

REVISTA f DE DERECHO PUBLICO

2.^a época. Año II. Vol. I

Núm. 62

Enero-Febrero 1976

PROBLEMAS CONCÚRSALES ENTRE LOS DELITOS DE ROBO,
COACCIONES, AMENAZAS CONDICIONALES Y REALIZACIÓN
ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO

Por MIGUEL BAJO

FERNÁNDEZ

EDERSA

EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS

PROBLEMAS CONCÚRSALES ENTRE LOS DELITOS DE
ROBO,
COACCIONES, AMENAZAS CONDICIONALES Y
REALIZACIÓN
ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO

Por

MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ
Profesor Agregado de Derecho
Penal

"^L presente enunciado corresponde a cuestiones planteadas en la S. 12 junio 1975 (de la que fue ponente Díaz Palos) frente a un supuesto de hecho que resumimos del siguiente modo un sujeto es despedido del bar en que trabajaba «sin que se le abonaran los últimos jornales» y, al día siguiente, tras abrir el local utilizando la llave legítima sustraída al propietario, se apoderó de una cantidad de dinero dejando una nota de su puño y letra, firmada con su nombre y apellido, en la que señalaba que «no lo restituiría hasta que no se le pagara lo que se le adeudaba». A continuación, «el procesado, sin contar siquiera el dinero, lo metió en un paquete de detergente, y en cuanto salió del bar de autos lo escondió en unos matorrales». Identificado inmediatamente por la policía, comunicó el escondite del dinero.

La Audiencia condena por falta de coacciones recurriendo el Ministerio Fiscal por inaplicación del artículo 504, 4.º, relativo al robo o, subsidiariamente, del artículo 493, 1.º, sobre amenazas condicionales o, por último, del artículo 496 referido a las coacciones. El Tribunal Supremo casa la sentencia recurrida apreciando realización arbitraria del propio derecho del artículo 337. Los argumentos de Derecho esgrimidos en la sentencia para de un lado negar las distintas calificaciones de robo, amenazas condicionales y delito o falta de coacciones, y para, de otro lado calificar el supuesto de realización arbitraria del propio derecho, giran en torno a la consideración de que el autor obró con el ánimo de hacerse pago. A nuestro entender, ni la pretensión Fiscal ni la

tesis de la Sala Segunda son convincentes, pareciendo más aceptable la calificación ofrecida en la sentencia recurrida.

1. La exclusión del delito de robo, pretendido por el Fiscal, lo fundamenta la sentencia en que «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 —con violencia o intimidación— para hacerse pago con ella». Pues bien, mientras la tesis negativa del robo nos parece acertada, resulta, sin embargo, inadecuado el argumento esgrimido, porque «hacerse pago» es una forma de «lucro».

El lucro es fundamentalmente una ventaja patrimonial y así lo entiende la doctrina española. Por ejemplo, Rodríguez Devesa y el propio Díaz Palos definen el ánimo de lucro como «el propósito de obtener un provecho económico contemplado desde el punto de vista del agente» (1). Lo mismo hacen Antón y Rodríguez Mourullo al afirmar el primero que «lucro existe cuando hay cualquier mejora de carácter patrimonial» (2), 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» (3). Pues bien, aceptado que «patrimonio» desde un punto de vista jurídico-penal consiste en el conjunto de valores económicos sometidos al poder de disposición de una persona bajo la protección del ordenamiento jurídico (4), 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 tenencia está jurídicamente protegida (5). Decimos que el ladrón se lucra porque obtiene una ventaja patrimonial, es decir, 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. De igual modo 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.

Decir que en este último caso no hay provecho económico porque hay compensación es rigurosamente inexacto, porque quien toma la cosa del 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. La doctrina entiende que hay mejora patrimonial cuando se aseguran los valores patrimoniales existentes (6) o cuando

se realiza una deuda o se consigue una mejora procesal (7) o, por último, cuando hay una liberación de la demora en el cumplimiento de las obligaciones (8), situaciones todas que pueden afirmarse en el comportamiento arbitrario de propio pago.

Sólo entendiendo que hacerse pago es lucrarse se explica que nadie discuta la punición como delitos contra la propiedad de ciertos supuestos. Por ejemplo, quien se apodera de la cosa debida antes de que la deuda sea exigible. Piénsese en el acreedor que se apodera de la cosa del deudor quebrado sin respetar el *par conditio creditorum* propio del proceso ejecutivo concursal. O quien se apodera con el ánimo de hacerse pago, de cosa que el deudor posee sólo a título de depósito, administración o arrendamiento. En un caso de esta índole la S. 9 junio 1964 no dudó en apreciar delito contra la propiedad en su modalidad de apropiación indebida.

Pese a ello, en el caso que tratamos no puede afirmarse el delito de robo por las siguientes consideraciones. Lo que se protege en los delitos contra la propiedad no es la misma propiedad entendida como derecho subjetivo, porque en tal caso nunca se produce la lesión de la propiedad. Lo que se protege es un valor que subyace tras la institución de la propiedad: la voluntad del propietario de conservar lo suyo como instrumento de libertad y autorrealización. De este modo la lesión de la propiedad se dará cuando se reduzcan las posibilidades del propietario como tal propietario (9). Pues bien, cuando el acreedor toma la cosa que le es debida, siendo la deuda exigible, no reduce las posibilidades del propietario como tal porque éste no puede dar otro destino a la cosa que entregarla en cumplimiento de la prestación, y tratándose de deudas pecuniarias, como en este caso, ni siquiera es posible hablar del derecho de elección de la cosa a entregar propio de las obligaciones genéricas.

2. La sentencia niega la aplicación de los delitos de amenazas condicionales (artículo 493, 1) y de coacciones (artículo 496) por una razón que estimamos acertada: la existencia del artículo 337 indica que la ley quiere castigar más levemente dichas conductas si van dirigidas a conseguir el pago de una deuda. Según doctrina y

jurisprudencia, es esta finalidad lo que convierte al artículo 337 en ley especial frente a aquellos dos preceptos (10).

A primera vista parece que, ante los hechos enjuiciados y en consideración a la premisa de que partimos, es consecuencia obligada la apreciación del artículo 337. Pero llegados a este punto es necesaria una observación más detenida de los hechos porque el punto de partida de la argumentación de toda la sentencia es más que discutible. En efecto, no resulta claro que el procesado hubiera obrado con el ánimo de hacerse pago. La propia sentencia observa que el ánimo de hacerse pago tiene de común con el ánimo de lucro lo que denomina con expresión latina «animus capiendi», que no puede entenderse de otra forma que como intención de incorporar la cosa al propio patrimonio. Pues bien, de los hechos no se desprende que el apoderamiento de la cosa vaya acompañado del ánimo de incorporarla al propio patrimonio, sino más bien de obligar al deudor al pago.

De ello es consciente la sentencia, pero cree que no es óbice para la aplicación del artículo 337, lo cual, a nuestro entender, es más que dudoso. Se dice en la sentencia: «el precepto (s. c. artículo 337) no sólo engloba lo que cabría calificar de "autodación en pago", sino también, siguiendo la nomenclatura y acepción civilistas, lo que podría llamarse "retención en prenda"». Tal conclusión creemos que no es admisible. Ciertamente es que la prohibición de la prenda extrajudicial aparece como una constante de nuestro Derecho positivo desde los primeros Cuerpos de Derecho escrito de influencia romana (11). También es cierto que el C. p. de 1822 castigaba conjuntamente los dos supuestos a que se refiere la sentencia al establecer su artículo 810 como delito «el que a la fuerza quitare a su deudor alguna cosa *para hacerse pago con ella, o para obligarle a pagar lo que debe*». Pero también es cierto que desde 1848 (artículo 412) nuestros Códigos se refieren exclusivamente al caso en que el acreedor obra con el ánimo de hacerse pago. El supuesto de prenda extrajudicial queda excluido del ámbito del actual artículo 337.

La sentencia apela entonces al argumento de proporcionalidad derivado de la mayor sanción que prevé el artículo 496 y 493, 1.º, frente al artículo 337, y dice: «sería paradójico que se castigara más severamente el mero compeler a pagar que el directo apoderamiento de cosa del deudor para hacerse pago». La observación es correcta. Pero de ahí no puede deducirse que el artículo 337 incluye un comportamiento que sólo por analogía puede considerarse subsumible en la descripción típica.

Distinto sería si persistiendo el deudor en el impago, el procesado (y acreedor) se *apoderase* de la cosa, en cuyo caso el

hecho encuadra perfectamente en la descripción del artículo 337. Sólo entonces se produce el «apoderamiento» a que se refiere el precepto y la incorporación de la cosa al propio patrimonio. No lo entiende así la sentencia cuando dice: «como tampoco debe ser obstáculo que en el supuesto de autos no se hiciera pago el procesado con la misma cosa, puesto que teniendo el control o disposición del dinero sustraído siempre hubiera podido hacerse pago con él subsidiariamente, es decir, para el caso de que la empresa deudora de sus jornales no procediera a satisfacerlos, como se desprende claramente de su anunciado propósito de no restitución si por acaso no se satisfacía su deuda». Pero en lo que no hace hincapié la sentencia es que, aunque el sujeto hubiera podido incorporar la cosa a su patrimonio porque tenía el control y disposición, lo cierto es que no era esa su intención, ya que retenía la suma para obligar al pago. Sólo cuando la condición se incumpla obrará el autor con el ánimo de hacerse pago incorporando (apoderándose) la cosa a su patrimonio.

Ahora bien, negar la aplicación del artículo 337, como hacemos nosotros, no implica necesariamente calificar el hecho de coacciones o amenazas condicionales porque el argumento de proporcionalidad esgrimido por la sentencia, y al que ya hicimos referencia, es un argumento digno de consideración. No es posible olvidar que el artículo 2 del C. p. pone de relieve que es voluntad legal el mantenimiento de la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la sanción a imponer (12). Hay que partir, entonces, frente a un problema concursal y mientras no se desprenda con evidencia lo contrario, de que es voluntad legal mantener la proporcionalidad de las sanciones. De ahí que no sea aplicable entonces el delito de coacciones ni el de amenazas condicionales. Pero como la impunidad tampoco satisface a las exigencias político-criminales, aparece como solución más aceptable la mantenida por la sentencia recurrida que apela a la falta del artículo 585.

(1) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*, Madrid, 1946, pág. 194. F. DÍAZ PALOS, voz *Animo de lucro*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, II, Barcelona, 1950, pág. 674.

(2) J. ANTÓN, *Las estafas y otros engaños en el Código penal y en la jurisprudencia*, separata de *Nueva Enciclopedia Jurídica*, IX, Barcelona, 1957, pág. 14.

(3) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *El hurto de los productos de un daño cometido por el propio dañador*, en *Anuario de Derecho penal*, 1961, pág. 238.

(4) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, 1975, págs. 322-323.

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

(6) W. A. v. WEBER, *Die Bereicherungsabsicht im schweizerische Strafgesetzbuch*, Diss., Freiburg i. Ue., 1951, pág. 65.

(7) R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil*, 5º ed., Karlsruhe, 1971, págs. 327-328.

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

(9) M. MAIWALD, *Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte*, Heidelberg, 1970, págs. 85 y sigs.

(10) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., págs. 919 y ss. 1 febrero 1971 y la propia que comentamos de 12 junio 1975.

(11) El tema ha sido estudiado por E. DE HINOJOSA, *El elemento germánico en el Derecho español*, en *Obras*, II, *Estudios de investigación*, Madrid, 1955, páginas 408 y sigs., y J. ORLANDIS, *La prenda como procedimiento coactivo en nuestro Derecho medieval*, en *Anuario de Historia del Derecho español*, XIV, 1942-43, páginas 84 y sigs.

(12) Cfr. J. R. CASABÓ, en *Comentarios al Código penal* de J. CÓRDOBA-G. RODRÍGUEZ MOURULLO, Barcelona, 1972, II, págs. 11 y sigs.