

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Artículos 325 a 338.bis del Código Penal (acusación y
denuncia falsa, falso testimonio y otros delitos)

IGNACIO SERRANO BUTRAGUEÑO,
ENRIQUE Ruiz VADILLO, CÁNDIDO
CONDE-PUMPIDO FERREIRO,
JESÚS BERNAL VALLS,
JOSÉ Luis MANZANARES SAMANIEGO,
MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ Y JOSÉ LOZANO MIRALLES,
FERNANDO MARTÍN GONZÁLEZ,
ALEJANDRO DEL TORO MARZAL

GRANADA, 1995

CAPÍTULO SEXTO

**La realización arbitraria
del propio derecho**

POR

MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ

Catedrático de derecho Penal Abogado

JOSÉ LOZANO MÍ RALLES

Profesor de derecho Penal, Abogado

I. INTRODUCCIÓN

Hace cerca de veinte años Miguel BAJO FERNÁNDEZ publicó una monografía sobre la realización arbitraria del propio derecho, conducta castigada en el artículo 337 del Código Penal, en la que, tras un minucioso estudio histórico y de derecho comparado —fundamentalmente de la doctrina alemana—, sostuvo una tesis en aquel momento especialmente novedosa y que hoy, aun siendo muy minoritaria, se va abriendo camino en la doctrina. Una posterior reflexión sobre la tesis entonces mantenida, nos confirma en lo acertado de su contenido, si bien con las matizaciones que diversos autores (por ejemplo, recientemente, Norberto DE LA MATA) han venido aportando.

En síntesis, la novedad de la tesis —ya expuesta en 1976— estriba en que la realización arbitraria del derecho al pago, castigada en el artículo 337 del Código Penal, tiene como objeto material la «cosa debida». (En este sentido, De la Mata; en contra la doctrina dominante; vid. FERRIS, MAGALDI, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, COBO-GONZÁLEZ Rus, CÓRDOBA, VIVES, MUÑOZ CONDE, que interpretan la expresión «cosa perteneciente a su deudor» en un sentido más amplio).

Por «cosa debida» tenemos que entender la cosa cierta objeto de obligación en las obligaciones específicas y la cantidad

equivalente en dinero en las obligaciones pecuniarias. Fundamentalmente son dos las razones que conducen a esta interpretación: la primera es que el ánimo de hacerse pago constituye una modalidad del ánimo de lucro (en contra de la opinión dominante que entiende que el ánimo de hacerse pago excluye el ánimo de lucro), y la otra es que el apoderamiento o apropiación de la «cosa debida» no lesiona el derecho de propiedad como objeto de protección de esta clase de delitos.

Es unánime el entendimiento de que el comportamiento descrito en el artículo 337 sólo es punible habiendo vencido la obligación (SSTS 3 febrero 1981, 30 septiembre 1985, 15 noviembre 1991) y sin que exista controversia sobre la deuda (De LA MATA, STS 25 noviembre 1985).

En consecuencia, el acreedor que toma la «cosa debida» sin violencia ni intimidación realiza un comportamiento atípico (con entendimiento pacífico entre la Doctrina científica); en segundo lugar, constituye delito común contra la propiedad el apoderamiento de cosa distinta a la debida, como delito de hurto si no concurre violencia o intimidación, o robo en el caso contrario (la doctrina mayoritaria, por el contrario, piensa que si la obligación está vencida y no hay controversia, el apoderamiento de cosa distinta a la debida no puede constituir delito contra la propiedad porque se realiza con ánimo de hacerse pago. Presupone, pues, que el ánimo de hacerse pago es distinto al ánimo de lucro, y que la imposibilidad de aplicar el art 337 del Código Penal no determina automáticamente la aplicación del art. 501 del mismo texto legal).

Así pues, la hipótesis que tratamos de sostener parte de la base de dos principios: el primero, que el ánimo de hacerse pago es una modalidad del ánimo de lucro; y el segundo, que el derecho de propiedad como bien jurídico protegido en los delitos de apoderamiento y apropiación tiene un contenido sustancial que se lesiona también cuando el acreedor toma cosa del deudor distinta a la debida aunque sea para hacerse pago. A la demostra-

ción de estas dos ideas básicas dedicamos las líneas siguientes,

II. EL ÁNIMO DE HACERSE PAGO COMO MODALIDAD DEL, Ánimo DE LUCRO

A. La pretendida tesis de incompatibilidad entre ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago

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 (por todas, STS 26 febrero 82, 16 marzo 1990) negando, por ello, el correspondiente delito contra la propiedad. Por su parte, la doctrina (RODRÍGUEZ DEVESA, VIVES ANTÓN, COBO- GONZÁLEZ Rus) utiliza razones de justicia material para la defensa de dicha tesis, apelando a las consecuencias insatisfactorias que la tesis contraría acarrearía. Así se ha dicho que, de admitir la existencia de un delito contra la propiedad, resultaría, por ejemplo, que en el caso de quien toma cualquier cosa perteneciente al deudor para hacerse pago sería castigado con una simple multa si utiliza violencia o intimidación (art 337) y con graves penas de prisión si no median la violencia o intimidación (arts. 514-515-516), o hay simple engaño (art. 528-529).

La tesis de que el ánimo de hacerse pago elimina el ánimo de lucro no parece suficientemente justificada, no siendo argumento decisivo las consecuencias insatisfactorias desde la óptica de la justicia material a que supuestamente conduce nuestra tesis. 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 conduce a otras situaciones que tampoco satisfacen, porque negar la existencia de ánimo de lucro puede arrastrar la impunidad de conductas de las que nadie duda su carácter de delito contra la propiedad. Así, bastaría recordar que por la doctrina se suele otorgar idéntica calificación a las conductas de apoderamiento de cosa del

deudor para hacerse pago y de apoderamiento de cosa ajena dejando en su lugar otra de valor equivalente.

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,

Hay que reconocer que, frente a la profusa bibliografía existente en otros países, 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». 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 psicológico exigido en la ley.

Lucro, en sentido vulgar, significa provecho, lo 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 (incluida la Jurisprudencia: STS 17 enero 57, 25 marzo 76, 21 abril 89 y 15 marzo 90) ha entendido la expresión en un sentido amplio como «cualquier utilidad, goce, ventaja o provecho» o como cualquier beneficio material o moral. Una interpretación de esta índole amplía demasiado el concepto de lucro, debiendo incluirse en el mismo, por ejemplo, cualquier ventaja de carácter político o social, en contra de lo que, evidentemente, es el sentido legal.

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 este concepto extensivo es rechazado por la doctrina dominante. Quintano hace observar que « hay provechos y utilidades que no sería procedente encuadrar en tales delitos (s.c. de apoderamiento), sino en los 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» o el del quien destruye la cosecha ajena para revalorizar la propia. 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. 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 placer de la venganza, y consigue, por tanto, aquel lucro desorbitado que precisamente combatimos».

La observación de esta deficiencia obliga, en el sentir cío 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.

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. El sentido económico del lucro en la estafa es evidente en cuanto se entiende que es la contrapartida del daño patrimonial».

La doctrina se percató, 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. 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 aquel 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, con independencia de los fines ulteriores que se proponga». 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 movido 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». 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».

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*». (Participan de esta tesis, aparte de DE LA MATA, también FKRRIS, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, MUÑOZ CONDE y MAGALDÍ, quien reconoce que el acreedor arbitrario conlleva un incremento patrimonial constitutivo de un lucro injusto aunque luego, inexplicablemente, niegue el ánimo de lucro porque el acreedor no quiere obtener la ventaja patrimonial *a costa del deudor*),

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. Tampoco suscita dudas, en el caso que nos ocupa, que tratamos de *un provecho de carácter económico*, en el sentido de que se trata de la apropiación de una cosa con valor de tráfico. 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 lu-

ero que maneja nuestra doctrina, negar que en el supuesto que nos ocupa no hay ánimo de lucro,

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 MOURUILO al afirmar el primero que «lucro existe cuando hay cualquier mejora de carácter patrimonial», 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». En el mismo sentido se manifiestan MALANIUK y WA WEBER haciendo observar este último que el concepto de lucro depende del de patrimonio.

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),

No es éste el momento de insistir en que la concepción jurídica del patrimonio debe ser rechazada. Tal concepción correspondería 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. 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.

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. 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. Orro 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». 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».

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. No es tarea nuestra completar en este estudio 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 tenencia está jurídicamente protegida. 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 (o en la formulación de CoBO-GoNZÁLEZ Rus, el ánimo de hacerse pago «no persigue tanto obtener un provecho patrimonial cuanto *remediar una situación de desventaja*») significaría, por un lado, afirmar más de lo que se quiere, y de otro aparece como rigurosamente inexacto. Decimos 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 obstáculos procesales pertinentes para evitarlo.

Que no existe compensación patrimonial lo ha visto con claridad W.A. 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. 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 y ANTÓN entiende que el patrimonio resulta acrecido si hay una liberación de la demora en el cumplimiento de las obligaciones. 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. O más exactamente: tener una cosa no es lo mismo, desde el punto de vista patrimonial, que tener derecho a ella.

Incluso la S. 26 febrero 1.982 así lo reconoce al describir la intención del reo: como «el deseo de *restablecer su patrimonio quebrantado o disminuido* por el desembolso que la incumplida promesa le obligó a efectuar, lo que en cierto sentido *significa también enriquecerse*», sin perjuicio de llegar a la conclusión de

que no existe lucro pues había justa causa en el apoderamiento, lo que constituye, como veremos, un lamentable error.

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». De aceptarse tal concepto no puede haber la menor duda 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. 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, o el del comprador insolvente que se apodera de la cosa vendida en las circunstancias del artículo j.467 del Código civil. 2). Tampoco se duda que incurre en el delito contra la propiedad correspondiente quien se apodera de cosa que no pertenece al deudor, siendo que éste sólo la tiene a título de depósito, comisión, administración o arrendamiento, aunque se haga con el ánimo de hacerse pago. La S, 9 de junio de 1964, núm. 1,152, de la que fue ponente Quintano, calificó de apropiación indebida la conducta del presidente del Consejo de Administración de una Sociedad Anónima que se apoderó de cosa que la Sociedad Anónima, 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 propósito doloso y lucrativo, aun sentado que pretendiera resarcirse de deudas contraídas con terceros». 3) Por último, proporciona W.A.Weber un ejemplo ilustrativo; quien obliga a otro a aceptar por escrito una deuda, en razón de haber devenido insolvente el deudor princi-

pal, 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,

B. Ánimo de hacerse pago y ánimo 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. Nuestro Código penal no exige expresamente el carácter injusto del lucro, pero así lo han entendido doctrina y jurisprudencia, quizá por influencia de aquellas legislaciones que lo exigen expresamente.

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.

Nuestro T. S, lo ha entendido como elemento normativo del tipo. La S. 4 de octubre de 1935, tomo 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 cíc aumentar injustificadamente el patrimonio propio a costa del ajeno».

La S. 15 de marzo de 1.935, tomo 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».

Y la STS de 26 febrero 82, recogiendo la doctrina sentada en las Ss, 4 octubre y 15 marzo 35, exige la «total ilicitud» del ánimo de lucro, «entendiendo por tal el propósito en el autor de aumentar su patrimonio a costa del ajeno, sin razón ni motivo moral o legal que autorice tal conducta».

Pues bien, partiendo de 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, la doctrina entiende que la apropiación no es antijurídica pese a la ilicitud del comportamiento. Lo mismo podría decirse de la estafa. 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: 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, es decir, hace lo que el ordenamiento jurídico de la propiedad quiere que se haga: la transmisión o entrega de la cosa debida. 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 de la propiedad en su conjunto; la apropiación debe aparecer precisamente en contradicción con el or-

denamiento jurídico de la propiedad». En la misma línea observa W.A.WEBER que en estos casos no es posible negar el enriquecimiento, 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.

El argumento expuesto no deja de ser sorprendente y representa una tesis calificada por Kirsch de atrevida. 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, 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, Nos parece acertada la observación de KIRSCH 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. 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 procesal civil y no de modo arbitrario. 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, aún cuando no sea delito contra la propiedad. El acreedor carece de titularidad sobre los bienes del deudor y el derecho cíe crédito que detenta sólo le concede facultad

de acudir a los tribunales para declarar su existencia y ordenar su realización. Aun cuando conste su derecho en título ejecutivo, sólo corresponde a los tribunales exigir el cumplimiento de la prestación.

Con esto no queremos negar que, a veces, aparecen como elementos normativos del tipo expresiones como «injusto», «indebido», «ilegítimo», etc. 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. 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.

La Jurisprudencia citada (STS 15 marzo y 4 octubre 35, 26 febrero 82) considera que el lucro es ilícito cuando el incremento patrimonial se produce sin causa («sin motivo moral o legal»; «sin título»). Entendemos que esta doctrina legal introduce en el concepto penal de lucro elementos propios del concepto civil de «enriquecimiento sin causa», perfilados jurisprudencialmente en las SSTS, Sala 1ª, de 2 de Jul. de 1.946 y 29 de Abr. de 1.947, y ampliamente desarrollados por la Doctrina científica (Estudios monográficos: ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, LACRUZ BERDEJO, NUÑEZ LAGOS; otros estudios en DIEZ PICAZO). La doctrina civil exige que "concurra una justa causa en las atribuciones patrimoniales, porque el intercambio de bienes debe realizarse de acuerdo con los postulados de la justicia conmutativa. Cuando falta causa justa y se produce un enriquecimiento de una de las partes, la doctrina

lo califica civilmente como «enriquecimiento sin causa», surgiendo en el enriquecido un deber de restituir al atribuyente el valor del enriquecimiento.

No podemos compartir este concepto de ilicitud del lucro. El Derecho penal crea sus propias categorías, utilizando para ello criterios hermenéuticos y metodología propios. El concepto penal de lucro y el civil de lucro pueden coincidir, pero el concepto de ilicitud civil y el concepto de antijuridicidad penal difieren. La ilicitud civil del lucro depende de unos parámetros que no se emplean en Derecho penal. La antijuridicidad del lucro depende de los medios empleados y no de la existencia o no de causa o de su ilicitud.

La prueba del nueve de que ésta es la tesis acertada, es que el único criterio idóneo para diferenciar el enriquecimiento sin causa civil del lucro antijurídico penal consiste en examinar los medios empleados: si los medios utilizados para lograr la atribución patrimonial o el desplazamiento de la cosa son injustos, independientemente de la justicia o injusticia del enriquecimiento, el lucro obtenido será antijurídico. Si los medios empleados no son en sí mismos injustos, la atribución patrimonial será un enriquecimiento sin causa.

Pero al exigirse ánimo de lucro en los delitos de apropiación indebida (en contra, MIGUEL BAJO FERNANDEZ) y hurto, que se caracterizan por un desplazamiento inicial y una atribución patrimonial sin utilización de medios coercitivos o violentos, pudiera pensarse que la tesis expuesta es errónea. Sin embargo, se olvidaría que el delito de hurto se caracteriza por concurrir en él un desplazamiento inicial injusto, lesivo del derecho de propiedad. Y también se olvidaría que el delito de apropiación indebida se caracteriza por el aprovechamiento de una circunstancia especial —el presupuesto de la acción típica: haber recibido previamente la cosa—. Es decir, los medios utilizados —desplazamiento inicial injusto, aprovechamiento de circunstancias especiales— tienen un carácter injusto y, por ende, el enriquecimiento obtenido es antijurídico.

En conclusión, pensamos con HAFTER que el enriquecimiento es injusto cuando son antijurídicos los medios para alcanzarlo, y éste 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 (*En similar sentido, DE LA MATA y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS*). 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 o aprovechamiento de determinadas circunstancias se lesionan intereses penalmente protegidos: la propiedad, la posesión, el derecho de crédito, los intereses de la Administración c*íe* justicia, etc...

III. LESIÓN DEL BIEN JURÍDICO EN LOS LLAMADOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

Con esto entroncamos con la última cuestión. Hemos demostrado que hacerse pago es lucrarse y que no se puede negar que el ánimo de lucro 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 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.

En los delitos de apropiación, HÍRSCH no admite matices: la propiedad es lesionada en todo caso, tesis que también man-

tiene entre nosotros FERRIS (Vid. S. 15 marzo 1991). «El concepto de propiedad —dice HIRSCH— de los delitos de apropiación, e-s 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 el proceso civil deben ser examinadas, pero que no pueden ser resueltas al margen de éste por un comportamiento arbitrario del acreedor».

En la argumentación de Kirsch 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 Kirsch, 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. La lesión de la propiedad se dará cuando se reduzcan las posibilidades del propietario como tal propietario. Esta concepción sustancial o funcional de la propiedad es concebida por De la Mata como «condición de libertad» y los delitos contra la propiedad lesionan la capacidad del propietario para determinar

autónomamente su comportamiento con los bienes. (En términos similares también RUDOLPHI y Otto).

Hay casos de comportamiento arbitrario de propio pago en los que ese valor resulta claramente lesionado. Así, en el supuesto que la deuda no sea exigible (por no haber vencido o estar subordinada 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. 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 cabe duda que, se entienda como se entienda el derecho de propiedad, éste resulta lesionado en el caso de que el acreedor, en lugar de tornar la cosa debida, tome otra distinta de valor equivalente con el ánimo de compensar su crédito.

Más dudoso es el supuesto en 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 (prácticamente unánime según DE LA MATA) en Alemania para calificar este caso como hurto deben ser atendidas. El comportamiento arbitrario del acreedor, que 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. Este derecho de elección, aunque no expresamente recogido en nuestro Derecho (salvo en las obligaciones alternativas, artículo 1,132 del Código civil), es acogido de modo unánime en razón del principio *favor debitoris*, dentro

de los límites marcados por el artículo 1.167 CC que impide al deudor entregar otra cosa de calidad inferior.

En todos estos casos hay lesión del contenido sustancial del derecho de propiedad. Ahora bien, habrá que 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.

En cuanto a los delitos de defraudación, 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. 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 peligro de ser obligado a la entrega de la cosa de la que ya ha sido privado. De otro lado, porque no puede negarse el ánimo de defraudar en quien toma la cosa incorporándola a su pa-

trimonio 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 determinados supuestos de comportamiento arbitrario de propio pago. Precisamente aquellos en que se obtiene, frente a una obligación exigible, la misma cosa debida.

En conclusión, el comportamiento arbitrario de propio pago cumple sobradamente las exigencias típicas de los correspondientes 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) por entender que no se lesiona la propiedad en el sentido jurídico-penal de la expresión.

Corroboración este entendimiento el hecho de que, como ya argumentó MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ en su día y lo corrobora De LA MATA, el artículo 337 se explica históricamente referido precisamente a estos supuestos excluidos de los delitos contra la propiedad (Vid, a este respecto, la evolución legislativa relativa a la progresiva supresión de la prenda extrajudicial y su penalización hasta el Código penal de 1848),

