo y recepción en este lugar tiene más que nada una función simplificadora de cara a evitar, como he dicho, superfluas repeticiones cuando nos adentremos en el estudio de los delitos de hurto, apropiación indebida y estafa.

a) El delito de robo

Debe entenderse, sea cual sea el bien jurídico que se le atribuya al delito de hurto, que el delito de robo participa de idéntico objeto de protección. Con la precisión, no obstante, de que al ser el robo un delito plurinofensivo, junto al bien jurídico señalado, habrá que entender que con el delito de robo se ataca también a otro bien personalísimo, como es el de la libertad (apoderamiento de una cosa mueble ajena —núcleo central del delito de hurto con violencia o intimidación en las personas); el robo (violento) aparece así como un hurto más violencia o amenazas (27), esto

(26) Tal es la relación de conductas que han merecido la calificación de delitos contra el orden social-económico (o delitos socioeconómicos) en los proyectos de reforma global de nuestro sistema punitivo (Proyecto de 1980 y PANCP).

(27) Por todos: LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Cit., págs. 460 y sigs.; FRANK, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Siebentes, neubearbeitete Auflage, Tübingen, 1926, y sigs.; WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, Cit., págs. 359, BIEL, Hermann, *Strafrecht II*, Cit., pág. 201; QUELLO CAJÓN, Eugenio, *Derecho Penal*, Cit., págs. 866 y sigs.; QUINTANO RIBOLLAS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, Cit., págs. 371 y sigs.; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal*, Cit., pág. 201.

es, como una figura independiente que, de hecho, deroga las reglas generales del concurso de delitos de hurto —coacciones (28).

No obstante, otros bienes jurídicos de índole también personalísima pueden verse afectados por el delito de robo (v. gr. la vida, integridad y libertad sexual), habida cuenta la variadísima gama de delitos complejos que se contienen en el art. 501 C. p., ahora sí, en una frenética derogación de las reglas generales del concurso de delitos (v. gr. robo acompañado de violación o de mutilación causada de propósito —¿—). Consideraciones que deberán llevar, si no a la desaparición de la figura del robo en cuanto tal (dejando que juegue el concurso hurto-coacciones), sí a una profunda reestructuración simplificadora del robo violento, pues bastaría para una correcta articulación dogmática del mismo —que a la vez desde el punto de vista político-criminal contribuiría a poner fin al ensañamiento con el que el legislador ha castigado tradicionalmente los delitos contra la propiedad (29)— un único tipo de apoderamiento con violencia o intimidación, remitiendo (facilmente) a las reglas generales del concurso de delitos para la sanción de las demás infracciones que puedan acompañar al robo. En este sentido, la enmienda número 1045 presentada al Proyecto 1980, proponía como nueva redacción del art. 241 (delito de robo): «El que, con ánimo de lucro, se apodere de las cosas muebles ajenas mediante violencia o intimidación en las personas será penado con prisión de tres a seis años. Se impondrá la pena superior en grado si en la ejecución del hecho el autor, o cualquier otro partícipe, utilizó armas (?). La conspiración para cometer este delito será penada con prisión de seis meses a dos años». Coherentemente, la enmienda núm. 1046 proponía la supresión del art. 242 del Proyecto (en donde se contenía un sistema de penas análogo al establecido en el actual art. 501 C. p.), pues «estos casos deben resolverse por la vía del concurso de delitos». Otra reestructuración ha sido reclamada insistentemente por nuestra doctrina en el ámbito del delito de robo, aunque sin éxito alguno a nivel de los recientes Proyectos de reforma global de nuestro Derecho punitivo: se trata de suprimir la ya clásica distinción entre el robo con violencia o intimidación de las personas y el robo con fuerza en las cosas, figura esta última que en el campo del Derecho Comparado no pasa de ser un supuesto agravado de hurto y que en nuestro Derecho da al delito de robo una extensión desmesurada. El robo conserva su bipolar morfología (robo con violencia o intimidación en las personas y robo con fuerza en

(28) Ya que también las «amenazas condicionales» merecen en atención a su bien jurídico, la calificación de coacciones. Vid. con amplitud ZUGALDIA, ESPINAR, José Miguel, *Los delitos contra la libertad en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal*, En Documentación Jurídica. Monografía dedicada a la PANCP. Ministerio de Justicia, 1983, págs. 421 y sigs.

(29) Vid. las observaciones político-criminales contenidas en MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal*, Cit., págs. 184 y sigs. En especial, pág. 186.

las cosas), tanto en el Proyecto 1980 (art. 241), como en la PAJCP (art. 230). Sólo en el art. 238 del Proyecto 1980 se contempló la figura del hurto agravado por concurrir fuerza en las cosas —siempre y cuando, claro está, el tipo de fuerza que se empleara no fuera de la que daba lugar a la existencia del delito de robo con fuerza en las cosas (es-cambiable, rompimiento, fractura o llaves falsas) (art. 245 del Proyecto 1980). El calificar el empleo de fuerza en las cosas como robo, afirma en este sentido Muñoz Conde, es un sistema poco acorde con la realidad criminológica que subyace en el fondo de estos delitos. El robo propiamente dicho es el de con violencia en las personas, es decir, el robo violento de las típicas figuras criminológicas del bandolero o del gangster. En cambio, el uso de fuerza en las cosas no constituye una peculiaridad frente al hurto simple, y quien utiliza la fuerza puede hacerlo de una forma transitiva por no poder conseguir la cosa de otro modo. Aun cuando determinadas modalidades de comisión (escalo, uso de llaves falsas, etc.) pueden revelar una cierta profesionalidad o habitualidad del autor, esto es una cosa a tener en cuenta para determinar la pena a aplicar, pero no para una diferenciación dogmática con el hurto (30). En esta modalidad de robo, no obstante, junto al bien jurídico del hurto, que resultará necesariamente lesionado, se lesionará también el bien jurídico tutelado —como veremos, el derecho de propiedad— a través de la figura del delito de daños respecto de los objetos que eventualmente resulten rotos o fracturados con motivo de la infracción.

b) El delito de receptación

Las teorías que han intentado explicar la esencia del delito de receptación —teoría de la perpetuación y teoría del mantenimiento (31)— han destacado siempre lo que este delito supone de mantenimiento de una situación antijurídica anterior ya creada por un hecho precedente, esto es, han destacado lo que el delito supone de explotación de un hecho punible previsto, imposibilitado o agravado la supresión de la situación antijurídica ocasionada ya por el hecho precedente: de ahí las referencias que

(30) Así, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal*. Cit., págs. 199 y 200. De idéntica opinión: QUINTANO RIBOLLES, Antonio. *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*. Cit., pág. 319. RODRIGUEZ DE VESA, José María. *Derecho Penal español*. Cit., págs. 403 y sigs. CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal*. Cit., pág. 891, nota 1, con referencias de Derecho Comparado. GÓMEZ BARRTEZ, José Manuel. *Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código Penal (Títulos VIII y V)*. ADJCP. 1980, pág. 486. Para un tratamiento histórico del tema, vid.: RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *La distinción hurto-robo en el Derecho español*. Separata del Boletín de la Universidad de Compostela, 1958.

(31) Ampliamente, vid. MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*. Cit., págs. 218 y sigs.

se hacen a la receptación como un delito consistente en el fortalecimiento, perpetuación o mantenimiento de un delito anterior.

Estas consideraciones quizá deban conducir a la renuncia a encontrar un bien jurídico propio y unitario para todo tipo de receptación y al reconocimiento de que el bien jurídico protegido a través de la receptación dependerá básicamente del hecho previsto que perpetúe o mantenga. Entendida la receptación como delito con un bien jurídico «de referencia», que sólo podrá determinarse mediante una previa determinación del bien o bienes jurídicos de las infracciones que son susceptibles de receptación, también su naturaleza (patrimonial o no) dependerá de la naturaleza asignada a estas infracciones. En este sentido afirma Muñoz Conde que «la razón de la incriminación de este delito es de índole económica, al facilitarse el aprovechamiento de los efectos del delito, ya que el receptor de esos efectos le paga una cantidad a cambio de ellos. Pero por otra parte la conducta del receptor afecta también al bien jurídico protegido ya lesionado por el delito precedente (por ejemplo: la propiedad cuando el delito precedente es un hurto) y agrava aún más la lesión a esos bienes jurídicos. Este doble fundamento, criminológico y jurídico, es el que inspira la regulación legal» (32). El carácter «accesorio» del delito de receptación queda así suficientemente subrayado (33). No debe olvidarse, en fin, que la figura deriva de una forma —aunque impropia— de participación criminal (el encubrimiento) y que el fundamento adscrito de la participación criminal es el impulso o apoyo al ilícito de otro —por lo que la participación está dirigida a la lesión del mismo bien jurídico que el hecho principal (34).

2. El punto de partida: la distinción entre los delitos contra la propiedad y los delitos contra el patrimonio

En la doctrina alemana es corriente la clasificación de los «delitos contra los valores patrimoniales» en dos grandes grupos (35):

(32) En este sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal*. Cit., pág. 314.

(33) Subrayan especialmente el carácter accesorio de este delito: BÖCKELMANN, Paul. *Strafrecht*. Besonderer Teil I. Vermögensdelikte. 2. Auflage. München, 1982, págs. 160 y sigs. ESER, Albin, en SCHENKE/SCHROEDER. *Strafrechtbuch Kommentar*. 19. neuarbeitete Auflage. München, 1978. Previo al parágrafo 257 n.º 3.

(34) Cf. JESCHKE, H. H. *Tratado de Derecho Penal*. Cit., págs. 954 y sigs. BAGGE, Lupo, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. Madrid, 1983. En prensa, págs. 430 del original.

(35) Cf. LERTSCHMIDT. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. Cit., págs. 438 y sigs. WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. Cit., págs. 239 y sigs. MAURACH, Reinhart. *Strafrecht*. Besonderer Teil. Teilband I. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte. Ein Lehrbuch. Begründet von Reinhart Maurach und fortgeführt von Friedrich-Christian Ein. Lehrbuch. Begründet von Heidelberg-Karlsruhe, 1977. Págs. 260 y sigs. SCHROEDER, G., vollständig bearbeitete Ausgabe. Heidelberg-Karlsruhe, 1977. Págs. 260 y sigs. BÖCKELMANN, Paul. *Strafrecht*. Cit., págs. 5 y sigs. MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*. Cit., págs. 167 y sigs. STRATENWERTH, Günter. *Schweizerisches Strafrecht*. Besonderer Teil. I. Straf-

- A. Delitos contra el patrimonio en su conjunto (en general o en su totalidad) donde merece destacarse fundamentalmente al delito de *estafa* (36).
- B. Delitos contra bienes patrimoniales concretos absolutos (o particulares) donde destaca la protección otorgada al derecho de propiedad. Dicha protección se lleva a cabo a través de:

- a) El delito de *daños*.
- b) Los delitos de apropiación.
 - i) El tipo «base» o general de este último grupo lo constituye el delito de *apropiación indebida* a través del cual intenta protegerse sólo y exclusivamente el derecho de propiedad sobre las cosas muebles (37).
 - ii) También en este grupo, como delito independiente y no simple cualificación del delito de apropiación indebida, se encuentra el delito de *hurto* —sobre cuyo bien jurídico volveremos más adelante.

Aunque menos clasificadora respecto de los bienes jurídicamente protegidos en las «infracciones contra los valores patrimoniales», merece destacarse el esfuerzo clasificador de las mismas realizado en España por *Miñoz Conde*, quien distingue:

- 1. Delitos patrimoniales de enriquecimiento.
 - A. De apoderamiento (hurto, robo, extorsión, uso ilícito de vehículos de motor, usurpación).

talen gegen individualinteressen. Bern, 1973, págs. 156 y sigs. y 179 y sigs., parte de unos criterios clasificatorios similares respecto del Código Penal suizo. Haciéndose eco crítica- mente de estos planteamientos: OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte. Ein Lehrbuch*. Berlin-New York, 1977, págs. 139. Sobre el planteamiento de este autor volveremos al analizar el concepto patrimonial personal (infra II 2, B, d).

(36) Doctrina absolutamente dominante: LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. Cit., págs. 489. MEZGER, Edmund, *Derecho Penal*. Cit., págs. 237. WEITZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*. Cit., págs. 368. LACKNER, Karl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*. 9 Auflage. München, 1975. Comentario al parágrafo 263, núm. 2. MAURACH, Reinhart, *Strafrecht*. Cit., págs. 397. DREHER, Eduard, *TRÖNDLE. Herbert. Strafgesetzbuch und Nebenbestimmungen*. 38. neubearbeitete Auflage des von Otto SCHWARZ, Begründeten Werkes. München, 1978. Comentario al parágrafo 263, núm. 1. SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Cit., comentario al parágrafo 263, núm. 1. BLEI, Hermann, *Strafrecht II*. Cit., págs. 215.

(37) También doctrina dominante. Por todos, vid. LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. Cit., págs. 464. MEZGER, Edmund, *Derecho Penal*. Cit., págs. 185. MEZGER, Edmund, *Derecho Penal*. Cit., págs. 185. WEITZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*. Cit., págs. 344. LACKNER, Karl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*. Cit., comentario al parágrafo 246, núm. 1. SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Cit., comentario al parágrafo 246, núm. 1. BLEI, Hermann, *Strafrecht II*. Cit., págs. 199.

- B. Defraudatorios (estafa, apropiación indebida, infracciones del derecho de autor y de la propiedad industrial, defraudaciones del fluido eléctrico y análogos, cheque en descubierta, insolvencias punibles).
- C. De explotación (maquinaciones para alterar el precio de las cosas, usura, receptación).

2. Delitos patrimoniales sin enriquecimiento (daños, incendios y estragos) (38).

El mismo inconveniente cabe encontrar en otros intentos clasificatorios de las infracciones contra los valores patrimoniales llevados a cabo por nuestra doctrina. Por ejemplo, *Quintano Ripollés* distingue entre:

- 1. Infracciones de apoderamiento lucrativo.
 - A. De dinámica material sobre cosas muebles.
 - a) De mero apoderamiento (el hurto).
 - b) Con violencia (el robo).
 - B. De dinámica fraudulenta.
 - a) Estafas.
 - b) Apropiación indebida.
 - C. Sobre patrimonios especiales.
 - a) Usurpación de inmuebles.
 - b) Defraudación de fluidos.
- 2. Infracciones de uso abusivo del propio patrimonio.
 - a) Crediticias de insolvencia (alzamiento, quiebras, concursos).
 - b) Negociaciones ilícitas (maquinaciones sobre precios, usura, receptación).
- 3. Infracciones de menoscabo patrimonial.
 - a) Daños de cosa ajena.
 - b) Daños de cosa pública.

(38) Vid. MIÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal*. Cit., págs. 187 y 188.

- c) Daños de cosa propia.
d) Estragos (39).

Por su parte, Rodríguez Devesa divide a los delitos «contra la propiedad» en dos grandes grupos: el de los delitos de expropiación sin apropiación correlativa (daños, incendios y estragos) y el de los delitos de enriquecimiento (apropiación indebida, hurto, robo, uso indebido de vehículos de motor, usurpación, defraudaciones, estafa, cheque en descubierto, defraudaciones del derecho de autor y de la propiedad industrial, defraudaciones del fluido eléctrico y análogos, maquinaciones para alterar el precio de las cosas, usura y receptación) (40).

La clasificación primeramente expuesta —que ha alcanzado un grado de consenso, en mi opinión no merecido por las razones que explicitaré más adelante— parece no obstante preferible a las posteriormente enunciadas. Aquella responde al grado de desarrollo dogmático y elaboración causal que los «delitos contra los valores patrimoniales» han alcanzado en la ciencia penal alemana y resulta sumamente indicativa de los bienes jurídicos protegidos en las concretas infracciones señaladas. De otra parte evita un error muy difundido en la doctrina española como es el de considerar a los delitos de daños, apropiación indebida y hurto como estragos del patrimonio, lo que conduce a aplicarles sin más un concepto —el de patrimonio— que parece y se desarrolla por y para las necesidades y exigencias del delito de estufa (41), conduciendo a resultados materialmente injustos y político-criminalmente absurdos su aplicación a los ya mencionados delitos de daños, apropiación indebida y hurto. Algunos ejemplos pueden resultar sumamente ilustrativos de lo que se quiere indicar:

(39) Vid. QUINTERO RUIZ, Antonio. *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*. Cit., págs. 28 y 29.
(40) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho Penal Español*. Cit., págs. 343 y 345.

(41) Buena prueba de ello es la monografía, básica sobre este tema, de PETER CRAMER *Vermögensstraf und Vermögensschaden in Strafrecht*. Berlín-Zúrich 1968. Muy especialmente vid. págs. 24 y sigs. Contrariamente incurriendo en el error al que se hace referencia en el texto, la doctrina española dominante considera de idéntica naturaleza patrimonial tanto al hurto como a la estufa. Por todos vid.: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal*. Cit., págs. 180 y 181; HUERTA TOCILDO, Susana. *La prosecución penal del patrimonio inmobiliario*. Cit., págs. 34 y sigs.; QUINTERO RUIZ, Antonio. *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*. Cit., págs. 7 y sigs.; GÓMEZ BENTRIZ, José Manuel. *Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socioeconómico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código Penal (Títulos VIII y V)*. Cit., págs. 485 y sigs.; MENDO AYTOR: *Delitos contra el patrimonio*. Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal. Vol. I. Enero-diciembre 1983. Ministerio de Justicia. Págs. 689 y sigs.; CÁDIZ JIMÉNEZ, Francisco. *En torno al furtum posesionario (Análisis crítico del art. 532 I del Código Penal)*. Pág. 396; MIGUEL GARCILÓREZ, Adolfo de. *Derecho Penal*. Cit., págs. 242 y 243; DÍAZ PALOS, Fernando. *Infracciones contra el patrimonio*. Cit., págs. 53 y sigs.; LÓPEZ HERNÁNDEZ, Gerardo. *Sobre la tutela penal del patrimonio*. Cit., págs. 513.

a) X sustrae a Z una vieja fotografía de un antepasado común. Si se afirma que el hurto lo es —no pueden serlo aquellos bienes que estén dotados sólo de valor afectivo o sentimental (42), habría que concluir que X, en el caso del ejemplo, no comete delito alguno.

b) X sustrae a Z un libro, dejando en su lugar otro de equivalente valor. Si se afirma que en este caso no puede entenderse causado un perjuicio patrimonial (ya que el perjuicio no consiste en la pérdida del poder de disposición sobre una cosa concreta, sino en una pérdida económica) la calificación por hurto quedará descartada, no sólo en él, sino también en todos los demás supuestos en los que quepa hablar de compensación (43). Efectivamente, si nos atenemos a un concepto estrictamente económico de patrimonio, deberá considerarse inexistente el hurto en el caso de que alguien, apoderándose de una cosa mueble de otro, deje en su lugar un objeto de valor equivalente o dinero por el mismo valor (44).

c) X ha heredado de su esposo un cuadro pintado por éste: como el difunto carecía de talento artístico, el cuadro no tiene ningún valor monetario. Z, por odio hacia X, destruye el cuadro. En este supuesto Z no cometería delito alguno porque el delito de daños exige —se afirma— que la cosa dañada tenga algún valor patrimonial económicamente valorable —exigencia lógica de consistir al delito de daños como un delito contra el patrimonio (45).

Frente a este tipo de construcciones —que producen un alto vacío de protección del derecho de propiedad (en cuanto se subordina dicha protección a que la cosa propiedad de alguien tenga valor económico) y conducen lisa y llanamente a la legalización de las ventas forzadas (convirtiendo al Derecho Penal español en uno de los ordenamientos jurídicos más raros del mundo) (46)— se ha pronunciado tradicionalmente la doctrina alemana que, como ha quedado expuesto, generalmente considera que el concepto de delitos contra el patrimonio puede usarse en un sen-

(42) De esta opinión se manifiestan expresamente HUERTA TOCILDO, Susana. *La prosecución penal del patrimonio inmobiliario*. Cit., págs. 53; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal*. Cit., págs. 182 y 183; RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho Penal español*. Cit., págs. 394 y 395.

(43) En este sentido vid.: HUERTA TOCILDO, Susana. *La protección penal del patrimonio inmobiliario*. Cit., págs. 45 y sigs.

(44) En este sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal*. Cit., págs. 182. Aunque con ciertas reservas, pues de todas formas, afirma el mencionado autor que también en este caso existiría un perjuicio patrimonial por cuanto que el dominio sobre la cosa sustrae un lucro patrimonial.

(45) De esta opinión se manifiesta MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal*. Cit., págs. 320 con bibliografía.

(46) La expresión la utiliza BINDING. Cit. RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *El hurto propio*. Cit., págs. 191 con referencias bibliográficas y jurisprudenciales; concretamente la STS de 5 de julio de 1880 consideró que la sustitución de la cosa sustraída por otra no eliminaba el ánimo de lucro (ob. Cit., nota 152).

tido amplio y en un sentido más estricto: en el sentido amplio el concepto incluye los actos punibles dirigidos hacia la apropiación (con correlativa expropiación) de los bienes ajenos, aunque en el sentido más estricto los excluye. La diferencia más importante entre los *delitos de apropiación* y los *delitos contra el patrimonio* es que para los primeros se necesita un perjuicio para el patrimonio de la víctima (también las cosas sin valor económico se pueden robar), aunque casi siempre existe; mientras que para los segundos es requisito imprescindible para su penalidad la iniciativa o por lo menos un intento de perjuicio al patrimonio (47). Objetos de la acción de los delitos de apropiación pueden ser solamente bienes de ajena pertenencia, como en el caso del hurto. Objeto de la acción en un delito contra el patrimonio en el sentido estricto puede ser cualquier bien de una persona, derechos u objetos, pero principalmente, no un objeto sin valor económico (48). En esta línea subraya *Sanson* cómo la sistematización de los delitos contra la propiedad y el patrimonio se orienta en primer lugar en el bien jurídico. En una fase posterior constituye la clase de ataque el aspecto determinante de la sistematización. Según la clase de bien jurídico protegido se distingue entre los delitos contra los derechos absolutos y los delitos contra el patrimonio. En los delitos contra la propiedad y fundamentalmente los de apropiación (49). En principio los delitos contra los derechos absolutos requieren solamente una reducción de la posibilidad de disponer. No condicionan ningún perjuicio al patrimonio. El hurto solamente exige la sustracción de un bien mueble con intención de apropiarse. Según esta idea carece de importancia si el bien carece de valor o si el propietario tuvo pérdidas en su patrimonio. Por el contrario, los delitos contra el patrimonio se dirigen contra éste en su conjunto y aunque ataquen posiciones jurídicas particulares de la víctima, sólo tiene importancia el hecho de que se reduzca el valor global de su patrimonio (50).

El valor teórico y práctico de las construcciones apuntadas radica en que acentúan cómo la lesión a la propiedad se produce ya por el mero hecho de la expropiación de la cosa—siendo indiferente que dicha expropiación recaiga sobre una cosa carente de valor económico o que la expropiación vaya acompañada de una compensación que, todo lo más, servirá para cubrir las responsabilidades civiles surgidas «ex delicto». Por el contrario, es la estafa, como delito patrimonial por antonomasia, la que exige de la producción de un perjuicio patrimonial y, por consi-

(47) Cf. BOCKELMANN, Paul, *StRAFGEHT*, Cit., pág. 5.

(48) Cf. BOCKELMANN, Paul, *StRAFGEHT*, Cit., pág. 6.

(49) Cf. SANSON en RUDOLPH/HERRNSAMSON/SCHREIBER, *Systematischer Kommentar zum StRGesetzbuch*, Band 2, Besondere Teil, Frankfurt am Main 1980. Previo al parágrafo 242, núms. 2 y sigs.

(50) Cf. SANSON, *Systematischer Kommentar zum StRGesetzbuch*, Cit., previo al parágrafo 242, núms. 6 y sigs.

guiente la que necesita de la elaboración de un concepto de patrimonio que permita fijar con claridad y precisión si la disposición patrimonial realizada a causa del engaño ha producido o no un perjuicio, precisamente, *patrimonial*.

Estas construcciones, que evidencian la imposibilidad de aplicar a los delitos de expropiación (con o sin apropiación correlativa) los conceptos de patrimonio elaborados para la estafa, no han sido hasta ahora suficientemente rebatidos en la ciencia penal española y si sólo descalificadas al afirmarse que la distinción entre los *Aneignungsdelikten* y los *Vermögensdelikten* «no es de recibo a la vista de los tipos contenidos en el Título XIII del vigente Código Penal y que, por el contrario, dado que el hurto, por ejemplo, la pena se hace depender del valor de la cosa hurtada, el análisis de los mismos es un dato a favor de la idea de que los bienes han de poseer un valor económico para ser considerados objetos de un delito patrimonial» (51). Me parece excesivamente aventurada esta consideración: y ello no sólo en base a que hoy por hoy ha desaparecido, por ejemplo, el sistema de punición del delito de hurto que hacía depender la pena virtualmente de forma exclusiva del valor de la cosa hurtada, o a que se haya propuesto incluso la creación de un único tipo para el hurto—prescindiendo de su modalidad de falta—con independencia del valor de la cosa sustraída (52), sino fundamentalmente porque se está forzando excesivamente un problema de fondo (material) que afecta a la esencia misma del ilícito de los delitos de expropiación, sin tener en cuenta que, además, un objeto que posea solamente un valor afectivo o sentimental, siempre podrá ser objeto material de la falta de hurto del art. 587.1, C.p. donde únicamente se exige que el valor de lo sustraído no exceda (!) de 30.000 pesetas. Sobre este extremo volveremos, de todas formas, más adelante, al tratar el delito de daños, cuya existencia se admite aún en los casos en los que la destrucción de la cosa produzca un enriquecimiento monetario a su propietario o cuando la cosa dañada carezca de valor económico—supuesto al que hace expresa referencia el art. 560.2, C.p.

Esto no significa, no obstante, que el punto de partida de un amplio sector de la doctrina alemana no ofrezca aspectos susceptibles de crítica. En mi opinión, concretamente, es altamente dudosa la legitimidad de la unificación de los delitos contra la propiedad y los delitos contra el patrimonio bajo la rúbrica común de «delitos contra los valores patrimoniales». Ello supone, en primer lugar, una contradicción patente: si los delitos contra la propiedad se construyen al margen del concepto de patri-

(51) Como lo hace HUERTA TOCUDO, Susana, *La protección penal del patrimonio inmobiliario*, Cit., pág. 37.

(52) En este sentido la camitenda núm. 1040 (Primer firmante: Grupo Comunista) presentada al Proyecto, 1980.

monio, no se explica por qué los delitos contra la propiedad suponen un ataque a un valor precisamente patrimonial —si la expropiación de una cosa carente de valor patrimonial puede ser hurto, con ello se está indicando ya que el delito de hurto se construye al margen de los valores que puedan merecer la calificación de patrimoniales. En segundo término, afirmar que los delitos de apropiación son delitos contra «valores patrimoniales», supondría subordinar el hurto a las exigencias del concepto de patrimonio que se utilice para la estafa—y esto, con razón, no se acepta en las elaboraciones teóricas ni en las soluciones dadas a los supuestos prácticos.

En definitiva, quizá lo que criticamos sea la mera presentación teórica de un determinado problema: aquélla que bajo la rúbrica común de «delitos contra los valores absolutos» o delitos contra la propiedad o delitos contra el patrimonio en sentido amplio o impropio y delitos contra el patrimonio en sentido propio o estricto. Más clarificadora me parece —aunque produzca soluciones prácticas idénticas a las sostenidas por la doctrina alemana dominante (de ahí la referencia al carácter retórico de la cuestión)— la *razante* distinción entre los delitos contra la propiedad (donde sólo se exige la existencia de una cosa, de un propietario y de un acto de expropiación) y los delitos contra el patrimonio (donde su existencia exige de la prohibición de un perjuicio, precisamente de carácter patrimonial) sin recurrir a ninguna rúbrica genérica que intente abrazar dos grupos de delitos en sí tan diferentes y difícilmente reconducibles a un denominador común. Así lo prueba el hecho, al que me referiré más adelante, de las diversas interpretaciones que requiere el ánimo de lucro según se utilice en el delito de hurto (donde dado que el hurto no es un delito de enriquecimiento, el ánimo de lucro significará ánimo de apropiación) o en el de estafa (donde el ánimo de lucro significará intención de obtener un provecho o ventaja susceptible de valoración patrimonial).

Con este planteamiento coincide *Schmidhäuser*, quien afirma respecto del problema al que nos referimos, que para el empleo del Derecho Penal se dividan los bienes jurídicos en dos grupos bien diferenciados: propiedad y patrimonio. Los delitos contra la propiedad lesionan el poder amplio del propietario sobre la cosa, también cosas sin valor (v. gr. las piedras recogidas en la playa, las fotografías de los antepasados, las cartas familiares de una herencia, etc.); los delitos contra el patrimonio lesionan la libertad de una persona para actuar económicamente y suponen siempre un valor económico de los objetos en cuestión (53).

(53) Cf. SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht*. Cit., pág. 69.

III. LA PROPIEDAD COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE HURTO, APROPIACIÓN INDEBIDA Y DAÑOS

La propiedad es protegida de forma distinta ante dos tipos de ataque que revisten también formas distintas. La propiedad puede ser atacada como tal *derecho* (de propiedad) a través de la figura del delito de daños, en el que el merecimiento de pena se debe a que a través del mismo se deja sin contenido al derecho de propiedad, como tal al destruir o deteriorar la cosa sobre la que recae (54) —pudiendo ser la cosa tanto mueble como inmueble. El ataque a la propiedad puede llevarse a cabo también privando al propietario de todas las facultades inherentes al dominio —ahora mueble— sobre la que recae) a través de los delitos de apropiación (y expropiación correlativa) (55). Tales delitos son la apropiación indebida (nuda expropiación) y el hurto (como expropiación con correlativa desposesión de la cosa a su poseedor, sea o no propietario). Analizaremos a continuación brevemente los delitos de daños y apropiación indebida para centrarnos posteriormente con más detenimiento en el delito de hurto —respecto del cual, tanto en la doctrina alemana como en la española, aunque en ésta con mucha mayor intensidad, se discute sobre cuál pueda ser en realidad el bien jurídicamente protegido.

1. El delito de daños como infracción contra el «derecho» de propiedad

Con relación a este delito, la doctrina entiende de forma pacífica que es el derecho de propiedad entendido en su sentido estricto jurídico-privado el bien jurídicamente protegido a través de su tipificación (56) pues el derecho de uso y disfrute del propietario sobre la cosa —objeto material de la infracción— se verá en todo caso menoscabado como consecuencia de la misma. El delito de daños se excluye, pues, cuando la acción recae sobre una *res nullius* (v. gr. la lesión o muerte de un perro callejero sin dueño, a lo más puede integrar el estado de peligrosidad a que

(54) En este sentido: OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht*. Cit., págs. 138 y sigs.

(55) Así OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht*. Cit., pág. 145.

(56) En este sentido: BINDING, Karl, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*. BECKMANN, Teil. 2. Auflage. Leipzig 1902. Págs. 245 y sigs. WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*. Cit., págs. 361 y sigs. STRATENWERTH, Günter, *Schweizerisches Strafrecht*. Cit., págs. 201 y sigs. SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht*. Cit., págs. 70. ROCKELMANN, Paul, *Strafrecht*. Cit., págs. 177 y sigs. DREHER, THOMAS, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetze*. Cit., comentario al parágrafo 303, núm. 2. MUNOZ, CONDE, Francisco, *Derecho Penal*. Cit., pág. 320. RODRÍGUEZ DE VESA, José María, *Derecho penal español*. Cit., pág. 362. OURNIAU, ROBERT, Antonio, *Curso de Derecho Penal*. Tomo II. Barcelona 1963, pág. 291. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *El hurto de los productos de un daniño cometido por el propio dañador*. ADPCF. 1961. Págs. 234 y sigs. En especial, pág. 238.

se refiere — como modalidad de gemberrismo — el art. 2, 9 de la L.P.R.S.).

La descripción de la conducta prohibida en el delito de daños (art. 557 C.p. «son reos de daños... los que en la propiedad ajena causaren algunos» — quizás no demasiado acorde con el mandato de certeza — y la presencia de algunos perjuicios patrimoniales tipificados en el Código entre las faltas (art. 599), ha llevado a algunos autores, no obstante, a considerar *danno* toda conducta que ocasiona un empobrecimiento en el patrimonio ajeno — en esta línea, la STS de 14 de marzo de 1936 consideró existente el delito de daños al enjuiciar la conducta del inquilino que, molestoso por la negativa de la propietaria de la casa a reducirle el alquiler, y habiendo acordado que ésta pagaría 10 pesetas mensuales por los gastos de agua realizados por el inquilino, dejó abiertos día y noche los grifos de la casa dando lugar a una facturación cercana a las 300 pesetas.

De este modo se corre el peligro de confundir el daño como causa y el perjuicio patrimonial como efecto, olvidando que los daños conciernen siempre a una cosa y no a un genérico perjuicio patrimonial. Prueba de ello (de que el daño supone la destrucción o menoscabo de una cosa, independientemente del perjuicio patrimonial que el daño pueda llevar consigo) es que el delito de daños se castiga en principio, atendiendo al valor de la cosa dañada y no al perjuicio patrimonial producido, que sólo tiene interés para determinar la responsabilidad civil derivada del delito: de ese modo se puede comprender, además, que pueda existir un delito de daños aunque se produzca un enriquecimiento del titular de la cosa dañada (v.gr. muerte de un animal enfermo, destrucción de un objeto asegurado en una cantidad superior a su valor, derribo de una casa cuyo mantenimiento resultaba sumamente costoso, etc) (57). En todos estos casos hay daño a la *propiedad* aunque el patrimonio de la víctima se incremente al verse descargado de gastos obligatorios o favorecido por el acceso a titularidad de nuevos bienes o derechos. Coherentemente no debía negarse que el delito de daños pueda recaer sobre cosas desprovistas de valor monetario ya que de cara al art. 557 esencial es sólo el hecho de que alguien ejerza sobre la cosa un derecho de propiedad y no el dato de que la destrucción de la misma ocasione un empobrecimiento monetario a su propietario (v.gr. constituiría daños la destrucción de un objeto ajeno recuero de una persona querida — la falta prevista en el art. 597 sanciona los daños cuyo importe *no exceda* de 30.000 pesetas — o la destrucción de papeles o documentos cuyo valor no fuere estimable en dinero — supuesto al que hace referencia el art. 560.2 C.p.) (58).

(57) Asf. MUÑOZ CONDE, *Francisco, Derecho Penal*, Cit., pág. 320. RODRÍGUEZ DE VESA, José María, *Derecho Penal español*, Cit., pág. 362.

(58) La doctrina dominante en España, habida cuenta de que la pena en el delito de daños se establece en función del valor de la cosa dañada, niega que puedan ser objetos materiales de este delito las cosas desprovistas de valor en dinero (Cfr. MUÑOZ CONDE, Fran-

Se discute intensamente con relación al delito de daños si a través de su conducta el sujeto activo ha de lesionar la esencia o sustancia de la cosa destruyéndola, (esto es, quitándole su valor) o deteriorándola (esto es, disminuyendo su valor) o basta para entender cometida la infracción con que el sujeto activo inutilize la cosa alterando su valor de uso o destino (privación funcional del uso de la cosa) — discutiéndose a su vez si ésta tendrá que ser definitiva o podría ser también de tipo temporal. Los ejemplos podrían multiplicarse: el hecho de abrir una jaula y dejar en libertad al pájaro ajeno, lesionar un animal de labranza de ajena pertenencia, borrar una cinta magnetofónica, desinflar las ruedas de un automóvil, arrojar un objeto ajeno al mar, verter goma sobre un reloj, cortar algunas ramas de un árbol, hacer una pintada en la pared de un edificio ajeno, etc, etc, son comportamientos que merecerán o no la calificación de daños según las respuestas que se den a los interrogantes formulados. Pese a la dificultad del tema podrían apuntarse algunos criterios para solucionar los problemas que conllevan los ejemplos expuestos. En principio, que una cosa no exista más en su sustancia (v.gr. destrucción de la cinta dónde se ha grabado el programa de un ordenador) equivale plenamente a la pérdida total de la funcionalidad que la especificaba y le daba su peculiar valor (v.gr. borrar el programa de aquellas conductas que, sin afectar a la sustancia de la cosa, la hagan totalmente inutilizable (v.gr. amputar la pterna a un animal de labranza) o produzcan un grado de inutilidad — imposibilidad de utilización — en la misma sólo reparable mediante un considerable esfuerzo o gasto (v.gr. arrojar un objeto al mar, verter pegamento sobre la maquinaria de un reloj o hacer una pintada indeleble o considerablemente fija). Otros supuestos quizás deban considerarse atípicos: así desinflar las ruedas de un automóvil (no así verter azúcar en su depósito de gasolina), manchar con la pintura los cristales de una ventana si para quitar la mancha basta con lavarlos o dejar en liber-

caso. *Derecho Penal*, Cit., pág. 320). El argumento no es convincente: formaliza un problema de fondo sin tener en cuenta que, por ejemplo, la destrucción de un objeto (sin valor en dinero) recuero de un familiar querido, supone un daño cuyo importe *no exceda* de 30.000 pesetas (art. 597 C.p.). En el sentido del texto: CURELLO CALVO, Eugenio, *Derecho Penal*, Cit., pág. 999. Que el delito de años puede recaer sobre objetos carentes de valor económico es doctrina dominante en Alemania. Por todos: MEZGER, Edmund, *Derecho Penal*, Cit., págs. 174 y 230 (el valor económico de la cosa no interesa; también si ella está desprovista de valor, queda en pie la propiedad de la misma).

(59) Cfr. con amplitud sobre este tema: NAVCKE, Wolfgang, *Strafrecht*. Eine Einleitung zum Strafrecht, pág. 36 a 42. Admite también el daño apreciado «funcionalmente». RODOLPH, H. J. *Der Begriff der Zueignung*, Goldammer's Archiv für Strafrecht, Jahrgang 1965, págs. 46 y s. al afirmar que, en caso de uso de la cosa por persona no autorizada y posterior devolución a su propietario con pérdida de su funcionalidad, existirá un delito de apropiación y no de daños si esa pérdida de la funcionalidad se ha debido al ejercicio positivo de las facultades dominicales por parte del no propietario. Caso contrario existirá el delito de daños. Cfr. con amplitud también: SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Kommentar al parágrafo 242, núm. 76.

tad al pájaro ajeno, ya que en definitiva no debe intentarse hacer del delito de daños un medio para sancionar cualquier molestia de mayor o menor entidad o cualquier lesión patrimonial no reconducible a otra figura criminal. Concretamente, en el ejemplo de dar libertad al pájaro ajeno, sólo la constatación de la muerte de éste permitiría afirmar una infracción de daños dolosa (si al dar libertad al animal se pretendía que éste muriera), o imprudente (si sólo se pretendía que el animal recuperase su libertad y era previsible que por su anterior forma de vida o el medio en el que se le abandonaba fueran escasas sus posibilidades de supervivencia) (60).

2. Los delitos de apropiación indebida y hurto como infracciones de apropiación con ataque a todas las «facultades» inherentes al dominio

El ataque a la propiedad puede llevarse a cabo también a través de estas dos infracciones que, a diferencia de la anterior, dejan subsistentes el derecho de propiedad mismo y se caracterizan por el dato de que la expropiación que conllevan priva al propietario del ejercicio de todas las facultades inherentes al dominio atribuyéndolas al que se apropia de la cosa. El delito de hurto será tratado en último término por ser, como veremos, una «variedad» de la apropiación indebida y para poder tratar con más detenimiento a la polémica sobre el bien jurídico tutelado en el mismo.

A. El delito de apropiación indebida

En la doctrina alemana no ofrece ningún tipo de dudas su consideración como una infracción de apropiación dirigida sólo y exclusivamente contra el derecho de propiedad sobre las cosas muebles (61), opinión que es compartida en la literatura española (62). Frente a esta opinión mayoritaria, también jurisprudencial, la STS de 21 de marzo de 1975 vio la esencia de la apropiación indebida «en el incumplimiento del sujeto activo de su obligación jurídica de restituir, entregar o devolver y que es correlativo al derecho a la restitución, generalmente en el *tradens* y que

(60) También ampliamente: SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*, 2.ª ed. sexta reimpresión, Tomo IV. Buenos Aires 1973, págs. 497 y sigs.

(61) Vid. supra notas 35 y 37.

(62) Por todos: FERER SAMA, Antonio. *Apropiación indebida*. Cit., págs. 767 y sigs. SÁENZ-PARDO CASANOVA, José Antonio. *El delito de apropiación indebida*. Barcelona 1977. Págs. 67 y sigs. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Derecho Penal*. Cit., págs. 258 y 259. QUINTANO RÍPOLLES, ANTONIO. *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*. Cit., págs. 155 y 888 y sigs. RODRÍGUEZ DE VESA, José María. *Derecho Penal español*. Cit., pág. 831.

la faculta para exigir del obligado la ejecución de la misma, derecho que es el bien jurídicamente protegido, y que se fundamenta en los títulos o relaciones jurídicas que justifican la tenencia» (63).

Esta opinión ha sido duramente rebatida desde el punto de vista político criminal por SÁENZ-PARDO: la admisión del mero derecho a la devolución o entrega, como bien jurídico protegido en el delito de apropiación indebida, que tendríamos que aplicar el mencionado precepto ante supuestos de mero incumplimiento contractual criminalizando los meros incumplimientos civiles de obligaciones que afectan al goce de las cosas, cuando el incumplimiento puro y simple de obligaciones, las reparaciones por daños y perjuicios derivados del mismo o las reparaciones por enriquecimiento injusto, deben reservarse y desenvolverse en el marco del derecho privado, dejando a salvo el carácter del derecho penal como última ratio (64).

De ahí que desde el punto de vista dogmático se haya visto el tipo de interpretación del art. 535 C.p., la esencia del delito de apropiación indebida, en el «intento por parte del sujeto activo de *invertir su posesión en dominio*» (65). Lo que tiene trascendencia obviamente, no sólo en el marco del tipo objetivo del art. 535 (el sujeto ha de realizar *actos concluyentes* (66) que supongan constituir de facto un nuevo dominio sobre la cosa de ajena pertenencia), sino también en el área del tipo subjetivo (dónde, como veremos, el dolo, en su aspecto volitivo ha de ir referido justamente a la apropiación —*ánimo de apropiación*— esto es, a la constitución de facto de ese nuevo dominio); apropiación no es por consiguiente otra cosa, se afirma, que el acto en virtud del cual una persona hace suya una cosa incorporándola a su patrimonio con la intención de usar o disponer de ella como dueño, desplazando al que hasta el momento lo había sido (67).

B. La polémica sobre el bien jurídico protegido en el delito de hurto

No obstante su aparente simplicidad, cuál sea el bien jurídico protegido en el delito de hurto es un tema sumamente discutido, tanto en la doctrina alemana como en la española.

(63) Citada en: SÁENZ-PARDO CASANOVA, José Antonio. *El delito de apropiación indebida*. Cit., págs. 67 y 68.

(64) Vid.: SÁENZ-PARDO CASANOVA, José Antonio. *El delito de apropiación indebida*. Cit., pág. 69.

(65) Así: FERER SAMA, Antonio. *Apropiación indebida*. Cit., pág. 768 con bibliografía.

(66) Estaríamos ante el núcleo de la conducta prohibida en este delito. Cf. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Derecho Penal*. Cit., pág. 259. QUINTANO RÍPOLLES, ANTONIO. *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*. Cit., págs. 888 y sigs. SÁENZ-PARDO CASANOVA, José Antonio. *El delito de apropiación indebida*. Cit., págs. 74 y sigs.

(67) En este sentido: FERER SAMA, Antonio. *Apropiación indebida*. Cit., pág. 767.

a) En la doctrina alemana, mientras algunos autores han considerado que a través del tipo del delito de hurto se protege tanto a la propiedad como a la custodia (68) —concepto distinto al de posesión (68 bis)— sobre bienes muebles, parece prevalecer hoy el punto de vista según el cual a través del mencionado tipo se protege sólo a la propiedad sobre cosas muebles (69) en base a la consideración de que la custodia no es un bien jurídico independiente, sino un criterio para mediar frente al delito de apropiación indebida —que no precisa quebrantamiento de custodia alguno— la gravedad del ataque a la propiedad: esto es, la custodia no sería algo, se afirma, «alternativo» a la propiedad, sino «acumulativo» a ella como emanación de la protección misma otorgada al derecho de propiedad (70). De ahí que su consideración en el delito de hurto, se afirma, sólo tenga sentido en cuanto se protege a la propiedad y normalmente la custodia suele tenerla el propietario (71): de no ser así, el quebrantamiento de la custodia sólo serviría para fijar el «perjudicado» del delito, que no el sujeto pasivo titular del bien jurídicamente protegido (72).

b) El tema es más discutido en la doctrina española. Mientras algunos autores encuentran dicho bien jurídico en la posesión de hecho sobre las cosas muebles cualquiera que sea su origen (derecho de propiedad, posesión o mera tenencia de la cosa) (73), otros apuntan directamente al

(68) En este sentido: Mezger, Edmund. *Derecho Penal*. Cit., pág. 179. Lackner, Karl. *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*. Cit., comentario al párrafo 242, núm. 1. Dreher/Röndle. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. Cit., comentario al párrafo 242, núm. 1. Meizer, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. Cit., pág. 277. Congruentemente se considera que el sujeto pasivo del delito lo es tanto el propietario como el poseedor de la cosa —caso de no coincidir ambas cualidades en la misma persona. Cit. Bll. Herrmann. *Strafrecht II*. Cit., pág. 181.

(68 bis) Profundizaremos sobre este tema en la III Parte del trabajo al analizar la materia de prohibición del art. 516 bis.

(69) De esta opinión: Binding, Karl. *Lehrbuch des Allgemeinen Deutschen Strafrechts*. Cit., págs. 285 y sigs. Schmidt/Auser, Eberhard. *Strafrecht*. Cit., pág. 73. Kramer, Peter. *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*. Cit., pág. 94. Esser, Albin en Schönke/Schroeder. *Strafgesetzbuch Kommentar*. Cit., comentario al párrafo 242, núm. 1. Samsow, Systematischer Kommentar zum Strafrecht. Cit., comentario al párrafo 242, núm. 1.

(70) En este sentido: Esser, Albin, en Schönke/Schroeder. *Strafgesetzbuch Kommentar*. Cit., comentario al párrafo 242, núm. 1. Samsow, Systematischer Kommentar zum Strafrecht. Cit., comentario al párrafo 242, núm. 1.

(71) Cfr. Samsow, Systematischer Kommentar zum Strafrecht. Cit., comentario al párrafo 242, núm. 1.

(72) Cfr. Samsow/Auser, Eberhard. *Strafrecht*. Cit., pág. 73. Normalmente coinciden las cualidades de sujeto pasivo y perjudicado. Pero puede suceder, y de hecho sucede a menudo, que el delito daña no sólo al sujeto pasivo del mismo, sino a terceros. Quien sustrae una cosa puede perjudicar con ello no sólo al dueño, sino también a otras personas (V. gr. el actual poseedor legítimo de la misma). Cfr. Como Dei Rosal, Manuel y Vives Anton, Tomás Salvador. *Derecho Penal*, Parte General: I y II, Universidad de Valencia 1962. Pág. 372. Se trata —Vid. art. 281 y 783 L. E. Crim.— de la distinción entre ofendido (sujeto pasivo del delito) y perjudicado (término más amplio que comprende también a los terceros a quienes el delito haya producido cualquier clase de perjuicio). Ob. cit., pág. 372. Evidentemente que ambos en el delito de hurto, pueden ejercitar la acción penal.

(73) Vid.: Cuello Calvo, Eugenio. *Derecho Penal*. Cit., pág. 839.

derecho de propiedad en sentido amplio (74) comprensivo no sólo de la propiedad en sentido estricto, sino también de la posesión en su forma más simple de tenencia (75), a la propiedad (o posesión) sobre las cosas muebles (76), a la propiedad y posesión sobre las cosas muebles (77) o al patrimonio mobiliario de que goza una persona bajo la protección del ordenamiento jurídico (78).

a) Planteamiento del problema

Los argumentos esgrimidos por la doctrina alemana para no considerar a la custodia que es ejercida por el sujeto sobre las cosas muebles como bien jurídico autónomo junto al derecho de propiedad en el delito de hurto son, desde mi punto de vista, absolutamente convincentes y, mutatis mutandi, eliminan la posibilidad de entender que en el art. 514 C.P. son bienes jurídicamente protegidos tanto la propiedad como la posesión sobre las cosas muebles. Es más, resulta criticable, para el caso de que llegara a entenderse que la apropiación indebida y el hurto son delitos de apropiación (y correlativa expropiación), esto es, delitos contra la propiedad, que el criterio del quebrantamiento de la custodia (que añade un plus de antijuridicidad al hurto frente a la apropiación indebida) no sea tenido en cuenta para el establecimiento de las penas en estos delitos, llegando a castigarse a ambos con las mismas penas —como ocurre en el Código Penal vigente— a incluso o sancionarse más gravemente el delito de apropiación indebida que el de hurto —como ocurre en la PANCP (79).

Tampoco parecen convincentes aquellas construcciones que, bien asignan al hurto el bien jurídico de «la propiedad (o posesión)» sobre las cosas muebles —lo que pasaría por tener que aceptar la tesis de la autonomía penal de esos conceptos— (80), bien consideran al patrimonio

(74) Vid.: Rodríguez Devesa, José María. *Derecho Penal español*. Cit., pág. 349. Cfr. Quintano Ripollés, Antonio. *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*. Cit., pág. 157.

(75) Cfr. Puga Peña, Federico. *Derecho Penal*. Cit., pág. 181.

(76) Cfr. Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal*. Cit., págs. 191 y 201.

(77) Cfr. Goizard y Gómez de la Serna, Alejandro. *El Código Penal de 1870 comentado y comentado*. Tomo VII. Salamanca 1896, pág. 169. Ferrer Saura, Antonio. *Apropiación indebida*. Cit., pág. 768.

(78) Cfr. Huerta Tocildo, Susana. *Los delitos patrimoniales en el Proyecto de Código Penal de 1980*. Cit., págs. 479 y 480.

(79) Críticamente también: Quintano Ripollés, Antonio. *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*. Cit. («la ratio esencial del privilegio otorgado a la apropiación indebida... no puede ser otra que la de una menor malicia en el acto de hacerse dueño de las cosas que se tienen a la mano, en vistas a la correlativa mayor tenacidad que ello supone para el agente, y todo lo que se añade a esta consideración tan humana, en nombre de entelequias civilistas sobre la posesión y la titularidad, constituyen otros tantos artificios impropios del tecnicismo penal, que nada aclaran en su doctrina y que sólo contribuyen a complicar las soluciones prácticas»). Vid., pág. 871. En el mismo sentido: Rodríguez Devesa, José María. *Derecho Penal español*. Cit., pág. 381, nota 5.

(80) Cfr. Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal*. Cit., pág. 179 y sigs.

mobiliario como bien jurídico protegido en el delito de hurto. Concretamente esta última tesis —que rechaza expresamente que el hurto sea un delito contra la propiedad— olvida que el derecho de usufructo o de prenda que alguien tenga sobre una cosa mueble sólo es protegido a través de la figura del hurto *en tanto* la sustracción de la cosa al usufructuario o al acreedor pignoraticio supone el mismo tiempo un acto de expropiación dirigido contra (sujeto pasivo) el propietario del bien mueble. El poseedor no propietario, a lo más, podrá tener la consideración de perjudicado, pero no de sujeto pasivo de la infracción (piénsese en el caso de que sea el mismo propietario el que sustrae la cosa al acreedor pignoraticio —supuesto para el que existe la figura expresa del *furtum possessionis*— como modalidad, no propiamente de hurto, sino de simple incumplimiento contractual penalizado). La opción es, por consiguiente, clara: o se entiende con la doctrina dominante que el bien jurídico del delito de hurto es la propiedad sobre las cosas muebles, o se entiende con sectores minoritarios de la ciencia jurídica, que el bien jurídico en el delito de hurto es exclusivamente la posesión sobre las cosas muebles. En lo que sigue intentaré demostrar que ésta última opinión es inexacta.

b) La posesión sobre las cosas muebles como objeto de protección en el delito de hurto: consideraciones críticas

Los inconvenientes de considerar al delito de hurto como un delito contra la posesión de las cosas muebles son muy variados. Para una mayor claridad expositiva iré exponiendo éstos por separado sobre la base de ejemplos.

1. Si el hurto se consuma por el quebrantamiento de la posesión ajena (lesión del bien jurídico), adquiriría una desmesurada amplitud la punición del llamado hurto de uso» pues habría que entender delictivas conductas tales como las de tomar un bote ajeno para dar un paseo a la luz de la luna y resumiendo acto seguido o coger la carretilla del vecino para trasladar arena a la obra propia durante un corto espacio de tiempo. Ello no sólo viola un principio fundamental del moderno Derecho Penal (carácter fragmentario del mismo) sino que iría también contra toda lógica —contraviniendo la regla básica «*minima non curat praetor*»—.

2. Si al hurto se le considera como un delito contra la posesión de las cosas muebles habría que reconocer que el propietario puede ser sujeto activo del mismo—lo que convertiría en supérflua la figura del *furtum possessionis* del art. 532.1 del C.p., que se convertiría en una auténtica modalidad de hurto (81). El inconveniente de esta construcción (que

(81) Al señalar tan abstracto bien jurídico el delito de hurto—lo que además impide que el mismo pueda operar como tierra de la epidemia del art. 514 C.p., a esta conclusión se ve forzada a llegar HUEBARTA TORCUDO, Susana. *Los delitos patrimoniales en el Proyecto de Código Penal de 1980*. Cit., págs. 479 y 480.

de cara al art. 514 C.p. interpreta «dueño» como «poseedor» admitiendo la posibilidad de que «ajena» pueda ser una cosa «propia» radica fundamentalmente en equiparar en penalidad dos conductas con significación jurídica y contenido de injusto diferentes: el incumplimiento de obligaciones contractuales especialmente ipifcado que supone el art. 532.1 —con ataque sólo a la posesión (82)— y el hecho de privar al propietario de todas las facultades inherentes al dominio—con ataque al derecho de propiedad.

Extraña, por consiguiente, que el Código Penal vigente —tras la reforma operada por L.O. 8/1983, de 25 de junio— equipare virtualmente en penalidad al hurto y al *furtum possessionis*—error que corrige, no obstante, en la PANCP (art. 229)—, lo que supone un reconocimiento expreso del distinto contenido de injusto de ambas figuras criminales. Para profundizar en la crítica se podría ejemplificar con aquellos supuestos en los que el propietario de una cosa mueble realiza junto a otro la sustracción de la misma o autoriza su sustracción. *Ejemplo*: A, ha alquilado a B, un determinado objeto. Como A y C decidieran que lo necesitaban para su uso en común, lo sustraen a B. Si el Código Penal sancionara adecuadamente (proporcionalmente en las penas) al delito de hurto y al *furtum possessionis*, habría que considerar (de entender que el hurto es un delito contra la posesión) que la responsabilidad de C (como autor de un hurto) sería más grave que la de A (como autor de un *furtum possessionis*)—pese a que solamente A está especialmente obligado a mantener a B en la posesión de la cosa—. A tal absurdo no se llega justamente por el error del legislador que sanciona ambas infracciones con las mismas penas: pero se podría llegar a otro igualmente rechazable si se afirmara que A es autor de *furtum possessionis* y C autor de hurto y ámbos merecerían de la misma pena. No obstante, esta nueva desproporcionalidad en las penas si es fácilmente salvable entendiendo al hurto como un delito contra la propiedad y al *furtum possessionis* como un delito especial propio dirigido sólo y exclusivamente contra la posesión: lo que equivaldría a afirmar, en el ejemplo citado, que A sería autor de *furtum possessionis* y C cómplice del mismo delito (83). De ahí que en la PANCP, junto al acter-

(82) Que el bien jurídico en la figura del art. 532.1 C.p. es sólo la posesión constituye doctrina dominante. Por todos: CANDIL JIMÉNEZ, Francisco. *En torno al furtum possessionis (análisis crítico del art. 532.1 del Código Penal)*. Cit., págs. 396 y sigs.

(83) Ya que C no tiene el dominio del hecho: el dominio del hecho de la infracción del deber (dominio del hecho normativamente concebido) sólo puede tenerlo el sujeto del deber y no quien carece de dicho deber—en fin, a lo más, podrá dominar su «acción de actuar», pero no el hecho. Cfr. BACOSALLURO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Cit., págs. 417 y sigs. ESCOBACA, H. *Tratado de Derecho Penal*. Cit., págs. 927 y sigs. No acierto, pues, a descubrir la «laguna» a la que hace referencia un amplio sector de la doctrina. Por todos: CANDIL JIMÉNEZ, Francisco. *En torno al furtum possessionis (análisis crítico del art. 532.1 del Código Penal)*. Cit., págs. 420. ANTON OMECA, José. *Estudio*. Cit., págs. 83. Sin duda ha inducido a error la referencia que se hace en el parágrafo 289 StGB al que actúa en beneficio del propietario. Por lo demás, sancionar a este autor (si se ser sujeto del deber) supone el mismo error en el que incurre el art. 229 de la PANCP.

to que supone castigar al hurto con pena más grave que al *furtum possessionis*, quepa subrayar también el error que supone elevar una forma de participación a autoría (puede ser autor de *furtum possessionis* quien, actuando con el consentimiento del dueño, la sustrae a quien la tiene legítimamente en su poder), cuando el disvalor de acción del propietario (que incumple su obligación de mantener a otro en la posesión de la cosa) es en todo caso más grave que el desvalor de acción del que, colaborando con él, no incumple ninguna obligación que a él personalmente le incumbiera.

3. Considerar al hurto como un delito contra la posesión supondría necesariamente entender punibles a través del art. 514 las conductas de quienes toman las cosas muebles ajenas para entregarlas a su dueño. *Ejemplo primero:* A y B hacen juntos el servicio militar. Al licenciarse y tener que devolver ambos sus equipos, A observa haber perdido un par de botas. Para evitar tener que pagarlas, sustrae las de B y las entrega como propias. *Ejemplo segundo:* A encuentra un perro que cree abandonado y se lo apropia. Al día siguiente B pone un anuncio en el periódico recompensando la devolución del perro. C, que está al tanto de los hechos, sustrae el perro a A, y se lo entrega a B ganando así la recompensa (84).

En estos supuestos creo preferible la calificación de estafa (85) en tanto en cuanto los despojos realizados por A y C respectivamente no son sino aspectos de una maquinación llevada a cabo con el objeto de engañar al propietario de la cosa (86). Caso de llegar a rechazarse la mencionada calificación, nos encontraríamos ante causas de perjuicios patrimoniales atípicas—en el marco de una dogmática de los delitos patrimoniales—orientada restrictivamente por razones político criminales: debe rechazarse la difundida tendencia (huida al Derecho Penal o perversión del Derecho Penal) a hacer del derecho punitivo—en detrimento de la vía civil—un vehículo rápido y seguro para el restablecimiento de los equilibrios patrimoniales en el amplio campo del tráfico económico.

4. Otro inconveniente de considerar a la posesión como el bien jurídico protegido en el delito de hurto es que tal consideración debería lle-

(84) Ambos ejemplos, en los que se niega la existencia de hurto, están tomados de WEIZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*. Cit., pág. 343.
(85) De la misma opinión: WEIZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*. Cit., pág. 343. SCHMIDHAUSER, Eberhard, *Strafrecht*. Cit., pág. 76. BLASI, Hermann, *Strafrecht II*. Cit., pág. 185. SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafrecht*. Cit., comentario al párrafo 242, núms. 70 y 71.

(86) Lo que indica la imposibilidad de entender que en estos casos pueda afirmarse la existencia de delitos de hurto. Efectivamente, lo impiden los diferentes conceptos de apropiación que se barajan con relación a este delito. Aunque volveremos con detenimiento sobre este extremo al analizar en la Segunda Parte de este trabajo el concepto de apropiación, cfr. con amplias referencias bibliográficas: SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafrecht*. Cit., comentario al párrafo 242, núms. 70 y 71.

var a afirmar que el ladrón puede ser sujeto pasivo de un hurto cuando es despojado por otro de su botín. Y la afirmación no resulta convincente: así lo demuestra ya el hecho de la restricción que supone considerar como una especialidad del Derecho Penal la protección de los valores poseídos en pugna con el Derecho, siempre que no sea frente al propietario (87)—lo que indica claramente como el hecho-derecho de la posesión cede en el delito de hurto frente al derecho de propiedad—. Además, considerar al ladrón como posible sujeto pasivo del delito de hurto cuando es despojado de su botín por persona distinta al propietario (si el despojo lo realiza el propietario—contravieniendo lo dispuesto en el art. 441 C.C., según el cual «el que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la autoridad competente»—todo lo más podrá existir un delito de realización arbitraria del propio derecho) (88), exige argumentar con el dato de que, de todas formas, la posesión del ladrón—evidentemente una posesión, aunque de mala fe, de carácter civil a título de dueño (89)—goza de la protección y el reconocimiento del ordenamiento jurídico en la vía civil interdictal—la más débil y provisional (90)—de todas las conocidas por el Ordenamiento. Pero considerar que, porque la posesión anti-jurídica, incluso violenta, del ladrón tiene el reconocimiento interdictal (incluso frente al propietario para evitar que éste se toma la justicia—¡o la injusticia!—por su mano) (91), el ladrón puede ser sujeto pasivo del delito de hurto, llevaría a convertir a la «última ratio» del Ordenamiento Jurídico (el Derecho Penal) en un mero trasunto de los interdictos posesorios, lo que es totalmente inadmisiblemente. El robo al ladrón se castiga no por el *merecimiento de pena* que pueda suponer en sí el despojo al poseedor anti-jurídico, sino porque, sin necesidad incluso de recurrir a la ficción de que con el nuevo delito el propietario ve nuevamente violado su derecho a gozar y disponer libremente de la cosa y cada vez más comprometida su posibilidad de recuperarla (92), el robo al ladrón manifiesta inequívocamente la voluntad de expresar al legítimo propietario (sea quien sea) de la cosa.

(87) Así lo afirman: MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal*. Cit., pág. 183. ROBERT, GUEZ DE VESA, José María, *Derecho Penal español*. Cit., pág. 349.

(88) Ampliamente: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *La realización arbitraria del propio derecho*. Cit., págs. 38 y sigs. y 68 y sigs. Claro que si el sujeto se apropia de una cosa distinta a la que ha sido sustraida, sí comete un delito contra la propiedad (ob. cit., págs. 38 y sigs.).

(89) Vid. ampliamente: GARCÍA VALDECASAS, Guillermo, *La posesión*. Universidad de Granada 1953, págs. 9 y 10. ABAJALDEJO, Manuel, *Derecho Civil III*. Derecho de los bienes. Volumen Primero. Parte General y derecho de propiedad. Barcelona 1974, pág. 86.
(90) Cfr. GARCÍA VALDECASAS, Guillermo, *La posesión*. Cit., págs. 22, 64 y 66. CAS-TÁN TORRES, José, *Derecho civil español común y foral*. Tomo II. Vol. I. Los derechos reales en general. El dominio. La posesión. Madrid 1964, pág. 501.

(91) Cfr. ABAJALDEJO, Manuel, *Derecho Civil*. Cit., pág. 86.
(92) Cfr. HERRERA TORCILLO, Susana, *La protección penal del patrimonio inmobiliario*. Cit., págs. 37 y sigs.

De todo lo expuesto parece deducirse con claridad la conclusión de que el delito de hurto, al igual que el de apropiación indebida, es un delito contra la propiedad sobre las cosas muebles (93). El delito de hurto, de todas formas, aparecería como algo más que una simple modificación o cualificación del delito de apropiación indebida en la que el «acto concluyente» estaría específicamente concretado por el hecho de tomar, sustraer, la cosa de ajena pertenencia; pero, en el fondo, sería la apropiación indebida el tipo «básico» de los delitos contra la propiedad en su versión de delitos de apropiación (94). Hasta qué punto el «tomar» o «sustraer» se interpreta indirectamente como un acto concluyente de apropiación se pone de manifiesto ya a través de las distintas teorías que se han venido barajando en torno al problema de cuándo se entiende consumado el delito de hurto y el consenso que ha alcanzado en la actualidad la llamada teoría de la aprehensión (disponibilidad).

La consumación del delito de hurto —abandonadas las teorías de la *constrictio* (el delito se consuma por el hecho de poner las manos sobre la cosa), *ablatio* (el delito se consuma por el mero traslado de la cosa de un lugar a otro) e *illatio* (el delito se consuma cuando la cosa ha sido puesta a buen recaudo y a plena disposición del sustractor)— está condicionada (teoría de la *aprehensión*) a que efectivamente se tome —se sustraiga— la cosa mueble, lo que en particular exige:

- a) Una primera parte (o primer momento) en el que el sujeto activo *quebranta* la custodia de quien efectivamente la tiene sobre la cosa.
- b) Una segunda parte (o segundo momento) en el que el sujeto activo ha de *consuilar* una nueva custodia realmente distinta de la anterior, esto es, ha de entrar en una efectiva relación de dominio sobre la cosa

(93) De esta opinión: BROUWÉ, *Karl, Lehrbuch des Allgemeinen Deutschen Strafrechts*, Cit., págs. 203, 204. En: SCHÖNKE/SCHROEDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Cit., comentario al párrafo 242, núm. 1. QUINTANO RIVOLLES, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, Cit., págs. 157, 158. ROBERTO DE VESSA, José María, *Derecho Penal español*, Cit., págs. 369, 370. STAMER, Peter, *Vermögensgriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, Cit., págs. 94, 95. *Systematischer Kommentar zum Strafrecht*, Cit., comentario al párrafo 242, núm. 1. SCHONDAUER, Eberhard, *Strafrecht*, Cit., págs. 73, 74. BAJO FERRÁN, MIGUEL, *La realización arbitraria del propio derecho*, Cit., págs. 48.

(94) De esta opinión, entre otros: SCHONDAUER, Eberhard, *Strafrecht*, Cit., págs. 72 y 73. WITZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, Cit., págs. 344, 345. *Systematischer Kommentar zum Strafrecht*, Cit., comentario al párrafo 246, núm. 1. BLEI, Hermann, *Strafrecht II*, Cit., págs. 199. En España, por el contrario, se considera al hurto el tipo básico de los delitos de apropiación. Cf. QUINTANO RIVOLLES, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, Cit., págs. 28 subrayando especialmente las características fraudulentas o defraudatorias del delito de apropiación indebida. De la misma opinión aunque dando al fraude un papel puramente accesorio e concomitante: MURGOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal*, Cit., págs. 187 y 188. Expresamente en contra, con razón, ROBERTO DE VESSA, considera que la colación de la apropiación indebida entre las defraudaciones —error en el que incurre también la PANCP— es absolutamente inadecuada (Cf. *Derecho Penal español*, Cit., págs. 379 y sigs.). La jurisprudencia más reciente entiende también que el abuso de confianza no es inherente al delito de apropiación indebida (Cf. STS de 26 de noviembre de 1981).

—lo que supone referir la *constrictio*, *ablatio* e *illatio* a la tentativa, frustración y agotamiento, respectivamente, del delito de hurto. Pero frente a casos en que está claro que el sujeto activo no ha llegado a constituir una nueva custodia sobre la cosa (A tira por la ventanilla del tren, para recogerla posteriormente, la maleta que ha sustraído a B; claro que no es necesario que el sujeto activo constituya «su» propia custodia— por lo que habría hurto consumado cuando, en el ejemplo anterior, A tira la maleta por la ventana para que la recoja C que está esperando), son más aquellos otros en los que la cuestión ofrece dudas —dudas que la jurisprudencia, como digo, ha intentado solventar a través del criterio de la «disponibilidad»— (que entiende constituida la nueva custodia cuando el sujeto ha llegado a tener el potencial ejercicio de las facultades dominicales sobre la cosa) (95). Queda de esta forma suficientemente subrayado como la *custodia* es un elemento secundario, un simple criterio y no bien jurídico, en el delito de hurto: el criterio sirve justamente, frente al delito de apropiación indebida, para determinar que se ha llevado a cabo, a través de un acto concluyente, un ataque contra el derecho de propiedad.

c) Algunas consecuencias dogmáticas derivadas del bien jurídico (propiedad) del delito de hurto

Solventar la cuestión —especialmente discutida en la doctrina española, como hemos visto, dada la amplia gama de opiniones sobre el tema— del bien jurídico protegido en el delito de hurto en la forma en que los hemos hecho, conlleva una serie de implicaciones dogmáticas importantes. En primer lugar, en el marco de los atentados de uso al patrimonio ajeno: como tendremos ocasión de ver en la Segunda Parte de este trabajo, la «apropiación indebida de uso» y el «hurto de uso» sólo serán punibles *hasta donde* lo permita el concepto de *apropiación* que sirve de abrazadera y denominador común a los delitos previstos en los arts 514 y 535 C.p. En segundo término, reviste especial interés preguntarse sobre el significado y alcance que pueda tener la exigencia del «ánimo de lucro» (en el art. 514 y en el párrafo 2 del art. 535 —que no (!) en el tipo básico de apropiación indebida del art. 535 párrafo 1-) en el marco de unos delitos en los que la materia de prohibición es convertirse de facto y antijurídicamente en propietario de una cosa ajena. Me centraré en la interpretación del ánimo de lucro en el art. 514 C.p. aunque con la ad-

(95) Cf. ROSAL, Juan del, *Consumación en el hurto y otros problemas penales*, ADPCP, 1949, págs. 67 y sigs. QUINTANO RIVOLLES, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, Cit., págs. 180 y sigs. Con amplias referencias bibliográficas y jurisprudenciales.

vertencia obvia de que lo que se diga con relación a este extremo puede trasladarse sin más a la figura de apropiación de una cosa perdida del párrafo 2 del art. 535 C.p. También reviste importancia, lógicamente, a la luz de las conclusiones a las que lleguemos al interpretar lo que debe entenderse por «ánimo de lucro», replantear el problema de si el delito de hurto es susceptible o no de comisión culposa.

a³⁾ La interpretación del ánimo de lucro

La doctrina española, normalmente, lejos de identificar ánimo de lucro con ánimo de apropiación, suele distinguir entre ánimo de lucro y ánimo de apropiación como dos exigencias subjetivas distintas del delito de hurto: algunos autores han llegado a considerar que el delito de hurto, a nivel de tipicidad, conlleva una triple exigencia subjetiva (el sujeto ha de actuar con dolo y con ánimo de lucro, pero, además, con ánimo de apropiación) (96); desde otro punto de vista se ha mantenido que, aunque a nivel de culpabilidad el hurto sólo exige el dolo y el ánimo de lucro, una interpretación espiritualista del verbo típico «tomar» —ya que tomar, se afirma, es esencialmente apropiarse— obliga a entender que el agente ha de actuar en este delito movido por ánimo de apropiación —distinguiendo aquellos casos en los que el sujeto actúa con ánimo de lucro pero sin ánimo de apropiación de aquellos otros en los que actúa con ánimo de apropiación, pero sin ánimo de lucro (97). Quizás sólo la jurisprudencia ha llegado, en algunas ocasiones, a identificar ánimo de lucro con ánimo de apropiación (98), si bien prevalece en ella —como en la doctrina (99)—, la tendencia a definir el ánimo de lucro de una forma más amplia como indicativo de cualquier tipo de ventaja, beneficio, provecho o utilidad que se proponga obtener el sujeto, incluso los meramente contemplativos (100).

El lato sentido dado al ánimo de lucro por la doctrina y la jurisprudencia lo incapacita ya en su raíz para cumplir cualquier función dogmática sería como elemento del tipo del art. 514 C.p. —como lo pone de manifiesto el hecho de que constantemente la jurisprudencia parta de su

(96) En este sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal*, Cit., págs. 141 y sigs. (97) En este sentido: RODRÍGUEZ DE VESA, José María, *Derecho Penal español*, Cit., págs. 154 y sigs.

(98) Vid. STS de 8 de julio de 1954, 26 de junio de 1963, 11 de noviembre de 1963, 7 de octubre de 1977, 29 de septiembre de 1977 y 14 de noviembre de 1978.

(99) Vid. con amplitud: DÍAZ PALOS, Fernando, *Ánimo de lucro*, NEJ, Vol. II, Barcelona 1950, págs. 674 y sigs. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *La realización arbitraria del propio derecho*, Cit., págs. 21 y sigs. QUINTANO ROPULLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, Cit., págs. 130 y sigs.

(100) Jurisprudencia constante: por todas vid. STS de 29 de septiembre de 1981, 7 de mayo de 1982 y 28 de septiembre de 1982.

presunción— (101). Que el ánimo de lucro no puede ser entendido en la forma expuesta se deduce ya con claridad de las respuestas que cabe dar a la pregunta sobre qué exigencias y qué roles conllevaría y cumpliría un tal concepto de ánimo de lucro.

a) Si se entiende que el ánimo de lucro supone la intención de obtener cualquier beneficio o ventaja, en realidad tal ánimo no podría ser entendido como elemento subjetivo del injusto pues en realidad no dice nada que no haya dicho ya el dolo: el mero hecho de constituir una posesión sobre una cosa —siendo la posesión, aunque provisional, un auténtico derecho real— es ya en sí un beneficio porque la posibilidad de disponer de un bien es en todo caso una forma de beneficio o ventaja (102).

b) El ánimo de lucro no puede significar, por otra parte, que el beneficio o ventaja «patrimonial» perseguido por el sujeto activo de la infracción deba tener necesariamente un contenido monetario (comercial) (103): esta interpretación sería contraria a la idea de que el hurto —al ser un delito contra la propiedad— no está sometido a las estrictas exigencias económicas de las concepciones patrimoniales elaboradas para la estafa. Efectivamente hay infinidad de casos en los que el sujeto activo del delito de hurto no actúa movido exclusivamente por miras monetarias (v. gr. sustracción de la fotografía de un antepasado para procurarse una satisfacción sentimental, sustracción de un libro por quien lo ha leído para que otro no lo pueda leer, sustracción de un objeto para adornar la propia casa y proporcionarse así una satisfacción puramente estética o contemplativa, etc.).

c) Si con la expresión «con ánimo de lucro» se está queriendo indicar que el sujeto activo ha de actuar con ánimo de poseer a título de dueño, nuevamente se estaría exigiendo algo que es necesariamente elemento del dolo, ya que no pudiendo ser la posesión del ladrón de tipo natural (a título exclusivamente de arrendatario, comodatario, acreedor pignoratitio, usufructuario, etc.), tendrá que ser necesariamente —al menos en su origen— de tipo civil, esto es, a título de dueño aunque, obviamente, de mala fe. Buena prueba de ello es que la realización del tipo objetivo del delito de hurto exige —para entender consumada dicha realización— que el sujeto activo haya llegado a tener la «disponibilidad» de la cosa (posibilidad de ejercer sobre ella facultades dominicales) y este vale tan-

(101) Jurisprudencia constante: por todas vid. STS de 10 de octubre de 1979 y 15 de noviembre de 1982.

(102) En este sentido: ANTON OMECA, José, *Estadía*, NEJ, Tomo IX, Barcelona 1958, págs. 69, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal*, Cit., págs. 182, OTTO, Harro, *Die Straftat des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, Cit., págs. 160.

(103) En contra, sin embargo, vid. STS de 22 de noviembre de 1879 y 18 de mayo de 1966.

to como decir que, a nivel de tipo subjetivo, el dolo ha de abarcar la voluntad de tener dicha disponibilidad —voluntad de colocarse respecto de la cosa en una situación tal, que el sujeto pueda actuar respecto de ella como si en realidad fuera su dueño. Esta voluntad de constituir una *in rem dominii* (o de poseer a título de dueño) viene exigida, pues, por el dolo por lo que interpretar en tal sentido el ánimo de lucro resultaría simplemente una redundancia.

La doctrina y la jurisprudencia, no obstante, asigna al elemento subjetivo «con ánimo de lucro» una misión importante: la de señalar las fronteras del delito de hurto, respecto de las de otras figuras criminales tales como el delito de daños y el de realización arbitraria del propio derecho.

a) Con relación al delito de daños *Quintano Ripollés* opina que «es erróneo considerar que el ánimo de lucro puede ser módulo bastante para diferenciar a los delitos de hurto y de robo del de daños. Mucho más se lucró y aprovechó quien destruye la cosecha ajena para que la suya aumente de valor, que quien por odio de clases roba a otro y luego entrega lo robado a un mestecroso: lo que no obsta para que el primero sea un delito de daños tan específico como el segundo de robo» (104). Y es que en realidad se están confundiendo planos distintos: el delito de daños (cuando el sujeto toma la cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño para, una vez en su poder, una vez a su disposición, destruirla, lo que efectivamente hace) no se caracteriza porque el sujeto no actúe con ánimo de lucro, sino porque al mismo el sujeto suma el «ánimus damnandi», lo que permite entender, en base al principio de especialidad, que el sujeto sólo comete un delito de daños.

b) Tampoco el ánimo de lucro resulta necesario para diferenciar al hurto del delito de realización arbitraria del propio derecho ya que, como ha demostrado *Bajo Fernández*, al ánimo de hacerse pago, no sólo integra ánimo de lucro (105), dada la forma en que este se entiende por la doctrina y la jurisprudencia española, sino incluso ánimo de lucro injusto (106).

(104) Así, *QUINTANO RIPPOLLÉS*, Antonio. *Comentarios al Código Penal*. Segunda edición renovada por el autor y puesta al día en textos jurisprudenciales y bibliográficos por Enrique GARRIBAT ORDEIG, pág. 925.

(105) Así *Bajo Fernández*, Miguel. *La realización arbitraria del propio derecho*. Cit., págs. 21 y sigs.

(106) Cfr. *Bajo Fernández*, Miguel. *La realización arbitraria del propio derecho*. Cit., págs. 33 y sigs. Debe puntualizarse con el autor citado que nuestro Código Penal no exige expresamente el carácter injusto de lucro —aunque importantes sectores doctrinales y jurisprudenciales lo hayan exigido, quizás por influencia de aquellas legislaciones que lo exigen expresamente (pág. 34). En la misma línea de la doctrina alemana dominante, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha entendido el carácter «injusto» del lucro como elemento normativo del tipo afirmando que «el ánimo de lucro supone un apoderamiento ilegítimo esto es, sin ninguna razón o motivo legal o moral que los justifique, evidenciado por la conducta del culpable encamina a conseguir de un modo especial la apropiación de

c) No obstante, alguna jurisprudencia ha utilizado el apuntado concepto de «ánimo de lucro» para excluir la tipicidad del hurto en aquellos supuestos en los que el sujeto toma la cosa mueble ajena creyéndose autorizado (cuando aquí la imputación debería deducirse de la falta de ánimo de apropiación —el sujeto cree que le han prestado la cosa— o de existencia de error de tipo —el sujeto cree que se le han regalado— o de la existencia de error de prohibición —el sujeto se consideraba autorizado para apropiarse de la cosa ajena); en los que la sustracción se realiza en el curso de una borrachera y son devueltas al dueño una vez pasada ésta (aquí la imputación nuevamente debería derivarse de la falta de ánimo de apropiación o, si lo hay, de la falta de imputabilidad del sujeto); o en los que el sujeto toma la cosa mueble ajena con la exclusiva finalidad de gastar una broma y devolverla (una vez más lo que faltaría aquí sería el ánimo de apropiación —argumento que es el que quizá subyace implícitamente en la construcción jurisprudencial) (107).

Del hecho de que el ánimo de lucro (entendido como la finalidad de obtener un provecho o ventaja de cualquier tipo) no conlleva exigencia alguna que no la suponga ya el dolo del delito de hurto ni pueda servir como criterio seguro para distinguir al hurto de otras infracciones criminales, sólo cabe concluir que es incorrecta la forma en que el mismo es entendido por la doctrina y la jurisprudencia dominantes. La idea no es, de todos modos, nueva. *Quintano Ripollés* no estimaba al tradicional ánimo de lucro como un elemento básico del delito de hurto, pareciéndole erróneo «hacer recaer el acento de la antijuridicidad en él. Mucho más trascendental, aún como elemento psíquico, es la intención de apoderamiento, el *animus capiendi*, que afecta, no a la periferia del tipo, sino a la más entrañable esencia y dinámica criminal del delito» (108).

La única interpretación plausible del ánimo de lucro que implique exigencias y cumpla roles razonables de cara al art. 514 C.p. es, pues, habida cuenta además a sensu contrario, la referencia a «sin ánimo de haberlo como propio» del art. 516 bis C.p., la que identifica (en los delitos

las cosas ajenas sin título alguno, para ello al otro móvil que el de aumentar injustificadamente el patrimonio propio a costa del ajeno» (ob. cit., pág. 34). Es evidente entonces que el carácter injusto del lucro no se entiende en el sentido de la antijuridicidad como elemento general del delito: el carácter ilícito del enriquecimiento es independiente de la concurrencia de las causas de justificación (ob. cit., pág. 35). Como ha demostrado convincentemente *Bajo Fernández* el mantener aquí dos conceptos de antijuridicidad distintos (antijuridicidad como elemento del delito y antijuridicidad como constatación de la conducta a la realización jurídico-positiva de la propiedad) es incorrecto (ob. cit., pág. 36 con bibliografía) por lo que el tipo del art. 514, debe concluirse, se confina con el hecho de tomar la cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño con ánimo de lucro, perteneciendo el carácter injusto del lucro (lucro injusto) es el adquirido por medios ilícitos, vale tanto como decir no justificados) al ámbito de la justificación. De ahí también que la creencia de obtener un lucro ilícito integre un error de prohibición. Contrariamente, la creencia de que no se sustrae nada (toma como propio al salir de un bar, el paraguas ajeno) integraría un error tipo.

(107) Cfr. STS de 3 de febrero de 1981.

(108) Cfr. *QUINTANO RIPPOLLÉS*, Antonio. *Comentarios al Código Penal*. Cit., pág. 925.

de apropiación: hurto, robo y apropiación indebida) ánimo de lucro con ánimo de apropiación: de ahí que sea redundante la exigencia del mismo en el párrafo 2 del art. 535 y correcta la falta de mención al ánimo de lucro en el delito de apropiación indebida (tipo básico). Curiosamente ello no ha impedido un tratamiento dogmáticamente correcto y un perfecto rodaje jurisprudencial del mencionado delito. Pero una vez identificados los conceptos de ánimo de lucro y ánimo de apropiación, aún queda en pie una pregunta importante: ¿es el hurto o, por el contrario, un elemento subjetivo del injusto del mismo? La mencionada referencia subjetiva puede efectivamente interpretarse:

a) Como una *formulación expresa del dolo* del estilo de las formulaciones expresas que de las causas de justificación se hacen en diversos preceptos de nuestro Código Penal (v. gr.: art. 482: «el particular que fuera de los casos permitidos por la ley...»; art. 496: «el que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia...», etc.) Un tal entendimiento del ánimo de lucro como referencia legal al dolo permitiría afirmar que el mismo agota todo lo que de subjetivo se exige en el delito de hurto y que la referencia al mismo, por ser supérflua, debía eliminarse de la definición del mencionado delito.

b) Como un *elemento subjetivo del injusto*, tal como lo entiende la doctrina y la jurisprudencia dominantes (109): en este supuesto su presencia en la definición del hurto sería esencial pues contribuiría a determinar justamente la materia de prohibición en la citada infracción.Cuál de las dos interpretaciones propuestas sea efectivamente la correcta es algo que va a depender fundamentalmente de cómo se entienda la conducta prohibida en el artículo 514 C.p.

a) Si se entiende que la conducta prohibida está integrada por el hecho *objetivo* de «tomar» (art. 514) o «sustraer» (art. 515) —el equivalente al *Wegnehmen* del párrafo 242 StGB— siempre y cuando ello se lleve a cabo, obviamente, con *elemento subjetivo* del injusto) ánimo de apropiación, el ánimo de lucro (ánimo de apropiación) resultará indefectiblemente un elemento subjetivo de la mencionada naturalidad (110).

(109) Por todos: Muñoz CONDE-FRANCIOSO, *Derecho Penal* Cit., pág. 192. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Dos aspectos de la imprudencia y un aspecto del hurto de vehículos a motor en el Derecho Penal español*. En *Delitos contra la seguridad del tráfico y su prevención*, Valencia 1975, pág. 128. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal español*, Parte General, Barcelona 1984, pág. 266. RODRÍGUEZ DE VESA, José María, *Derecho Penal español*, Parte General, 8 ed., Madrid 1981, pág. 466. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Compendio de Derecho Penal (Parte General)*, Madrid 1984, pág. 150. También jurisprudencia dominante: STS de 3 de marzo de 1973, 29 de septiembre de 1980, 21 de octubre de 1981 y 20 de julio de 1983 entre otras.

(110) También doctrina dominante en Alemania. Por todos cfr.: SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Cit., comentario al párrafo 242 n.ºs. 17 y s.ºs. BOCKELMANN, Paul, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, Cit., comentario al párrafo 242, n.ºm. 5.

b) Si se entiende que la conducta prohibida es la de apropiarse (realización de un acto de apropiación) de las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño a través del acto concluyente de «tomar» o «sustraer» la cosa (111) el dolo del delito de hurto, en su aspecto volitivo, tenderá que abarcar necesariamente la voluntad de apropiación (ánimo de apropiación) —por lo que el ánimo de lucro=ánimo de apropiación=concreción legislativa del dolo.

La cuestión —cuya solución es dogmáticamente libre— no es sólo un juego de palabras (saber si el hurto consiste en sustraer con ánimo de apropiación o apropiarse a través de la sustracción): creo que el segundo entendimiento de la conducta prohibida del art. 514 C.p. es teóricamente preferible pues capta mejor la esencia del hurto como auténtico delito dogmáticamente independiente del de apropiación indebida, pero del que conceptualmente es una modalidad (112). Dicho con otras palabras: la apropiación es el *núcleo* común de la acción en los delitos de hurto y apropiación indebida (113), que se diferencian, no obstante, en la forma de llevarla a cabo (con quebrantamiento de la custodia cuando el sujeto no la tiene y sin quebrantamiento de la misma cuando el sujeto está en posesión de la cosa). Ello significa que el disvalor de acción en el delito de hurto no es propiamente el hecho de tomar o sustraer la cosa, sino el hecho de apropiarse de la cosa —expropiando al propietario— valiéndose de la sustracción de la misma (114). La sustracción adquiere así un papel puramente secundario frente al dato fundamental de la apropiación.

Otra vez estamos ante una idea que no es, de todos modos, nueva. Algunos autores han calificado el «ánimo de lucro» como el «dolo específico» del delito de hurto (115): lo que es verdad a medias. Puede ser correcto calificar al ánimo de lucro como concreción del dolo en el delito de hurto, pero no debe olvidarse que absolutamente todo delito tiene su propio «dolo específico» en cuanto momento subjetivo referido al tipo objetivo —que necesariamente ha de ser distinto también en las diversas figuras criminales, por lo que el concepto mismo de «dolo específico» carece absolutamente de sentido. Quizá justamente construcciones de este tipo son las que han prevenido a ciertos legisladores —concretamente los de Alemania (116) y Argentina (117) para rechazar sistemáticamente los

(111) De esta opinión: BINDING, Karl, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, Cit., pág. 285. Comediente en el fondo: LISZTSCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Cit., págs. 442 y 443.

(112) Vid. supra II, 2, O, b, i, ii.

(113) Cfr. WEIZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, Cit., pág. 340.

(114) Cfr. SCHMIDHAUSER, Eberhard, *Strafrecht*, Cit., pág. 73.

(115) Cfr. entre otros, CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal*, Cit., pág. 849.

(116) El párrafo 242 StGB no contiene referencia alguna al ánimo de lucro al definir al delito de hurto. Sobre los intentos fallidos de introducir dicha referencia en la definición

vid.: MEZGER, Edmund, *Derecho Penal*, Cit., págs. 172 y sig.

(117) El art. 162 del Código Penal argentino tampoco contiene referencia alguna al ánimo de lucro en el concepto que ofrece del hurto. Sobre los intentos también fallidos de in-

intentos de algunos sectores doctrinales de incorporar a las definiciones del delito de hurto la referencia al ánimo de lucro—interposición que, por lo demás, no parece llegar a figurar en las primitivas definiciones romanas de este delito (118).

b) La posibilidad dogmática del hurto culposo

El Código Penal español, a diferencia de la mayoría de los Códigos penales de otros países, no tipifica expresa y particularmente cada uno de los hechos (homicidio, lesiones, etc.) cuya comisión imprudente es punible. En principio hay que entender que aunque no se diga explícitamente, las conductas concretas previstas en el Código Penal están referidas al hecho doloso, esto es, que cuando el Código Penal dispone, por ejemplo, que el que matare a otro será castigado, como homicida, con la pena de reclusión menor (art. 407), está amenazando con esa pena únicamente al que matare a otro dolosamente. El tipo imprudente se forma entonces poniendo en relación las cláusulas generales de los arts. 565, 586.3 y 600 C.p. con el correspondiente tipo doloso. Así, si alguien mata a otro a consecuencia de una grave imprudencia, la tipicidad de ese comportamiento resulta no de un precepto expreso que prevea el homicidio imprudente en cuanto tal, sino del establecimiento de una conexión entre el art. 565 y el 407 (homicidio doloso). Excepcionalmente, junto a esa regulación general de la imprudencia, coexisten en el Código algunos tipos penales en los que se penalizan delitos imprudentes concretos (ejemplos: arts. 355, 358, 360, 305, 521) (119). Frente a este sistema de «numerus apertus» —que encontró Quintano Ripollés un defensor no excesivamente decidido en una época en la que, además, la discusión no transcurre sin dudar por los cauces actuales (120)— la PANCP se atiene al sistema de «numerus clausus»: según su art. 15 «las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigan cuando expresamente lo disponga la ley». En mi opinión, este segundo sistema, que no debilita en absoluto la eficacia preventiva del Derecho Penal, es preferible al del «numerus apertus» en cuanto éste ofrece serias desventajas desde el punto de vista político-criminal (121), distorsiona el principio del mínimo de intervención del De-

comparar la referencia al ánimo de lucro dicha definición vid.: JIMÉNEZ DE ASO, Luis, *Treinta años de Derecho Penal*, Tomo III. El delito. Tercera edición actualizada. Buenos Aires 1965, págs. 683 y sigs. MIMOS AYOUB, *Crónica de una sentencia del Pleno de la Cámara Nacional Penal de la capital sobre el hurto inusit*. El criminalista. 2 serie. Tomo III (XIII de la colección). Buenos Aires, 1960, págs. 137 y 138.

(118) Cf. RODRÍGUEZ DE VESA, José María, *El hurto propio*. Cit., pág. 25.

(119) Cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*. Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Madrid 1979, págs. 115 y sigs.

(120) Ampliamente: QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Derecho Penal de la culpa (imprudencia)*. Barcelona 1958, págs. 223 y sigs.

(121) Cf. BACCALLUPO, Enrique, *Libramientos de la teoría del delito*. Buenos Aires 1974, pág. 135.

recho Penal (122), enturbia la consideración (íntimamente vinculada a la teoría del injusto personal) de que el dolo y la culpa constituyen requisitos de la adecuación típica al delito de que se trate (123) y ocasiona graves polémicas doctrinales en detrimento del principio de seguridad jurídica: se refiere fundamentalmente a la polémica acerca de si nuestro ordenamiento jurídico-penal contiene un único «crimen culpae» o un catálogo de «crimina culposae» y al problema de las restricciones al ámbito de las cláusulas generales de punición de la imprudencia, ya que aunque el sistema vigente sea de «numerus apertus», la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado en hacerlo funcionar en la práctica como un sistema de «numerus clausus».

En lo que se refiere a las restricciones del ámbito de las cláusulas generales, a pesar de la amplitud con la que están redactadas en los arts. 565, 586.3 y 600 C.p. hay acuerdo, tanto en la jurisprudencia como en la ciencia, en que no todos los tipos del Código Penal son punibles cuando se ejecutan imprudentemente (124). Pero como existe una gran inseguridad jurídica sobre cuáles son esos tipos penales que en derecho penal español sólo se castigan dolosamente (125), la realidad es que se ha trasladado a la discusión científica y a la práctica jurisprudencial una tarea que ya debió haber sido resuelta por el legislador (126): la de fijar individualmente los comportamientos imprudentes punibles en Derecho Penal español. En concreto se han propuesto cuatro criterios para limitar el ámbito de punición de la imprudencia en el Derecho español:

1. Se afirma que no son incriminables por imprudencia los delitos que en su modalidad intencional exigen lo que Quintano Ripollés llamó dolo duplicado (v. gr. el delito de parricidio). El criterio no ha alcanzado acuerdo unánime (127) porque no lo merece: no hay razón dogmática que impida afirmar que comete un parricidio por imprudencia quien manipulando imprudentemente una escopeta cargada en presencia de su hijo ocasiona un disparo que mata a éste.

2. Otro criterio que se mantiene, sobre todo por la jurisprudencia, es el de extraer del campo de la incriminación imprudente los delitos de

(122) Con amplitud vid.: NÚÑEZ BARBERO, Ruperto, *El delito culposo (su estructura y su posición jurídica en la dogmática actual)*. Salamanca 1975, págs. 75 y sigs.

(123) Así: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*. Cit., págs. 44 y sigs.

(124) Cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*. Cit., pág. 122.

(125) Vid. con carácter general: TORO LOPEZ, Angel, *Sobre los límites de la ejecución por imprudencia*. ADPCEP. 1972, págs. 53 y sigs.

(126) Cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*. Cit., pág. 122.

(127) Cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*. Cit., pág. nota 25. La jurisprudencia, con buen criterio acepta la posibilidad del parricidio culposo —como perfectamente admisible es también, por ejemplo, la figura del parricidio preterintencional (vid. STS 7 de abril de 1975).

mera actividad, la falsedad documental y la emisión propia, reservando para la incriminación culposa a los delitos de resultado. Tampoco este extremo ha sido merecedor de acuerdo unánime (128): que un funcionario puede librar una certificación falsa de méritos por no cerciorarse debidamente de aquello que acreditaba no es precisamente un supuesto absurdo e impensable.

3. También se estima que son punibles sólo cuando ha mediado dolo aquellos delitos en los que, al ser definidos por el legislador, se ha aludido con términos tales como «intencionadamente», «de propósito», «a sabiendas», «maliciosamente», etc., al elemento intencional (129); tampoco el criterio creo que deba merecer acuerdo. Evidentemente que la pena del aborto doloso, por ejemplo, debe estar condicionada a que el sujeto lo cause «de propósito» (dolosamente). Pero ello nada dice con relación a que el aborto no sea punible por imprudencia cuando se produzca sin propósitos de causarlo (V.gr. el médico que con suma torpeza reconoce a una embarazada provocando la expulsión del feto).

Aparte los criterios expuestos, constituye *communis opinio* que no son punibles por imprudencia aquellos delitos que son portadores de *elementos subjetivos del injusto* (130). La cuestión es también sumamente discutible. Se afirma que en los delitos cuyo tipo subjetivo exige no sólo la presencia del dolo sino, además, un elemento subjetivo del injusto que trascienda a aquél, habría que distinguir dos supuestos distintos:

1. Supuestos en los que falta tanto el dolo (conocimiento de la situación objetiva) como el elemento subjetivo del injusto (ejemplo: al guien, al salir de un restaurante, toma un paraguas ajeno creyendo tomar el propio—ni se sabe que se toma una cosa ajena ni se actúa con ánimo de apropiación-expropiación—). En estos supuestos, se afirma, no sería posible la comisión culposa (no existiría hurto por imprudencia). Para sostener esta solución se ha argumentado de tres formas distintas:

a) Si el concreto delito doloso exige conocimiento de los datos objetivos y un determinado ánimo, un hecho en el que falten ambos elementos está tan alejado del delito del Libro II, se parece ya tan poco a la figura dolosa, que pierde por completo su carácter criminal (electiva-

(128) Cfr. GIMBERNAT ORDEG. Enrique. *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*. Cit., págs. 120 y 123 (notas 26 a 28).

(129) Cfr. GIMBERNAT ORDEG. Enrique. *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*. Cit., págs. 124 (nota 29).

(130) Vid. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal español*. Cit., págs. 265 y sigs. RODRÍGUEZ DE VERA, José María. *Derecho Penal español*. Parte General. Cit., págs. 466. ANTON ONECA, José. *Derecho Penal*. Tomo I. Parte General. Madrid 1949, págs. 224. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTON, Tomás S. *Derecho Penal*. Cit., págs. 194. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría General del delito*. Bogotá 1984, págs. 76. Con reservas: CORDOBA RODA, Juan. *Die Regeln der Fahrlässigkeit im spanischen Strafrecht*. ZStW 1969, págs. 425 y sigs. CEREZO MIR, José. *Cuestiones previas al estudio de la estructura del tipo de lo injusto de los delitos de acción culposa*. En *Estudios Jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez-Vitoria*. Tomo I. Barcelona 1983, págs. 139. Nota 32, con abundante bibliografía.

mente, se afirma, el art. 565 habla de un hecho que, si se hubiera cometido intencionadamente, constituiría el delito correspondiente del Libro II) (131).

b) Sería injusto que el delito doloso en el que faltan los elementos subjetivos requeridos por el tipo diera lugar a la impunidad (quien toma el libro solamente para hojearlo) y en cambio fuese punible como imprudente la misma conducta realizada sin dolo (132).

c) Para la aplicación de los arts. 565, 586.3 ó 600 en relación con un determinado delito es preciso que concurren todos los elementos del mismo—incluidos los subjetivos—distintos del dolo: lo único que debe faltar es el dolo. Ello se desprende del comienzo de aquellos preceptos, que requieren la ejecución de un hecho que si mediare malicia—esto es, con solo que mediare malicia—constituiría delito o falta (133).

2. Supuestos en los que falta el conocimiento de la situación objetiva, pero no el elemento subjetivo del injusto. *Ejemplo*: A con ánimo de ofender a B, le imputa que ha cometido un delito. A cree que en efecto, B es un delincuente, pero si hubiere prestado el cuidado debido hubiera podido comprobar que B es inocente y que su imputación era falsa. Este hecho no es una calumnia dolosa, pues falta la conciencia de que la imputación es falsa, pero que no sea incriminable como calumnia imprudente es algo que ya no resulta tan claro (134). *Ejemplo*: el sujeto cree erróneamente, con error vencible, que toma la cosa mueble ajena con la voluntad de su dueño: no queda excluida de un modo absoluto en este caso la posibilidad de un hurto imprudente (135).

Desde mi punto de vista, al negarse por regla general la posibilidad *dogmática* de sancionar el hurto imprudente, se está olvidando que la expresión «ánimo de lucro» utilizada al definir el delito de hurto no puede significar sino «ánimo de apropiación»—y que tal ánimo de apropiación—no debe ser entendido sino como una supérflua concreción legislativa del dolo. Ello significaría que el delito de hurto permanecería ajeno a la polémica sobre si los delitos portadores de un elemento subjetivo del injusto se pueden o no cometer por imprudencia, ya que el hurto, así entendido, no conllevaría elemento subjetivo del injusto alguno que trascendiera al dolo. Pero aún entendiendo que el ánimo de lucro=ánimo de

(131) En este sentido: GIMBERNAT ORDEG. Enrique. *Dos aspectos de la imprudencia y un aspecto del hurto de uso de vehículos de motor en el Derecho Penal español*. Cit., págs. 128.

(132) Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*. Parte General. Fundamentos y teoría del delito. Barcelona 1984, págs. 218 y 219.

(133) Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*. Cit., págs. 219.

(134) En este sentido: GIMBERNAT ORDEG. Enrique. *Dos aspectos de la imprudencia y un aspecto del hurto de uso de vehículos de motor en el Derecho Penal español*. Cit., págs. 129.

(135) En este sentido: CEREZO MIR, José. *Cuestiones previas al estudio de la estructura del tipo de lo injusto de los delitos de acción culposa*. Cit., págs. 140.

apropiación=elemento subjetivo del injusto, quedaría abierta en todo caso la posibilidad de su incriminación culposa ya que la adecuación típica del delito culposo sólo requiere la comprobación de un disvalor de resultado (que en el delito de hurto sería la expropiación de hecho de la cosa a su propietario privándole de todas las facultades inherentes al dominio) y que el mismo se deba a la infracción de un deber de cuidado. Bastaría pues comprobar que alguien ha sido expropiado de *hecho* de la cosa y que esa expropiación es debida a negligencia por parte del sujeto activo (que no se cercioró sobre si la cosa era o no suya o sobre si tenía o no el consentimiento del propietario para tomarla) para poder afirmar sin mayores obstáculos dogmáticos la expropiación imprudente (hurto culposo). Que no sea conveniente sancionar, por razones político-criminales, este tipo de comportamientos, es un problema radicalmente distinto que debe ser abordado legislativamente —como efectivamente se hace con acierto en la PANCP— donde no se prevé expresamente la posibilidad de sancionar el hurto por imprudencia.

IV. LA ESTAFA COMO DELITO CONTRA EL PATRIMONIO

Como ha quedado expuesto, los delitos contra la propiedad, no están condicionados al concepto alguno de patrimonio: para su realización basta con la reducción de la posibilidad de disponer de las cosas propias. Si tal posibilidad de disposición desaparece, la infracción se consuma independientemente de que —desde el punto de vista estrictamente económico— el patrimonio de la víctima se haya visto reducido (se pueden hurtar cosas sin valor económico) y al patrimonio del sujeto activo incrementado desde el mismo punto de vista: de ahí que sólo en un sentido muy concreto y matizado pueda afirmarse que el hurto y la apropiación indebida integran *delitos de empobrecimiento* (aunque ello sea lo normal) o que el delito de daños lo sea de empobrecimiento (también la víctima del delito de daños puede, tras la infracción, ver incrementado su patrimonio desde el punto de vista económico). Por el contrario, los delitos contra el patrimonio en su conjunto (en general o en su totalidad), donde destaca el *perjuicio patrimonial* y, por consiguiente, la producción de un concepto de patrimonio desde el que pueda determinarse si tal perjuicio se ha producido o no.

Desprovisto el delito de estafa de las características propias de los delitos de apropiación (136) —pues su dinámica no siempre exige la entrega

(136) Subrayan, no obstante, lo que la estafa supone de obtención de un objeto mediante engaño: FERRER SAMA, Antonio. *Apropiación indebida*. NEL, Tomo II, Barcelona 1950, págs. 755 y 756. QUINTERO RIVOLLES, Antonio. *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*. Cit., págs. 553, y sigs. ANTON OMECA, José. *Estafa*. Cit., pág. 57, aunque con más reservas.

de un objeto mediante engaño, sino que hay estafa, por ejemplo, cuando mediante engaño se hace que otro ceda un crédito o un derecho o renuncie simplemente al mismo (137)—se considera que, como tal delito contra el patrimonio en su conjunto, aunque ataque en la práctica posiciones jurídicas concretas de la víctima, exige de la producción de un perjuicio al patrimonio desde alguno de los puntos de vista en que éste puede concebirse. No exige la estafa, pues, un ataque en bloque a todos los derechos que integran el patrimonio: simplemente, el hecho de que el tipo del art. 528 C.P. no haga referencia a ningún derecho patrimonial concreto, permite deducir que todos ellos (la totalidad de ellos) pueden ser objeto de ataque, ya se trate de cosas corporales muebles o inmuebles o de derechos (138).

La estafa es considerada, en efecto, por la doctrina absolutamente dominante, como el delito patrimonial por antonomasia (139)—es más, puede afirmarse que el concepto de patrimonio nace por y para la estafa y se desarrolla a partir de sus exigencias (140)—. Lo que se discute con relación al delito de estafa, principalmente (141), es, justamente por ello, el concepto de patrimonio mismo desde el cual se hace la mencionada afirmación (142).

Superadas las concepciones privatistas y autonomistas de las relaciones entre las categorías del Derecho Civil y las del Derecho Penal (143), la doctrina penal, ante la escasa precisión, raro uso y distintas acepciones de la noción civil de patrimonio —factores que las hacen de escasa utilidad a la hora de su eventual trasplante al Derecho Penal— se ha esforzado en la búsqueda de un concepto específicamente penal del patrimonio que atienda a la estructura y funciones del delito de estafa. Los mencionados esfuerzos han culminado en las concepciones que sucintamente se exponen a continuación.

(137) Por todos: ROMERO, Gladys. *El delito de estafa*. Tesis Doctoral Inédita. Madrid 1965, págs. 214 y sigs.

(138) Por todos: RODRIGUEZ DEVEA, José María. *Derecho Penal español*. Cit., pág. 477. MUÑOZ COMDE, FRANCISCO. *Derecho Penal*. Cit., págs. 183 y 243.

(139) Por todos: ANTON OMECA, José. *Estafa*. Cit., págs. 67 y sigs. RODRIGUEZ DEVEA, José María. *Derecho Penal español*. Cit., pág. 477. MUÑOZ COMDE, FRANCISCO. *Derecho Penal*. Cit., págs. 243.

(140) Cf. CRAMER, Peter. *Vermögensbegriff und Vermögensschäden in Strafrecht*. Ch., págs. 23 y sigs.

(141) Un tratamiento actual de todos los problemas que plantea este delito puede encontrarse en la magnífica monografía de ROMERO, Gladys. *El delito de estafa*. Cit., págs. 219 y sigs.

(142) Por todos con abundante bibliografía: ROMERO, Gladys. *El delito de estafa*. Cit., págs. 219 y sigs.

(143) Ampliamente: HUERTA TUCILDO, Susana. *La protección penal del patrimonio inmobiliario*. Cit., págs. 19 a 25.

1. El concepto jurídico de patrimonio: consideraciones críticas

Conforme a ésta concepción, sustentada fundamentalmente por *Binding* (144), el patrimonio está integrado únicamente por aquellos valores que son reconocidos como derechos patrimoniales subjetivos por el derecho privado o por el derecho público. Totalmente marginada hoy día, la concepción jurídica del patrimonio —fruto en realidad de una concepción privatista de las relaciones entre el Derecho Civil y el Derecho Penal, por lo que no extraña que a su vez *Binding* defendiera la naturaleza meramente sancionadora del Derecho Penal— se vió sometida a múltiples críticas: no sólo es difícil determinar qué ha de entenderse por «derechos subjetivos patrimoniales», sino que, además, resultaba en opinión de muchos demasiado amplia en algunos casos (hay que considerar que existe daño patrimonial cuando se lesiona un derecho sin valor económico alguno e incluso cuando media una contraprestación de valor económico equivalente) y demasiado estrecha en otros (creando vacíos de punibilidad cuando se lesionan bienes de valor económico que todavía no están jurídicamente concretados en derechos subjetivos). En definitiva, la concepción jurídica del patrimonio corresponde a una época ya superada de pancivilismo en la que se quiso convertir al Derecho Penal en un ente acéfaló, con carácter secundario y dependiente (145). Según esta concepción del patrimonio, obviamente, el ataque a una posición jurídica de la víctima no producirá una pérdida del valor de su patrimonio globalmente considerado (y si sólo la pérdida de la concreta posición jurídica atacada) ya que aquel ataque va unido necesariamente al nacimiento de un derecho al resarcimiento de idéntico valor jurídico —aunque no económico—.

2. El concepto económico estricto de patrimonio: consideraciones críticas

Según esta teoría el patrimonio está formado por la suma de los valores económicos, expresada en dinero, que pertenece a una persona aun que no goce de reconocimiento por parte del Derecho. En Alemania, la

doctrina y en parte también la Jurisprudencia, optaron por el concepto económico de patrimonio de forma casi dominante (146).

La crítica que se ha dirigido fundamentalmente contra esta construcción radica en su desmesurada amplitud, al aceptar que forman parte del patrimonio valores poseídos antijurídicamente, cuando sólo deben merecer protección penal los valores económicos jurídicamente reconocidos (147). La trascendencia práctica de esta crítica, no obstante, es muchas veces nula: desde el punto de vista opuesto a la estricta teoría económica (la llamada teoría mixta), el criterio de que la estafa exige una intervención en el patrimonio jurídicamente protegido no ha impedido afirmar la existencia de este delito si al engañado se lo determina mediante la simulación de una contraprestación que contiene una acción inmoral o punible (estafa en «*negotium turpe*»): frente a la opinión, ahora restrictiva, de los defensores del concepto jurídico de patrimonio, se afirma la existencia de la estafa en el supuesto ya clásico de la venta masiva al precio de 10 marcos de presuntos abortivos cuyo coste real era sólo de 30 pfénigs. Y ello porque entender que se ha cometido en este caso un delito de estafa no obliga, lógicamente, al vendedor a realizar la prestación debida; pero el rechazo a la contraprestación —delictiva e inmoral— no debe llevar a negar la existencia de la estafa —se afirma— cuando ha existido un empobrecimiento real de aquellos que compraron lo que resultó ser un fármaco inocuo (148).

El inconveniente fundamental de la construcción radica probablemente en su marcado carácter objetivo que obliga a valorar la disminución patrimonial privando de significación a las circunstancias del caso individual, dentro de las cuales destacan las necesidades y fines de la víctima de la infracción (v.gr. no habría estafa en el tan citado ejemplo de quien adquiere un cuadro por su valor real en el mercado, pero es engañado respecto de su verdadero autor, error sin el cual no hubiera cerrado el trato) (149).

3. El concepto mixto (jurídico-económico) de patrimonio

Entre la concepción jurídica y la económica estricta del patrimonio se encuentra la teoría intermedia jurídico-económica que cuenta en la ac-

(146) Sobre esta concepción: ROMERO, Gladys. *El delito de estafa*. Cit., págs. 222 y sigs. CRAMER, Peter. En SCHÖNKE/SCHROEDER. *Strafgesetzbuch Kommentar*. Comentario al párrafo 263, núm. 80, ambos con abundante bibliografía.

(147) En este sentido: BAO FERNÁNDEZ, Miguel. *La realización arbitraria del propio derecho*. Cit., pág. 31. HUERTA TOCILDO, Susana. *La protección penal del patrimonio inmobiliario*. Cit., pág. 53. ROMERO, Gladys. *El delito de estafa*. Cit., págs. 224 y 225.

(148) Ampliamente sobre el tema: MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*. Cit., págs. 257 y 258. ANTON ONECA, José. *Estafa*. NEJ. Tomo IX. Barcelona 1958, págs. 69 y 70.

(149) Ampliamente: CRAMER, Peter. En SCHÖNKE/SCHROEDER. *Strafgesetzbuch Kommentar*. Comentario al párrafo 263, núms. 82 y 108. ANTON ONECA, José. *Estafa*. Cit., págs. 67 y sigs.

(144) Cf. BINDING, Karl. *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*. Cit., págs. 237 y sigs. Críticamente con bibliografía: CRAMER, Peter. En SCHÖNKE/SCHROEDER. *Strafgesetzbuch Kommentar*. Comentario al párrafo 263, núm. 79.

(145) En este sentido, con amplitud: BAO FERNÁNDEZ, Miguel. *La realización arbitraria del propio derecho*. Cit., págs. 30 y 31. HUERTA TOCILDO, Susana. *La protección penal del patrimonio inmobiliario*. Cit., págs. 30 y sigs. ROMERO, Gladys. *El delito de estafa*. Tesis doctoral, inédita. Madrid 1985. Págs. 219 y sigs. del original. RODRÍGUEZ DE VERA, José María. *Derecho Penal español*. Cit., pág. 349.

tualidad con la mayoría de adeptos, tanto en la literatura alemana como en la española (150).

Frente a la concepción jurídica, afirma *Huerta Tocado*, esta teoría supone la limitación de los bienes patrimoniales a aquellos que poseen un valor económico, mientras que, frente a la teoría económica estricta supone la importante restricción de considerar bienes patrimoniales únicamente a aquellos que el sujeto posee en virtud de una relación jurídica. De esta manera, aunque con algunas variantes, los partidarios de la teoría mixta entienden que forman parte del patrimonio de una persona la suma de los valores económicos puestos a disposición de alguien bajo la protección del ordenamiento jurídico (151). En cualquier caso, se toma como medida del perjuicio patrimonial un criterio mixto: objetivo-individual (152).

4. El llamado concepto patrimonial personal: consideraciones críticas

Las particularidades del caso individual (concretamente las necesidades y fines económicos del sujeto pasivo del delito de estafa) no han sido nunca totalmente olvidadas en la construcción del concepto de patrimonio: concretamente a mediados de siglo, *Bockelmann* había elaborado ya un concepto personal del patrimonio (153) que, en opinión de algunos, sobrevaloraba el momento subjetivo de esta infracción al hacer depender el perjuicio patrimonial en la estafa de la opinión del sujeto pasivo. Recientemente *Otto* ha vuelto a incidir en el tema del llamado concepto patrimonial personal.

La construcción elaborada por *Otto* (154) subraya como bajo la denominación de «delitos contra los valores patrimoniales» se recoge genéricamente aquel grupo de delitos que se dirigen contra el patrimonio de un sujeto jurídico. Existe una diferenciación convencional entre delitos contra el patrimonio en general y delitos contra objetos parciales del pa-

(150) Cf. entre otros: WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, Cit., pág. 372. CRAMER, Peter, *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, Berlin-Zürich, 1968. En especial, págs. 109 y sigs.; BAO FERNÁNDEZ MIGUEL, *La realización arbitraria del propio derecho*, Cit., pág. 31. MUÑOZ COMDE FRANCISCO, *Derecho Penal*, Cit., pág. 182. HUERTA TOCADO, Susana, *La protección penal del patrimonio inmobiliario*, Cit., págs. 34 y sigs. ANTON OMECA, José, *Estafa*, Cit., pág. 68. En el tomo también: RODRÍGUEZ DE VESA, José María, *Derecho Penal español*, Cit., pág. 349.

(151) Ampliamente: HUERTA TOCADO, Susana, *La protección penal del patrimonio inmobiliario*, Comentario al parágrafo 263, núm. 82.

(152) Ampliamente: CRAMER, Peter, En SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Cit., Comentario al parágrafo 263, núm. 108.

(153) Cf. La referencia bibliográfica contenida en ANTON OMECA, José, *Estafa*, Cit., pág. 68, nota 83.

(154) Con carácter general: OTTO, Harro, *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschadens*, Berlin 1970. En especial, págs. 26 y sigs.

trimonio. Depende si el hecho protege al patrimonio por completo o solamente partes limitadas del mismo (v. gr. la propiedad, la posesión). Base para esta diferenciación, en principio, parece ser un concepto patrimonial común (155). Pero en realidad —afirma *Otto*— no es así: doctrina y jurisprudencia utilizan dos conceptos de patrimonio distintos. Se afirma que con los delitos contra la totalidad del patrimonio se deben proteger solamente objetos con valor monetario (comercial), sin embargo, en el delito de hurto la conducta se puede dirigir contra bienes sin valor monetario, es decir, contra objetos que pueden tener solamente un valor afectivo. Ello significa en particular lo siguiente: pese a la apariencia de un concepto común de patrimonio, en los delitos contra la totalidad del patrimonio, éste se determina en base al valor monetario (comercial) de las cosas —en los otros se determina en base a su valor de uso—. Y la legitimación de esta diferenciación parece dudosa (156).

La función del Derecho Penal —afirma *Otto*— es la de proteger, es decir, la de asegurar y posibilitar el desarrollo de la personalidad del individuo. Este desarrollo de la personalidad supone también la posibilidad de tratar con objetos, porque en este trato el individuo se da cuenta de sus capacidades para formar su ambiente. Con la palabra «patrimonio» se expresa directamente esta realidad, es decir, el poder que se tiene al ser titular de ciertos derechos y lo que con ellos somos capaces de lograr. Patrimonio es en este sentido «garantía objetiva para el desarrollo subjetivo», que está relacionado con el ámbito económico si los objetos a los que está dirigida esa posibilidad son objetos del ámbito económico. Pero objetos del ámbito económico no son sólo los objetos con valor monetario o comercial (que integran solamente un subgrupo de aquellos), ya que un Derecho Penal que quiere garantizar la protección de las posibilidades de desarrollo del individuo en el ámbito social, dejaría sin protección una gran esfera del ámbito económico si remitiere la protección solamente al valor monetario (comercial) de las cosas: la protección total de la personalidad sólo puede conseguirse mediante la protección, no del valor monetario, sino del valor de uso de las cosas (157).

En este sentido, patrimonio es una unidad personalmente estructurada que garantiza el desarrollo del individuo en el ámbito objetivo. Dicha unidad se constituye de relaciones soberanas de la persona sobre el objeto (patrimonio de bienes) reconocido por el ordenamiento jurídico y que están reconocidas por la sociedad jurídica como objetos independientes del tráfico económico. De ahí que el perjuicio del patrimonio suponga siempre una reducción de la potencia económica del propietario: pero

(155) Cf. OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht*, Die einzelnen Delikten, Ein Lehrbuch, Berlin-New York, 1977, pág. 138.

(156) Cf. OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht*, Cit., pág. 139.

(157) Cf. OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht*, Cit., págs. 139 y 140.

esta reducción de potencia económica no tiene porqué manifestarse a través de una determinada cantidad de dinero. Es suficiente de cara al perjuicio la realización de una disposición sobre los bienes económicos sin que el que la realiza pueda conseguir el fin económico que pretendía. Por eso, la pérdida económica de un propósito es el criterio del perjuicio—y no un valor monetario simplemente— aunque, ésto no se debe pasar por alto, frecuentemente ámbos suelen coincidir (158).

El concepto patrimonial personal, en el terreno práctico, repercute directamente en la solución de determinados casos de estaña con los que ejemplifica el autor.

a) X está interesado en comprar un cuadro pintado por Z—y no por otro autor—. A vende a X un cuadro pintado por Y, diciéndole que es de Z. X compra el cuadro por 100. También el cuadro que ha comprado—el de Y— ha sido parcialmente valorado en la misma cantidad (hay estaña: comercial o monetariamente el patrimonio de X no ha experimentado variación, pero si ha existido perjuicio en su patrimonio al ver frustrado el fin económico que había asignado a la operación).

b) A quiere comprar una máquina ordenadora con la que puede ordenar diez vacas al mismo tiempo. A recibe una máquina capaz de ordenar solamente a tres. La máquina que recibe vale el precio pagado por A (hay estaña: el valor monetario del patrimonio de A antes y después de la compra es idéntico. Pero hay perjuicio ya que con la compra A no ha conseguido el fin económico que perseguía a través de la misma).

c) A quiere firmar un contrato de ahorro, pero mediante engaño le hacen suscribir un seguro de vida. Nuevamente puede decirse que el patrimonio de A no ha experimentado variación, pero hay estaña ya que sin embargo existe perjuicio al no haber conseguido A realizar la operación (fin) económica que pretendía debido al engaño de que fue objeto (159).

d) Por las mismas razones habría estaña en el caso del que vende un cuadro sin valor monetario alguno para conseguir una determinada cantidad y se le paga con billetes falsos.

e) Sin embargo, no habría estaña en los siguientes supuestos: *supuesto primero*: A finge hacer una donación de 10.000 pesetas a la Cruz Roja para «forzar» a su vecino, sumamente presuntuoso, a hacer una donación superior. Efectivamente B hace una donación de 20.000 pesetas. Después del donativo el valor monetario del patrimonio de B es menor. El fin económico del donativo es una donación a la Cruz Roja. El fin secundario—obstentación— no tiene importancia como objeto no declarado del donativo, por eso no existe frustración del fin económico del mismo, ni per-

(158) Cf. OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht*, Cit., págs. 140.
(159) Los ejemplos están tomados de OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht*, Cit., págs. 140 y 141.

juicio patrimonial, ni estaña. *Supuesto segundo*: A quiere comprar una máquina ordenadora de la empresa X. Recibe por engaño otra de las mismas características de la empresa Y. Ambas tienen la misma utilidad y durabilidad según informes periciales. No hay perjuicio patrimonial ya que A, de hecho, ha conseguido el fin económico que pretendía (160).

Pese a su valor teórico (la construcción expuesta pretende desplazar el centro de gravedad del concepto de patrimonio de la idea estrictamente monetaria a la de los fines del desarrollo que la persona pretende alcanzar a través del uso de los bienes que el Derecho pone a su disposición), el concepto patrimonial personal de *Otto* me parece criticable tanto desde una perspectiva teórica como práctica.

Desde una perspectiva teórica, ciertamente es dudosa la legitimidad de la división de los delitos contra los valores patrimoniales en delitos de apropiación y delitos contra el patrimonio (a pesar de que la misma subraya cómo de cara al Derecho Penal son problemas distintos la producción de cualquier tipo de perjuicio patrimonial mediante engaño (estaña) y los actos que se dirigen a la expropiación de bienes muebles con ataque a un derecho (el de propiedad) que puede construirse independientemente del concepto penal de patrimonio en cuanto propiedad existe desde el mismo momento en que tal derecho esté reconocido a una persona sobre cualquier clase de objeto). Pero el carácter dudoso de la legitimidad de dicha distinción no debe conducir a la búsqueda de un concepto de patrimonio que abarque por igual al hurto y a la estaña sino, por el contrario, a subrayar las diferencias entre ámbas modalidades delictivas y a acentuar cómo las mismas no pueden agruparse bajo la rubrica común de infracciones contra valores patrimoniales. Todo lo que no sea esto conduce a construcciones que, sin aportar soluciones a los problemas de la práctica, no arrojan sino obscuridad a las elaboraciones dogmáticas. Efectivamente, al afirmarse que puede ser objeto material de un delito contra el patrimonio—considerando tales tanto al hurto como a la estaña—cuálquier bien que tenga un valor de uso (?), no se está diciendo absolutamente nada nuevo: la doctrina dominante acepta sin reparos, lógicamente, que se puedan hurtar cosas sin valor económico y que de cara al delito de estaña pueda hablarse de perjuicio patrimonial cuando en una relación contractual el sujeto no recibe, a causa del engaño, aquello a lo que tiene derecho por ley—con lesión de la libertad de la persona para actuar económicamente— (es estaña comprar un cuadro sin valor monetario alguno y pagarlo con billetes falsos).

Y esta consideración nos conduce sobre todo a la perspectiva *práctica* desde la cual la construcción de la que tratamos resulta también criticable. Si la misión fundamental de los estudios jurídico-penales es elaborar

(160) Los ejemplos están tomados de OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht*, Cit., págs. 141 y 142.

instrumentos conceptuales que permitan dar solución racional a los problemas —todavía no resueltos o mal resueltos— de la práctica, debe conocerse que la tesis expuesta no soluciona absolutamente ningún problema que no estuviera ya resuelto con anterioridad correctamente a través de la teoría mixta (jurídico-económica) del patrimonio: los ejemplos sumamente atrayentes con los que *Ortiz* ejemplifica su construcción parecen curiosamente inspirados en uno de nuestros monografías sobre la estufa: «quien creyendo suscribirse a una revista de su especialidad, resulta, inducido a error por el agente, que ha pagado la suscripción de otra nada interesante para él, el fabricante al que el viajante ha vendido una máquina de igual valor pero distinta de la que necesitaba, el que creyendo comprar una vaca de leche recibe otra que sólo vale para carne, etc.; todos estos han quedado perjudicados aunque las cosas obtenidas sean de igual valor que las contratadas» (161). Y es que la valoración de la disminución patrimonial —en el marco de la teoría mixta en la que, por ejemplo, se desenvuelve *Antón Oneca*— ha de hacerse en primer término en un plano objetivo, estimando la cuantía según medidas generales... ya que en un segundo término han de tenerse en cuenta, en efecto, las circunstancias del caso individual, dentro de las cuales destacan las necesidades y fines del engañado (162).

V. EL SISTEMA DE LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD Y EL PATRIMONIO EN LA PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DEL NUEVO CÓDIGO PENAL. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

De lo dicho hasta ahora sería conveniente extraer algunas conclusiones susceptibles de ser presentadas para su discusión como intentos de mejorar técnicamente el contenido del Título XI (Delitos contra el patrimonio del Libro II (Delitos y sus penas) de la PANCP.

1. Por las razones expuestas al comienzo de este trabajo, deberían extinguirse del Título XI de la PANCP las insolvencias punibles y el delito de usura —cuya sede más correcta quizá pueda encontrarse en el Título XII relativo a los delitos socioeconómicos.
2. Respecto de las demás figuras criminales, la primera sugerencia versaría ya sobre la rúbrica de «delitos contra el patrimonio», a todas luces poco exacta. Puesto que en el Título XI se van a sancionar conductas que no integran en puridad delitos patrimoniales (apropiación indebida, hurto, robo y daños), sería más correcto utilizar la rúbrica de «delitos contra la propiedad y el patrimonio» —si es que no se quiere sancionar en

(161) Cf. ANTON ONECA, José. *Estufa*. Cit., pág. 68 y 69.
(162) Cf. ANTON ONECA, José. *Estufa*. Cit., pág. 69.

un título (delitos contra la propiedad) dichas infracciones y en otro título (delitos contra el patrimonio) al delito de estufa y otras infracciones de perjuicio al patrimonio.

3. Si se optara por la primera posibilidad, la estructura del Título XI, en lo que hace a sus diferentes capítulos, debería ser revisada en profundidad, así como el sistema de penas con las que se combinan las infracciones en él contenidas.

El Capítulo I (Delitos contra la propiedad) debería dividirse en dos grandes secciones. La Sección I (de los delitos de apropiación) debería contener a los delitos de apropiación indebida, hurto y robo, por ese orden. En primer lugar el delito de apropiación indebida —incorrectamente ubicado entre las defraudaciones (?)— por ser el tipo «base» —y necesariamente el merecedor de menor pena— de los delitos de apropiación: eventualmente podría establecerse una modalidad agravada para los supuestos en los que mediara abuso de confianza —circunstancia que no pertenece a la esencia de esta infracción pues no siempre el que recibe la cosa lo hace en virtud de una especial confianza en él depositada. Con mayor pena debería sancionarse al hurto simple, creándose a su vez una modalidad agravada de hurto con fuerza en las cosas. Dentro de los delitos de apropiación sería el de robo (con violencia) el merecedor de pena más grave: con relación al mismo bastaría un único tipo/base remitiendo tácitamente a las normas generales del concurso de delitos respecto de aquellas infracciones contra la vida, integridad, libertad sexual, etc., que eventualmente lo acompañen. Carece de sentido, en mi opinión, agravar la pena del delito de robo violento en los supuestos en los que el sujeto hiciera uso de armas. La Sección II debería dedicarse al delito de daños (modalidad de delito de expropiación sin apropiación correlativa): sería necesario revisar la pena con la que se comina esta infracción en la PANCP pues el ataque al «derecho» de propiedad que conlleva —al extinguirse por la desaparición esencial o funcional de la cosa sobre la que recae— no justifica una pena por regla general rotativamente inferior, por ejemplo, a la del delito de hurto.

Al Capítulo II (Delitos contra el patrimonio), reservado al delito de estufa y otras defraudaciones, debería seguir (quizá bajo la rúbrica de «delitos contra otros valores patrimoniales») un Capítulo III comprensivo de las figuras de extorsión, usurpación y furtum possessionis. Con relación a éste último delito debería tenerse en cuenta que no es una modalidad de hurto, sino un incumplimiento contractual (delito especial propio) específicamente sancionado y que debe serlo con pena inferior a la del hurto, sin llegar a equiparar en ningún caso la complicidad a la autoría. Finalmente, el Capítulo IV debería contener, sin duda, como lo hace, la excusa absoluta entre parientes ya tradicional en el ámbito de «los delitos contra la propiedad». Además, como disposición común a todo el Título, debería tipificarse en él el delito de receptación (perpetuación de

infracciones contra la propiedad y el patrimonio). El problema sería determinar si, también, debería insertarse en el mencionado Capítulo IV otro precepto tendente a despenalizar, en base al principio de insignificancia ciertos delitos bagatelados (hurtos en grandes almacenes, hurtos de cosas de escaso valor, etc.). Todo depende de la postura que se adopte con relación al tema de si debe o no desaparecer el Libro III de la PANCP. Está claro que la presencia de la falta de hurto soluciona sin gran dramatismo un problema social importante, que en países donde se han suprimido las faltas obliga a recursos procesales, como el sobreseimiento para evitar tener que incoar en estos casos un proceso penal en toda regla (163). Pero pese a todo, las ventajas político-criminales y dogmáticas de la supresión del Libro III me parecen en todo caso superiores (164). El problema de los delitos bagatelados—si se opta por suprimir el Libro III de la PANCP—podría no obstante solventarse con los mencionados mecanismos procesales y, además, con otros de tipo sustantivo:

- a) Estableciendo un sistema de penas que, caso de ser privativas de libertad, estén limitadas en lo que se refiere a su máximo, pero que, al mismo tiempo, carezcan de mínimos (!)—posibilitando que la suspensión del fallo, la remisión condicional de la pena y la sustitución de la pena funcionen como auténticos frenos a lo que de facto puede significar el castigo puro y simple de la pobreza.
- b) Evitando que las mencionadas conductas formen parte del tipo penal mediante el recurso a fórmulas tales como la siguiente: «No existe delito cuando la acción corresponde ciertamente al texto literal de un tipo legal y, sin embargo, las repercusiones del hecho sobre los derechos e intereses de los ciudadanos o de la sociedad sean irrelevantes» (165).

(163) En este sentido: MUÑOZ CONDE. Francisco. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MUÑOZ CONDE, Francisco. *La reforma penal de 1983*. Barcelona 1983, pág. 147. (164) Cfr. Los argumentos esgrimidos en la Enmienda núm. 1260.—Primer Firmante: Grupo Comunista— a la totalidad del Libro III del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal español de 1980.

(165) Cfr. Con más amplitud: GÓMEZ BENVÍTEZ, José Manuel. *Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código Penal (Títulos VIII y V)*. ADPCP 1980, págs. 469 y 470.