

MIGUEL BAJO FERNANDEZ

Animo de lucro y ánimo de hacerse pago



INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURÍDICOS

ANUARIO DE DERECHO PENAL
Y CIENCIAS PENALES MADRID 1975

Animo de lucro y ánimo de hacerse pago

MIGUEL BAJO FERNANDEZ

Profesor Agregado de Derecho penal

SUMARIO.-I. *Delimitación del problema.*--II. *La pretendida tesis de incompatibilidad entre ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago.*-III. *El ánimo de hacerse pago como modalidad del ánimo de lucro. Concepto de lucro.* A) Interpretación del ánimo de lucro en la doctrina española. B) Interpretación del ánimo de apropiación en la doctrina alemana. C) Conclusión. Nuestro parecer sobre el concepto de lucro.-IV. *Animo de hacerse pago y animo de lucro injusto.*-V. *Comportamiento arbitrario de propio pago y lesión del bien jurídico protegido en los llamados delitos contra la propiedad.*-VI. *Conclusión.*

I. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

La cuestión viene planteada por aquellos supuestos de comportamiento arbitrario de propio pago que, desde el punto de vista objetivo, son subsumibles en alguna de las distintas figuras de los delitos contra la propiedad. Como es sabido, el artículo 337 (1) del Código penal castiga, como delito contra la Administración de Justicia, el comportamiento arbitrario de propio pago, pero con tan reducidos alcances que deja fuera de su ámbito un elevado número de casos. Poi ejemplo, quedan excluidos los supuestos de quien se apodera, sin violencia o intimidación, de cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago, o quien con la misma finalidad se apropia del dinero de su depositante y deudor, o, por último, quien obtiene mediante engaño, y con la misma finalidad de hacerse pago, una determinada cosa del deudor.

Pues bien, la cuestión estriba en saber si dichos comportamientos, que cumplen el tipo objetivo del correspondiente delito contra la propiedad, pueden ser castigados como tal delito contra la propiedad, pese a que la ley exige el ánimo de lucro y el autor

obra, por el contrario, con el ánimo de hacerse pago. Hay que tener en cuenta que el ánimo de hacerse pago implica la intención de incorporar la cosa al propio patrimonio. No hay tal ánimo si el autor pretende sólo asegurar el crédito, bien porque su intención es poner la cosa a disposición judicial, bien porque pretende devolverla en todo caso. Ello quiere decir que el ánimo de hacerse pago tiene en común con el ánimo de lucro la incorporación de la cosa al propio patrimonio (2).

Lo que trataremos de demostrar en este trabajo es que hacerse pago es una modalidad de lucro, sin que por ello pueda afirmarse, en todo caso, la existencia del correspondiente delito contra la propiedad, por las razones que veremos en el apartado V.

II. LA PRETENDIDA TESIS DE INCOMPATIBILIDAD ENTRE ANIMO DE HACERSE PAGO Y ANIMO DE LUCRO

Como es sabido, está extendida la tesis de que el ánimo de hacerse pago elimina el ánimo de lucro. Así lo viene entendiendo la jurisprudencia, negando por ello el correspondiente delito contra la propiedad (2 bis). Por su parte, la doctrina defiende tal entendimiento con razones de justicia material apelando a las consecuencias insatisfactorias que la tesis contraria acarrearía. Así Rodríguez Devesa advierte que de admitir la existencia de un delito contra la propiedad resultaría, por ejemplo, que en el caso de quien toma la cosa del deudor para hacerse pago sería castigado con una simple multa si utiliza violencia o intimidación (art. 337) y con graves penas de presidio si no median la violencia o intimidación (arts. 514-515) (3). Del mismo modo, Antón, para fundamentar que no es «estafa obtener mediante engaño la satisfacción de la deuda vencida o la entrega de la cosa que el vendedor se obstina en no entregar después de recibir el precio», utiliza como argumento que «de otro modo la violencia o intimidación actuarían como circunstancias atenuantes», ya que, mediando tal comportamiento violento, sería aplicable el artículo 337 (4).

La tesis de que el ánimo de hacerse pago elimina el ánimo de lucro no parece suficientemente justificada y no es argumento decisivo las consecuencias insatisfactorias a que conduce la tesis contraria. En primer lugar, porque, como tendremos ocasión de comprobar, dichas consecuencias insatisfactorias pueden solucionarse por otras vías. En segundo lugar porque la conclusión a que llega la doctrina dominante en España puede conducir a otras situaciones que tampoco satisfagan. Negar en este caso la existencia de lucro puede arrastrar la impunidad de conductas de las que, como veremos (4 bis), nadie duda su carácter de delito contra la propiedad. Aquí bastaría recordar que en la doctrina se suele otorgar idéntica calificación a las conductas de apoderamiento de cosa del deudor para hacerse pago y el apoderamiento de cosa ajena dejando en su lugar otra de valor equivalente (5).

El problema planteado no puede solucionarse sin determinar cómo se entiende el lucro al que va referido el elemento subjetivo de los delitos contra la propiedad. El tema ha sido estudiado profusamente por la literatura de lengua alemana por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque el Código penal alemán exige el ánimo de lucro para el delito de estafa, requiriendo en los casos de hurto, robo y apropiación indebida exclusivamente el ánimo de apropiación. La situación legal fue vivamente discutida a lo largo de este siglo, siendo mantenida en los proyectos de 1909, 1913 y 1919, mientras que el Anteproyecto de 1911 y los proyectos para un Código penal alemán general de

1925 y 1927 exigían para el hurto el ánimo de lucro (en las variantes de ánimo de obtener una ventaja patrimonial o ánimo de enriquecimiento) (6). En segundo lugar, porque los Códigos penales suizo y austriaco exigen en todo caso el ánimo de lucro (7), al contrario que el alemán.

Pues bien, en la literatura de lengua alemana también está extendida la opinión de que el ánimo de hacerse pago elimina el ánimo de lucro, siendo compatible, por el contrario, con el ánimo de apropiación (8). La tajante afirmación de que en los supuestos de comportamiento arbitrario de propio pago hay ánimo de apropiación pero no de lucro necesita ser meditada. Un estudio de cómo se interpreta el ánimo de apropiación en la literatura alemana y el ánimo de lucro en la española nos conducirá a la conclusión de que tal opinión es equivocada.

III. EL ANIMO DE HACERSE PAGO COMO MODALIDAD DEL ANIMO DE LUCRO CONCEPTO DE LUCRO

A) *Interpretación del ánimo de lucro en la doctrina española*

Hay que reconocer que, frente a la profusa bibliografía existente en otros países en relación al elemento subjetivo en los delitos contra la propiedad, la literatura española se ha mostrado poco preocupada por el tema. Tal situación conduce, sin duda, a tratar con soluciones tópicas los problemas que plantea el ánimo de lucro en los delitos contra la propiedad. Debemos ser justos, sin embargo, y reconocer también que las soluciones casuísticas han sido adoptadas con carácter general por la dificultad propia del tema, que se escapa a un tratamiento sistemático exacto. En este sentido, ha observado Antón que «dado el carácter subjetivo de este elemento, radicado en la intención del agente, ha prevalecido la idea de la decisión caso por caso, incluso con apelación a la moral o a la concepción jurídica popular» (9). Ello no quiere decir, con todo, que no haya en nuestra doctrina, científica o jurisprudencial, intentos de definición del ánimo de lucro, o, más exactamente, del lucro que es el objeto a que va referido el momento psicológico¹ exigido en la ley.

Apunta Rodríguez Devesa que lucro, en sentido vulgar, significa provecho, y advierte lo inútil de tal observación gramatical (10), que no es más que un innecesario cambio de palabras. Lo que se trata de saber precisamente es qué hay que entender por lucro o provecho. Un sector doctrinal ha entendido la expresión en un sentido amplio como «cualquier utilidad, goce, ventaja o provecho» (11) o como cualquier beneficio material o moral (12). Una interpretación de esta índole amplía demasiado el concepto de lucro, debiendo incluirse, por ejemplo, cualquier ventaja de carácter político o social en contra de lo que, evidentemente, es el sentido legal (13). Pero el argumento decisivo contra este entendimiento es que, sin duda, no permite distinguir entre el delito de hurto y el delito de daños, por lo que es rechazado por la doctrina dominante (14). Quintano hace observar que «hay provechos y utilidades que no sería procedente encuadrar en tales delitos (s. s. de apoderamiento), sino en los de daños; como el del tan repetido ejemplo del comerciante que, para aumentar sus ganancias, esto es, con propia utilidad y provecho, destruye la tienda del concurrente» (15) o el del que destruye la cosecha ajena para revalorizar la propia (16). Rodríguez Mourullo recoge, por su parte, el ejemplo escolástico del coleccionista que destruye la pieza que pertenece a otro para revalorizar la suya, que, de este modo, se convierte en única (17). Y Díaz Palos ve la

imposibilidad de distinción en el hecho de que «no puede negarse que el dañador, destruyendo la cosa de su odiado enemigo, da satisfacción de su insano apetito, alcanza el placel de la venganza, y consigue, por tanto, aquel lucro desorbitado que precisamente combatimos» (18).

La observación de esta deficiencia obliga, en el sentir de la doctrina española, a establecer dos precisiones en el concepto de lucro. En primer lugar, se dice, el lucro ha de ser *directo* en el sentido de que -dice Rodríguez Mourullo- «el lucro va conectado a la posesión de la cosa que es objeto material del delito», mientras que «el lucro (que) no deriva del objeto material en sí, sino del acrecimiento que supone para el patrimonio del agente la destrucción, deterioro o menoscabo de la cosa», no es el lucro a que se refiere la ley en los delitos de apoderamiento o.' defraudación (19). En segundo lugar, apunta Rodríguez Devesa la necesidad de que el lucro tenga un sentido *económico*. Y no ya sólo por la imposibilidad de distinguir, en otro caso, el hurto de los daños, sino-también porque en nuestro Código «se parte de que la cosa ha de tener un valor económico, o sea, no un valor de cualquier índole, sino precisamente objetivo» (20). El sentido económico del lucro en la estafa es evidente en cuanto se entiende que es la contrapartida del daño patrimonial (21).

La doctrina se percata, sin embargo, que no basta con estas dos características (carácter económico y directo del lucro) para solucionar casos límites dudosos. Por ejemplo, cuando se toma la cosa para donarla a un tercero o cuando se cambia la cosa por otra de idéntico valor. La> doctrina española no ha manifestado dudas sobre la idoneidad del castigo de estas conductas a título de hurto. Por ello cree Quintano que el concepto de lucro requiere una ulterior matización y habla entonces de lucro altruista y lucro-satisfacción. Conforme al lucro-altruista, piensa Quintano, se desecha el sentido del lucro como mera codicia personal dando cabida a los provechos ajenos. Y refiriéndose al lucro-satisfacción se puede incluir el caso de sustitución de la cosa por otra de idéntico' valor (22). La observación de Quintano, sin embargo, no puede satisfacer por la razón de que al utilizar tan vagas expresiones se corre el peligro de que, con el único fin de solucionar estos dos supuestos, nos veamos obligados a aceptar aquél amplio concepto de lucro que a todos insatisface.

Es, por el contrario, mucho más convincente la observación de Rodríguez Devesa. Piensa este autor que en el caso de hurto para entregar la cosa a un tercero no hay duda de la tipicidad de la conducta porque para el hurto lo decisivo son «los móviles *inmediatos* que han decidido al agente tomar la cosa, y con independencia de los *finés ulteriores* que se proponga» (23). Y en el segundo caso también estamos en presencia de un hurto porque el provecho económico que integra el lucro ha de valorarse desde el punto de vista del autor. El que toma la cosa obra de tal modo porque sabe que el dueño de la cosa no la entregaría por ese precio o no la entregaría de ningún modo. «El sujeto obra movida por el inmediato propósito de conseguir una cosa para lograr la cual no hubiera bastado, *en su opinión*, pretendiendo adquirirla legalmente, la cantidad que él mismo ha fijado como indemnización, e incluso hubiera-sido insuficiente cualquier cantidad para conseguir el asentimiento del propietario a la transferencia del dominio» (24). Esta observación condiciona el concepto de lucro que maneja Rodríguez Devesa y del provecho económico que integra el lucro. Para este autor ánimo de lucro es «el propósito de obtener un provecho económico contemplado desde el punto de vista del agente», y provecho económico lo entiende como «la adquisición de una cosa,

valuable en dinero, *gratuitamente* o por un *precio inferior* al que en el caso *concreto* debería haber satisfecho el agente para llegar a un acuerdo cerca del propietario sobre la transmisión» (25).

Estos son los resultados a que llega la doctrina española preocupada por el tema. Podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que sea-cual fuere la posición que aceptemos, el «ánimo de hacerse pago» aparece como una modalidad del «ánimo de lucro». Por supuesto que hacerse pago es lucrarse si se entiende el lucro como cualquier utilidad, goce ventaja o provecho. Pero aun cuando tengamos en cuenta las sucesivas características que se añaden al concepto de lucro, podemos comprobar que el caso del acreedor que toma la cosa del deudor para hacerse pago es un supuesto de lucro. Que el citado provecho es directo, es decir, que se obtiene del objeto material en sí y no de la destrucción, deterioro o menoscabo de la cosa, es evidente (26). Tampoco suscita dudas que en el caso que nos ocupa tratamos de un provecho de carácter económico en el sentido de que se trata de la apropiación de una cosa con valor objetivo. Y, por último, encuadra perfectamente en el concepto manejado por Rodríguez Devesa. En efecto, el acreedor que toma la cosa del deudor para hacerse pago con ella lo hace porque *en su opinión* el deudor no la entregará voluntariamente en pago de la deuda, y, *en su opinión*, la vía procesal aparece como costosa, insegura, difícil y lenta.

No parece posible, pues, conforme al concepto de ánimo de lucro • que maneja nuestra doctrina, negar que en el supuesto que nos ocupa hay ánimo de lucro. La exigencia legal del ánimo de lucro no impide, como pretendían Oberlander y W. A. v. Weber, entre otros (27), entender que cumple tal requisito el acreedor que se apodera de la cosa para hacerse pago. Aciertan estos autores, sin embargo, al decir que el ánimo de hacerse pago no excluye el ánimo de apropiación. Pero lo sorprendente es que la forma de entender la doctrina dominante hoy en Alemania, el ánimo de apropiación coincide sustancialmente con la forma de entender el ánimo de lucro la doctrina española.

crédito no es hurto., ya que no se produce un enriquecimiento a costa de la disminución del patrimonio ajeno. Precisamente esta conclusión, en cuanto insatisfactoria para algunos (41), es considerada como prueba de las limitaciones de la *Sachwerttheorie* en sentido objetivo. Ejemplo al que se puede añadir la necesidad de negar hurto en la sustracción de cosas ?in valor económico o de tráfico, pero conservando un valor ideal o de afección (42) o cuando el autor deja en poder del propietario el equivalente de la cosa hurtada. Quizá el defecto fundamental de esta concepción es que concibe el delito de hurto de la misma manera que el de estafa, es decir, como enriquecimiento del propio patrimonio a costa de la disminución del patrimonio ajeno, cuando resulta que el Código penal alemán exige distintos requisitos, en relación al elemento subjetivo, en ambos supuestos. Necesariamente han de concebirse ambos, delitos de manera distinta. Hay que tener presente que pese a ser ésta la concesión más ajustada a nuestro Derecho positivo por atender al valor objetivo de la cosa, no coincide con nuestro entendimiento del hurto que, según la doctrina dominante, es un delito contra la propiedad y no contra el patrimonio.

Para la concepción *material-subjetiva* es la propiedad y no el patrimonio lo que se protege en los delitos de apropiación. La propiedad se entiende no como un poder de señorío formal e ilimitado de una persona sobre una cosa, sino como elemento

sustancial, material, de valor económico. En definitiva, no se protege el poder de disposición del propietario como fin en sí mismo, sino como medio para el goce, el uso y el aprovechamiento de la cosa. Cosa es lo que tiene un valor para el propietario porque satisface sus necesidades de naturaleza material o ideal (43). Apropiarse de la cosa significará entonces obrar como un propietario entendido en el sentido de incorporar el valor de la cosa (el contenido de la relación jurídica) al propio patrimonio. De modo que no se trata aquí de decidir sobre si hubo posesión (*Gewahrsam*) (44), expropiación (*Enteignung*) o apropiación (*Aneignung*) sino si hubo privación de un valor (*Entwertung*) e incorporación de un valor (*Wertzuführung*), porque lo decisivo no es que el autor *disponga* de la cosa como un propietario sino que pretenda ventajas, goces y ganancias (*Vorteil, Nutzen und Gewinn*) con la incorporación del valor de la cosa a su patrimonio para satisfacer cualquier necesidad (45). Es indudable que, conforme a esta posición, el ánimo de hacerse pago no excluye el ánimo de lucro. «Comete hurto -dice Sauer- quien se apodera de una cosa para el pago de una deuda» (46).

La convicción que sustentan algunos autores de que la sustracción de cosas desprovistas de valor debe considerarse delito de apropiación por la razón de que la defensa de la propiedad no debe tener límites, les obliga a rechazar esta concepción. Así, por ejemplo, Welzel achaca a esta teoría el defecto de tener que negar el hurto cuando la cosa carece de valor económico o de tráfico a la vez que de valor de afección (47) siendo así que el propietario puede estar interesado que el objeto no caiga en manos ajenas o pueden adquirir con el tiempo valor de recuerdo (48).

La *concepción mixta*, que resulta ser dominante en doctrina y jurisprudencia (49), trata de superar las limitaciones de las concepciones anteriores entendiendo que la esencia de la apropiación estriba en la incorporación al patrimonio del autor de la cosa misma o de su valor (50). Este entendimiento incurre de entrada en una imprecisión: atribuir a la expresión «cosa» dos significados distintos, como cosa corpórea y como valor. Para salvar esta dificultad piensa Paulus que la expresión legal «cosa» ha de entenderse como «utilidad» (*Zwecknutzen*) que abarca tanto la cosa como corpórea como su valor, utilidad de que se priva al propietario y se incorpora al patrimonio del autor (51). Así, apropiación, para Paulus, consistirá en una (potencial) expropiación permanente de la utilidad de la cosa del patrimonio del propietario y su (también potencial) incorporación definitiva en el patrimonio del autor (52). Pese a los esfuerzos de Paulus por subsanar las deficiencias de la concepción que hoy resulta dominante, creemos que tiene razón Sauer cuando afirma que la concepción mixta es una teoría artificial en cuanto que muy a menudo conduce a conclusiones distintas frente al mismo supuesto y obliga a decidirse por una u otra de las posiciones anteriormente expuestas (53). Por su parte insiste Maiwald en este defecto diciendo que la concepción mixta se encuentra ante la misma dificultad que un colegial cuando intenta sumar peras y manzanas (54). Sea como fuere, el caso es que de seguir esta teoría no podría decirse que el ánimo de hacerse pago excluye el ánimo de apropiación.

C) *Conclusión. Nuestro parecer sobre el concepto de lucro.*

A la vista de todo lo expuesto es evidente el error de afirmar que el ánimo de hacerse pago elimina el ánimo de lucro pero no el de apropiación. El defecto de esta

afirmación estriba en oponer el concepto de lucro al de apropiación cuando en realidad se entienden de forma similar. La literatura alemana se ve en la necesidad de distinguir entre ambos elementos por la razón de que constituyen el dato diferencial entre los delitos de defraudación (estafa) y los de apropiación (hurto, robo y apropiación indebida). Pero ello no impide que la apropiación se venga entendiendo como una modalidad del ánimo de lucro. Así se manifiesta expresamente H. Otto porque al fin y al cabo, dice, la posibilidad de disponer de un bien, elemento fundamental de la apropiación, es una forma de acrecer el patrimonio (55). La diferencia entre ambos grupos delictivos, frente al D. positivo alemán, estriba en la exigencia, para los delitos de defraudación, de que la cosa tenga un valor económico o de tráfico. Tal diferencia, como es sabido, no rige frente a nuestro Derecho positivo en que también se exige que la cosa tenga un valor económico o de tráfico en los delitos de apoderamiento.

El hecho de que en el caso concreto el autor obre con el ánimo de hacerse pago conduce a la misma conclusión tanto si la ley exige el ánimo de lucro como si exige el ánimo de apropiación. De ahí que sean útiles las observaciones de la doctrina alemana respecto al tema Hemos podido comprobar que la doctrina alemana, con excepción minoritaria que sigue la concepción material-objetiva (incurriendo en el defecto de confundir los delitos de apropiación con los de defraudación), entiende que el ánimo de hacerse pago no elimina el ánimo de apropiación, es decir, el ánimo de lucro (55 bis).

A mi entender el ánimo de hacerse pago no elimina el de lucro porque es una modalidad del mismo. El lucro es fundamentalmente una ventaja patrimonial. La doctrina española siempre acaba haciendo referencia a dicha ventaja patrimonial. Así Rodríguez Devesa, como hemos podido comprobar, define el lucro en función del provecho económico. Lo mismo hacen Antón y Rodríguez Mourullo al afirmar el primer que «lucro existe cuando hay cualquier mejora de carácter patrimonial» (56) , y el segundo que «en el hurto o en el robo el ánimo de lucro va referido a la introducción fáctica en el patrimonio del agente de la cosa con su valor y utilidad» (57). En el mismo sentido se manifiestan Malaniuk y W. A. v. Weber haciendo observar este último que el concepto de lucro depende del de patrimonio (58).

El concepto jurídico-penal de patrimonio ha sido estudiado detenidamente desde la perspectiva del sujeto pasivo en los delitos de defraudación. Hoy empieza a ser dominante (al menos en nuestra doctrina), con todas las posibles variantes individuales, una concepción mixta del patrimonio, rechazando aquellas posiciones unilaterales que lo entendían como conjunto de derechos patrimoniales (concepción jurídica) o como conjunto de bienes que se encuentran bajo el poder de disposición de una persona (concepción económica) (59).

No es este el momento de insistir en que la concepción jurídica del patrimonio debe ser rechazada. Tal concepción correspondía a la época de pancivilismo en que se quería convertir al Derecho penal en acéfalo con carácter secundario y dependiente. Hoy es opinión dominante que el Derecho penal puede crear sus propios conceptos y uno de ellos es, precisamente, el de patrimonio (60). Por lo demás los resultados insatisfactorios a que conduce la concepción jurídica ha provocado su total marginación en el campo que nos ocupa, hasta el punto de que hoy resulta dominante en Alemania la concepción económica (61).

La concepción económica tiene el defecto de su excesiva amplitud que la hace perder practicabilidad. Antón puso de relieve acertadamente que los partidarios de la concepción económica siempre acaban haciendo referencia a restricciones jurídicas (62). Nos adherimos por ello a la concepción mixta partiendo de la base de que

pertenece al patrimonio todo bien de carácter económico mientras revista una apariencia jurídica. En esta línea se mueven por ejemplo las definiciones de H. Ottó y H. Welzel. El primero entiende por patrimonio «la potencia económica de un sujeto de Derecho fundada en el poder de señorío sobre aquellos objetos que la comunidad jurídica considera propios del tráfico económico» (63). Y el segundo lo define como el conjunto de valores económicos sometidos al poder de disposición de una persona bajo la protección del ordenamiento jurídico (64).

La formulación de un determinado concepto de patrimonio no evita la necesidad de acudir a la solución casuística a la hora de determinar cuándo se produce una ventaja patrimonial. Así, la doctrina se ha sentido obligada a ejemplarizar esos valores que se consideran integrantes del patrimonio a efectos penales (65). No es tarea nuestra completar la enumeración de tales valores sino simplemente indagar si existe alguno que permita entender como mejora patrimonial el comportamiento arbitrario de propio pago.

La doctrina entiende, a nuestro juicio acertadamente, que la cosa apropiada ilícitamente por el sujeto pertenece a su patrimonio (en el sentido jurídico-penal) porque, aparte de entrañar un valor económico, su tendencia está jurídicamente protegida (66). Decimos que el ladrón se lucra porque obtiene una ventaja patrimonial, es decir, porque incorpora a su patrimonio un valor económico jurídicamente protegido en el sentido de que no se le puede privar de la cosa si no es por vías lícitas. En el mismo sentido quien se apodera de una cosa del deudor para hacerse pago con ella, también se beneficia de una mejora patrimonial, porque incorpora a su patrimonio un valor jurídicamente protegido.

El expediente de negar aquí el provecho económico por existencia de compensación significaría por un lado afirmar más de lo que se quiere y del otro aparece como rigurosamente inexacto. Digo que prueba más de lo que se quiere porque también habría que afirmar tal compensación en el caso de quien toma la cosa ajena dejando en su lugar otra de valor equivalente. Y es inexacto porque quien toma la cosa de su deudor para hacerse pago con ella no por ello pierde la posibilidad de ejercer la acción civil contra el deudor para obligarle al pago, pesando sobre éste el ejercicio y la prueba de los obstáculos procesales pertinentes para evitarlo (67).

Que no existe compensación patrimonial lo ha visto con claridad W. A. v. Weber quien afirma la existencia de una ventaja patrimonial siempre que se produce un aseguramiento o mejora de los valores patrimoniales existentes. Que la pretensión del acreedor se mejora o se asegura es indudable como expresamente ejemplifica el autor (68). En el mismo sentido, Maurach no alberga duda alguna de que la realización de una deuda o la mejora de una situación procesal constituye una ventaja patrimonial (69) y Antón entiende que el patrimonio resulta acrecido si hay una liberación de la demora en el cumplimiento de las obligaciones (70). Todas estas observaciones pueden resumirse en el aforismo de Pomponius recogido en el Digesto: «minus est actionem habere quam rem». Es menos tener un derecho a la cosa que tener la propia cosa (71). O más exactamente: tener una cosa no es lo mismo, desde el punto de vista patrimonial, que tener derecho a ella (72).

En conclusión creemos que, en atención a nuestro Derecho positivo, el lucro ha de definirse como «la ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico» (73). De aceptarse tal concepto no puede haber la menor duda de que hacerse pago es una modalidad de lucro.

No podía ser otro el resultado. Sólo entendiendo que hacerse pago es lucrarse se explica que nadie discuta la punición como delitos contra la propiedad de ciertos supuestos. Por ejemplo: 1) nadie pone en duda -que el acreedor que se apodera de cosa del deudor antes de que la deuda sea exigible (por no haber vencido o estar subordinada a algún condicionamiento), comete un delito contra la propiedad pese a que lo haga con el ánimo de hacerse pago (74). Tal es el caso del acreedor que se apodera de la cosa del deudor quebrado sin respetar el *par conditio creditorum* propio del proceso ejecutivo concursal (75). 2) Tampoco se duda que incurre en el delito contra la propiedad correspondiente quien se apodera de cosa que no pertenece al deudor sino que éste sólo tiene a título de depósito, comisión, administración o arrendamiento, aunque se haga con el ánimo de hacerse pago. La S. 9 junio 1964, número 1152, de la que fue ponente Quintano, calificó de apropiación indebida la conducta del Presidente del Consejo de Administración de una S. A. que se apoderó de cosa que la S. A., su deudora, poseía a título de administración, a pesar de que quedó probado que obró con el ánimo de hacerse pago. En sus considerandos se establece que el «procesado ciertamente obró con un propósito doloso y *lucrativo*, aún sentado que pretendiera resarcirse de deudas contraídas con terceros» (76). 3) Por último proporciona W. A. v. Weber un ejemplo ilustrativo (77).⁹ Quien obliga a otro a aceptar por escrito una deuda, en razón de haber devenido insolvente el deudor principal, comete el delito de extorsión del artículo 503, que, se entienda como robo o como estafa, exige el ánimo de lucro, aunque obrara con el exclusivo fin de hacerse pago.

IV. ANIMO DE HACERSE PAGO Y ANIMO DE LUCRO INJUSTO

Afirmar que hacerse pago es lucrarse no significa aún que el comportamiento arbitrario de propio pago cumpla todos los requisitos típicos de las distintas figuras de los llamados delitos contra la propiedad. Una gran parte de los autores que como nosotros piensan que ánimo de hacerse pago es una forma de ánimo de lucro, negarán, sin embargo, dicha tipicidad por ausencia del carácter *injusto* del lucro (78).. Nuestro Código penal no exige expresamente el carácter injusto del lucro pero así lo han entendido la doctrina y jurisprudencia (79) quizá por influencia de aquellas legislaciones que lo exigen expresamente (80).

Que el ánimo de hacerse pago sea ánimo de lucro pero no precisamente de lucro injusto, exige precisar qué se entiende por antijuricidad del lucro. Según lo expone H. Otto se trata de saber si estamos en presencia de un elemento normativo del tipo, de modo que no todo lucro cumple el tipo, sino sólo el lucro injusto, o estamos en presencia de una característica general del delito (antijuricidad) que se incluye en la norma para recalcar la necesidad de examinar la concurrencia o no de causas de justificación (81).

Nuestro T.S. lo ha entendido como elemento normativo del tipo. La S. 4 octubre 1935, t. 135, núm. 10, advierte que «el ánimo de lucro... supone apoderamiento *ilegítimo*, esto es, sin ninguna razón ni motivo legal o moral que lo justifique, evidenciado por la conducta del culpable, encaminada a conseguir de un modo especial la apropiación de las cosas ajenas sin título alguno para ello ni otro móvil que el de aumentar *injustificadamente* el patrimonio propio a costa del ajeno». Y la S. 15 marzo 1935, t. 132, núm. 191 define el ánimo de lucro como «el propósito de aumentar el patrimonio propio a costa del ajeno *injustificadamente*, o lo que es lo mismo, sin

motivo legal cierto o posible que lo autorice». Pues bien, después de precisar que el lucro exigido en la ley es el lucro *injusto* se entendió éste como un elemento del tipo como lo prueba el hecho de que, pese a considerar el comportamiento como antijurídico, se precisó que el ánimo de hacerse pago hace la conducta atípica por ausencia del carácter injusto del lucro.

En Alemania viene a ser dominante la misma tesis de que el carácter injusto del lucro es un elemento normativo del tipo. Así se desprende del hecho de que cuando desde esta posición se niega la existencia de hurto o apropiación indebida en la conducta de apoderamiento de la cosa debida (82) la doctrina entiende que la apropiación no es antijurídica pese a la ilicitud del comportamiento. Lo mismo podría decirse de la estafa (83). Es evidente, entonces, que el carácter' injusto del lucro no se entiende en el sentido de la antijuricidad como elemento general del delito. El carácter lícito del enriquecimiento es independiente de la concurrencia o no de causas de justificación.

El argumento se viene repitiendo desde Binding (84): aunque el acreedor obra de forma arbitraria, no obra en contra del ordenamiento jurídico de la propiedad. La modalidad del comportamiento es ilícito pero el lucro es justo si el acreedor realiza aquello que se corresponde con la voluntad del Derecho (85), es decir, hace lo que el ordenamiento jurídico de la propiedad quiere que se haga: la transmisión o entrega de la cosa debida (86). Abunda en lo mismo Frank al advertir que «para la fundamentación de la antijuricidad en este sentido no basta con una contradicción con el ordenamiento jurídico en su conjunto; la apropiación debe aparecer precisamente en contradicción con el ordenamiento jurídico de la propiedad» (87). En la misma línea observa W. A. v. Weber que en estos casos no es posible negar el enriquecimiento (88), tampoco se puede negar que los medios utilizados son ilícitos, pero, pese a todo, si al autor le asiste un derecho sobre el objeto que constituye la mejora patrimonial, en la medida en que su patrimonio se aumenta en la misma cuantía de la deuda, no estamos ante un enriquecimiento injusto (89).

El argumento expuesto no deja de ser sorprendente y representa una tesis calificada por Hirsch de atrevida (90). Ciertamente le tiene que resultar muy difícil a Harburger, por poner un ejemplo, explicar cómo es posible que se dé a la vez una agresión antijurídica de la posesión y una apropiación lícita, como él mismo afirma (91). Y más dificultades encontrará H. Otto para explicar cómo es posible afirmar que cuando se toma la cosa debida no hay apropiación antijurídica y decir a renglón seguido que no por ello la apropiación es conforme a Derecho (92). Me parece acertada la observación de Hirsch cuando advierte, refiriéndose a la lesión del Ordenamiento jurídico en su conjunto y conformidad al ordenamiento jurídico de la propiedad, que se manejan aquí dos conceptos de antijuricidad: uno como elemento general del delito y otro como contrariedad a la regulación jurídico-positiva de la propiedad, lo cual es, sin duda, incorrecto (93). De otro lado la misma observación de que el acreedor hace lo que el Derecho (el conjunto de normas que regulan la propiedad) quiere que se haga, no es cierta. El Derecho querrá, sin duda, que el deudor entregue la cosa al vencimiento de la deuda, pero también quiere que el acreedor reclame la entrega conforme a la regulación civil de la transmisión y no de modo arbitrario (94). El acreedor tendrá un derecho a la transmisión de la cosa, pero no un derecho a apoderarse de ella arbitrariamente. Ello es particularmente evidente en nuestro Derecho en donde la conducta se castiga como delito en el artículo

337, aun cuando no fuera delito contra la propiedad. Recuerda oportunamente Ferrer Sama que el acreedor carece de titularidad sobre los bienes del deudor y el derecho de crédito que detenta sólo le concede facultad de acudir a los tribunales para declarar su existencia y ordenar su realización. Aun cuando conste en título ejecutivo, sólo corresponde a los tribunales exigir el cumplimiento de la prestación (95).

Con esto no queremos negar que, a veces, aparecen como elementos normativos del tipo expresiones como «injusto», «indebido», «ilegítimo», etc. (96). Pero es fácil adivinar la diferencia que existe entre la expresión «injusta» referida a la sentencia en el artículo 351 y la expresión «injusto» referida al lucro en los delitos contra la propiedad. Es indudable que el tipo del artículo 351 no se colma con el mero dictar sentencia por parte del juez. Al contrario, la conducta típica sólo se produce si el juez dicta sentencia *injusta*. La expresión injusto aparece aquí como elemento normativo del tipo. Sin embargo, el tipo del artículo 514 se colma desde que se toma la cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse (97). Precisamente Welzel, a quien se debe la distinción entre elementos normativos del tipo y características del deber jurídico o características especiales de la antijuricidad, entiende que el carácter injusto del lucro pertenece a este último grupo (98).

Pensamos con Hafter que el enriquecimiento es injusto cuando son antijurídicos los medios para alcanzarlo (99), y este es nuestro caso ya que tratamos del comportamiento *arbitrario* de propio pago, es decir, de ejercicio (no legítimo) de un derecho. Carece de sentido la pretensión de que el carácter justo o injusto del lucro sea independiente del carácter justo o injusto de los medios utilizados para obtenerlo. Es imposible hablar de un enriquecimiento justo o injusto, de un aumento patrimonial lícito o ilícito sin referirse a los medios por los que se obtiene. El Derecho no establece un techo al incremento del patrimonio individual y, si lo estableciese mediante medidas fiscales, el incremento habido hasta llegar a dicho límite no estaría prohibido por sí mismo. De no atender a los medios por los que se obtiene, todo lucro es justo, Habrá lucro injusto sólo cuando mediante la utilización de determinados medios se lesionan intereses penalmente protegidos: la propiedad, la posesión, el derecho de crédito, los intereses de la Administración de' justicia, etc...

Con esto entroncamos con la última cuestión. Hemos intentado de mostrar que hacerse pago es lucrarse, de otro lado no se puede negar' que aparece como lucro injusto en la medida en que no concurren causas de justificación, pero, pese a ello, aún no podemos afirmar que se cumpla el tipo del correspondiente delito contra la propiedad porque pudiera ocurrir que en el supuesto de comportamiento arbitrario de propio pago no se diera la lesión del bien jurídico protegido. Se trata ahora de preguntarnos sobre la antijuricidad tipificada, es decir, sobre si se cumple o no el tipo de injusto en atención a la lesión del bien jurídico.

V. COMPORTAMIENTO ARBITRARIO DE PROPIO PAGO Y LESIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS LLAMADOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

Este es el camino definitivo en el estudio de la relación ánimo de lucro-ánimo de hacerse pago.

En relación a los delitos de apropiación Hirsch no admite matices: la propiedad es lesionada en todo caso. «El concepto de propiedad -dice Hirsch- de los delitos de apropiación, es el mismo concepto civil de propiedad. Como objeto de protección existe en tanto en cuanto el deudor todavía es propietario. La propiedad que debe ser transmitida a consecuencia de un contrato, no aparece como una propiedad menos digna de protección o de inferior cualidad frente al acreedor... Quien todavía es propietario, tiene, hasta el momento de la transmisión, todos los derechos y deberes correspondientes a la propiedad... En cuanto a la dignidad de protección no se puede pasar por alto que, a menudo, el deudor que tras el vencimiento no transmite la propiedad, buenas razones tiene para el incumplimiento de la prestación, razones que en proceso civil deben ser examinadas pero que no pueden ser resueltas aparte por un comportamiento arbitrario del acreedor» (100),

En la argumentación de Hirsch se denota una concepción excesivamente iusprivatista del tema. Nadie puede negar que se lesiona la propiedad en el caso que nos ocupa. Pero la propiedad así entendida no es lo que se protege en los delitos de apropiación. Observa Maiwald oportunamente que no se concibe hoy el bien jurídico como un derecho subjetivo, como parece entenderlo Hirsch, sino como valor que el Derecho quiere proteger, por lo que no basta con decir que en el hurto se protege el derecho de propiedad, sino que es necesario precisar qué valor subyace en el instituto de la propiedad que se muestra digno de protección frente al hurto, robo o apropiación indebida. Ese valor, según Maiwald, es la voluntad del propietario de conservar lo suyo como instrumento de libertad y autorrealización (101). La lesión de la propiedad se dará cuando se reduzcan las posibilidades del propietario como tal propietario.

Hay casos de comportamiento arbitrario de propio pago en los que ese valor resulta claramente lesionado. Así en el supuesto de que la deuda no sea exigible (por no haber vencido o subordinado a algún condicionamiento). La conducta del acreedor que se hace pago, no siendo la deuda exigible, mediante la realización de uno de los comportamientos descritos en los delitos contra la propiedad, cumple sobradamente el tipo legal. Sobre esto no le cabe la menor duda a la doctrina (102). Cometerá hurto tanto el acreedor que toma la cosa del deudor para hacerse pago antes del vencimiento de la obligación, como el acreedor que, después de vencida la obligación, toma la cosa estando la realización del crédito sometida a algún condicionamiento (por ejemplo, el respeto a la *par conditio creditorum* en el caso de quiebra o el cumplimiento de la contraprestación en las obligaciones bilaterales). También habrá de afirmarse la lesión de la propiedad si el acreedor incorpora a su patrimonio cosa distinta a la que le es debida. No puede caber duda que, se entienda como se entienda la propiedad, ésta resulta lesionada en el caso de que el acreedor en lugar de tomar la cosa debida, toma otra distinta de valor equivalente con el ánimo de compensar su crédito (103).

Más dudoso es el supuesto de que, tratándose de una obligación genérica, el acreedor toma el equivalente de lo debido del patrimonio del deudor. Sin embargo, las razones que utiliza la doctrina dominante en Alemania para afirmar en este caso el hurto (104) deben ser atendidas. El hecho de que mediante el comportamiento arbitrario del acreedor se viola el derecho que tiene el deudor a la elección de la cosa a entregar significa una disminución de las posibilidades que éste tiene como propietario (105). Este derecho de elección, aunque no expresamente recogido en nuestro Derecho (salvo el caso de las obligaciones alternativas, art. 1132 Código civil), es acogido de

modo unánime en razón del principio *favor debitoris*, dentro de los límites marcados por el artículo 1167 C. c. que impide al deudor entregar cosa de calidad inferior (106).

En todos estos casos hay lesión de la propiedad. Ahora bien, habrá de negarse la lesión del bien jurídico si el acreedor, frente a una deuda -exigible, toma la *cosa debida*: bien la cosa cierta en razón de una obligación específica de entregar cosa determinada, bien la cantidad de dinero equivalente si se trata de una obligación pecuniaria. En ninguno de estos dos casos disminuyen las posibilidades del propietario como tal. En el primer caso porque el propietario no puede dar otro destino a la cosa que el de entregarla en cumplimiento de la prestación. En el segundo, porque, pese a constituir una obligación genérica en sentido amplio, no tiene sentido hablar, cuando se trata de deudas pecuniarias, de un derecho de elección por parte del deudor (107).

En cuanto a los delitos de defraudación (estafa), que protegen el patrimonio considerado en su conjunto, no es posible negar en ningún, caso, la lesión del bien jurídico. La doctrina alemana llama a estos delitos «delitos de enriquecimiento», precisamente en el sentido de que son delitos en los que la ventaja patrimonial obtenida por el autor se corresponde con una disminución del patrimonio del sujeto pasivo (108). La ventaja patrimonial del autor se cifra en el «minus est actionem habere quam rem», y el daño patrimonial en la inferior situación procesal en que se encuentra el deudor. Recuérdese que nos referimos a los supuestos que se acompañan del ánimo de hacerse pago, es decir, del ánimo de incorporar la cosa al patrimonio del autor. Esta observación es importante en un doble sentido. De un lado porque explica la ventaja patrimonial obtenida ya que el autor además de la cosa conserva en su patrimonio las acciones civiles pertinentes para reclamarla, y explica el daño patrimonial ya que el deudor corre el peligro de ser obligado a la entrega de la cosa de la que ya ha sido privado (109). De otro lado porque no puede negarse el ánimo de defraudar en quien--toma la cosa incorporándola a su patrimonio renunciando a la vía menos perjudicial de solicitar el embargo judicial tras la obtención de la cosa. La incorporación de la cosa al propio patrimonio indica que el autor se mueve por móviles distintos a los del mero aseguramiento del crédito. De todas formas parece ser voluntad legal la de excluir del delito de estafa los supuestos en que se obtiene mediante engaño Ja misma cosa debida ya que es impune el hurto de la misma.

VI. CONCLUSIÓN

El comportamiento arbitrario de propio pago cumple sobradamente los tipos básicos de los delitos contra la propiedad a excepción del supuesto en que, siendo la deuda exigible, el acreedor se apodera de la cosa debida (la propia cosa en las obligaciones específicas, la cantidad de dinero equivalente en las pecuniarias) (.110) por entender que no se lesiona la propiedad en el sentido jurídico-penal de la expresión.

Ello no quiere decir que tales comportamientos tengan carácter lícito. El artículo 337 los castiga como supuestos de realización arbitraria del propio derecho si media violencia o intimidación. El sentido del artículo 337 es precisamente el de castigar estos casos excluidos del delito de robo. Así lo pone de relieve la interpretación histórica y se deduce de un examen detenido del precepto. No es este el lugar de argumentar en defensa de este entendimiento, cosa que haremos en otra, ocasión, bastando

con advertir que el artículo 337 se refiere a la realización de un derecho. Cuando el acreedor toma cosa distinta a la que: le es debida no ejercita el derecho a que se refiere el precepto.

(1) «El que con violencia o intimidación se apodera de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella, será castigado con la pena de multa equivalente al valor de la cosa sin que pueda bajar de 10.000 pesetas.»

(2) La S. 12 junio 1975, A. 2863 considera común a los delitos de hurto, robo y realización arbitraria del propio derecho el *animus capiendi*. Es precisamente esa incorporación la que determina la consumación del hecho delictivo, tanto en el hurto (J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid 1975, pág. 368) como en el delito del art. 337 (A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, III, Murcia 1948, pág. 435).

(2 bis) Así Ss. 4 mayo 1905, t. 74, mím. 246 («sólo tuvo el propósito de cobrarse los jornales que había devengado... lo cual no implica el ánimo de lucro necesario para la existencia del delito» de hurto); 13 diciembre 1905, t. 75 número 220 («no es lógico deducir intención de lucrarse del mayor o menor afán por cobrar lo que creía pertenecerle, pues esto sólo supone natural deseo de adquirir lo suyo»); 4 octubre 1935, t. 135, núm. 10 («su propósito fue hacerse pago... que destruye el ánimo de lucro»); 15 marzo 1935, t. 132, núm. 191; 12 junio 1975, A. 2863 («no puede coexistir contemporáneamente la avaricia de lucro, propia de los delitos patrimoniales de enriquecimiento o apropiación, con un ánimo radicalmente distinto, como puede serlo el tomar la cosa del deudor... para hacerse pago con ella». «No existe el de lucro desplazado totalmente por aquel otro ánimo de procurarse el pago»). Esta tesis ha sido llevada a sus últimas consecuencias por las Ss. 11 marzo 1964, núm. 479 y 2 abril 1965, núm. 589 al mantener que la creencia, aún errónea, de que se ejercita un derecho elimina el ánimo de lucro o, en otras palabras, que la creencia en la existencia de una deuda elimina dicho ánimo. En contra de esta tesis es necesario advertir en primer lugar que fue desmentida por las Ss. 18 enero 1887, t. 38, núm. 57 y 7 octubre 1891, t. 47, núm. 90. En segundo lugar que la absolucón dictada en los supuestos de error sobre la existencia de la deuda puede explicarse de otro modo. O hay error de prohibición porque se cree ejercitar legítimamente un derecho (Ss. 17 marzo 1934, t. 130, núm. 138; 11 marzo 1964, núm. 479; 2 abril 1965, núm. 589) o falta, por ejemplo, la voluntad contraria del dueño de la cosa (Ss. 12 mayo 1962, núm. 546; 15 octubre 1964, núm. 1541).

(3) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*, Madrid 1946, págs 185-186.

(4) J. ANTÓN, *Las estafas y otros engaños en el Código penal y en la jurisprudencia*, separata de NEJ, IX, Barcelona 1957, paga. 14-15.

(4 bis) Vid. pág.

(5) Así lo hacen, por citar algunos, U. KEMPF, *Eigenmachtige Zueignung geschuldeter Sachen. Ein Beitrag zur Dogmatik der Zueignungsdelikte*, Dissertation, Hamburg, 1965, pág. 17; R. PAULUS, *Der strafrechtliche Begriff der Sachzueignung*, Neuwied-Berlin, 1968, pág. 72; A. OBERLÄNDER, *Die Bereicherungsabsicht beim Diebstahl nach deutschem österreichischem und künftigem Recht*, Leipzig 1931, págs. 25-26; W. MITTERMAIER, *Diebstahl, Unterschlagung, Raub, Erpressung*, en *Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs*, herausgegeben von Aschrott-v. Liszt, II_T B. T., Berlín, 1910, pág. 348; W. MALANIUK, *Lehrbuch des Strafrechtes*, II, vol. 1, Wien 1948, pág. 221. En contra, por ejemplo, J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*, cit., pág. 185 y 191.

(6) Cfr. W. SAUER, *System des Strafrechts*. B. T., Köln-Berlín 1954, págs. 26 y sigs. con una amplia referencia de Derecho comparado; A. OBERLÄNDER, *Die*

Bereicherungsabsicht, cit., pág. 1; L. KÖHLER, *Zueignungs-und Bereicherungsabsicht beim Diebstahl*, Inaugural-Dissertation, Berlín 1938, págs. 66-67'.
358.

(7) En las variantes de ánimo de enriquecimiento (*um sich oder einen andern damit unrechtmässig zu bereichern*, art. 137 C. p. suizo) o ánimo de obtener una ventaja (*um seines Vorteiles willen*, § 171 C. p. austríaco).

(8) Así, WERNER ALOIS v. WEBER, *Die Bereicherungsabsicht im schweizerischen Strafgesetzbuch*, Inaugural-Dissertation, Freiburg i. Ue., 1951, pág. 116: el apoderamiento de cosa del deudor para hacerse pago habrá de considerarse hurto conforme al C. p. alemán que exige el ánimo de apropiación, pero no se puede afirmar la tipicidad del hurto frente al C. p. suizo que exige el ánimo de enriquecimiento. A. OBERLANDER, *Die Bereicherungsabsicht*, cit., págs. 22 a 25, piensa, igualmente, que quien toma la cosa del deudor para satisfacer su deuda o quien toma cosa ajena dejando en su lugar otra de idéntico valor no pueden considerarse como autores de¹ hurto conforme al C. p. austríaco que exige el ánimo de obtener una ventaja, pero necesariamente habrá de afirmarse la tipicidad conforme al C. p. alemán. Vienen a sentar la misma tesis H. J. KIRSCH, *Eigenndchtige Zueignung geschuldeter Sachen. Rechtswidrigkeit und Irrtum bei den Zueignungsstrafbestimmungen*, en *Juristenzeitung*, 1963, pág. 152-153, quien advierte que la negativa de hurto en estos casos procede de la tesis jurisprudencial defendida hasta finales de los años sesenta del siglo pasado en Alemania, según la cual la intención de apropiación del C. p. alemán se entiende dirigida al lucro (*Geiinn*); y M. MAI-WALD, *Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte*, Heidelberg 1970, pág. 25, quien entiende que la exigencia de ánimo de lucro mantenida aún en los¹ tiempos de FEUERBACH justificaba la exclusión del hurto de casos como la sustracción de cosas dejando en su lugar el equivalente en dinero, o la sustracción de cosa ajena por razón de autoayuda ilícita (*unerlaubter Selbsthilfe*).

(9) J. ANTÓN, *Las estafas*, cit., pág. 14.

(10) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*, cit., pág. 183.

(11) Cfr. Ss. 17 enero 1958, núm. 26, 15 octubre 1951, núm. 467, 27 abril 1962, núm. 473.

(12) C. VIADA Y VILASECA, *El Código penal reformado de 1870*, 4.^a ed., III, Madrid 1890, pág. 414.

(13) Cfr. W. A. v. WfeBER, *Die Bereicherungsabsicht*, cit., pág. 44.

(14) Vid. J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*, cit., pág. 184-185.

(15) A. QUINTANO, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, II, *In fracciones patrimoniales de apoderamiento*, Madrid, 1964, pág. 138.

(16) A. QUINTANO, *Compendio de Derecho penal*, II, Madrid, 1958, pág. 371, nota 5.

(17) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *El hurto de los productos de un daño cometido por el propio dañador*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1961, pág. 237.

(18) F. DÍAZ PALOS, voz *Animo de lucro*, en NEJ, II, Barcelona 1950, página 675.
360.

(19) Así, G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *El hurto*, cit., pág. 238.

(20) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*, cit., pág. 183.

(21) Claramente en este sentido R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*. B. T., 5.^a edición, Karlsruhe 1971, pág. 304.

(22) A. QUINTANO, *Tratado*, II, cit., págs. 142 y 144; y *Curso de Derecho penal*, II, Madrid 1963, págs. 185-186.

(23) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*, cit., pág. 196. Subrayado del autor.

(24) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*, cit., págs. 192-193.

(25) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*, cit., págs. 194 y 186 respectivamente. Subrayados del autor.

(26) A. QUINTANO, *Tratado*, II, cit., pág. 135, califica el supuesto de hacerse-pago de «lucro indirecto», sin que hayamos logrado saber, a ciencia cierta, qué quiere decir QUINTANO con tal expresión.

(27) Vid. nota 8.

364

(41) Así, R. PAULUS, *Der strafrechtliche Begriff*, cit., pág. 72.

(42) Supuesto que la jurisprudencia alemana considera hurto. Cfr. A. OBERLÄNDER, *Die Bereicherungsabsicht*, cit., pág. 9 y sigs.

(43) Cfr. R. PAULUS, *Der strafrechtliche Begriff*, cit., pág. 66.

(44) Recuérdese el caso de quien vende la cosa, aún no sustraída, a un tercero que obrando de buena fe la toma de su propietario a instancias del vendedor.

(45) W. SAUER, *System. B. T.*, cit., pág. 35, define la apropiación (*Zueignung*) como «die erste zwecks Verwertung, unter Entwertung oder Wertminderung für den Berechtigten, vorgenommene Verfügung über die Sache». Cfr. sobre esta posición, R. PAULUS, *Der strafrechtliche Begriff*, cit., págs. 66 a 68.

(46) W. SAUER, *System. B. T.*, cit., pág. 37.

(47) Así WELZEL, citado por R. PAULUS, *Der strafrechtliche Begriff*, cit., pág. 73.

(48) Sobre lo idóneo de castigar como hurto la sustracción de cosas desprovistas de valor vid. A. OBERLÄNDER, *Die Bereicherungsabsicht*, cit., pág. 20.

(49) Vid. LACKNER~MAASEN, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*. 8.^a ed., München, 1974, pág. 588; y M. MAIWALD, *Der Zueignungsbegriff*, cit., pág. 51, quien cita, entre otros: JAGUSCH, MEZGER-BLEI, SCHONKE-SCHÖDER, WESSELS, PAULUS.

(50) R. PAULUS, *Der strafrechtliche Begriff*, cit., pág. 74: «Das "Wesen der Zueignung besteht darin, dass die Sache selbst oder doch den in ihr verkörperte Sachwert vom Täter dem eigenen Vermögen einverleibt wird». Cfr. además M. MAIWALD, *Der Zueignungsbegriff*, cit., págs. 49 y sigs.

(51) R. PAULUS, *Der strafrechtliche Begriff*, cit., págs. 164-166.

(52) «Die (potentielle) dauernde Entziehung, des Sachzwecknutzens aus dem Vermögen des Sacheigentümers (=Enteignung) und seine (ebenfalls potentiell) endgültige Überführung in das Vermögen des Täters (=Aneignung)». R. PAULUS, *Der strafrechtliche Begriff*, cit., págs. 220 y 166; sobre la posición de PAULUS y demás defensores de la concepción mixta, vid. M. MAIWALD, *Der Zueignungsbegriff*, cit., págs. 51-52.

(53) W. SAUER, *System. B. T.*, cit., pág. 35.

(54) M. MAIWALD, *Der Zueignungsbegriff*, cit., pág. 79.

(55) H. OTTO, *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, Berlín 1970, pág. 159 y sigs.

(55 bis) De ahora en adelante, y por las razones expuestas en el texto, utilizaremos la expresión «ánimo de lucro» para referirnos también al ánimo de apropiación (*Zueignung*), al de enriquecimiento (*Bereicherung*) o al de obtener una ventaja patrimonial (*Vermögensvorteil*).

(56) J. ANTÓN, *Las estafas*, cit., pág. 14.

(57) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *El hurto*, cit., pág. 238.

(58) En el Derecho austríaco vid. W. MALANIUK, *Lehrbuch*, cit., pág. 221. Respecto al D. suizo y alemán, W. A. v. WEBER, *Die Bereicherungsabsicht*, cit., págs. 44-46.

(59) Vid. sobre el tema, H. OTTO, *Die Struktur*, cit., págs. 27, 62 y sigs. y 80 y sigs.; W. A. v. WEBER, *Die Bereicherungsabsicht*, cit., págs. 47 y sigs.; J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. P. especial*, cit., págs. 321 y sigs.; R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht. B. I.*, 5.^a ed., Karlsruhe 1971, página 317 y sigs.; J. ANTÓN, *Las estafas*, cit., pág. 11 y sigs.; H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., Berlín 1969, pág. 372 y sigs.

(60) Cfr. J. ANTÓN, *Las estafas*, cit., pág. 12, y W. A. v. WEBER, *Die*

Bereicherungsabsicht, cit., págs., 53-54.

(61) Así lo entiende H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., pág. 374.

(62) Así, NAGLER, MEZGER, MAURACH, BOCKELMANN. Cfr. J. ANTÓN, *Las estafas*, cit., pág. 12.

(63) H. OTTO, *Die Struktur*, cit., pág. 70.

(64) H. WIELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., pág. 372. En sentido similar J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. P. especial*, cit., págs. 322-323 y J. ANTÓN, *Las estafas*, cit., pág. 12.

(65) Así lo hacen H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., pág. 372 y sigs. W. A. v. WEBER, *Die Eereicherungsabsicht*, cit., pág. 62 y sigs. y J. ANTÓN, *Las estafas*, cit., pág. 12 y sigs., por citar algunos.

(66) Cfr. J. ANTÓN, *Las estafas*, cit., págs. 12-13 y J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., pág. 323.

(67) En sentido similar W. MALANIUK, *Lehrbuch*, cit., pág. 221.

(68) W. A. v. WEBER, *Die Bereicherungsabsicht*, cit., pág. 65.

(69) R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht. B. T.*, cit., págs. 327-328.

(70) J. ANTÓN, *Las- estafas*, cit., pág. 14.

(71) Así lo hacen H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., pág. 372 y sigs. W. A. v. WEBER, *Die Eereicherungsabsicht*, cit., pág. 62 y sigs. y J. ANTÓN, *Las estafas*, cit., pág. 12 y sigs., por citar algunos.

(72) Cfr. J. ANTÓN, *Las estafas*, cit., págs. 12-13 y J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., pág. 323.

(73) En sentido similar W. MALANIUK, *Lehrbuch*, cit., pág. 221.

(74) W. A. v. WEBER, *Die Bereicherungsabsicht*, cit., pág. 65.

(75) R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht. B. T.*, cit., págs. 327-328.

(76) J. ANTÓN, *Las- estafas*, cit., pág. 14.

(78) Es posición dominante en la doctrina alemana la que entiende que la apropiación no es antijurídica cuando se trata de ejercitar un derecho a la transmisión de cosa determinada. La opinión resulta, sin embargo, más dividida cuando se trata de obligaciones genéricas o pecuniarias. Cfr. U. KEMPF, *Eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen. Ein Beitrag zur Dogmatik der Zueignungsdelikte*, DisserTation, Hamburg, 1965, págs. 13 y 57 donde cita los partidarios de las distintas posiciones. La distinción entre obligaciones genéricas o específicas no nos interesa porque rechazamos la tesis recogida en el texto en todo caso.

(79) J. ANTÓN, *Las estafas*, cit., pág. 14. Ss. 4 octubre 1935, t. 135, mam. 10 y 15 marzo, 1935, t. 132, núm. 191.

(80) Cfr. como ejemplos los? parágrafos 242 y 262 del C. p. alemán y los; artículos 137 y 148 C. p. suizo.

(81) H. OTTO, *Die Struktur*, cit., pág. 213.

(82) Sobre los autores que mantienen esta posición y sus oponentes cfr. H. J. KIRSCH, *Eigenmächtige Zueignung*, cit., pág. 149, nota 4.

(83) Cfr. R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht. B. T.*, cit., pág. 329.

(84) K. BINDING, *Lehrbuch, B. T.*, I, cit, pág. 273. Cfr. U. KEMPF, *Eigenmächtige Zueignung*, cit., pág. 14.

(85) K. BINDING, *Lehrbuch, B. T.*, I, cit., pág. 273: «entspricht dem Willen des Rechts». En el mismo sentido Th. RITTLER, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, 2.^a ed., II, B. T., Wien 1962, pág. 132.

(86) «Der Täter (handelt) nicht rechtswidrig im Sinne der Eigentumsordnung, weil er den von ihr gewollten Zustand herbeigeführt», expresión jurisprudencial recogida por H. J. HIRSCH, *Eigenmächtige Zueignung*, cit., pág. 150, que viene a ser el argumento comúnmente utilizado. Cfr. M. MAIWALD, *Der Zueignungsbegriff*, cit, págs. 151-152 y nota 127.

(87) R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 17.^a Tübingen

1926, pág. 500.

(88) M. A. v. WEBER, *Die Bereicherungsabsicht*, cit., pág. 65.

(89) W. A. v. WEBER, *Die Eereichenmgsabsicht*, cit., págs. 97 y sigs. Así no hay delito contra la propiedad, por estar en presencia de lucro lícito, en los siguientes casos: el comprador toma arbitrariamente la cosa que el vendedor debía ya entregarle; el autor exige violentamente del deudor el pago; el vendedor, haciendo uso del derecho de retorno, toma la cosa del comprador por falta de pago; el donatario o el heredero toma la cosa arbitrariamente; el autor toma la cosa para compensar la deuda que tiene con su propietario. En todos estos casos -dice- falta la antijuricidad del enriquecimiento, lo cual quiere decir que falta el ánimo de enriquecimiento injusto exigido por la ley para la extorsión, estafa, hurto, apropiación indebida, etc... (Cfr. págs. 100-101).

(90) H. J. HIRSCH, *Eigenmächtige Zueignung*, cit., pág. 150: «*eine recht gewagte These!*».

(91) H. HARBURGER, *Diebstahl una Unterschlagung*, en *Vergleichende Darstellung des deutschen una ausländischen Strafrechts. B. T.*, VI, pág. 210.

(92) H. OTTO, *Die Struktur*, cit., pág. 221.

(93) H. J. HIRSCH, *Eigenmächtige Zueignung*, cit., pág. 154.

(94) H. J. HIRSCH, *Eigenmächtige Zueignung*, cit., págs. 150-151. Insiste KEMPF que, si bien el Derecho exige que se transmita la propiedad, también exige que el acreedor la obtenga de una determinada forma y manera y no de modo arbitrario. U. KEMPF, *Eigenmächtige Zueignung*, cit., pág. 26.

(95) A. FERRER SAMA, *Comentarios*, cit., III, pág. 434.

(96) Cfr. J. CÓRDOBA, *Nota al Tratado de Derecho penal*, de R. MAURACH, I, Barcelona, 1962, págs. 354 y sigs.

(97) HIRSCH, seguido por KEMPF, observa que la antijuricidad del lucro no; puede ser elemento del tipo porque entonces la antijuricidad del delito de hurto, (lesión de la propiedad) se presupone a sí misma (contradicción con el ordenamiento jurídico de la propiedad). H. J. HIRSCH, *Eigenmächtige Zueignung*, cit., pág. 153; U. KEMPF, *Eigenmächtige Zueignung*, cit., págs. 77-78.

(98) H. WIELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., págs. 350 y 377.

(99) HAFER, *Schweizerisches Strafrecht. B. T. I*, Berlín, 1937, pág. 273. En sentido similar W. SAUER, *System. B. T.*, cit., pág. 37.

(100) H. J. HIRSCH, *Eigenmächtige Zueignung*, cit., pág. 152; U. KEMPF, *Eigenmächtige Zueignung*, cit., pág. 36 y sigs.

(101) M. MAIWALD, *Der Zueignungsbegriff*, cit., págs. 85 y sigs.

(102) Cfr., por todos, U. KEMPF, *Eigenmächtige Zueignung*, cit., pág. 8 y H. OTTO, *Die Struktur*, cit., pág. 229. Y vid. nota 74.

(103) Así lo entiende M. C. F. GROSSO, *Le principe nul ne peut se faire justice a soi-meme et ses exceptions en droit italien*, en *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. XVIII, 1966, París 1969, págs. 213 y 215. En este mismo sentido parece pronunciarse U. KEMPF, *Eigenmächtige Zueignung*, cit., pág. 5, cuando dice que el derecho del acreedor carece de significación jurídica cuando sobrepasa ese específico ámbito legal.

(104) Cfr. H. OTTO, *Die Stmkiur*, cit., págs. 214-215 en cuya nota 421 enumera los partidarios de la posición contraria minoritaria. Vid. también U. KEMPF, *Eigenmächtige Zueignung*, cit., pág. 57.

(105) Argumento recogido por M. MAIWALD, *Der Zueignungsbegriff*, cit., págs. 159-160, quien, sin embargo, se opone por entender que tal derecho de elección no significa ningún privilegio ni ningún trato de favor para el deudor por lo que el comportamiento del acreedor no reduce las posibilidades del pro

pietario como tal.

(106) Cfr. J. GASTAN, *Derecho civil español común y foral*, III, 9.^a ed., Madrid 1958, pág. 115.

(107) C. ROXIN, *Geld als Objekt von Eigentums- und Vermögensdelikten*, en *Festschrift für H. Mayer*, Berlín, 1966, pág. 480: «Das Auswahlrecht des Schuldners... spielt bei ihr (s. c. deudas pecuniarias) keine Rolle». H. J. HIRSCH, *Eigenmächtige Zueignung*, cit., pág. 152 y U. KEMPF, *Eigenmächtige Zueignung*, cit., págs. 58-59 se oponen al entendimiento recogido en el texto porque no es el derecho de elección del deudor sino el derecho de propiedad lo que se protege, y éste resulta lesionado tanto frente a obligaciones específicas como genéricas o pecuniarias. No han captado la diferencia entre el derecho de propiedad y el valor protegido en los delitos contra la propiedad.

(108) Cfr. R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, B. T.*, cit., págs. 328 y 304.

(109) Cfr. R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, B. T.*, cit., pág. 329. En el mismo sentido W. A. v. WEBER, *Die Bereicherungsabsicht*, cit., pág. 80 entiende que el peligro para un derecho patrimonial constituye un daño patrimonial, y ese peligro existe cuando el deudor es privado de la cosa arbitrariamente.

(110) Se ha dicho que ni la moral ni la concepción jurídica popular consideran «ladrón» al acreedor que toma la cosa del deudor para hacerse pago. (Vid. R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, B. T.*, cit., pág. 329; A. OBERLÄNDER, *Die Bereicherungsabsicht*, cit., pág. 38; W. MITTERMAIER, *Diebsabl.*, cit., pág. 348). Tal observación no puede referirse, sin embargo, más que al caso de sustracción de la cosa debida, siendo la deuda exigible.