

Publicación editada por el
Centro de Investigaciones del
Instituto Peruano de Ciencias Penales

Obras de esta colección:

1. URS KINDHAUSER, *Estudios de Derecho penal patrimonial*, trad. a cargo de Caro John, García Caverio, Pastor Muñoz y Perdomo Torres, Grijley, Lima 2002.
2. BERNARDO FUJIO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima 2002.
3. CARLOS PÉREZ DEL VALLE, *Estudios de Derecho procesal penal*, Grijley, Lima 2002.

URS KINDHÄUSER
*Catedrático de Derecho Penal
en la Universidad de Bonn (Alemania)*

ESTUDIOS DE DERECHO PENAL PATRIMONIAL

- Fundamentos y sistemática
- La aprobación en el hurto: objeto y límites
- La estafa como autoría mediata tipificada
- El perjuicio patrimonial en la estafa
- La estafa por medio de computadoras

JOSÉ ANTONIO CARO JOHN y PERCY GARCÍA CAVERO
(Editores)

Traducción de

JOSÉ ANTONIO CARO JOHN, PERCY GARCÍA CAVERO,
NURIA PASTOR MUÑOZ y JORGE PERDOMO TORRES



INSTITUTO PERUANO DE CIENCIAS PENALES



GRIJLEY

VRS	<i>Verkehrsrecht-Sammlung</i>
<i>wistra</i>	<i>Wirtschaftsrecht, Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht</i>
WM	<i>Wertpapier-Mitteilungen</i>
ZStW	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>

1

FUNDAMENTOS Y SISTEMÁTICA DE LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS PATRIMONIALES (*)

(*) El texto se corresponde con el primer apartado (§ 1: *Grundlagen und Systematik*) del libro del Prof. KINDHAUSER, *Strafrecht Besonderer Teil II. Straftaten gegen Vermögensrechte – Teilband 1. Eigentumsdelikte*, 2ª ed., Baden Baden 1999, pp. 33-43. Traducción a cargo de José Antonio CARO JOHN (Universidad Nacional Mayor de San Marcos – Perú / Universidad de Bonn – Alemania).

I.

CONCEPTOS BÁSICOS

Los delitos patrimoniales constituyen, junto con los delitos contra la persona y los delitos contra las instituciones supraindividuales, uno de los tres grupos principales de los delitos de la Parte Especial del Código penal. Para la comprensión de este amplio, y al mismo tiempo difícilmente sistematizable sector del Derecho, es conveniente, en primer lugar, echar una mirada a su anclaje teórico en el sistema general de la protección jurídico-penal y dar una definición *gross modo* de sus conceptos básicos.

1. Normas, derechos y deberes

a) En una comunidad democrática, y puesta al servicio del libre desarrollo del individuo, el Derecho desempeña la misión de hacer efectiva la integración social a través de un acuerdo sin violencia, así como el de llevar a una armonía los diferentes intereses del ciudadano en su relación con los otros ⁽¹⁾. La

⁽¹⁾ Más detallado al respecto KINDHAUSER, ZStW 107 (1995), p. 701 (711 ss.) [*]; fundamental en lo referente a estos conceptos HOLLERBACH, *Selbstbestimmung im Recht*, 1996, p. 6 ss., 15 ss.

[*] Hay una traducción de este trabajo, a cargo de Percy GARCÍA CAVERO, con el título: "La fidelidad al derecho como categoría de la cul-

coordinación de intereses en el Derecho se efectúa a través de *normas*. Las normas son reglas formuladas con un carácter de permanencia en un proceso de consolidación del Derecho que asignan a los ciudadanos en particular un espacio de libertad en la forma de derechos. En el marco de un derecho, el individuo puede hacer y dejar de hacer lo que él quiera; pero él mismo, como ciudadano libre, asume también la responsabilidad de aquello que en el ámbito de su libertad le es permitido hacer u omitir. *La libertad tiene como reverso la autorresponsabilidad.*

b) A los derechos les corresponden deberes. Estos deberes se pueden agotar al omitir el ataque del ámbito de libertad del otro, bien lesionándolo corporalmente o bien mediante la privación de su libertad de movimiento (*deberes de omisión que surgen de las prohibiciones*). Los deberes pueden tener también como objeto el cuidado para la conservación o fomento de las libertades del otro (*deberes de acción que surgen de los mandatos*). Semejantes deberes pueden, por un lado, asumirse voluntariamente (autónomamente), en tanto que, por ejemplo, se obligue contractualmente a realizar u omitir determinadas acciones en interés de un tercero. De otro lado, dichos deberes pueden resultar también de relaciones jurídicas acuñadas solidariamente, tal como sucede en el matrimonio o en la relación de padres e hijos. Finalmente también pueden surgir deberes de acción desde los deberes de omisión y, ciertamente, bajo el presupuesto de que la lesión de un derecho ajeno se amenaza a través de un peligro —por ejemplo, a través del propio comportamiento no permitido (*injerencia*)—, por el que se tiene que responder ⁽²⁾.

⁽²⁾ *pablidat*”, publicado en la *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 1 (2000), pp. 171 ss. (N. del T.).

⁽²⁾ Fundamental sobre los deberes de acción y omisión, VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, p. 27 ss., 93 ss., y *passim*; en parte, pero desde

Mientras que los deberes de omisión que surgen de las prohibiciones consisten en observar el ámbito de libertad autorresponsable del tercero, los deberes de mandato afectan a la asunción de tareas en favor un tercero, de modo que el obligado se hace responsable por los intereses de dicho tercero en el marco del mandato y *esta salvaguarda de intereses pertenece al ámbito de libertad del beneficiario*. Mientras que los deberes del primer grupo alcanzan a todos, los portadores del deber del segundo grupo son determinadas personas (*obligados especiales/garantes*).

Al lado de los deberes generales de prohibición y de los mandatos dirigidos sólo a los obligados especiales el Derecho exige no obstante a cada ciudadano también un determinado *mínimo de solidaridad* frente a otros que se encuentran en una situación de necesidad. Expresión de esa mínima solidaridad es, por ejemplo, el mandato de prestación de ayuda conforme al § 323c StGB ⁽³⁾. Los delitos que exigen a todos, y no sólo a los obligados especiales, asumir un cuidado sobre terceros son denominados delitos “propios” de omisión. En este caso cada ciudadano tiene frente al otro el derecho a una ayuda exigible bajo los presupuestos del referido § 323c StGB (*cf.* también § 138 StGB).

otra sistemática JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996, p. 19 ss. [*]

[*] Existe traducción de este trabajo, a cargo de JAVIER SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, con el título: *La imputación penal de la acción y de la omisión*, publicado por el Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 1996 (N. del T.).

⁽³⁾ Sobre esta problemática, *cf.* PAWLAK, GA 1995, p. 356; SEELMANN, JuS 1995, p. 281.

c) Las normas no sólo coordinan ámbitos individuales de libertad (derechos subjetivos), sino también constituyen *instituciones* ⁽⁴⁾ en interés de la generalidad, que sirven a la facilitación, aseguramiento y fomento de las libertades del ciudadano en particular. En este sentido, las instituciones son un haz de derechos y obligaciones orientados a la consecución de su fin respectivo. Ejemplos de ello son la Administración de Justicia y la Administración Pública. Las personas vinculadas a una institución —por ejemplo, jueces y otros funcionarios públicos— son también obligados especiales, no solamente frente a determinadas personas, sino frente al Estado que *representa el derecho de los individuos* ⁽⁵⁾. En la medida que la protección estatal requerida por el ciudadano particular cae en el ámbito de tareas de los obligados especiales (por ejemplo, frente a la policía y los bomberos), los funcionarios competentes son también garantes frente a los ciudadanos afectados por el cumplimiento de la pretensión de protección ⁽⁶⁾.

2. Misión del Derecho penal

a) Misión del Derecho penal —en sentido de la conminación e imposición de penas— es el aseguramiento de la vigencia

⁽⁴⁾ Fundamental sobre el concepto de institución en LIPP/HOFMANN/HUBIG, voz "Institution" en: *Staatslexikon*, 7a. ed., 1986, Tomo 3, n.º marg. 99 ss.

⁽⁵⁾ Sobre la representación, *cf.* ROBBERS, *Sicherheit als Menschenrecht*, 1987, p. 160 ss.

⁽⁶⁾ En lo particular muy discutido, *cf.* JAKOBS, *Strafrecht AT*, 29/76 ss. [*]

[*] Hay una traducción de este libro, a cargo de Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, con el título: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid 1995 (N. del T.).

cia de las normas más elementales de la integración libre y social. El Derecho penal no tiene que ver con la defensa frente a peligros —como ocurre en el ámbito del Derecho de policía—, sino con la garantía de la expectativa de una observancia recíproca de los deberes sancionados.

Para que en la realidad social los ciudadanos también co-ordenen fácticamente sus intereses diversos de acuerdo a los valores jurídicos y puedan confiar en las garantías institucionales, las normas deben transformarse en hechos. En otras palabras, cada ciudadano puede y debe contar con que los otros, en lo posible, harán de la norma la directriz de decisión de su comportamiento mediante una actuación adecuada al deber. El Derecho penal tiene la misión de mostrar, en este sentido, que estas *expectativas recíprocas son legítimas y confiables*, esto es, que aquel que ajuste su propio comportamiento a la expectativa no resulte defraudado (no al menos de modo duradero), debiendo reorientarse de nuevo a la expectativa. A modo de ejemplo: A dos personas, A y B, que se encuentran casualmente en una calle, y que pueden haber leído cada una las mismas noticias de todos los hechos lesivos posibles, el Derecho penal les comunica, entre otras cosas, tres situaciones distintas ⁽⁷⁾:

A puede tener la expectativa de que B no le va a robar.

A puede tener la expectativa de que B sabe que A tiene la expectativa de que B no le robará.

A puede tener la expectativa de que B tenga la expectativa de que A, por su parte, no le robará.

⁽⁷⁾ Sobre los niveles de expectativas (expectativas de expectativas, etc.), *cf.* KINDHAUSER, GA 1989, pp. 493, 500, con ulteriores referencias.

Sin una coincidencia de expectativas sería sencillamente imposible una interacción sujeta a reglas —como tampoco un acuerdo verbal⁽⁸⁾—. El Derecho penal separa del conjunto de deberes jurídicos aquéllos cuya realización se considera elemental para una vida en común orientada según los principios de Justicia⁽⁹⁾. El Derecho penal subraya la legitimidad y la fiabilidad de la expectativa respecto de su observancia, para lo cual el Derecho penal reacciona con una pena cuando la expectativa no es observada⁽¹⁰⁾. Con el añadido de mal de la pena se expresa que al autor "se le reprocha" la inobservancia del deber fundado en la norma, porque ha defraudado las expectativas a él impuestas de fidelidad frente al Derecho. A la vez, al autor se le propone aceptar el mal de la pena como reacción simbólica frente a la defraudación por falta de fidelidad al Derecho que expresa su comportamiento: Si el autor observara su hecho desde la perspectiva de los otros, debería defraudarse de sí mismo y aceptar la pena como retribución.

b) La pena como respuesta a la falta de conformidad en la norma presupone que el autor, en la medida de lo legítimamente esperable para la observancia de la norma, haya sido libremente capaz de acción y de motivación. La medida general esperable de capacidad de observancia de la norma se deter-

⁽⁸⁾ Fundamentado en v. SAVIGNI, *Zum Begriff der Sprache*, 1983, p. 34 ss. y *passim*.

⁽⁹⁾ El acuerdo discursivo democrático sobre los fundamentos jurídicos no es sólo un presupuesto de la legitimidad de las normas jurídico-penales y del Derecho penal de culpabilidad, sino mediamente también un factor de estabilización de la norma misma: la oportunidad de observancia de una norma se incrementa cuando ella contiene los intereses legítimos de los destinatarios de la misma; *cf.* KINDHAUSER, *ZStW* 107 (1995), p. 701 (716 ss.), con ulteriores referencias.

⁽¹⁰⁾ *Cf.* también JAKOB, *Strafrecht AT*, 1/1 ss., 1/14 ss.

mina con ayuda de los criterios de la imputación objetiva, vista con un ejemplo: en lo que se puede esperar de un participante cuidadoso en el tráfico vial. En el ámbito de la imputación subjetiva se plantea si el autor concreto también puede ser visto como capaz, a quien las expectativas impuestas le corresponden. La imputación jurídico-penal es, de este modo, la sustancia del criterio según la cual se decide si las expectativas legítimas en la confianza del Derecho son defraudadas por el autor mediante la realización típica.

c) La garantía de las expectativas legítimas a través del Derecho penal tiene *mediatamente* también un efecto conductor del comportamiento. Por un lado, y ante todo, los ciudadanos que confían en el Derecho corroboran que sus expectativas son protegidas y por consiguiente que ellas sirven en adelante como modelo de orientación de su comportamiento. De otro lado, la pena en tanto no sobrepase su marco, tiene el efecto accesorio de intimidar al autor potencial de la infracción de la norma.

Con esto se deja en claro lo siguiente: *En la posibilidad y garantía de expectativas coincidentes, cuestión nuclear en la interacción de intereses legítimos, radica el significado fundamental del Derecho penal para un ordenamiento social.* Para una sociedad democrática el Derecho penal es el espejo de las normas fundamentales que definen su identidad.

3. Bienes jurídicos del Derecho penal

El Derecho penal contempla la sociedad y la conducta de sus miembros exclusivamente desde una perspectiva jurídica. Los dos valores con que el Derecho penal "trabaja" son —por así decirlo, como "polo positivo" y "polo negativo"— el derecho (legalidad) y el injusto (antijuricidad/contrariedad al

deber). Un modo de ver fáctico de cómo esos valores se desenvuelven no tiene cabida en el Derecho penal. El Derecho penal no puede mirar algo como valioso y con valor de protección lo que, según la valoración del ordenamiento jurídico, ha de verse como injusto. De ello no tiene porqué inferirse que el Derecho penal frente al Derecho privado y al Derecho público sea estrictamente accesorio y que sólo pueda reconocer los derechos formulados en esos ámbitos. El Derecho penal puede fundamentar y proteger absolutamente derechos de modo independiente. No obstante, el Derecho penal es también dependiente en tanto que sus valores no pueden contradecir los otros valores del ordenamiento jurídico ⁽¹¹⁾.

Los objetos de los derechos subjetivos de la libertad y del establecimiento institucionalizado de fines a cuya protección sirven las normas sancionadas jurídico-penalmente, son los *bienes jurídicos* del Derecho penal. Bienes jurídicos son ciertos atributos de las personas, cosas o instituciones que facilitan y aseguran una libre e igual participación jurídicamente reconocida en la vida social. De un significado básico para la comprensión del Derecho penal es el reconocimiento de que estos bienes son protegidos no en tanto bienes, sino siempre y sólo según la perspectiva del derecho existente en ellos. Así, la prohibición del delito de lesiones (§ 223 StGB) garantiza la salud y la integridad corporal no como atributo pensado fácticamente "previo al derecho", sino como objeto del derecho (absoluto) de una persona ⁽¹²⁾. Conforme a ello, por ejemplo, la garantía institucional de la administra-

(11) Sobre la denominada unidad del ordenamiento jurídico, cfr. JAKOBS, *Strafrecht AT*, 11/4 ss., con ulteriores referencias.

(12) Este derecho absoluto es protegido del mismo modo por el Derecho constitucional y el Derecho civil.

ción de justicia se asegura mediante el delito de falso testimonio (§§ 153 ss., StGB) sólo respecto a la pretensión (estatal) de una declaración conforme a la verdad. En tanto que los derechos protegidos son disponibles, el menoscabo de su objeto es entonces únicamente jurídico-penalmente relevante cuando ello resulta sin la voluntad del titular del Derecho. De ahí que no hay ninguna lesión corporal típica —por falta de lesión al Derecho—, cuando alguien se deja cortar el cabello en la peluquería o se hace sacar un diente por el dentista. Formulando de otro modo: Un ataque a la integridad corporal o a la salud de una persona es *injusto* (típico) en sentido del § 223 StGB sólo como *lesión del derecho*.

4. Derechos suprapersonales y patrimonio

a) Los derechos del individuo protegidos jurídico-penalmente se subdividen en dos grupos. Al primer grupo pertenecen aquellos derechos que tienen como objeto lo *determinado*, el *status de una persona en derecho de libertades definidas*. Ejemplos de ello son la libertad de movimiento (§ 239 StGB), el honor (§§ 185 ss., StGB) o el derecho a la vida y a la integridad corporal (§§ 211 ss., 223 ss., StGB). Puesto que aquellos derechos son constitutivos para una persona en derecho, ellos pueden ser designados también como derechos suprapersonales y su respectivo objeto como *bien jurídico suprapersonal*. En la delimitación de dichos derechos puede consentir su titular —dado el caso a título oneroso—, pero aquellos derechos no pueden ser *transferidos* de una persona a otra.

b) Al segundo grupo pertenecen los derechos de bienes que facilitan a una persona la *posibilidad del libre desarrollo*. Estos derechos corresponden a su titular no en su ser de per-

sona en derecho, sino porque él los adquiere ⁽¹³⁾. Aquellos derechos no son constitutivos para la "existencia jurídica" de una persona. Ellos sirven mucho más a la salvaguardia de los respectivos intereses de la persona. En correspondencia a su función esos derechos son básicamente *transferibles*. La totalidad de bienes que a una persona se le adjudica en virtud de derechos transferibles puede ser definida como su patrimonio.

Este concepto de patrimonio es un concepto *formal* (jurídico). Indica solamente que los bienes de los correspondientes derechos según su forma son transferibles ⁽¹⁴⁾ y sustituibles como medio de cualquier salvaguardia de intereses. Algo así sucede con la propiedad según la forma en que la facultad de dominio abarque a un objeto (*cf.* § 903 BGB) y de acuerdo con ello sencillamente el derecho formal de patrimonio.

c) El concepto *formal de patrimonio* se torna en un concepto *material* cuando los bienes asignados al derecho patrimonial de una persona suscribe un valor. Para la determinación de ese valor se ofrecen diferentes criterios.

aa) El valor común de todos los bienes del derecho patrimonial puede ser contemplado en la libertad de poder disponer el bien en el marco del derecho correspondiente, es decir, en todas las ventajas que el bien en relación con una persona le puede ofrecer según la perspectiva de su derecho. Patri-

⁽¹³⁾ No sólo como algo que ocurre en la vida económica, sino, por ejemplo, también a través del cuidado paternal o a través de las prestaciones estatales de asistencia pública. La adquisición de derechos patrimoniales puede ser jurídicamente garantizado a una persona.

⁽¹⁴⁾ La transmisibilidad puede fijar límites al derecho desde los criterios de protección bajo determinadas condiciones y en determinadas proporciones.

monio es entonces la totalidad de las libertades de disposición sobre bienes jurídicamente asignada a una persona y el patrimonio resulta materialmente dañado si la libertad de disposición que corresponde jurídicamente a una persona sufre un menoscabo involuntario mediante una transformación, pérdida o retención de un bien. Tomando por base este criterio se alcanza un concepto *material-subjetivo de patrimonio*.

bb) Una pauta para la valoración de bienes puede ser también su valor comercial en el mercado general de intercambio de bienes. Por este medio se puede comprobar qué valor tiene el bien para cualquier persona. Tomando por base semejante medida se llega a un concepto *material-objetivo de patrimonio*.

d) Un sector de la doctrina, y fundamentalmente también la jurisprudencia, define el patrimonio no mediante un criterio jurídico, sino mediante un criterio *factico-económico*. En este sentido al patrimonio debe pertenecer toda posición económica de valor puesta a disposición de una persona, independientemente de que al interesado le pueda corresponder jurídicamente ⁽¹⁵⁾. Pero esta construcción, ya ajena al Derecho en su punto de partida, se libra de incurrir en errores graves en razón de la estructura del tipo de los correspondientes delitos patrimoniales toda vez que, por ejemplo, la extorsión (§ 253 StGB) y la estafa (§ 263 StGB) exigen, junto a la lesión del patrimonio, la intención de un enriquecimiento *antijurídico* del autor. De esta manera los criterios jurídicos están presentes nuevamente en el tipo subjetivo, especialmente en el desplazamiento patrimonial.

⁽¹⁵⁾ Para una panorámica al respecto, *cf.* KÜPER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 2a. ed., 1997, p. 314 ss.

II. LA PROTECCIÓN JURÍDICO-PENAL DEL PATRIMONIO

1. Sistemática

a) El Derecho penal patrimonial adolece de una estructura sistemática en la que los delitos individuales puedan ocupar sucesivamente un lugar armonizado. Quien aplica las leyes se ve confrontado por un lado con vacíos de regulación que plantean contradicciones de valoración y de otra parte con no menos dudosas coincidencias de los correspondientes tipos penales. Algunas veces tampoco queda claro si los ámbitos de aplicación de las leyes se superponen o si en su territorio fronterizo existen zonas en blanco no comprendidas por ellas ⁽¹⁶⁾.

Las formulaciones de los tipos penales son resultados de una específica historia del delito y no expresión de un concepto político criminal abstracto y teleológico. Los delitos individuales se originan no sólo en las diferentes épocas del desarrollo del Derecho, sino tienen también sus raíces en parte en el Derecho penal patrimonial. Así, por ejemplo, la estafa (§ 263 StGB) se encuentra entretreída con los delitos de falsedades, a los que también pertenecen los delitos de falsificación de monedas, de falsificación de documentos y de

(16) Uno de los objetos de controversia con considerables repeticiones prácticas es la cuestión de si el robo (§ 249 StGB) sólo es un supuesto especial de la extorsión (§ 253, 255 StGB) o si, más bien, como una suerte de *aliud*, se sitúa en una relación de exclusividad con la extorsión, con evidentes lagunas de punibilidad.

falso testimonio. En los orígenes históricos de la administración desleal con abuso de confianza (§ 266 StGB) se ubica la deslealtad en primer plano y en esto hay de nuevo un múltiple entrecruzamiento con la apropiación ilícita (§ 246 StGB) y la estafa. Relativamente uniforme ha transcurrido la historia del hurto (§ 242 StGB), cuya restricción a la sustracción de cosas ya era planteada en el Derecho romano y también en el germano ⁽¹⁷⁾. Que el hurto tuvo ya contornos específicos pronto en la historia del Derecho penal puede explicar junto a la importancia que se le atribuye tradicionalmente a la propiedad en comparación con otros derechos patrimoniales el predominio de la protección de la propiedad en el marco de la protección patrimonial.

b) La "configuración original" del Derecho penal patrimonial obliga a respetar la peculiaridad de *contenido* de los delitos individuales. Un sistema de protección del patrimonio en el que cada delito individual tuviese una específica misión diferenciable de otros delitos no se deja desarrollar ⁽¹⁸⁾. Pero los delitos poseen una similitud en lo referente al bien jurídico, a la modalidad del hecho y al ámbito de protección de las personas en razón de la cual los grupos de delitos tipificados pueden ser configurados, como ocurre, por ejemplo, en los delitos de apoderamiento, delitos de desplazamiento extorsivo del patrimonio o en los delitos similares a la estafa.

(17) Cfr. NK-KINDHAUSER, § 242, n.º marg. 1, con ulteriores referencias.

(18) Los intentos de llevar los delitos patrimoniales del Derecho penal hacia una sistemática coherente están desde un principio condenados al fracaso. Siempre hay algunos delitos en particular que se resisten a las tradicionales clasificaciones (así, por ejemplo, §§ 142, 266 StGB. Al respecto, SCIROEDERS, *Systematisierungsversuch*, en *Jura* 1987, p. 113 [115]).

Hay, sin embargo, una cuestión previa abstracta cuya resolución tiene considerables incidencias sobre la interpretación de los delitos individuales contra el patrimonio. Esta cuestión previa afecta a la relación entre la protección de la propiedad y la protección del patrimonio en el Derecho penal.

2. Protección de la propiedad y protección del patrimonio

a) Planteamiento del problema

El Derecho penal protege, por un lado, la propiedad frente a determinadas afectaciones —por ejemplo, en el robo (§ 249 StGB) o en el delito de daños en las cosas (§ 303 StGB)— y, por otro lado, el patrimonio en su conjunto frente a perjuicios —como es el caso, por ejemplo, de la extorsión (§ 253 StGB) o la estafa (§ 263 StGB)—. La determinación de la relación entre estos delitos no depende esencialmente de la relación referida al objeto y alcance del correspondiente ámbito de protección. Sólo de este modo se explica que la extorsión quepa bajo los presupuestos del tipo base del robo de manera que cada lesión de la propiedad es también una lesión del patrimonio y, por tanto, se entiende la protección de la propiedad como parte de la protección del patrimonio.

El giro decisivo en la determinación de la relación de los delitos contra la propiedad y los delitos contra el patrimonio se alcanza con la elección del concepto formal del patrimonio. Si el patrimonio formal de una persona es visto en la totalidad de sus bienes jurídicamente asignada a ella (= *concepto jurídico de patrimonio*), entonces la propiedad viene a ser una sub-especie de la protección formal del patrimonio. Pero si, por el contrario, el patrimonio es contemplado como una posición fáctico-económica que no necesariamente debe corresponder jurídicamente a una persona (= *concepto fáctico-*

económico de patrimonio), entonces la protección de la propiedad y la protección del patrimonio vienen a ser dos ámbitos de protección independientes que, a decir verdad, pueden coincidir, pero no deben coincidir. A menos que no sean congruentes pueden contradecirse en sus fines.

b) Teoría jurídica del patrimonio y protección de la propiedad

aa) Tomando por base la teoría jurídica del patrimonio en lo *formal* no existe ninguna tensión entre la protección de la propiedad a través de los delitos contra la propiedad y la protección del patrimonio a través de los delitos contra el patrimonio en conjunto.

La propiedad como el derecho de disponer una cosa conforme al arbitrio de su titular (§ 903 BGB) es el derecho patrimonial por antonomasia. En tanto que el Derecho penal asevera la propiedad, se trata poco de la existencia jurídica de la propiedad misma, a la que el autor en la mayoría de las veces no puede acceder (*cf.* § 935, párrafo 1, BGB), sino, mas bien, de la garantía de la posibilidad de salvaguardar el derecho de propiedad conforme a las facultades inherente a ella. En los delitos de apropiación el derecho del propietario a la posesión de una cosa como fundamento del ejercicio de su Derecho se ubica en el primer plano de la protección. De acuerdo a ello la sustracción de una cosa con el ánimo de apropiación (§ 242 StGB) es formalmente una lesión jurídico-patrimonial de la propiedad, toda vez que al propietario se le sustrae o priva de la posesión.

bb) La teoría jurídica del patrimonio está en contra de una concepción según la cual *la lesión de la propiedad no ha de comportar necesariamente un daño del patrimonio en sentido material*. Este es el caso cuando el valor del objeto del hecho

es valorado según un parámetro subjetivo en vista que la propiedad también es protegida en interés (subjetivo) del propietario. La importancia que la posesión tiene para el propietario es significativa, así la privación de su posesión resulta de igual manera una lesión a la propiedad como un daño contra el patrimonio. Por el contrario, que el propietario considere sus cosas como algo que no tiene ningún valor (por ejemplo, los desperdicios) y que ellas luego sean objeto de una sustracción, ya no produce una lesión del patrimonio, ni el merecimiento de protección en el sentido de los delitos contra la propiedad.

La cuestión es muy distinta cuando el patrimonio es valorado según un parámetro objetivo. A pesar que el patrimonio puede tener interés en cosas que en sí carecen de valor comercial, la lesión de la propiedad en este caso no plantea ningún daño contra el patrimonio en un sentido material. La protección del patrimonio es, en consecuencia, más limitada que la protección de la propiedad.

cc) De ello se infiere que para la determinación de la relación de protección de la propiedad y del patrimonio es importante distinguir si para el cálculo de los daños en los correspondientes delitos ha de recurrirse a una escala de valoración subjetiva u objetiva. Para la elección de dicha escala existe sólo un criterio propio al derecho de cosas: el fin de protección de la norma.

La norma de los delitos patrimoniales en cuestión sirve a la protección de un determinado titular del patrimonio — como, por ejemplo, en los §§ 253 y 263 StGB—, y en esto sólo puede tomarse en consideración una escala de valoración subjetiva. A decir verdad, sería una contradicción teleológica querer proteger el patrimonio como libre despliegue de la volun-

tad del individuo, para lo cual ese libre despliegue es un valor, pero elegir otro criterio en vez del correspondiente derecho de una libertad consentida de disposición de parte del derechohabiente.

Cosa distinta sucede cuando la norma sirve a la protección de un gran número de derechohabientes, como es el caso del § 283 StGB que asegura los intereses patrimoniales del acreedor como parte de una comunidad de derechos. Aquí la escala de valoración tiene que ser objetiva puesto que la protección del patrimonio del acreedor se refiere sólo a un aprovechamiento en lo mejor posible del patrimonio del deudor para el caso de la ejecución de la totalidad. Los intereses individuales del deudor particular no se toman en cuenta en este lugar. Según esto, la cuestión depende de si el autor consigue por separado una parte de su patrimonio (en desventaja de los intereses patrimoniales del acreedor), en el sentido del § 283, apartado 1, 1 StGB, o bien si la cosa afectada pertenece a la masa activa y si es aprovechable en la ejecución del conjunto.

c) *Teoría fáctico-económica del patrimonio y protección de la propiedad*

El punto de vista fáctico-económico, dominante en la jurisprudencia y en la doctrina, se diferencia de la teoría jurídica del patrimonio en un sentido formal y material.

aa) La teoría fáctico-económica no exige *ninguna* correspondiente legitimidad jurídica para la configuración formal de un objeto en el patrimonio de una persona. De acuerdo con ello, la propiedad se toma en cuenta sólo bajo los presupuestos del patrimonio, de modo que el propietario puede disponer económicamente de la cosa en cuestión. Si una cosa es hurtada a su propietario, o se extravía de cualquier modo,

ella ya no pertenece más a su patrimonio—no obstante que ella aún subsista como propiedad (§ 935, apartado 1, BGB)—.

Bajo estas premisas—diferente a lo sostenido por la teoría jurídica del patrimonio—, la protección de la propiedad y la protección del patrimonio son formalmente incongruentes. Visto con un ejemplo: El tercero que sustrae al ladrón el botín mediante un hurto según el § 242 StGB (delito contra la propiedad) comete un hecho punible en desventaja para el propietario (del bien originariamente hurado). Pero si, por el contrario, el botín ya forma parte del patrimonio del ladrón, en razón de un criterio de valoración fáctico (*iuridico-penalmente protegido*) y es arrancado de él mediante una extorsión según el § 253 StGB (delito contra el patrimonio), el autor de la extorsión comete un delito en desventaja del ladrón (y no así del propietario) ⁽¹⁹⁾.

bb) En la consecuencia del modo de ver fáctico-económico se observa que aquel también determina el patrimonio en sentido material según la perspectiva del valor del tráfico, con lo que de esta manera llega a un concepto material-objetivo de patrimonio aplicable a todos los delitos. Cosas desprovistas de un valor objetivo como fotos del recuerdo o cartas personales en este sentido *no* pertenecen al patrimonio jurídico-penalmente protegido. Esto conduce también en sentido

⁽¹⁹⁾ El patrimonio se encuentra limitado a una posición merecedora de protección jurídica por los defensores de la teoría jurídico-económica del patrimonio (con desacuerdos en los detalles). En este sentido es discutible, por ejemplo, si la posesión ilegítima es merecedora o no de una protección jurídica; más detallado al respecto Kindhäuser, *Strafrecht, Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögensrechte*, Teilband 2, *Vermögens- und Wirtschaftsdelikte* 1998 (en preparación) § 26, así como Köper, p. 319, con ulteriores referencias.

material a una incongruencia de protección de la propiedad y protección del patrimonio con considerables consecuencias prácticas: El autor que sustrae una cosa sin valor objetivo, amenazando a la víctima con un arma con peligro para su vida, comete el delito contra el patrimonio de robo agravado, conforme al § 250, apartado 2, 1, StGB (sancionado con cinco años de pena privativa de la libertad como mínimo). Pero si el autor deja que sea la propia víctima la que le entregue el mismo objeto bajo las mismas amenazas, entonces por falta de un daño patrimonial no comete ninguna extorsión agravada (§ 255 StGB)—castigada con la misma medida de pena—, sino sólo una coacción según el § 240 StGB (reprimida con un máximo de dos años de pena privativa de la libertad). Así pues, según este punto de vista, las casualidades presentes en el momento de la ejecución del hecho pueden conducir a diferencias drásticas en la medición de la pena. Este resultado absurdo pone de relieve expresamente la forma en que las premisas son elegidas de un modo contrario al derecho, premisas sobre las que ya se asienta el resultado.

3. Lagunas de punibilidad

El Derecho penal patrimonial tiene un carácter fragmentario que de otra parte se relaciona estrechamente con su "configuración original". En primer plano se ubica la acentuación de la protección de la propiedad en las cosas—históricamente condicionada—. Ello se basa en la idea de que la posesión de objetos corporales tiene un especial efecto de publicidad de cara a la protección ⁽²⁰⁾. El hurto y el robo con sus diferentes

⁽²⁰⁾ El Derecho civil se ha distanciado considerablemente de estas concepciones, tal como lo muestran, entre otras, la propiedad de garantías, la reserva (prolongada) de propiedad y el significado práctico de la cesión de reivindicación.

tipos cualificados están detalladamente regulados mientras que la protección de la desposesión del patrimonio se encuentra contemplada en pocos preceptos (abstractos y sin contornos fijos), como es el caso, sobre todo, de la administración local con abuso de confianza (§ 266 StGB). Pero la función del Derecho penal de proteger derechos mediante el injusto tipificado no es del todo inadecuado. El Derecho penal puede y debe fijar sus puntos de discusión y, en este sentido, también estar a la zaga del Derecho civil.

Ya es tradicional que la falta de punición del "hurto de uso" (*furtum usus*) pertenezca a las lagunas de punibilidad. Con pocas excepciones (§§ 248b, 290 StGB) no es punible la sustracción de una cosa sin la intención de apoderamiento pero sí con la intención de uso (sin dañarla). Pero sí es obvio que en el plano político-criminal esas lagunas de punibilidad son discutibles, sus consecuencias para la dogmática resultan aún más problemáticas. Esta cuestión pone en evidencia que los vacíos de protección vienen a ser vacíos de valoración y bloquean el tratamiento igualitario de lo que es igual. ¿Si el *hurto* de uso no es ningún hurto entonces por qué la estafa de uso no es también ninguna estafa y la *extorsión* de uso ninguna extorsión? ¿Debería sancionarse la ausencia de hurto del robo de uso con el empleo de armas de fuego como una coacción (§240 StGB) y la *extorsión* de uso con armas de fuego con la penalidad mínima (cinco años de pena privativa de la libertad) del robo agravado (§§255, 250 apartado 2, 1. StGB)? (21).

(21) Ésta es la consecuencia en los hechos cuando una extendida toma de postura presupone correspondientemente a la extorsión agravada una disposición patrimonial de parte del coaccionado.

2 LA APROPIACIÓN EN EL HURTO: OBJETO Y LÍMITES (*) (**)

(*) Traducción del artículo que, bajo el título "Gegenstand und Kriterien der Zueignung beim Diebstahl", fue publicado en *Festschrift für Friedrich Geerds*, Lübeck, 1995, a cargo de Nuria PASTOR MUÑOZ, Becaria FPI del Ministerio de Educación y Cultura (Universitat Pompeu Fabra [Barcelona]). El texto traducido incorpora alguna modificación introducida por el autor respecto a la versión original. Al final del trabajo puede encontrarse una *addenda* con los preceptos legales a los que el autor hace referencia. Agradezco al Prof. Urs KINDHAUSER las aclaraciones que me hizo sobre el contenido de este trabajo.

(**) El *Diebstahl* (§ 242 StGB [Código Penal alemán]), traducido aquí como hurto, no se corresponde exactamente con la figura del artículo 234 de nuestro Código Penal de 1995. El *Diebstahl* abarca las figuras del hurto y del robo con fuerza en las cosas del Derecho penal español. El robo con violencia o intimidación en las personas encontraría su homólogo en la figura del *Raub*, regulada en los §§ 249 ss. StGB. El *Diebstahl* se configura, al igual que la apropiación indebida (*Unterschlagung*, § 246 StGB), como un delito de apropiación (*Zueignungsdelikt*). Entre los elementos del tipo subjetivo, se exige la intención de apropiación (*Zueignungsabsicht*): el quebranto de la posesión debe llevarse a cabo con la intención de apropiarse de la cosa sustraída. Nuestro tipo de hurto exige ánimo de lucro ("tendencia subjetiva del autor dirigida a la obtención de una ventaja patrimonial derivada directamente de la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico", cfr. PÉREZ MANZANO en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho penal (Parte especial)*, vol. II, Madrid, 1998, p. 356 ss.) pero no es una cuestión pacífica si junto a este último es necesaria la presencia de ánimo de apropiación (RODRÍGUEZ

DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, p. 419, lo sostuvieron así); o si el ánimo de lucro puede interpretarse como ánimo de apropiación (SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, Madrid, 1997, pp. 299-300, propone la sustitución de la expresión "ánimo de lucro" por la de "ánimo de apropiarse"), y, en ese sentido el presente trabajo puede aportar algunas reflexiones interesantes a la doctrina española. Por otra parte, existen problemas comunes a la dogmática española y alemana: la determinación, en el plano objetivo, de cuándo estamos ante una apropiación (por ejemplo, en los casos en los que el autor se apropia temporalmente de una cosa o pretende entregarla a un tercero); el deslinde del tipo de hurto respecto a otras figuras de la Parte Especial (el hurto de uso, los daños, etc.); también en este sentido el presente trabajo puede aportar criterios interesantes (*N. de la T.*).

I.

Teniendo en cuenta que, por principio, el ladrón no puede adquirir la propiedad de la cosa que ha sustraído (§ 935 párr. 1 BGB [Código Civil alemán]), la intención de apropiación específica exigida por el delito de hurto sólo puede interpretarse como voluntad de detentar la posición de un propietario sin reconocimiento jurídico⁽¹⁾. Así pues, por apropiación hay que entender la obtención de una posición igual en todo a la de un propietario salvo en la falta de reconocimiento jurídico. La propiedad es *el* derecho de dominio extenso, de tal suerte que toda intervención sobre la cosa puede interpretarse también como el ejercicio del poder de disposición de un propietario. Solamente el elemento formal del reconocimiento jurídico del poder de disposición como propiedad convierte a esa posición en propiedad. Por eso, la cuasipropiedad y la propiedad misma son equivalentes desde el punto de vista del contenido, en la medida en que una y otra no están limitadas a concretas posibilidades de actuación. De ello se sigue que toda intervención sobre una cosa debe considerarse como ejercicio de la posición jurídica de un propietario.

(1) Desde luego, la adquisición de la propiedad no excluye la apropiación, como muestran supuestos posibles de acuerdo con el § 246 StGB, sino que es un *plus* no imprescindible desde la perspectiva de la necesidad conceptual.