

Monografías Penales

Nº 1

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

Obras de esta colección:

1. URS KINDHÄUSER, *Estudios de Derecho penal patrimonial*, trad. a cargo de Caro John, García Caveró, Pastor Muñoz y Perdomo Torres, Grijley, Lima 2002.
2. BERNARDO FEJOO 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

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 desleal 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.

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

DEVEZA/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 cuasi-propiedad 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 propieta-

(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.

rio si y sólo si tal intervención se efectúa con la precisa pretensión de ser la intervención directa de un propietario.

Esta premisa conduce, no sólo en la vertiente dogmático-conceptual, sino también desde el punto de vista práctico de la prueba procesal, a problemas de delimitación e interpretación. Las cosas resultan sencillas cuando el autor se atribuye la facultad para realizar ciertas acciones que presuponen detentar la propiedad sobre la cosa, como ocurre, sobre todo, en los actos de disposición reales y en los contratos ordenados a los mismos; en tales casos, es inequívoca la pretensión de la posición de propietario. En cambio, crean más dificultades los casos en los que el autor sustrae la cosa para utilizarla. La mera utilización no es un acto a través del cual, siquiera de modo concluyente, se muestre la pretensión de ser propietario. Además, el problema se agudiza cuando el autor quiere devolver al propietario la cosa tras utilizarla durante un tiempo concreto; porque la sustracción de la cosa no constituye hurto si no hay usurpación de la propiedad.

Los intentos de superar la vaguedad del concepto de apropiación⁽²⁾ navegan entre Escila y Caribdis. Corren el peligro, bien de abandonar la accesoriedad respecto al Derecho civil a través del desarrollo (para este ámbito) de criterios específicamente jurídico-penales, bien de concretar el contenido del concepto jurídico-civil de propiedad y, con ello, de reducirlo. Sobre todo en lo que respecta al peligro mencionado en primer lugar, hay que dejar constancia de que, efectivamente, la dogmática del hurto se ha distanciado con mayor o

(2) Sobre la historia del concepto, MAIWALD, *Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte*, 1970, 17 ss.; WESSELS, "Zueignung, Gebrauchsmaßung und Sachentziehung", *NJW* 1965, 1153 ss.

menor amplitud de una orientación del concepto de apropiación estrictamente análoga al Derecho civil. Según la opinión dominante, la apropiación puede referirse no sólo a la sustancia de la cosa, sino también a su valor⁽³⁾. Sin embargo, como con razón señala Friedrich GEERDS, esta teoría, llamada de la unificación (*Vereinigungstheorie*)⁽⁴⁾, es del todo re-

(3) Cfr. solamente, *RGS* 61, 228, 232/233; 67, 334, 335; *BGHSt* 4, 236, 238/239; 24, 115, 119; *BGH NJW* 1970, 1753, 1754 con comentario de SCHRÖDER; *BGH NSZ* 1981, 63; *StV* 1983, 329, 330; *NJW* 1985, 812; BAUMANN, "Mißbrauch polizeilicher Aufforderungsschreiben", *NJW* 1964, 705, 706/707; "Zum Zueignungsbegriff", *GA* 1971, 306 ss.; BOCKELMANN, *ZStW* 65 (1953), 569, 577/578; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, 46ª ed., 1993, § 242 n.º marg. 18 ss.; GRIBBOM, "Zur Problematik des Zueignungsbegriffs", *MDR* 1965, 874/875; KOHLRAUSCH/LANGE, *Strafgesetzbuch*, 43ª ed., 1961, § 242 n.º marg. III 2 b; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 20ª ed., 1993, § 242 n.º marg. 21; PAULUS, *Der strafrechtliche Begriff der Sachzueignung*, 1968, 160 ss., 217; *Leipziger Kommentar zum StGB (LK)/Ruß*, 10ª ed., 1985 ss., § 242 n.º marg. 50; SCHAFFSTEIN, *GS* 103, 292 ss., 310; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, *Strafgesetzbuch*, 24ª ed., 1991, § 242 n.º marg. 47 ss.; WESSELS, *NJW* 1965, 1154/1155; EL MISMO, "Die Entwendung von Dienstgegenständen zu vorübergehendem Gebrauch", *JZ* 1965, 631, 633/634.

(4) En la doctrina alemana hay que destacar cuatro teorías sobre el objeto de la apropiación. La teoría de la sustancia (*Substanztheorie*)—también denominada teoría de la propiedad (*Eigentumstheorie*)—considera objeto de la apropiación aquella cosa cuya propiedad puede adquirirse; así, se interpreta la apropiación en estrecha analogía con el Derecho civil: sólo puede ser objeto de apropiación penal aquello que a su vez puede ser objeto de apropiación civil. La teoría del valor de la cosa (*Sachwerttheorie*) interpreta que el objeto de la apropiación es el valor económico de la cosa; pueden distinguirse dos variantes de la misma: la restrictiva, que entiende que con "valor" se hace referencia al de la cosa misma (*lucrum ex re*), y la variante extensiva, que concibe como "valor" el de la transmisión de la cosa (*lucrum ex negotio cum re*). La teoría de la unificación (*Vereinigungstheorie*) entiende que el objeto de la apropiación es la cosa

chazable⁽⁴⁾. Porque, al introducir el valor de la cosa, tal teoría introduce en el concepto de apropiación un cuerpo extraño de naturaleza jurídico-civil y difumina al mismo tiempo la frontera entre los delitos contra la propiedad y los delitos contra el patrimonio.

Claro está que esta objeción no significa que la valoración (económica) de una cosa no pudiera ser un criterio significativo de su apropiación. Así, bajo la "gramática superficial"⁽⁵⁾ de la teoría del valor de la cosa y planteamientos semejantes, pueden ocultarse elementos que también conducirían, en su caso, a una interpretación del concepto de apropiación orientada al Derecho civil. Por tanto, en lo que sigue, se

misma o su valor—de algún modo, unifica la teoría de la sustancia y la del valor de la cosa—. Por último, la teoría de la utilidad de la cosa (*Sachnutztheorie*) considera objeto de la apropiación la utilidad objetiva—valor funcional—de una cosa. Cfr. sobre todo ello, KINDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil II. Straftaten gegen Vermögensrechte. Teilband 1, Eigentumsdelikte*, Baden-Baden, 1998, p. 45 ss. (N. de la T.)

⁽⁴⁾ JR 1978, 172; es evidente que los dos elementos de la teoría de la unificación pueden excluirse recíprocamente, cfr. también KARGL, "Gesinnung und Erfolg im Unterschlagungstatbestand", ZStW 103 (1991), 136, 148 ss.; MIEHE, "Zueignung und Sachwert", *Festschr. der Juristischen Fakultät Heidelberg*, 1986, 481; SCHMIDHÄUSER, "Über die Zueignungsabsicht als Merkmal der Eigentumsdelikte", *Festschr. für Bruns*, 1978, 345, 351 ss.

⁽⁵⁾ "Oberflächengrammatik" es un término acuñado por WITIGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, México, 1988—traducción de García Suárez y de Moulines—, núm. 657 ss., quien afirma: "En el uso de la palabra se podría distinguir una 'gramática superficial' de una 'gramática profunda'". La 'gramática superficial' es aquella que se nos impone de manera inmediata en el uso de una palabra, su modo de uso en la construcción de la proposición, la parte de su uso perceptible con el oído (N. de la T.).

trata de aclarar la cuestión de si acaso una sujeción lo más estrecha posible del concepto de apropiación a las categorías jurídico-civiles permitiría el mantenimiento de resultados materialmente adecuados y evitaría, a la vez, consecuencias incompatibles con la protección formal de la propiedad. Por tanto, la pauta de conducta debe ser apartarse de las reglas de la propiedad de bienes muebles tan sólo cuando sea inevitable por la misma naturaleza de la cosa.

II.

Según la llamada teoría de la sustancia (*Substanztheorie*)—primer elemento de la teoría de la unificación— el objeto de la apropiación es la sustancia de la cosa sustraída⁽⁵⁾. Afirmar que la apropiación de la sustancia de la cosa es una construcción conceptual desconocida para el Derecho civil no es sino constatar una obviedad. La propiedad de cosas muebles es propiedad de cosas y, al igual que sólo la cosa misma puede ser el objeto de apropiación o transmisión jurídico-civil, sólo la cosa misma puede ser objeto de apropiación jurídico-penal.

Resulta equívoco, en cambio, el segundo elemento de la teoría de la unificación, la llamada teoría del valor de la cosa (*Sachwerttheorie*). Conforme a esta teoría, el objeto de la apro-

⁽⁵⁾ Así, la temprana jurisprudencia del RG, cfr. RGSi 5, 218, 220; 10, 369, 370/371; 24, 22, 23; 39, 239, 242; BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts I*, 2ª ed., 1902, 264; v. HIPPEL, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1932, 239, en especial, n. 7; v. LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 25ª ed., 1927, 616 ss.; MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil*, 5ª ed., 1969, 210.

piación es el valor económico de la cosa ⁽⁶⁾. Desde la perspectiva del Derecho civil, esta definición carece de sentido. Si no puede haber propiedad sobre el valor de una cosa, difícilmente podrá construirse sobre tal valor una posición semejante a la propiedad. Pero, aun cuando tal construcción fuera concebible —al margen de las categorías jurídico-civiles—, no sería compatible con el tenor del § 242 StGB [hurto]. Éste exige inequívocamente que el autor se apropie de aquello que sustrae: "la misma" cosa. La identidad de objeto de sustracción y objeto de apropiación no puede abandonarse sin peligro de infringir el artículo 103 párr. 2 GG [principio de legalidad].

Tanto para poder afirmar que esta teoría es útil como para considerarla necesaria, debe ser clara su capacidad para solucionar casos como el del autor que retira dinero de una libreta de ahorro, libreta que pretende devolver a continuación al titular (o persona autorizada por éste). En ese caso, el autor no se apropia de la sustancia de la libreta de ahorro que devuelve, sino del valor que en ella se encierra. Sin embargo, el dinero que el autor extrae no lo sustrae de la libreta de ahorro; lo que ocurre más bien es que el banco se lo transmite. No puede decirse sin más que el valor de la libreta de ahorro haya disminuido a causa del importe retirado. Lo que realmente disminuye al retirar dinero es el derecho de crédito del titular contra el banco. Ese crédito no es un valor de la libreta de ahorro, sino que del crédito depende el derecho sobre la libreta de ahorro; por consiguiente, a la pérdida de la libreta de ahorro no va unida (todavía) la pérdida del crédito (§ 808 BGB).

⁽⁶⁾ Cfr. únicamente RGSt 40, 10 ss.; 43, 17, 19/20; 49, 405, 406; 51, 97, 98/99; FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18ª ed., 1931, § 242 n.º. marg. VII 2 a.

Elemento esencial de la propiedad es la posibilidad de una ulterior enajenación. Por consiguiente, la propiedad usurpada debe estar disponible para el ladrón como propiedad. En otras palabras: el objeto de la apropiación debe superar la prueba de la transmisión. Sin embargo, en general el valor de una libreta de ahorro, así como el valor de una cosa, no puede transmitirse aisladamente, sin la cosa. Este sencillo test muestra que la teoría del valor de la cosa interpreta la apropiación no como usurpación de propiedad, sino como enriquecimiento, equivocándose así en cuanto al ámbito de protección del hurto. La prohibición de hurto protege la propiedad independientemente de su valor económico; también cosas totalmente carentes de valor pueden ser —y esto es casi indiscutido— objeto idóneo del delito ⁽⁷⁾, pues para el hurto no es conceptualmente necesario el enriquecimiento del autor junto al correlativo empobrecimiento del perjudicado ⁽⁸⁾.

La reformulación de los delitos contra la propiedad como delitos de enriquecimiento a través de la teoría del valor de la cosa, o bien de la teoría de la unificación, ha conducido de nuevo, en la moderna dogmática del hurto, a volver a considerar el contenido de la propiedad. Así, se entiende que el objeto de la apropiación no debe ser el valor, sino los factores constitutivos de valor de la cosa; en particular, su posibilidad de

⁽⁷⁾ RGSt 44, 207, 209; 51, 97, 98; BGH VRS 62 (1982), 274; OLG Düsseldorf NJW 1989, 115, 116; KREY, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 2, 9ª ed., 1993, n.º marg. 51 ss., 69 ss.; LACKNER (*supra* n. 3), § 242 n.º. marg. 2; LK (*supra* n. 3)/RUß, § 242 n.º. marg. 2, 7; *Systematischer Kommentar zum StGB*, 4ª ed., 1990 (SK-StGB)/SAMSON, § 242 n.º. marg. 7; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 2ª ed., 1983, 8/2; de otra opinión, BAUMANN, NJW 1964, 705, 706/707; SCHÖNKE/SCHRÖDER (*supra* n. 3)/ESER, § 242 n.º. marg. 7; SCHRÖDER, JR 1964, 266.

⁽⁸⁾ RGSt 67, 266; BGH NJW 1977, 1460; GA 1969, 306.

utilización. Sin embargo, si se comercializa la posibilidad de utilización y se concibe como valor económico funcional de una cosa⁽⁹⁾, lo que se está haciendo es sencillamente volver a aplicar de un modo nuevo la teoría del valor de la cosa, porque toda utilización de una cosa que de alguna manera posee valor se convierte entonces en objeto apto de imputación. El hurto pasaría de ser un delito contra la propiedad a convertirse en un delito de uso económico ilícito de la cosa. Ya BOCKELMANN había intentado evitar esta consecuencia exigiendo que sólo pudiera tomarse en consideración, como objeto de imputación, el valor vinculado a la cosa según su forma y función⁽¹⁰⁾. En esa misma dirección van los planteamientos que se centran en la utilización económicamente razonable⁽¹¹⁾, en la utilidad funcional⁽¹²⁾, en el uso de acuerdo con el destino⁽¹³⁾, en las posibilidades funcionales objetivamente inherentes a la cosa⁽¹⁴⁾, etc.⁽¹⁵⁾. Pero estas propuestas son poco convincentes. El elemento decisivo de la propiedad, poder usar la cosa "a discreción" (§ 903 BGB)^(*), no se descubre buscando criterios

(9) SCHÖNKE/SCHRÖDER (*supra* n. 3)/ESER, § 242 n.º. marg. 49.

(10) BOCKELMANN, ZStW 65 (1953), 569, 575 ss.; LK (*supra* n. 3)/RUß, § 242 n.º. marg. 49: *lucrum ex re* y no *lucrum ex negotio cum re*.

(11) SK-StGB (*supra* n. 7)/SAMSON, § 242 n.º. marg. 77.

(12) PAULUS (*supra* n. 3), 163 ss., 218 ss.

(13) ESER, "Zur Zueignungsabsicht beim Diebstahl - OLG Hamm, NJW 1964, 1427-", JuS 1964, 477, 481.

(14) RUDOLPHI, "Der Begriff der Zueignung", GA 1965, 33, 38 ss.

(15) Cfr. también MAIWALD (*supra* n. 2), 80 ss.; OTTO, *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, 1970, 167 ss.

(*) Según MARTÍNEZ SARRIÓN en MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales*, Barcelona, 1995, Vol. II, Apéndices, p. 981, *mit der Sache "nach Belieben verfahren"* puede también traducirse como "proceder a voluntad en la cosa" (N. de la T.).

objetivos de utilización -teniendo en cuenta que, además, tal esfuerzo lleva consigo dificultades difíciles de dominar⁽¹⁶⁾. Precisamente, es la arbitrariedad del uso lo que caracteriza el poder de dominio extenso de la propiedad sobre la cosa⁽¹⁷⁾. Además, este planteamiento tampoco resiste el "test de la transmisión": si tenemos en cuenta que el Derecho civil no conoce propiedad alguna sobre las posibilidades de utilización o funcionales, tampoco pueden tales posibilidades ser transmitidas aisladamente, de modo que quedan excluidas como objeto de la cuasi-propiedad.

Como resultado provisional hay que constatar que, en una interpretación orientada al concepto de propiedad y no al de patrimonio, el objeto de la apropiación en el hurto solamente puede ser la misma cosa sustraída por el autor. Ahora bien, queda pendiente determinar bajo qué presupuestos puede hablarse de apropiación, y cuáles son, por consiguiente, los criterios para determinar que ésta existe.

III.

Mientras en la jurisprudencia y en la doctrina el contenido de la apropiación es altamente controvertido, en general se adopta como criterio de la apropiación la fórmula "*se ut dominum gerere*". Para la determinación más detallada de esta perífrasis latina de carácter tautológico, conviene prestar aten-

(16) Por ejemplo, llevar en un determinado baile un traje de noche que fue diseñado por un modista sólo para esa ocasión, ¿es una utilización general o específica?

(17) Cfr. también MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, Teilband 1, 7ª ed., 1988, § 33 n.º. marg. 49.

ción a las categorías jurídico-civiles de la posición de propiedad. Éstas son: posesión (*Gewahrsam/Besitz*) ^(*) y poder de disposición. Si se prescinde del acuerdo real que naturalmente no puede desempeñar papel alguno en el hurto, la obtención de la posesión aparece entonces como necesaria para la adquisición de la propiedad de cosas muebles. Por otra parte, sólo es relevante para el hurto aquella forma de adquisición de la posesión que entiende el establecimiento del efectivo dominio material como posesión. Ahora bien, lo decisivo es que el adquirente tome la cosa no sólo en posesión, sino en posesión en nombre propio (*Eigenbesitz*) ^(**). Aplicado al hurto, esto significa que el autor se apropia de una cosa cuando quiere establecer sobre la misma, a través de la sustracción, la posesión en nombre propio. Al mismo tiempo, se confirma así aquella teoría que interpreta el hurto como apropiación a través de la sustracción ⁽¹⁸⁾. Por consiguiente, es esencial para la apropiación de una cosa que el autor conciba el establecimiento de la nueva posesión —apoyada en la sustracción— como establecimiento de la posesión en nombre propio.

El poder de disposición —característico de la propiedad— del que posee en nombre propio tiene, como aspecto posi-

(*) Según aclaración del mismo autor, en el presente texto los términos *Gewahrsam* y *Besitz* se usan de modo indistinto; por ese motivo se traducen siempre como "posesión", aun cuando *Gewahrsam* podría traducirse como "guarda" (*N. de la T.*).

(**) El § 872 BGB da una definición expresa de la *Eigenbesitz*: "*Wer eine Sache als ihm gehörend besitzt, ist Eigenbesitzer*" [Quien posea una cosa como perteneciente a sí mismo, es poseedor en nombre propio] (*N. de la T.*).

(18) HIRSCH, "Eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen, Rechtswidrigkeit und Irrtum bei den Zueignungsstrafbestimmungen", *JZ* 1963, 149/150, n. 8; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, 346/347 con más referencias.

vo, la posibilidad de establecer cualquier relación con la cosa y, como aspecto negativo, la exclusión de intervenciones de terceros sobre tal cosa. Referido a la apropiación, esto significa que el autor, a través del establecimiento de la posesión en nombre propio, exige en adelante, por una parte, manejar la cosa a discreción (apropiación) y, por otra, poder excluir a otros —sobre todo al verdadero propietario— de cualquier intervención sobre la cosa (expropiación) ⁽¹⁹⁾. De ello se sigue esta definición de apropiación: apropiación es un acto a través del cual el autor toma en posesión en nombre propio una cosa ajena con la pretensión de disponer exclusivamente sobre ella excluyendo a otros.

Para esta definición resulta esencial deslindar la apropiación del acto de apropiación; este último deja totalmente abierta la ulterior utilización de la cosa. El acto de apropiación es una declaración de voluntad que tiene, como parte externa, el desplazamiento de la posesión y, como parte subjetiva, la arrogación del poder de disposición de un poseedor en nombre propio. Apropiación y expropiación son los dos aspectos de la parte subjetiva de la pretensión que el autor esgrime con la sustracción de la cosa: niega el poder de disposición del titular y, al hacer esto, se lo atribuye a sí mismo estableciendo la posesión en nombre propio. Habida cuenta que, sin embargo, el desplazamiento de la posesión como tal es ambiguo —el autor puede establecer la posesión en nombre propio, pero también la posesión ajena—, se requieren, dado el caso, indicios exter-

(19) Sobre estos dos elementos de la apropiación, cfr. BGH *NSStZ* 1981, 63; *JR* 1985, 251/152, con comentario de RUDOLPHI; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD (*supra* n. 17), § 33 n.º marg. 39; *LK* (*supra* n. 3)/RUß, § 242 n.º marg. 50; *SK-StGB* (*supra* n. 7)/SAMSON, § 242 n.º marg. 56; SCHMIDHÄUSER, *Festschr. für Bruns*, 1978, 345, 348; SCHÖNKE/SCHRÖDER (*supra* n. 3)/ESER, § 242 n.º marg. 60, 64.

nos adicionales que permitan directamente la deducción de la usurpación de la propiedad. Estos indicios no son conceptualmente necesarios para la apropiación en sí, sino sólo para su percepción externa y, por tanto, también para su prueba. Habrá que tomar en consideración como indicios todas las acciones y manifestaciones del autor que denoten que consideró la cosa como suya⁽¹⁹⁾.

Lo que el autor hace con la cosa queda a su entera discreción. Al poder depender de un tercero la obtención del poder de disposición en la apropiación inmediata, también es posible una apropiación de carácter solamente provisional. La expropiación tampoco significa que el autor ya no quiera permitir que la cosa pase a poder de disposición del titular⁽²⁰⁾, sino que lo decisivo es que el autor establezca mediante la apropiación una cesura: cada obtención ulterior del poder de disposición sobre la cosa deberá derivarse de la posición de propiedad obtenida por el autor. La exigencia, manifestada en la literatura jurídica, de que la expropiación debería verificarse a través de la

(19) Cfr. al respecto, la *N. de la T.* en el apartado V.

(20) Sobre la duración de la expropiación, cfr. también *RGSt* 47, 147 ss.; 64, 259/260; *BGHSt* 22, 45, 46; *BGH GA* 1960, 82; *NJW* 1977, 1460; *NSz* 1981, 63; *JR* 1985, 251, 252, con comentario de RUDOLPHI; ANDROULAKIS, "Objekt und Grenzen der Zueignung im Strafrecht—OLG Celle, *NJW* 1967, 1921—", *JuS* 1968, 409 ss.; GROPP, *JR* 1985, 518, 520; KOHLRAUSCH/LANGE (*supra* n. 3), § 242 n.º marg. III 2 b; LACKNER (*supra* n. 3) § 242 n.º marg. 21; OTTO, "Strafrechtliche Aspekte des Eigentumsschutzes (I)", *Jura* 1989, 137, 143; *LK* (*supra* n. 3)/RUß, § 242 n.º marg. 51; SCHAFFSTEIN, "Zur Abgrenzung von Diebstahl und Gebrauchsanmaßung, insbesondere beim Kraftfahrzeugdiebstahl", *GA* 1964, 97, 101; SCHMIDHÄUSER, *Festschr. für Bruns*, 1978, 345, 350 ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER (*supra* n. 3)/ESER, § 242 n.º marg. 51; ULSENHEIMER, "Der Zueignungsbegriff im Strafrecht", *Jura* 1979, 169, 174; WESSELS, *NJW* 1965, 1153, 1155.

apropiación, entra en consideración, según el planteamiento aquí sostenido, en la medida en que el autor, a través de la pretensión de poseer la cosa como propia, pone en tela de juicio el poder de disposición del titular⁽²¹⁾.

La usurpación de la posición de propietario se refiere, en cuanto al contenido, a la disposición sobre la cosa como propia, y no necesariamente también a la correspondiente forma externa. De este modo, carece de importancia el hecho de que el autor se presente externamente como propietario⁽²²⁾. Este modo de ver las cosas, por razones de protección del poder real adquirido, puede no tener sentido en determinados casos: por ejemplo, no debe negarse la apropiación cuando el autor finge ante un tercero que el reloj que ha sustraído es prestado.

El autor no se atribuye posición de propietario alguna cuando sólo utiliza la cosa en interés del titular, en la medida en que, desde el punto de vista material, pretenda actuar como su representante o administrador⁽²³⁾. Por ejemplo, no hay apropiación cuando el autor sustrae cosas a un borracho para ponerlas a salvo o para evitar una conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas⁽²⁴⁾. Lo mismo ocurre si el autor, para el

(21) Sobre el requisito de tal "igualdad material", cfr. DEUBNER, *NJW* 1967, 1921, 1922; GALLAS, *Niederschr. über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, Bd. 6 (1958), 101; RUDOLPHI, *GA* 1965, 33, 50; *SK-StGB* (*supra* n. 7)/SAMSON, § 242 n.º marg. 78; SCHÖNKE/SCHRÖDER (*supra* n. 3)/ESER, § 242 n.º marg. 47; SCHRÖDER, *JR* 1967, 390, 391.

(22) HERZBERG/BRANDTS, "Strafrecht: Das unverkäufliche Teeservice", *JuS* 1983, 203/204; de otra opinión, SCHÖNKE/SCHRÖDER (*supra* n. 3)/ESER, § 242 n.º marg. 47.

(23) OLG Stuttgart *NJW* 1970, 66; RUDOLPHI, *GA* 1965, 33, 52/53; *LK* (*supra* n. 3)/RUß, § 242 n.º marg. 63; SCHÖNKE/SCHRÖDER (*supra* n. 3)/ESER, § 242 n.º marg. 58.

(24) Cfr. *BGH GA* 1962, 78, 79.

cumplimiento de un deber del propietario, le cambia unas cosas por otras ⁽²⁵⁾.

En adelante, hay que negar la existencia de hurto incluso en el caso en que, con la sustracción de la cosa, el autor, aun persiguiendo efectivamente un fin contrario a la voluntad del titular, no está pretendiendo disputar la propiedad ajena. Por ejemplo: el autor sustrae cosas sin estar autorizado para "tomarlas en prenda" con la finalidad de realizar una deuda o de asegurar esas cosas con vistas a la ejecución forzosa ⁽²⁶⁾. En cambio, hay que hablar sin duda alguna de apropiación cuando el autor sustrae la cosa en pago o planea desde un principio enajenarla para satisfacer su deuda con el producto de la misma ⁽²⁷⁾.

También es posible una apropiación repetida de la misma cosa. El presupuesto es que el autor pierda provisionalmente el poder de disposición, bien porque lo traslade voluntariamente a un tercero, bien porque lo recupere el verdadero titular. Por ejemplo, hay que apreciar apropiación repetida cuando el autor sustrae de nuevo, con intención de apropiación,

⁽²⁵⁾ Cfr. BGH en DALLINGER, *MDR* 1958, 139: se cambia la madera que en principio estaba destinada a la construcción de un pesebre, y que no era apropiada para la misma, por madera adecuada.

⁽²⁶⁾ BGH *LM* Nr. 15 sobre el § 249 StGB; *NJW* 1955, 1764; 1982, 2265; *StV* 1983, 329, 330; OLG Celle *NJW* 1970, 1139, con comentario en contra de MOHRBOTTER, *NJW* 1970, 1857; BERNSMANN, "Zur strafrechtlichen Beurteilung der eigenmächtigen «In-Pfand-Nahme»", *NJW* 1982, 2214 ss.; GROPP, *JR* 1985, 518 ss.; NOLL, "Der Einfluß von Kompensation und Retention bei den Delikten gegen das Eigentum", *SchwZStr* 71 (1956), 148, 154/155.

⁽²⁷⁾ Cfr. también *RGSt* 12, 88 ss.; BGH *StV* 1984, 422; FRANK (*supra* n. 6), § 242 n.º. marg. VII 2 a; *LK* (*supra* n. 3)/*RuB*, § 242 n.º. marg. 62.

ción, la cosa entregada al receptor ⁽²⁸⁾. En cambio, de haber perdido el autor de modo involuntario, o por la intervención del verdadero titular, el poder de disposición adquirido, se excluiría una apropiación ulterior —de modo análogo a la posición de propietario jurídico-civil. Esto es válido también para el caso en el que un ladrón sustrae a su cómplice todo el botín antes del reparto ⁽²⁹⁾.

IV.

La devolución de la cosa, planeada desde un principio, no excluye la apropiación cuando la readquisición del poder de disposición debe deducirse de la posición jurídica pretendida en el ínterin por el autor. Por tanto, debe apreciarse hurto cuando el autor sustrae una cosa al titular para, a continuación, volver a vendérsela a este último. El hecho de que, sin embargo, en este caso —en contra de la opinión dominante ⁽³⁰⁾— la apropiación se fundamenta, no en la recepción del precio de compra como valor de la cosa, sino en la usurpación del poder

⁽²⁸⁾ Cfr. *RGSt* 50, 46, 51; 60, 273, 277 ss.; *BayObLGSt* 5, 184, 186.

⁽²⁹⁾ Cfr. también *RGSt* 11, 438, 441/442; de otra opinión, *LK* (*supra* n. 3)/*RuB*, § 242 n.º. marg. 67.

⁽³⁰⁾ *RGSt* 40, 12; 57, 199; FRANK (*supra* n. 6), § 242 n.º. marg. VII 2 a; GRIBBOHM, "Verwendung fremder Sachen zum Zwecke der Täuschung des Eigentümers", *NJW* 1966, 191, 192; *LK* (*supra* n. 3)/*RuB*, § 242 n.º. marg. 61; SCHÖNKE/SCHRÖDER (*supra* n. 3)/*ESER*, § 242 n.º. marg. 50; WESSELS, *NJW* 1965, 1153, 1156; de otra opinión, BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil 1, Vermögensdelikte*, 2ª ed., 1982, 19/20; SCHRÖDER, *JR* 1965, 27; SEELMANN, "Grundfälle zu den Eigentumsdelikten", *JuS* 1985, 288, 290.

de disposición sobre tal cosa, queda patente en que el autor pretende igualmente una posición de propietario en el supuesto en el que le entrega la cosa al titular a modo de donación para, por ejemplo, dárselas de bienhechor. En cambio, hay que negar la apropiación cuando el autor sustrae al receptor una cosa para devolvérsela al titular como perteneciente a este último; en este caso, falta también la usurpación de la propiedad si al autor se le recompensa por la devolución (31). Lo mismo es válido para el supuesto en el que el autor sustrae un animal que se había escapado a aquél que lo ha encontrado con el fin de recibir la recompensa del propietario (32).

Además, también falta la pretensión de la propiedad cuando un empleado, con la finalidad de evitar la acción de regreso, reemplaza ocultamente mercancía que él mismo ha deteriorado por otra no deteriorada procedente del almacén de su empresario y entrega esta última (33). En este caso, la propiedad del titular no se pondría en tela de juicio, como tampoco en aquellos supuestos en los que un soldado sustrae a otro objetos del equipo para darlos como si le hubieran sido originariamente entregados (34). Tampoco el autor que copia o

(31) BGH JR 1985, 251, con comentario de RUDOLPHI; SCHÖNKE/SCHRÖDER (*supra* n. 3)/ESER, § 242 n.º. marg. 50; WELZEL (*supra* n. 18), 343; WESSELS, *Strafrecht. Besonderer Teil* 2, 16ª ed., 1993, 37/38.

(32) RGSt 55, 59/60; LK (*supra* n. 3)/RUß, § 242 n.º. marg. 61; SCHÖNKE/SCHRÖDER (*supra* n. 3)/ESER, § 242 n.º. marg. 50.

(33) Cfr. BGH, sentencia de 28.11.1961 -5 StR 505/61- en LK (*supra* n. 3)/RUß, § 242 n.º. marg. 49.

(34) Concuerdan en la solución: BGHSt 19, 387; OLG Celle *Nds. Rpfl* 1964, 230; OLG Stuttgart NJW 1979, 277; DREHER/TRÖNDLE (*supra* n. 3), § 242 n.º. marg. 20; GRIBBOHM, NJW 1966, 191/192; HEUBEL, "Grundprobleme des Diebstahlbestandes", *JuS* 1984, 445, 450; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD (*supra* n. 17), § 33 n.º. marg. 45; OTTO

utiliza datos, pero pretende devolver el soporte de los mismos, se está atribuyendo propiedad alguna sobre tal soporte (35).

En la sustracción de libros es necesario diferenciar casos (36). Cuando el sujeto activo se queda con un libro (nuevo) para vendérselo otra vez al propietario, quizá en la sección de ocasión del mismo comercio, hay que apreciar, en el ínterin, apropiación. En cambio, si el libro se leyera y, acto seguido, se devolviera (disimuladamente), faltaría la apropiación. El valor de novedad que pierde el libro, si se diera el caso, no entraría en consideración como objeto independiente de una posición de propiedad. Tampoco el § 248b StGB [uso ilícito de vehículo] diferencia en el hurto de uso ilícito (*Ingebrauchnahme*) según si el vehículo ya fue utilizado o se encuentra todavía nuevo en un concesionario.

En el caso de la sustracción de una libreta de ahorro que el autor quiere devolver tras retirar una concreta suma de di-

(*supra* n. 15), 195; RANFT, "Grundfälle aus dem Bereich der Vermögensdelikte (2. Teil)", *JA* 1984, 277, 285; RUDOLPHI, *GA* 1965, 33, 38; LK (*supra* n. 3)/RUß, § 242 n.º. marg. 49, 61; SCHÖNKE/SCHRÖDER (*supra* n. 3)/ESER, § 242 n.º. marg. 50; WELZEL (*supra* n. 18), 343; WESSELS, *JZ* 1965, 631, 634; en otro sentido, OLG Frankfurt NJW 1962, 1879, con comentario de KOHLHAAS y comentario en contra de WESTERMANN, NJW 1962, 2216; OLG Hamm NJW 1964, 1427.

(35) BayObLG NJW 1992, 1777; cfr. también VOGT/VOGT, "Forum: «Adressdatenspiegeln» in straf- und zivilrechtlicher Sicht", *JuS* 1980, 860, 861.

(36) Sobre la problemática, cfr. OLG Celle NJW 1967, 1921, con comentario de DEUBNER, y crítica de ANDROULAKIS, *JuS* 1968, 409 ss.; GRIBBOHM, "Schaden, Bereicherung und das Erfordernis ihrer Stoffgleichheit bei Diebstahl und Unterschlagung", NJW 1968, 1270/1271; SCHRÖDER, *JR* 1967, 390 ss.; WIDMANN, "Die Grenzen der Sachwerttheorie", *MDR* 1969, 529.

nero, se cuestiona si hay que entender que, cuando se utiliza con fines de identificación, existe, durante ese intervalo, apropiación de la libreta. Teniendo en cuenta que el derecho sobre la libreta de ahorro se sigue del derecho de crédito y que, al retirar dinero, el autor se atribuye la titularidad del crédito también a través de la presentación de la libreta de ahorros, queda claro que, actuando así, el autor se está atribuyendo el título de disposición sobre la libreta y está expulsando de esta posición al verdadero titular. La restitución de la libreta es, efectivamente, una devolución, pero tal devolución no impide hablar de usurpación de la posición de propietario durante el período intermedio⁽³⁷⁾.

Lo mismo sirve para la sustracción y utilización de documentos y bonos legitimadores como las entradas para un concierto, los billetes de autobús o las marcas de bebidas⁽³⁸⁾. En estos casos, el autor se hace pasar por propietario del título en cuestión y, por consiguiente, también por aquél a quien corresponde la titularidad de disposición sobre el título de legitimación. No ocurre igual con los documentos de identificación que permanecen en propiedad del emisor (por ejemplo, el pasaporte); en estos supuestos, el autor se atribuye, principalmente, una identidad, y no la relación ju-

⁽³⁷⁾ Sobre la solución de la opinión dominante, cfr. *RGS* 22, 2/3; 39, 239 ss.; 61, 126, 127; *BGHSt* 8, 273, 276; FRANK (*supra* n. 6), § 242 n.º marg. VII 2 a; *LK* (*supra* n. 3)/RUß, § 242 n.º marg. 47/48; RUDOLPH, *GA* 1965, 33, 53 ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER (*supra* n. 3)/ESER, § 242 n.º marg. 50; WELZEL (*supra* n. 18), 342; de otra opinión, MIEHE, *Festschr. der Juristischen Fakultät Heidelberg*, 1986, 481, 497; OTTO (*supra* n. 15), 185/186; *Jura* 1989, 137, 144.

⁽³⁸⁾ Cfr. *RGS* 40, 10, 13/14; 51, 97, 98/99; *BGHSt* 35, 152, 157; SCHÖNKE/SCHRÖDER (*supra* n. 3)/ESER, § 242 n.º marg. 50.

rídica que comprende el derecho al documento⁽³⁹⁾; por la notoriedad de la situación jurídica, aquí el autor, a través de la posesión y el uso, no puede ya aparentar la condición de propietario. Hay que negar la existencia de hurto en caso de sustracción de una tarjeta codificada que el autor quiere devolver tras utilizarla para retirar dinero de un cajero automático; la tarjeta en sí no documenta un crédito que el autor se atribuye, sino que, en el caso esbozado, sirve solamente como clave de acceso⁽⁴⁰⁾. Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando —como en el caso de las tarjetas de teléfono— en la tarjeta se almacena una suma concreta que disminuye con cada extracción en la cuantía correspondiente.

Según una interpretación muy extendida, no existe hurto en el cambio no autorizado de una moneda por otra; según esta interpretación, por la vía de la reducción teleológica, la apropiación se restringe a los casos en los que hay lesión de los intereses del propietario⁽⁴¹⁾. Sin embargo, así, sólo se

⁽³⁹⁾ Dado el caso, concurriría el tipo especial del § 281 StGB; cfr. sobre la propiedad del Estado sobre los documentos de identificación, *AG Heilbronn NJW* 1974, 2182; *Alternativkommentar zum BGB (AK-BGB)/REICH*, 1980 ss., § 1204 n.º marg. 9; de otra opinión respecto a los documentos de identificación personal, *BGH GA* 1969, 306; ROXIN/SCHÖNEMANN/HAFFKE, *Strafrechtliche Klausurenlehre*, 4ª ed., 1982, 330.

⁽⁴⁰⁾ De igual solución, *BGHSt* 35, 152; *OLG Köln StV* 1991, 468, 471.

⁽⁴¹⁾ *OLG Celle NJW* 1974, 1833; BOLLWEG, "Geldwechsel", *Jura* 1985, 605, 607 ss.; EBEL, "Die Zueignung von Geldzeichen", *JZ* 1983, 175 ss.; KRUSE, "Die scheinbare Rechtsgutsverletzung bei den auf Enteignung gerichteten Eigentumsdelikten", 1986, 219 ss.; RHEINECK, *Zueignungsdelikte und Eigentümerinteresse*, 1979, 141 ss.; ROXIN, "Geld als Objekt von Eigentums- und Vermögensdelikten", *Festschr. für H. Mayer*, 1966, 467 ss.; SAX, "«Tatbestand» und Rechtsgutsverletzung (II)", *JZ* 1976, 429 ss.

reinterpreta de manera asistemática la apropiación como enriquecimiento económico. En esos casos, el resultado materialmente adecuado puede obtenerse sin problemas a través de la causa de justificación del consentimiento presunto.

V.

Si el autor sustrae una cosa para poder proporcionársela a un tercero, deberá hablarse entonces de apropiación siempre que la transmisión presuponga el correspondiente poder de disposición del autor⁽⁴²⁾. Así ocurre en los actos de disposición reales y en los contratos obligatorios referidos a ellos. Cuando el autor sustrae una cosa con la intención de su enajenación ulterior inmediata se atribuye el poder de disposición de un propietario, puesto que quiere obligarse a la transmisión de la propiedad⁽⁴²⁾.

⁽⁴²⁾ El 26 de enero de 1998 se aprobó una reforma del StGB que entró en vigor el 1 de abril de 1998 y que afectó al § 242 StGB en un punto relevante para el presente apartado: el precepto exigía sustraer la cosa "con la intención de apropiársela"; a partir de la reforma, exige la sustracción de la cosa "con la intención de apropiársela para sí o para un tercero". Cfr. sobre ello, SCHLÜCHTER, Ellen (Hrsg.), *Bochumer Erläuterungen zum 6. Strafrechtsreformgesetz*, Thüningersheim-Frankfurt am Main, 1998, p. 67 ss.; cfr., también, HÖRNLE, Tatjana, "Die wichtigsten Änderungen des Besonderen Teils des StGB durch das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts", *Jura* 1998, p. 169 ss., 170 (N. de la T.).

⁽⁴²⁾ Las ofertas de venta se entienden, en el § 246 StGB, como manifestaciones de la voluntad de apropiación, cfr. RGSt 73, 254; BGH en DALLINGER, MDR 1954, 398; OLG Braunschweig NJW 1947, 109; 1949, 477; SCHÖNKE/SCHRÖDER (*supra* n. 3)/ESER, § 246 n.º marg. 16.

Ciertamente, no toda apropiación de tercero (*Drittzueignung*) implica una apropiación del autor⁽⁴³⁾. Si este último facilita a otro una posición semejante a la de propietario, ello todavía no implica que tal posición deba deducirse directamente del poder de disposición del autor; significa sólo que la apropiación del tercero ha de tener el carácter de una transmisión —material y no formalmente—. Sólo una transmisión del poder de disposición del autor desde sí al tercero lleva consigo la usurpación de la cuasi-propiedad. No desempeña papel alguno la cuestión de si el tercero conocía o no las verdaderas circunstancias —por ejemplo, en una donación oculta o anónima—. Tampoco tiene importancia si el autor, en casos de donaciones gratuitas, se equivoca sobre cualesquiera ventajas indirectas. Este requisito —exigido por la jurisprudencia— se debe a una desacertada teoría del valor de la cosa que reinterpreta la usurpación de la cuasi-propiedad como forma de enriquecimiento (por lo menos indirecto)⁽⁴⁴⁾. También en el caso de persecución de fines puramente inmateriales, nada se opone a interpretar una disposición efectiva como usurpación de la propiedad⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴³⁾ Cfr. en contra RGSt 47, 324, 325; OLG Celle *HannRpfl* 1947, 33; RUDOLPH, GA 1965, 33, 41/42; TENCKHOFF, "Der Zueignungsbegriff bei Diebstahl und Unterschlagung", *JuS* 1980, 723, 725/726; más restrictivo, MAIWALD (*supra* n. 2), 236 ss.: sólo en caso de motivación egoísta.

⁽⁴⁴⁾ BGHSr 4, 236, 238/239; 17, 87, 92/93; BGH GA 1953, 83, 84; NJW 1954, 1295; 1985, 812; StV 1986, 61; NJW 1987, 77; *wisstra* 1987, 253; 1988, 186; OLG Stuttgart NJW 1970, 66; cfr. también MAIWALD (*supra* n. 2), 236 ss.; KREY (*supra* n. 7), n.º marg. 86 ss.; LK (*supra* n. 3)/RuB, § 242 n.º marg. 65.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. también ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 5ª ed., 1990, 341 ss.; LK/ROXIN, 11ª ed., 1993, § 25 n.º marg. 141; RUDOLPH, GA 1965, 33, 41 ss., 51/52; WACHENFELD, "Mittelbare Täterschaft und doloses Werkzeug", ZStW 40 (1919), 321, 324.

A la transmisión de la cosa le falta el carácter de transmisión de la propiedad cuando el autor, a través de la sustracción, únicamente quiere posibilitar la apropiación a un tercero de mala fe. En este caso, el autor no deriva el poder de disposición facilitado al tercero de un poder de disposición pretendido previamente para sí⁽⁴⁶⁾, sino que hay que apreciar complicidad con la apropiación indebida (del tercero). También se debe negar el hurto cuando, por ejemplo, un apoderado enajena a un tercero cosas de la propia empresa. En ese supuesto, el autor no actúa ni formal ni materialmente como propietario; el hecho es una deslealtad (*Untreue*) porque se ha abusado del poder de representación⁽⁴⁷⁾.

Teniendo en cuenta que en la apropiación se trata de la usurpación del poder material de disposición, y no de la forma externa, en las apropiaciones de tercero —de lo contrario, típicas— carece de importancia la cuestión de si el autor se presenta frente al tercero como propietario o como representante del titular habitual. Por tanto, hay hurto cuando el autor sustrae al vendedor una cosa que ya ha sido enajenada para transmitírsela al comprador como mensajero del vendedor y recibir el precio de compra. En tal caso, el autor se atribuye la facultad, correspondiente al propietario, de cobrar contra entrega el precio de compra. Aceptar esto es tanto más correcto en el supuesto de que el autor entregue en mano al comprador un recibo ya otorgado por el vendedor⁽⁴⁸⁾. De nuevo, en este

⁽⁴⁶⁾ De solución concordante, *LK (supra n. 3)/Ruß*, § 242 n.º marg. 66.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. *LK (supra n. 3)/Ruß*, § 242 n.º marg. 66; de modo análogo, tampoco comete hurto alguno el cajero de un club de fútbol que da dinero a los jugadores para parecer generoso; de otra opinión, *BGH en DALLINGER, MDR 1970, 560*.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. también *BayObLG JR 1965, 26, 27*, con comentario en contra de *SCHRÖDER; LACKNER (supra n. 3)*, § 242 n.º marg. 26; *LK (supra*

caso, la apropiación no se fundamenta en la recepción del precio de compra como valor de la cosa⁽⁴⁹⁾.

VI.

Una comprensión precisa de la apropiación requiere su distinción, en cuanto al contenido, de los daños. Por esa razón, la delimitación es difícil, sobre todo porque los campos de aplicación de ambos hechos se encuentran uno junto a otro en relación de círculos secantes: en parte, coinciden y, en parte, son independientes el uno del otro. El elemento común es la injerencia en la esfera de propiedad ajena. El deterioro o la destrucción también son intervenciones sobre la cosa para las que sólo está facultado el propietario. Y, por consiguiente, los daños no suponen una relación con la cosa que excluya la apropiación, sino que pueden también formar parte de un hurto siempre y cuando se cumplan los elementos adicionales de apropiación y quebranto de la posesión. En ese caso, el hurto desplaza, por más especial, a los daños —pues es un tipo más rico en elementos—.

En esa medida, resulta por lo menos equívoco que algunos vean en la mera destrucción de una cosa la negación de la apropiación⁽⁵⁰⁾. Quien, bajo los presupuestos del § 954 BGB,

n. 3)/*Ruß*, § 242 n.º marg. 61; *TENCKHOFF, JuS 1980, 723*; *WESSELS, NJW 1965, 1153, 1157*; de otra opinión *RUDOLPH, JR 1985, 252, 253*; *SCHÖNKE/SCHRÖDER (supra n. 3)/ESER*, § 242 n.º marg. 50.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. en contra *BGHSt 4, 236, 238*; *BGH NJW 1970, 1753*, con comentario de *SCHRÖDER; NJW 1985, 812*; *StV 1988, 526*; *BayObLG GA 1958, 370*; *LK (supra n. 3)/Ruß*, § 242 n.º marg. 66.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. solamente *WELZEL (supra n. 18)*, 341: según este autor, destrucción es aniquilación y no ejercicio de la propiedad; sin embar-

recoge frutos sólo con el fin de destruirlos inmediatamente, adquiere, sin duda alguna, la propiedad sobre ellos. Además, generalmente, la adquisición de una cosa con el exclusivo fin de su destrucción no se opone a una adquisición de la propiedad. Sólo por eso, no existe ya diferencia conceptual alguna entre la destrucción y las demás intervenciones sobre la cosa, ya que la destrucción puede ser utilización, como ponen de relieve, por ejemplo, el consumo de comestibles, la quema de madera y el consumo de munición; la arbitrariedad del uso de una cosa abarca su destrucción y, por tanto, los fines perseguidos son indiferentes para propiedad.

La delimitación no crea problemas cuando los daños no van unidos a un quebranto de la posesión, esto es, cuando el autor actúa *in situ* sobre la cosa, provocando la disminución de su valor. Tampoco son problemáticos aquellos supuestos en los que el autor sustrae efectivamente la cosa, pero quiere devolverla tras su deterioro. En estos casos, el autor sigue reconociendo el derecho a la restitución del titular: la cosa se daña como ajena y no como propia. La posesión ajena no se transforma todavía en posesión en nombre propio cuando el poseedor del dominio material lesiona el interés en la conservación de la cosa del propietario mediatamente poseedor; por ejemplo, el autor que, en la mudanza del piso arrendado, rompe una ventana—incluso con la intención de dañar—no se apropia de la ventana así como tampoco del piso (en el sentido del § 246 StGB). Por consiguiente, no hay hurto sino daños cuando el autor sustrae una cosa al propietario—con voluntad de devolución—tan sólo para poder dañarla tranquilamente.

En la verdadera zona gris se sitúan los casos en los que, ya en la sustracción de la cosa, el autor planea su destrucción y niega de este modo el derecho a la restitución del titular. Estos casos deben considerarse siempre daños en el sentido

del § 303 StGB, y solamente se plantea la duda de si también caen bajo el tipo específico del hurto. Puesto que se cumple el elemento de la sustracción, lo que todavía debe aclararse es si hay que considerar que también existe intención de apropiación. La destrucción como tal es, en realidad, una posibilidad de intervención sobre la cosa—que (fundamentalmente) corresponde sólo al propietario—, pero es una conducta que no implica o presupone la apropiación, como tampoco la presupone la mera utilización; una cosa puede aniquilarse de igual forma como ajena que como propia. Aquí sólo entra en consideración como único criterio de diferenciación el de si el autor quiere utilizar la cosa en interés propio antes de la destrucción o a través de la destrucción⁽⁵¹⁾. De acuerdo con esto, hay que apreciar hurto cuando el autor quiere destruir la cosa ante todo tras su uso; entonces hay en la destrucción una derrelicción. Lo mismo vale para los supuestos en los que el uso conduce al consumo en interés propio; por ejemplo, el autor se come la salchicha sustraída. En cambio, si el autor sustrae la cosa solamente con el fin de aniquilarla y efectúa el quebranto de la posesión sólo para poder continuar su plan sin molestias, falta todo elemento de posesión en nombre propio. En ese caso, el autor destruye la cosa no como propia sino como ajena⁽⁵²⁾. Lo mismo ocurre cuando el autor quiere

go, no se trata ni de lo uno ni de lo otro, sino de la pretensión de la propiedad.

⁽⁵¹⁾ Se excluye el hurto de uso impropio (*Gebrauchsanmaßung*) porque el autor no respeta el derecho a la restitución del titular necesario para ello; sobre ello, a continuación *infra* VII; carece de importancia si el uso es adecuado al destino o contrario a la naturaleza de las cosas; cfr. RG HRR 1927 Nr. 1866: quema de muebles.

⁽⁵²⁾ Es indiscutido en cuanto a la solución, cfr. RGSt 35, 355, 357; 64, 250; BGH NJW 1970, 1753, 1754, con comentario de SCHRÖDER; NJW

ser detenido por la sustracción de la cosa con el fin de conseguir así alojamiento ⁽⁵³⁾.

Los supuestos de sustracción de continentes pueden también decidirse según estos principios. Hay que apreciar daños cuando, en la sustracción, al autor le interesa sólo el contenido y quiere desprenderse del continente desde un principio, en la primera oportunidad ⁽⁵⁴⁾. Sin embargo, cuando el autor utiliza intencionadamente el continente de modo provisional —por ejemplo, para el transporte—, entonces quiere poseerlo en interés propio, por lo menos provisionalmente ⁽⁵⁵⁾. Si, por el contrario, el autor sólo da el valor al continente, como ocurriría en caso de sustracción de un automóvil, comete únicamente un hurto del continente y no del contenido, cuya apropiación independiente se considerará, en un instante posterior, como una apropiación indebida ⁽⁵⁶⁾.

1977, 1460, con comentario de LIEDER, *NJW* 1977, 2272/2273 y GEERDS, *JR* 1978, 172; OLG Düsseldorf *NJW* 1987, 2526/2527; KOHLRAUSCH/LANGE (*supra* n. 3), § 242 n.º marg. III 2 b; LACKNER (*supra* n. 3), § 242 n.º marg. 21; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD (*supra* n. 17), § 33 n.º marg. 41; OTTO, "Die neuere Rechtsprechung zu den Vermögensdelikten - Teil 1", *JZ* 1985, 21, 23; RUDOLPHI, *GA* 1965, 33, 49; *LK* (*supra* n. 3)/RUß, § 242 n.º marg. 50; SCHMIDHÄUSER, *Festschr. für Bruns*, 1978, 345, 351; WESSELS, *NJW* 1965, 1153, 1155; cfr. también BGH *NJW* 1985, 812, 813; *StV* 1990, 407/408; BayObLG *NJW* 1992, 2040/2041, con comentario de MEURER, *JR* 1992, 347.

⁽⁵³⁾ BGH *GA* 1969, 306/307.

⁽⁵⁴⁾ BGH *GA* 1962, 144, 145; en DALLINGER, *MDR* 1975, 22.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. RUß, "Die Aneignungskomponente bei Wegnahme eines Behältnisses —eine Würdigung der Rechtsprechung zum Handtaschendiebstahl(-raub)—", *Festschr. für Pfeiffer*, 1988, 61, 64 ss.

⁽⁵⁶⁾ *BGHSt* 16, 190, 192/193; BGH *JZ* 1987, 52 sobre el § 252 StGB; RUß, *Festschr. für Pfeiffer*, 1988, 61, 67; *LK* (*supra* n. 3)/RUß, § 242 n.º marg. 58; SCHÖNKE/SCHRÖDER (*supra* n. 3)/ESER, § 242 n.º marg. 63.

La adscripción aquí propuesta de los daños a los tipos del § 242 o del § 303 StGB es insatisfactoria —como cualquier otra diferenciación— por un motivo que emana de la misma ley. También en la destrucción de una cosa, el marco penal es menor que en el hurto, aun cuando sólo en la aniquilación —no necesariamente también en el hurto— la pérdida sea definitiva para la víctima. Esta valoración del legislador, aunque pueda parecer incomprendible, no puede llevar a dilatar el tipo de hurto en favor del de daños. Particularmente, en los casos en los que el autor devuelve la cosa tras un fuerte desgaste —de acuerdo con su plan primitivo—, el injusto menor de los daños en esa medida realizados no puede volver a valorarse en el riguroso tipo del hurto cuando el injusto realizado junto a los daños es solamente un hurto de uso impropio (*Gebrauchsanmaßung*), que es impune.

VII.

Finalmente, todavía hace falta delimitar la apropiación respecto al hurto de uso impropio (*Gebrauchsanmaßung*) impune (con excepción de los §§ 248b y 290 StGB [uso ilícito de objetos en prenda]), a través del cual el autor también lesiona la esfera de propiedad del titular. Que haya hurto o hurto de uso impropio depende de si el autor quiere establecer sobre la cosa la posesión en nombre propio o la posesión ajena. De este modo, la posesión ajena puede definirse análogamente a la figura civil del concreto constituto posesorio. Por esto, es significativo que el poseedor haga uso de la cosa en un marco temporalmente definido reconociendo así el derecho a la restitución del titular.

Las dificultades de delimitación disminuyen cuando el confuso concepto de hurto de uso impropio —también el con-

sumo es uso—, se interpreta como cesión de uso (*Gebrauchsüberlassung*) usurpada. Entonces hay *furtum usus* cuando el autor se comporta como si el titular le cediera la utilización de la cosa en el sentido de un concreto constituto posesorio. En ese supuesto, el autor lesiona los intereses del titular porque le priva del valor de utilización, por ejemplo en forma de renta, aun no pretendiendo poder de disposición alguno que exceda de ese uso; por consiguiente, su dominio material resulta ser relativo en el sentido de una relación recíproca propietario-poseedor⁽⁵⁷⁾.

En la frontera entre *furtum usus* y hurto se encuentran los casos en los que el autor reconoce el derecho a la restitución, pero pretende devolver la cosa con una considerable disminución de valor. Ante todo, con ello hay que ver que en el caso de *furtum usus* abarcado por la ley, consistente en el uso ilícito de un automóvil, la utilización puede conducir a un desgaste y con ello a una disminución de valor. Ahora bien, no puede establecerse ningún criterio según el cual el desgaste, a partir de una determinada cantidad, se convierta cualitativamente en apropiación. La interpretación de que, en una disminución de valor del 50%, el hurto de uso impropio se transforma en hurto⁽⁵⁸⁾, tiene tan poco apoyo en la ley como la tesis de que hay que apreciar hurto cuando se priva a

(57) El *furtum usus* es, según su carácter, un enriquecimiento ilícito y, al añadirse las correspondientes mermas de libertad de la víctima (engaño, coacción), se convierte en un delito contra el patrimonio; de esta manera, en la delimitación de *furtum usus* y hurto no se trata de la frontera entre justo e injusto, sino de la cuestión de la punibilidad del injusto.

(58) Así, FRICKE, "Wertminderung oder Teilfunktionsentzug als Voraussetzung der Enteignungskomponente bei der Zueignungsabsicht in § 242 StGB?", MDR 1988, 538 ss.

alguien de las posibilidades de utilización de una cosa⁽⁵⁹⁾. Estos casos no tienen nada que ver con el hurto en la medida en que el autor no aborta la posibilidad de restitución de la cosa. Cuando el autor utiliza una cosa con voluntad de devolución, no se hace acreedor de pena a causa del mero uso —prescindiendo de las excepciones legales—; en cambio, cada disminución de valor sí conduce a la sanción por daños. En todo caso, para aquel supuesto en el que, de algún modo, un *furtum usus* punible según el § 248b StGB conduce a un deterioro (privación de una posibilidad funcional), se plantea la cuestión —irrelevante en nuestro contexto— de si, en esa medida, el tipo especial impide la aplicación del § 303 StGB.

Solamente el reconocimiento del derecho a la restitución es criterio determinante de la delimitación entre hurto y hurto de uso impropio⁽⁶⁰⁾. Por ejemplo, si el autor devuelve al propietario unas pilas después de utilizarlas, siempre hay que negar el hurto, independientemente de si el consumo de energía debe considerarse ya constitutivo de daños o no. En cambio, hay que juzgar de otro modo sólo aquellos casos en los que ya no puede hablarse de restitución de la cosa porque ésta ha experimentado una transformación sustancial o está totalmente destruida: por ejemplo, en el caso en el que el autor quiere quemar la carta sustraída tras su lectura y darle al pro-

(59) Así, RUDOLPH, GA 1965, 33, 46/47.

(60) También comete una apropiación el preso que huye vestido con la ropa del establecimiento penitenciario y quiere deshacerse de ella a continuación; sin embargo, en este caso, se excluye el hurto por falta de intención, puesto que la sustracción de la ropa sólo es una consecuencia necesaria indeseada; cfr. también DREHER/TRÖNDLE (*supra* n. 3), § 242 n.º marg. 24; LK (*supra* n. 3)/RUB, § 242 n.º marg. 55; SCHÖNKE/SCHRÖDER (*supra* n. 3)/ESER, § 242 n.º marg. 61; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD (*supra* n. 17), § 33 n.º marg. 55.

pietario tan sólo las cenizas. Por tanto, en general, la pregunta de si el autor niega el derecho a la restitución del propietario puede responderse afirmativamente, si la cosa se manipuló de tal modo que, según las reglas civiles, debiera hablarse de imposibilidad de restitución.

Teniendo en cuenta que el reconocimiento del derecho a la restitución es significativo para el hurto de uso impropio, merece, en principio, un juicio positivo la jurisprudencia cuando aprecia hurto en el caso de sustracción de un automóvil sin voluntad incondicional de devolución por parte del autor. Tal voluntad faltaría cuando el autor vincula la devolución a la incierta aceptación de condiciones o pretende abandonar el vehículo de tal modo que su recuperación por el titular deviene dudosa ⁽⁶¹⁾. Cuando el autor se deshace del vehículo exponiéndolo a la intervención de un tercero, de modo que sólo casualmente podrá recuperarlo el titular, hay que apreciar una derrelicción (que presupone la usurpación de propiedad) ⁽⁶²⁾. En efecto, es necesario que la voluntad de devolución falte ya en el momento de la sustracción. Solamente se produce el uso ilícito (en su caso, junto con los daños) cuando el autor, en el momento mismo de la conducción o más

⁽⁶¹⁾ Cfr. solamente RGSt 64, 260/261; RG JW 1935, 3387; BGHSt 5; 205, 206; 22, 45, 46; BGH VRS 51 (1976), 210; BGH NSStZ 1982, 420, con comentario de SCHWAB, DAR 1983, 388; BayObLG VRS 19 (1960), 364/365; KG VRS 37 (1969), 438/439; OLG Hamm VRS 59 (1980), 39/40.

⁽⁶²⁾ Cfr. también BGH NJW 1987, 266, con comentario de KELLER, JR 1987, 343; OLG Stuttgart Die Justiz 1973, 396; KARGL, ZStW 103 (1991), 136, 150; RUDOLPHI, GA 1965, 33, 50; SCHAFFSTEIN, GA 1964, 97, 100, 107; SCHAUDWET, "Die Kraftfahrzeugentwendung in der Rechtsprechung", JR 1965, 413 ss; SCHÖNKE/SCHRÖDER (*supra* n. 3)/ESER, § 242 n. marg. 54; SEELMANN, JuS 1985, 288; WELZEL (*supra* n. 18), 343.

tarde —por ejemplo, tras el consumo de gasolina—, decide omitir la restitución ⁽⁶³⁾.

Para la afirmación de un *furtum usus* no desempeña papel alguno el contenido de uso de la cosa; es más: tal uso puede no estar siquiera permitido. Solamente es decisivo que subsista el reconocimiento del poder de disposición ajeno, de modo que también en caso de que exista voluntad de devolución, hay que considerar hurto de uso impropio la sustracción de documentos para su lectura o la utilización de una cosa para una extorsión (*Erpressung*) o para un engaño ⁽⁶⁴⁾.

Una laguna de punibilidad ⁽⁶⁵⁾, resultante de la diferencia entre delitos contra el patrimonio y contra la propiedad, hace referencia a los casos en los que se despoja efectivamente al titular pero falta en el autor la voluntad de apropiación; particularmente, en caso de un hurto de uso impropio más prolongado. Que aquí el titular puede sufrir un daño notable y, eventualmente, puede verse afectado en la adquisición de una cosa sustitutiva no afecta al hecho de que falte la intención de apropiación del autor. Ni el Derecho civil conoce una transformación de la posesión ajena en posesión en nombre propio a través del mero transcurso del tiempo, ni el legisla-

⁽⁶³⁾ Sobre ello, también BGH GA 1960, 182; 1961, 172, 173; BayObLG NJW 1961, 280; LK (*supra* n. 3)/RuB, § 242 n. marg. 57.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. también RG JW 1922, 293, con comentario de WACH; BGH en HOLTZ, MDR 1980, 106; OLG Hamm JMBINRW 1960, 230, 231; OLG Celle JR 1964, 266, con comentario de SCHRÖDER; OLG Hamburg NJW 1964, 736/737, con comentario crítico de BAUMANN, NJW 1964, 705 ss.; GROPP, JR 1985, 518, 519; LK (*supra* n. 3)/RuB, § 242 n. marg. 54, 62; SCHÜNEMANN, JA 1974, 37 ss; de otra opinión OLG Stuttgart NJW 1970, 672 con comentario en contra, con razón, de WIDMAIER.

⁽⁶⁵⁾ Efectivamente, sólo cuando no hay daños.

dor ha previsto, en el § 248b StGB, un plazo tras cuya expiración el hurto de uso impropio devenga hurto. La laguna de punibilidad se ajusta al carácter fragmentario del Derecho penal: sólo puede eliminarse por vía legislativa, y no a través de una extensión del concepto de apropiación en contra de su naturaleza ⁽⁶⁶⁾.

VIII.

En síntesis, hay que dejar constancia de que el Derecho penal no necesita transitar caminos especiales para comprender correctamente el concepto de apropiación en el hurto. Y ello es así porque el Derecho penal encuentra todas las distinciones necesarias acudiendo al instrumentario de la propiedad de los bienes muebles de modo que, por una parte, pueden abandonarse las construcciones –ajenas al Derecho civil– de las teorías del valor de la cosa y de la función, en favor de una construcción conceptual homogénea del Derecho y, por otra, se mantiene una clara frontera con los delitos de enriquecimiento.

...

Addenda de la traductora

GG (Ley Fundamental de Bonn)

Art. 103 párr. 2 ... (2) Un hecho sólo podrá ser castigado si su punibilidad está determinada por ley de modo previo

⁽⁶⁶⁾ Acertadamente RUDOLPH, GA 1965, 33, 47 ss.

a su comisión. (Traducción de SILVA SÁNCHEZ, en SCHÜNEMANN (coord.), *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1991, p. 196).

StGB (Código Penal alemán)

§ 242 *Hurto* (1) Quien sustraiga una cosa mueble ajena con la intención de apropiársela de modo antijurídico, será penado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena de multa. (2) La tentativa es punible. (Traducción de CANCIO MELIÁ en ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, Madrid, 1995, p. 413).

(Desde la reforma de 26 de enero de 1998, dispone “con la intención de apropiársela para sí o para un tercero”)

§ 246 *Apropiación indebida* (1) Quien teniendo una cosa mueble ajena en posesión o custodia se la apropie de modo antijurídico será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o pena de multa, y, si la cosa le ha sido confiada, con pena privativa de libertad de hasta cinco años o pena de multa. (2) La tentativa es punible.

(Desde la reforma de 26 de enero de 1998, ya no dispone “se la apropie ilegítimamente”, sino “se la apropie para sí o para un tercero”)

§ 290 *Uso ilícito de objetos de prenda*. Los acreedores pignoratícios públicos que, ilícitamente, hagan uso de los objetos tomados en prenda serán castigados con pena privativa de libertad de hasta un año o con pena de multa.

§ 303 *Daños* (1) Quien dañe o destruya antijurídicamente una cosa ajena, será penado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con pena de multa. (2) La tentativa es punible. (Traducción de CANCIO MELIÁ en ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, Madrid, 1995, p. 415).

BGB (Código Civil alemán)

§ 808 [Documento nominativo con cláusula al portador] (1) 1. Si un documento en el que se nombra al acreedor, se entrega con la determinación de que la prestación prometida en el documento puede efectuarse a todo portador, por la prestación al portador del documento, queda liberado el deudor. 2. El portador no está facultado para pedir la prestación.

(2) El deudor sólo está obligado a la prestación contra la entrega del documento. Si el documento se ha perdido o destruido, si no se ha determinado otra cosa, puede declararse sin efecto por la vía del procedimiento por edictos.... (Traducción de MARTÍNEZ SARRIÓN, en la edición española de MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales*, Barcelona, 1995, Vol. II: Apéndices, p. 971).

§ 903 [Facultades del propietario] 1. El propietario de una cosa, en tanto no se oponga la ley o los derechos de tercero, puede proceder a voluntad en la cosa y excluir a otro de toda intromisión. (Traducción de MARTÍNEZ SARRIÓN, en la edición española de MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales*, Barcelona, 1995, Vol. II, Apéndices, p. 981).

§ 935 [No hay adquisición de buena fe de cosas perdidas] (1) 1 La adquisición de la propiedad con base en los

parágrafos 932 a 934 no tiene lugar si la cosa había sido robada al propietario, si se le había perdido o de cualquier forma extraviado. Lo mismo vale, en caso de que el propietario sólo fuese poseedor mediato, si la cosa se le había extraviado al poseedor. (Traducción de MELÓN INFANTE, *Código Civil Alemán*, Barcelona, 1955, p. 198).

§ 954 Quien en virtud de un derecho sobre una cosa ajena está facultado a apropiarse los productos u otras partes de la misma, adquiere la propiedad de ellos, sin perjuicio de las disposiciones de los parágrafos 955 a 957, con la separación. (Traducción de MELÓN INFANTE, *Código Civil Alemán*, Barcelona, 1955, p. 202).