

REVISTA DE DERECHO PUBLICO

2.^a época. Año I. Vol. V

Núm. 61

Octubre-Novbre.-Dicbre. 1975

**ERRÓNEA FIGURACIÓN DE EJERCICIO DE UN DERECHO
EN LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD**

Por MIGUEL BAJO

FERNÁNDEZ

EDERSA

EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS

B) *JURISPRUDENCIA PENAL*

ERRÓNEA FIGURACIÓN DE EJERCICIO DE UN DERECHO EN LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

Por

MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ Profesor Agregado de
Derecho Penal en la Universidad de Valladolid

La exclusión de la responsabilidad criminal, en relación a determinados delitos contra la propiedad, por concurrencia de error relativo al ejercicio de un derecho, la ha fundamentado, en ocasiones, la jurisprudencia en la ausencia de uno de los elementos del tipo de injusto: el ánimo de lucro. Así lo hace la S. de 11 de marzo de 1964 en relación a la conducta de quien retuvo e hizo propia una determinada cantidad de dinero «creyendo equivocadamente que le asistía derecho a retener dicha suma». En sus considerandos se afirma que «es elemento esencial del delito de apropiación indebida el ánimo de lucro o el propósito de causar perjuicio y ni uno ni otro concurre en quien se cree, aunque sea erróneamente, con derecho a una retención». En el mismo sentido, la S. 2 abril 1965 considera que «basta para excluir el ánimo de lucro la creencia, aunque sea errónea, de que se ejercita un derecho» (1).

Lo sorprendente de esta dirección jurisprudencial es el rodeo que se hace para justificar la absolución. En principio, el recurso que parece más correcto sería el de apreciar un error de prohibición o, más exactamente, un error sobre la concurrencia de una causa de justificación (ejercicio legítimo de un derecho) que al implicar desconocimiento de la antijuridicidad de la conducta, excluye el dolo. Así se hizo en la Sen-

il) La S. 21 diciembre 1963 se limita a decir que no hay apropiación indebida, en un caso en que el autor obra creyendo corresponderle un derecho de retención.

tencia 7 marzo 1944, que frente a un supuesto de «creencia racional y fundada de que ejercitaba un derecho», fundamentó la exclusión de la responsabilidad criminal en la «falta de voluntariedad maliciosa en la conducta del agente, es decir, por la constancia de prueba en contra de la presunción *iuris tantum*, que el artículo 1 del Código penal establece para las acciones y omisiones objetivamente punibles». También apela al art. 1 la S. 17 marzo 1934, señalando que «la nota de voluntariedad... exige, en el orden punitivo, la existencia de malicia e intención de quebrantar un bien jurídico de los que la ley penal garantiza, o al menos la intervención de un elemento de carácter culposo... y afirmándose en la sentencia recurrida... que el recurrente se apoderó de la piedra en la creencia de que las paredes de donde la extraía eran de su propiedad, es vista la ausencia de aquella condición esencial para la falta de hurto, cuya existencia afirma con error la sentencia impugnada». Del mismo modo explicó la absolucón por ausencia de dolo la S. 18 febrero 1874, ya que en el tomar la cosa «no iba envuelto el ánimo de adquirir una cosa ajena... sino que lo hizo en el concepto de que era dueño de ella» y así «no puede dar lugar a que se le considere reo del delito de hurto, en el que, como en todos se exige la malicia o ánimo doloso, y en el caso presente no hubo ni la una ni el otro». E igualmente la S. 27 de junio 1949 absolvió «porque falta el elemento intencional, el dolo genérico que da vida a la infracción punitiva, por afirmarse por la Sala sentenciadora que el procesado retuvo y sigue reteniendo determinada suma por entender que procedía hacerle una liquidación de los beneficios obtenidos en el negocio para determinar su participación como socio industrial y había adoptado esa medida hasta tanto no se llevase a efecto aquella liquidación y a reserva de lo que de la misma resultara». Por último, la S. 15 octubre 1964 en un caso en que el comisionista no abonó en cuenta determinadas cantidades con el fin de reintegrarse de las comisiones devengadas «como era uso en las relaciones de las procesadas con la citada entidad», afirma que «hay ausencia de dolo... porque el solo hecho de acogerse los recurridos a esta costumbre establecida entre los contratantes no implica actuación maliciosa».

La cuestión planteada carecería de trascendencia si sólo se tratara de determinar el fundamento legalmente correcto para la exclusión de responsabilidad criminal. Pero hay algo más. Al mantenerse en las sentencias últimamente citadas que la creencia racional y fundada de que se ejercita un derecho elimina el dolo por ausencia de la voluntariedad exigida por el art. 1 del Código penal, se está limitando, acertadamente, la eficacia del error a los supuestos en que el autor cree ejercitar *legíti-*

mámente un derecho. Por el contrario, la tesis mantenida por las sentencias citadas al comienzo, según la cual elimina el ánimo de lucro la creencia, aunque sea errónea, de que se ejercita un derecho, no tiene por qué limitarse a los supuestos en que el autor cree ejercer *legítimamente* un derecho, sino que se extiende también a los casos en que, creyéndose el autor amparado por un derecho, conoce que lo ejercita *arbitrariamente*, es decir, por actuación propia, prescindiendo de la Administración de Justicia.

Esta tesis es la consecuencia lógica de dos premisas previamente establecidas por la jurisprudencia. De un lado, que el ánimo de hacerse pago de una deuda elimina el ánimo de lucro, y del otro que el carácter injusto del lucro aparece como elemento del tipo en los delitos que exigen dicho ánimo. En efecto, si se considera cierto que el ánimo de hacerse pago elimina el de lucro, es indiferente, a estos efectos, que el autor obrara ejerciendo un derecho (al pago) o que así se lo figurara erróneamente. Y si el carácter injusto del lucro es un elemento del lucro, de modo que el comportamiento acompañado del ánimo de hacerse pago se dirige a un lucro justo siendo por tanto atípico, incurriría en un error de tipo quien cree ejercitar un derecho al pago. Estas dos premisas son, sin embargo, inadmisibles.

Que el ánimo de hacerse pago elimina el de lucro es doctrina constante en la jurisprudencia. Así Ss. 4 mayo 1905 («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 («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 («su propósito fue hacerse pago... que destruye el ánimo de lucro»); 15 marzo 1935 y 12 junio 1975 («no puede coexistir contemporáneamente la avidez 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 lucro desplazado totalmente por aquel otro ánimo de procurarse el pago»).

Esta doctrina es inadmisibile. No pretendemos negar que fuera correcto, frente a los supuestos de hecho recogidos en dichas sentencias, excluir el correspondiente delito contra la propiedad, pero resulta inadecuado apelar a la doctrina de que el ánimo de hacerse pago elimina el ánimo de lucro. En efecto, se entienda de una u otra forma el lucro en los delitos contra la propiedad, hacerse pago es lucrarse. Por supuesto que hacerse pago es lucrarse si se entienda por lucro, como han hecho

en ocasiones doctrina y jurisprudencia, cualquier utilidad, goce, ventaja o provecho (2). Lo mismo ocurre si entendemos el lucro como mejora de carácter patrimonial (3) o como incorporación del valor de la cosa al patrimonio del autor (4). Y 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, nadie puede poner en duda que el creador que se apodera de cosa del deudor antes de que la deuda sea exigible comete un delito contra la propiedad, pese a que lo haga con el ánimo de hacerse pago (5). Piénsese en el acreedor que se apodera de cosa del deudor quebrado sin respetar el *par conditio creditorum* propio del proceso ejecutivo concursal, o en el comprador insolvente que se apodera de la cosa vendida en las circunstancias del art. 1467 Código civil. Tampoco puede dudarse 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 de junio 1964, 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» (6). Por último, cometería el delito de extor-

(2) Así, Ss. 17 enero 1958, 15 octubre 1951, 27 abril 1962. C. VIADA Y VILASECA, *El Código penal reformado de 1870*, 4.^a ed., III, Madrid, 1890, pág. 414, también en tiende el lucro, en este amplio sentido, como cualquier beneficio material o moral.

(3) Como hace, por ejemplo, J. ANTÓN, *Las estafas y otros engaños en el Código penal y en la jurisprudencia*, separata de NEJ, IX, Barcelona, 1957, pág. 14.

(4) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *El hurto de los productos de un daño cometido por el propio dañador*, en *Anuario de Derecho penal*, 1961, pág. 238: «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». J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto*

propio, Madrid, 1946, pág. 194: ánimo de lucro es «el propósito de obtener un provecho económico contemplado desde el punto de vista del agente».

(5) Cfr. H. OTTO, *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, Berlín, 1970, pág. 229.

(6) Parece que la sentencia admite el ánimo de lucro porque se trataba de deudas contraídas con terceros y no con el propietario de la cosa. Sin embargo, el delito continuado de apropiación por el que se le condena abarca tanto el momento en el que operaba sobre objetos que eran aún de propiedad del deudor como cuando se trataba de cosas que pasaron a propiedad del tercero.

sión del art. 503 del Código penal, que, se entienda como robo o como estafa, exige el ánimo de lucro, quien obliga a otro a aceptar por escrito una deuda en *razón* de haber devenido insolvente el autor principal, aunque obrara con el exclusivo fin de hacerse pago.

Por todo ello, ha de rechazarse el pretendido principio general de que el ánimo de hacerse pago elimina el ánimo de lucro. Sin embargo, se han utilizado otras vías, también inadmisibles, para llegar al mismo resultado. En efecto, partiendo de la base, ya discutible, de que el ánimo de lucro exigido en los delitos contra la propiedad es el ánimo de lucro *injusto* (7), se acaba entendiendo que el carácter injusto del lucro aparece como elemento normativo del tipo. De este modo, el que obra con el ánimo de hacerse pago, aunque obre antijurídicamente, pretende un lucro *justo*, no pudiendo, por tanto, calificarse de típica la conducta en relación el correspondiente delito contra la propiedad.

Así, la S. 4 octubre 1935 negó el robo, frente a un comportamiento calificado de coacciones, porque «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 negó el delito de estafa y condenó por falta de coacciones ya que el ánimo de lucro consiste en «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».

Aun admitiendo que la ley exija el carácter injusto del lucro, lo que no tiene sentido es entenderlo como un elemento normativo del tipo de injusto y no como una característica general de la antijuridicidad incluida en el tipo por la razón de recalcar la necesidad de examinar la concurrencia o no de causas de justificación. Con la tesis mantenida en las dos sentencias citadas se viene a afirmar que, mediante un comportamiento *antijurídico* (e incluso punible por coacciones), se consigue un lucro *justo*. No puede admitirse 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 lucro 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 patri-

(7) Así lo entiende J. ANTÓN, *Las estafas*, cit., pág. 14, y las Ss. 4 octubre 1935 y 15 marzo 1935.

monio individual y, si lo hiciere mediante medidas fiscales, el incremento habido hasta llegar a dicho límite no estaría prohibido por sí mismo, es decir, sería lícito. De no atender a los medios por los que se obtiene, todo lucro es justo. Con ello queremos decir que si el comportamiento es antijurídico el lucro obtenido es un lucro injusto aunque se trate del pago de una deuda.

En la medida en que resultan falsos los principios estudiados (que el ánimo de hacerse pago elimina el ánimo de lucro y que el carácter injusto del lucro es un elemento normativo del tipo) es insostenible, el principio jurisprudencial que comentamos conforme al cual la errónea creencia de que se ejercita un derecho elimina el ánimo de lucro. Una afirmación de esta índole es totalmente gratuita. La errónea creencia de que se ejercita un derecho lo que excluye es el dolo, siempre que el autor incurra en error sobre el carácter *legítimo* del ejercicio. Si el autor conoce el carácter arbitrario (antijurídico) de su obrar, el error es irrelevante conforme a nuestro Derecho positivo. La única solución al caso concreto sería, en tal supuesto, la que proporcione la existencia del artículo 337.

Las dos sentencias absolutorias, citadas al comienzo y que han dado pie a este comentario, hubieran podido muy bien fundamentarse en la existencia de un error de prohibición. Tal error de prohibición era evidente según los hechos probados de la S. 11 marzo 1964, ya que el procesado, al apropiarse de la cantidad de dinero «lo hizo creyendo equivocadamente que le asistía derecho a retener dicha suma». Y también la S. 2 abril 1965 pudo haber apelado a la creencia del autor de ejercitar de modo legítimo un derecho.

