

En torno al *furtum possessionis*

(Análisis crítico del art. 532 - 1.º del Código Penal) (*)

FRANCISCO CANDIL JIMENEZ

Profesor Adjunto de Derecho Penal en la Universidad de Sevilla

I. HISTORIA Y CONCEPTO

Según Girard, el *furtum possessionis* y el *furtum usus*, constituyeron dos categorías de hurto, que sólo debieron ser admitidas por la doctrina y los juriconsultos de los últimos tiempos de la República y principios del Imperio. Admitiéndose que junto al *furtum rei*, el *furtum* podría también ser un *furtum usus* o un *furtum possessionis*, consistiendo este último, en la sustracción de parte del mismo propietario de la cosa, de quien la posee y tiene interés en conservarla (1). Ferrini advierte, que una y otra categoría se configuran como especies del mismo género de frente a la «*amotio rei, contrectatio rei ipsus*». Pudiéndose observar, que en la antigua jurisprudencia, dada la confusión entre *usus* y posesión, se omitiera esta distinción, o se comenzara a distinguir tarde (2). El *furtum* abarca en el Derecho romano varias formas de agresión al derecho prendario, tales serían los casos en que el propietario, desposee, al acreedor prestatario, que tiene derecho a conservar la cosa,

(*) Este trabajo ha sido elaborado en homenaje al gran maestro e ilustre penalista, profesor Antón Oneca; que con su ejemplar conducta, integridad personal y absoluta dedicación a las tareas universitarias e investigadoras, ha contribuido de forma decisiva al desarrollo del Derecho penal español, constituyendo un claro ejemplo de inquebrantable dignidad, que con frecuencia nos invita a meditar y reflexionar.

Al mismo tiempo quiero expresar mi sincera gratitud al profesor de la Universidad Erlangen-Nürnberg, Dr. Karl Heinz Gössel, por su amable y generosa acogida, así como por cuantas atenciones y ayuda me dispensó durante mi última estancia en Alemania, financiada por la Fundación Alexander von Humboldt, a quien desde estas páginas manifiesto mi reconocimiento. Al profesor Muñoz Conde, mi agradecimiento por su orientación y consejo que ha hecho posible esta publicación.

(1) GIRARD P., Frederic, *Manuel Elementaire de Droit Romain*, París, 1898, pág. 695.

(2) FERRINI, Contardo, *Diritto Penale Romano*. Estratto dall'Enciclopedia del Diritto Penale Italiano diretta del Pro. E. Pessina, Roma, 1976, pág. 188.

hasta la extinción del crédito garantizado (3), o frente al poseedor de buena fe, que tiene derecho a no ser desposeído más que judicialmente (4), lo mismo se ha dicho finalmente, de los simples detentadores que tienen un derecho de retención por sus mejoras, aplicándose la misma idea al hurto cometido por el propietario contra el usufructuario (5).

Aunque todavía en la definición de Sabino se considerara como *furtum*: «*qui alienam rem attrectavit*» (6). El texto de Paulo amplía el contenido de este concepto, al decir: «*Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel atiam usus eius possessionisve*» (7).

Tras la definición de Cassio «*furtum rei propria*», la ajeneidad de la cosa deja de ser condición indispensable en el *furtum* (8).

Lenz (9), tras un acertado y profundo análisis de los orígenes del *furtum possessionis*, en la legislación romana, recoge los siguientes supuestos:

1.º El propietario de una cosa pignorada sustrae ésta de la custodia del acreedor (10).

2.º El propietario enajena la cosa pignorada contractualmente, aunque todavía no haya sido entregada (11).

3.º El propietario sustrae clandestinamente la cosa al poseedor, teniendo éste a causa de los gastos realizados en la cosa, o a causa de otras prestaciones un derecho de retención (12). A lo que debe unirse otro supuesto de interés: el propietario que sustrae una cosa de la que otro tiene el usufructo.

De lo que deduce que el Derecho romano de antiguo, pero en todo caso ya en la época de Paulo y Ulpiano, se perseguían las lesiones del derecho prendario, con la *actio furti*, como delito privado. Sin embargo, desde ahora los casos citados deben resumirse como *furtum possessionis*, ya que así lo venía haciendo —casi exclusivamente— la vieja doctrina, y en la historia se desarrolló dogmáticamente con esta expresión (13).

En el elemento subjetivo de los casos anteriormente citados prevalece la intención de lesionar el derecho prendario, no conce-

(3) GIRARD P., Frederic, cit., pág. 395, nota (1): Inst. h. 4,1,10.

(4) Gayo-III-200.

(5) D. h. 15, 1, 2.

(6) Gayo. Noctes Atticae, XI 18, 20, 21.

(7) L. 1, 2, D. de furt. 47,2.

(8) L. 4, 21 D. de usuc 41,3.

(9) LENZ, Adolf, *Der Strafrechtliche Schutz des Pfandrechts*, Stuttgart, 1893, págs. 10, ss.

(10) Gayo III 200-III 204.—Inst. IV 1 de oblig. 10,14.—L. 19, 5 de furtis 47,2,5 (Ulpiano).—L. 15, h 1 (Paulo).—L. 12, 2, D.h. 1 (Ulpiano). L. 20, D.h. 1 (Paulo).—L. 36, D. 13,7 (Ulpiano).—L. 7, 21, D. 41,3 (Paulo).

(11) L. 19, 6 D.h.t. (Ulpiano).—L. 67, D.h.t. (Paulo).—C.6.C. de usuc. 7,26.

(12) L. 15, 2, D.h. 1 (Paulo).—L. 14, 1, D.h.t. (Ulpiano).—L. 54, 4, D.h.t. (Paulo).—L. 60, D.h.t. (Juliano).

(13) LENZ, Adolf., cit., pág. 13.

diéndole relevante importancia al fin perseguido por el que se apodera de la cosa.

Desde el siglo segundo de la época del Imperio, se concedió para su persecución la *actio furti*, que versaba sobre la indemnización por el doble valor de los bienes y la *extraordinaria cogniticio*, por la que se reclamaba la reintegración de la posesión, ambas, no sólo contra el autor, sino también contra *omnes, quorum opera consiliove furtum factum est*, con la limitación de no estimarse la participación culposa, quedando la conducta dolosa impune, cuando el autor no conseguía el éxito (14).

Los prácticos medievales, siguiendo la tradición romana, suelen definirlo como hurto, aunque se haya sustraído una cosa propia, pues ven también en el hurto de posesión —*furtum possessionis*—, un hurto punible.

En las antiguas prácticas toscanas se le llamó *hurto impropio*, lo cual amplía el concepto de este hurto, al aplicársele, tanto al caso en que se viole la propiedad sin violar la posesión, como al caso en que se viola la posesión sin lesionar la propiedad. Heineccio opina que, el *furtum possessionis* era conocido también por las leyes bárbaras, deduciendo esta idea de una disposición de la Ley visigoda (15).

Carrara, señala cómo el Código toscano contempla el caso especial del dueño que le quita un objeto suyo al que *lo tenía en virtud de secuestro judicial*, o al *acreedor* que lo tenía en prenda. Este hecho que los prácticos declaran comúnmente hurto, el Código toscano lo llamaba *fraude*, pero lo castigaba con la pena de abuso de confianza. Y si después, el deudor que sustrae de esa suerte un objeto suyo, *vuelve a pedírselo* al acreedor, o al secuestrario, el Código lo declara también culpable de *fraude* y lo castiga con la pena del hurto simple.

Por tanto, en este caso la acción gira en torno a la posesión de una cosa que es propiedad del culpable y hay que llamarlo hurto (*furtum possessionis*), si se considera como objeto de su criminalidad el derecho de prenda y la posesión que este derecho trae consigo, y que es violado mediante la sustracción del objeto; o habrá que llamarlo ejercicio arbitrario, si se sitúa la criminalidad en la intención de administrar justicia privada, ejerciendo el derecho de propiedad contra todo pacto o decreto. Mas en verdad no sabemos cómo podrá llamársele fraude, ya que en este primer caso no vemos dónde está el artificio o el engaño, pues hay verdadera y propia sustracción *contra la voluntad del poseedor*. La diferencia está en que esta sustracción no se hizo *sin quererlo* el dueño, sino que la hizo el dueño mismo.

(14) L. 53, 2, D.V.S. citado por LENZ, *Op. cit.*, pág. 14.

(15) Heineccio - *Elementa juris germanici*, Tit. II, Lib. II, 3; citado por F. CARRARA, *Programa de Derecho criminal*, Parte especial, vol. IV, pág. 369, traducción de Ortega y Guerrero, Bogotá, 1959.

Esto puede llevarnos a hacer impropio el hurto y a formar una figura especial (16).

Lenz demuestra que en Alemania los delitos prendarios eran conocidos en todas sus formas, y que sólo un desconocimiento del derecho nacional hace que los nuevos comentaristas creen tener que recurrir al Derecho romano, sobre todo al tratar el § 289 R.St.G.B. (Código penal imperial).

Justamente el conocimiento de este delito, que a partir de ahora será llamado «Pfankher», tiene en el derecho nacional un desarrollo más sutil y consecuente, después de la obligada subsión en el *furtum* (17).

Los juristas de la Edad media, oponiéndose —no sin motivo fundado— a que las penalidades atroces señaladas para los *hurtos propios* se aplicaran a los impropios entre ellos el «*furtum possessionis*».

Estas ideas —según Groizard— germinaron también en la mente de los ilustres redactores de las Partidas, haciéndolo así creer las disposiciones contenidas en la Ley XI, Título X, de la Partida VII (18).

La Ley reconocía expresamente el perjuicio que experimentaba el tenedor de la cosa, que se veía por el atropello del dueño, «privado de servirse de ella y de aprovecharla hasta el tiempo que señalaron para que la tuviera». Pero como remedio a este daño, no le otorgaba otra reparación que la de declarar que el dueño que de tal modo procediera, debería devolverla, para que se sirviera de ella hasta el plazo señalado, al momento de entregársela. Pudiendo además colegirse por sus últimas frases que debía abonar daños y perjuicios, y si lo estimaba el juez justo, una pena discrecional al autor de la sustracción.

Una excepción hicieron las Partidas a esta regla general respecto del contrato de prenda. El acreedor podrá demandar la cosa empeñada de *furto*, cuando el señor de ella se la sustrajese. Pero las palabras de la Ley dan bien a entender —a juicio de Groizard—, que las penas a imponerse no eran las del delito de hurto. De modo que la pena de pecho, se dejaba en último extremo al arbitrio judicial. Sólo se exigía la indemnización del perjuicio, entregando la cosa o el importe del valor del crédito. Este texto concuerda con la Ley XIII, título XIII del libro IV del Fuero Real (19).

(16) CARRERA, F., *Op. cit.*, pág. 440.

(17) LENZ, Adolf., *Op. cit.*, pág. 19.

(18) GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870, concordado y comentado*, t. VII, Salamanca 1897, pág. 231.

(19) Ley XI del título X de la Partida VII, “alojando, emprestando o encomendando un ome a otro alguna cosa señalada... el señorío, e la posesión siempre finca en salvo a Señor de ella... maguer el que la había assi dado, tomasse aquella cosa por sí mismo u otro alguno por él, sin mandamiento del Juzgador, a aquel que la tuviese de alguno de las maneras sobre dichas”.

Ley XIII, título XIII del libro IV del Fuero Real, “todo home que

La fase codificadora del Derecho penal español, ofrece una gran simplicidad, ya que siguiendo la tradición romana que le llegó a través de la Edad Media, nos permite contemplar sólo dos modificaciones en la estructura del antiguo *furtum possessionis*: una la del artículo 809 del Código penal de 1822, que dispone: «cualquiera que quitase a la fuerza la propiedad ajena sin ánimos de apropiársela, o la propia poseída o detenida legítimamente por otro, sufrirá multa de 10 a 100 duros y arresto de 8 días a 2 meses. Si la cosa fuese poseída o detenida injustamente por otro, el arresto será de 4 a 20 días, y la multa de 5 a 50 duros». El primer párrafo del citado artículo, donde se hace mención del empleo de fuerza en la cosa, recuerda la *rapina possessionis*. Tal precepto jurídico penal fue profundamente modificado en la nueva redacción que le dio el Código penal de 1848, que sin ulteriores modificaciones es el que rige en la actualidad: en el libro II, título XIII, referente a los delitos contra la propiedad, capítulo IV, de las defraudaciones, sección II, «de la estafa y otros engaños, art. 532-1.º del vigente Código penal, cuyo tenor literal es el siguiente:

«El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder con perjuicio del mismo o de un tercero», remitiendo la penalidad a la del artículo precedente: arresto mayor y multa del tanto del triplo del importe del perjuicio que hubiese irrogado, sin que pueda ser inferior a 15.000 pesetas.

J. F. Pacheco, el más conocido y destacado comentarista de nuestro Código penal de 1848, considerado hasta fecha reciente como autor e inspirador del mismo (20). Al glosar en breves líneas el artículo 445 del citado Cuerpo legal, destinado a regular el delito de *furtum possessionis*, nos decepciona con la pobreza de su exégesis. Muestra su extrañeza porque en un Capítulo y Sección donde impera el engaño, como medio de comisión de las distintas figuras delictivas que en él se agrupan se encuentre el precepto que nos ocupa y dice: «respecto a los delitos que integran en los del artículo presente, sí hay engaño considerando el párrafo segundo, no vemos a la verdad que lo haya notorio en el párrafo primero. Lo que domina aquí y lo que veremos dominar en el artículo siguiente es sobre todo la idea de perjuicio. Cuando el dueño de una cosa mueble la sustrae de quien la tiene legítimamente en su poder, no tenemos necesidad de inquirir el medio de que se haya valido, sino del daño, el perjuicio que hubiese ocasionado..., lo capital en el mismo es el perjuicio que se irroga» (21).

su casa empeñara a otro o después se la furtare, *pechela así como de hurto*».

(20) En sentido contrario, véase mi artículo: *Observaciones sobre la intervención de don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código penal de 1848*. Madrid, 1975, ADP, págs. 407 y ss.

(21) PACHECO, J. Francisco, *El Código penal, concordado y comentado*, tomo III, Madrid, 1849, pág. 373.

Comete el autor de este comentario un grave error de apreciación en cuanto que el art. 409 del Código penal de 1822, con el que establece con-

Trata el citado comentarista de justificar la innovación por la realidad del perjuicio, lo que de ningún modo explicaría la razón de incluirlo entre las estafas. No obstante, la evidencia del error técnico, ha seguido transmitiéndose a través de las múltiples reformas de los Códigos y trascendido a buena parte de los hispanoamericanos (22).

Daño y perjuicio son en consecuencia para Pacheco, los valores existenciales del *furtum possessionis* en nuestra legislación penal. No se interesa por el derecho real que resulta lesionado, ni en las distintas formas en que la agresión puede manifestarse, ni hace alusión alguna a la legitimidad del título traslativo de la posición de la cosa mueble, objeto de este delito, y cuantos otros problemas se derivan de un correcto y detenido análisis del citado precepto. La doctrina jurisprudencial parece seguir idéntico criterio al declarar reiteradamente que, *el perjuicio es el elemento esencial y sin la existencia del mismo difícilmente puede apreciarse esta figura delictiva*.

Groizard, hace un fino e inteligente análisis del *furtum possessionis*, en sus comentarios al Código penal de 1870, sin aludir al Código de 1822, con el que no establece concordancia. Llega en síntesis a la siguiente conclusión: que a los actos a que se refiere el texto, son aquellos en que se transmitirá la posesión de una cosa mueble, esos contratos son: arrendamiento, mandato, comodato, prenda, depósito voluntario y judicial. Y defiende, que a excepción del caso del *prendario*, la lesión de los derechos de los otros poseedores no reúne las condiciones suficientes para dar lugar a una figura de delito, basándose en que en el Derecho civil puede tener su legítima y suficiente reparación (23).

Respecto al depósito judicial, estima que por su naturaleza, no debe ser calificado como delito contra la propiedad. El derecho en el agredido, no es un derecho particular, es un derecho social, cuya protección debe establecerse en los Códigos entre los delitos

cordancia en sus comentarios, no responde en modo alguno a los delitos defraudatorios, sino que en él se tratan: "de los que con perjuicio de terceros falsifiquen cualquier efecto, marcas, sellos o contrasellos...", en el tit. 5.º "De los delitos contra la fe pública"; cap. 4.º "De las falsedades en documentos privados, sellos, marcas y contraseñas de los particulares" que en nada afectan a los delitos patrimoniales.

Mientras que el llamado *furtum possessionis*, que responde al art. 445 del Código de 1848, se encuentra localizado en nuestro primer Cuerpo penal, nada menos que en el art. 809, correspondiente "a los delitos contra la propiedad de los particulares y de la fuerza y violencia contra las propiedades y de los despojos"; tit. 3.º, cap. IX, Código penal 1822.

Lo que sí es de lamentar es que tal error se haya perpetuado hasta nuestros días en algunos Tratados de Derecho penal español de mayor difusión en nuestros días.

(22) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Parte especial de Derecho Penal*, II edic., puesta al día por Carlos García Valdés, Madrid, 1977, págs. 837-8.

(23) GROIZARD, A., *El Código penal de 1870, concordado y comentado*, t. VII, Salamanca, 1897, pág. 235.

contra la Justicia, ya que se falta al respeto debido a la providencia judicial o a los mandatos de la autoridad (24).

Antón Oneca, señala con todo acierto que el Código penal español al configurar el delito de estafa contiene multitud de figuras incompletas y algunas fórmulas vagas y complementarias; simples bocetos y no definiciones precisas, como los ordenamientos usan para la técnica penal (25). De entre estas formas, el *furtum possessionis* puede encontrarse entre las llamadas complementarias.

La sustracción de cosa propia, del artículo 532, 1.º de nuestro Código penal, llama poderosamente la atención, tanto por su inadecuado emplazamiento en nuestro Código, como por su parquedad en la redacción del tipo de injusto.

No puede hablarse en rigor, dice Quintano, de un delito contra la propiedad, ni como hurto ni como estafa, por cuanto que falta la mínima condición de ajeneidad en la cosa (26), quedando la conducta vedada a extenderse al artículo 514, ya que la cosa ha de ser tomada en contra de la «voluntad de su dueño» (27). Carece también el citado precepto, de la conducta engañosa, como presupuesto doctrinal de la estafa, alejándolo así, de esta especie delictiva, lo que hubiera merecido según Quintano, la denominación de pseudo-estafa.

Sólo en la doctrina italiana, a través de la original posición adoptada por Manzini, afirmando paradójicamente que, la cosa puede ser a la vez propia y ajena, sosteniendo con ello la posibilidad de la existencia de hurto de posesión de parte del propietario (28). Para el citado autor, el hurto del propietario sería posible, cuando la cosa que le pertenece fuese poseída por otro, por un título que implique el ejercicio de una potestad inmediata de disposición o del goce de dicha cosa. Y así es como la cosa propia se tornaría «ajena» en el sentido del artículo 624 del Código penal italiano, a causa de haber pasado efectivamente a la posesión ajena (29).

Quintano hace la salvedad de que en el Código penal italiano, este tipo delictivo, sigue figurando sin previsión alguna específica a título de hurto (30).

(24) GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *Op. cit.*, t. VII, págs. 237-38.

(25) ANTÓN ONECA, J., *La estafa y otros engaños*. NEJS, IX, separata, Barcelona, 1957, pág. 1.

(26) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Op. cit.*, pág. 836.

(27) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *El hurto propio*, Madrid, 1946., página 133.

(28) MANZINI, V., *Trattato di diritto penal italiano*. T. IX; Turín, 1952, núm. 3229, págs. 36-37.

(29) RANIERI, S., *Manual de Derecho Penal*, t. VI, Bogotá 1975, traducción de J. Guerrero, pág. 18.

(30) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Parte especial de Derecho penal*, t. II, Madrid, 1977, 2.^a ed., puesta al día por Carlos García Valdés, página 836, nota (22). Manifiesta el autor, refiriéndose al Código penal italiano, que en él el hurto de cosa propia se castiga como simple hurto y dice: "ello es debido a que en la definición de hurto del art. 624 de

Excurso: El «Pfandkehr» del StGB alemán.

Antes de entrar en el análisis de los diferentes elementos que integran al delito de «sustracción de cosa propia», es oportuno consignar, que este tipo legal lleva una existencia olvidada en nuestra literatura jurídico penal, lo que no ocurre en otros países, ya que el tratamiento que ha recibido de parte de la doctrina científica y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no satisface ni a la dogmática ni a la política criminal; lo que estimula a prestarle una mayor atención a tan interesante figura delictiva, frente a la reforma, más o menos próxima de nuestro Código penal, que necesariamente habrá de ocuparse de desarrollar y precisar la estructura de este tipo de delito, por exigencia en buena parte de la nueva política de desarrollo socio-económico, que impone inexorablemente una revisión de los delitos patrimoniales.

Por lo general la mayoría de los Códigos extranjeros conocen este delito, presentando en su tratamiento, matices y peculiaridades dignas de tenerse en consideración. En unos podemos observar que adquiere una situación de verdadera autonomía, con el carácter de «delito especial», como ocurre en la legislación penal alemana y francesa, la primera a través del «Pfandkehr» y la segunda bajo la figura del «retournement». En ocasiones se encuentra regulado por leyes especiales, allí donde el ordenamiento punitivo carece de la influencia del derecho romano, al que se debe sus primeras valoraciones jurídicas, o bien llevado por la imperiosa necesidad de un tratamiento adecuado a las exigencias de una moderna técnica jurídica. El interés que vamos a prestar por la regulación normativa del *furtum possessionis* en el Código penal alemán, se debe al alto grado de desarrollo que ha alcanzado este tipo injusto en la literatura germana, lo que puede contribuir a renovar nuestra anticuada legislación en el delito que nos ocupa.

En el Código penal alemán, la paralela figura delictiva, a nuestro «hurto de cosa propia», recibe la genérica denominación de «Pfandkehr» cuya definición legal se recoge en el § 289 del StGB, que ha servido de modelo a gran parte de las legislaciones de otros países.

su Código, se alude al apoderamiento de cosa mueble sustraída de quien la detente, sin referencia alguna a la propiedad, lo que hace más comprensible los supuestos de *Furtum possessionis*". A nuestro juicio, la confusión parte de entender que la doctrina de Manzini, anteriormente citada, había sido acogida en el derecho positivo penal, lo que debe rechazarse, ya que el mismo Manzini reconoce que: "el hurto de posesión es una figura de delito que no se castiga como hurto. El propietario de una cosa sometida a pignoración o secuestro sustrayéndola, comete un delito contra la Administración, prevenido en el art. 334, y si fuere otra la conducta será constitutivo de estafa el art. 640 (MANZINI, V., *Op. cit.*, núm. 2333, pág. 105). Por último, la definición de hurto del art. 624 del Código penal italiano disipa toda duda de que tenga cabida en él la figura del *furtum possessionis*, ya que literalmente se expresa en los siguientes términos: "el que se apoderase de una cosa mueble *ajena* sustrayéndola al que la retiene, con el fin de sacar provecho para sí mismo o para otros será castigado...".

Este delito debe su nombre a Lenz, si bien Binding, extendió «esta buena expresión alemana», empleando también los términos, «robo de posesión», «sustracción de posesión», «privación de posesión» y «usurpación de posesión». Sin embargo, Binding, reconoció que era usual pero no inofensivas estas expresiones, ya que indicaban el medio y no el objeto de agresión, el cual estaba constituido por determinados derechos posesorios. Herburger, es de la misma opinión, y utiliza para ese precepto el término «perturbación del derecho de posesión», el cual es también para Maurach el más acertado, junto al de «frustración del derecho» (31).

Este delito, que se incluyó en época reciente en la legislación alemana, su idea fundamental coincide con la del *furtum possessionis* romano. El derecho prusiano calificó esta conducta de robo. El Código penal bávaro de 1813, sancionó este delito como estafa, lo que supone una pura coincidencia con la calificación que en la actualidad ostenta este tipo legal en nuestro Código. El patrón inmediato del actual «Pfandkehr», es el § 271 del Código penal prusiano, justificando la calificación de robo bajo el argumento de que «para el poseedor de la cosa cuyo derecho había sido violado, no importaba si la violación partió del propietario o de un tercero en favor del anterior» (32).

Frank, considera que el «Pfandkehr» posee un contenido más amplio que el *furtum possessionis* romano, ya que ha incluido la figura de un tercero que actúa en favor del propietario (33).

La naturaleza jurídica del delito de «Pfandkehr» se determina al castigar al propietario que sustrae un bien mueble, del usufructuario, acreedor prendario, de que tiene un derecho de uso o retención, también se pena a cualquier persona que someta la misma acción «en favor del propietario». La enumeración de los titulares de los derechos protegidos, sólo se hace en la Ley a título de ejemplo (34). En sentido contrario, Küchenhoff mantiene que: «la enumeración de los titulares de derechos reales es claramente terminante, y en ningún caso a título ejemplificador (35). Es de advertir, que en la legislación germana al § 289 (36), existe otra figura delictiva reco-

(31) KÜCHENHOFF, *Dogmatik, Historische Entwicklung und Künftige Ausgestaltung der Strafvorschriften gegen die Pfandkehr*. Diss. Heidelberg 1975, págs. 6 y ss.

(32) BINDING, K., *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*. B. T. Leipzig, 1902, pág. 318 y nota (1).

(33) FRANK, R., *Das StGB für das Deutsche Reich*. Tübingen, 1908, pág. 486.

(34) MAURACH, R., *Deutsches Strafrecht*. B. T. 1969, pág. 275.

(35) KÜCHENHOFF, *Op. cit.*, pág. 13.

(36) Definición legal del § 289 del StGB: "Wer seine eigene bewegliche Sache oder eine fremde bewegliche Sache zugunsten des Eigentümers derselben dem Nutzniesser, Pfandgläubiger oder demjenigen, welchem an der Sache ein Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, in rechtswidriger Absicht wegnimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. ("El que se apodera con intención ilícita de su propia cosa mueble, o de una cosa mueble ajena en favor del propietario, del usufructuario, el acreedor o al que corresponde

gida en el § 137, que protege en forma especial la posesión frente a los actos de perturbación que pueda efectuarle, lo que crea en la doctrina una divergencia de criterio respecto a la posible situación concursal, o de «lex specialis» frente al «Pfandkehr». Tal conducta está recogida en el § 137 del Código penal alemán, siendo la solución más correcta dentro de la doctrina alemana el que ambos preceptos constituyen tipos legales claramente diferentes. En el Pfandkehr se protege los derechos de seguridad individual, en el § 137 («Verstrickungsbruch; Siegelbruch») se tutela el poder estatal, al acreditar a través de la intervención de los Organos de Justicia la situación legal del embargo o secuestro de determinados bienes, controlados por medio de sellos oficiales (37).

II. BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Los «Delitos contra la propiedad» se encuentran regulados en el título XIII, del libro II del Código penal, tal denominación es plenamente recusable, por inapropiada en la mayoría de los supuestos, en que no es la propiedad, sino la posesión y aún la mera tenencia la que entra en juego, con riesgo de inducir a error a la hora de perfilar las tipologías penales por acostumbrarse a utilizar expresiones que provienen del derecho privado (38).

Este título en su redacción actual no responde a las necesidades de la vida social moderna, ni tampoco a las de un estudio serio y científico (39).

Mayores dificultades y controversias sin cuento ha originado el trasplante a lo penal de la figura civilista de posesión, o de la desatentada previsión del artículo 532-1.º (40), ejemplo ya clásico, que junto con los artículos 556 y 562 del Código penal, permite advertir que precisamente en ello el sujeto activo del delito es a la vez *propietario* de la cosa objeto de la acción.

Por ello, la doctrina dominante tiende cada vez más a la denominación de «delitos contra el patrimonio», dando así, mayor amplitud al ámbito del bien jurídico que se intenta proteger. Por patrimonio entendemos, según Muñoz Conde, «el conjunto de relaciones jurídico-patrimoniales, que tienen un valor económico (41)». Ello nos permite establecer la adecuada tutela penal a la posesión, como elemento integrante del patrimonio.

De la importancia de los derechos de posesión y propiedad, nos:

un derecho del uso o de retención, será castigado con pena de privación de libertad hasta tres años y multa”).

(37) Sobre este tema véase HIRSCH, en ZStW-82, 1970, pág. 82.

(38) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Op. cit.*, pág. 3.

(39) RODRÍGUEZ DEVESA, *Consideraciones generales sobre los delitos contra la propiedad*. ADP, 1960, págs. 46 y ss.

(40) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Op. cit.*, pág. 5.

(41) MUÑOZ CONDE, *Derecho penal* (Parte especial), 2.ª ed., Sevilla, 1976, pág. 167.

dice con inteligentes y afortunadas frases el profesor Navarrete Urieta: «que dentro de la línea proteccionista o defensiva nos encontramos con dos artículos en el Código penal, que son como un cruce de fuegos, el artículo 535 y el artículo 532. En el primero se defiende la propiedad contra la posesión; en el 532 se defiende la posesión frente a la propiedad. La propiedad es la máxima expresión del poder del hombre sobre la cosa. La posesión no es la propiedad y si bien puede ser y normalmente constituye uno de los modos de manifestarse la propiedad, en realidad se trata del ejercicio de un derecho independiente de su existencia» (42).

No obstante y aunque sea con carácter excepcional, como indica Miehe «para el titular de un derecho real sobre una cosa, como es el de posesión, esto puede tener mucha más importancia, que el pleno derecho sobre las cosas; con esto se hace referencia a los usufructos y a los compradores de reserva de dominio, cuya posición desde el punto de vista económico se asemeja a la propiedad» (43).

Es necesario observar cómo la *posesión* encuentra su máxima protección en el Derecho privado, en el artículo 446 del Código civil, donde se consagra un principio de carácter universal al decir: «que todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y si fuese inquietado en ella deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establezcan». Toda perturbación posesoria es una injusticia, una arbitrariedad que hay que repeler. Debe evitarse de propia mano, que sólo puede engendrar un ataque al orden público y a la pacífica convivencia social, creando sólo desorden y anarquía. La Ley no puede permitir tal situación, por lo que reclama la intervención de la justicia, para restaurar el orden y la equidad, perturbada por el ataque a la posesión. Al poseedor sólo se le concede protección interdicial, más este carácter de especial tutela, no afecta al principio general de que donde se viola un derecho la Ley concede al lesionado jurídicamente, todos los medios legales instituidos para su defensa a través de los Organos de Administración de Justicia. Siendo uno de estos medios el Derecho penal, que en cumplimiento de los fines proteccionistas a los bienes y valores jurídicos hace que esté reservado para los supuestos de mayor gravedad, allí donde la norma procesal sea insuficiente para reparar la lesión causada. La protección que el Derecho penal ofrece a la posesión, a través del *furtum possessionis* es limitada y actúa con cierta peculiaridad y autonomía, que le viene impuesta por exigencia de su propia estructura.

El artículo 532-1.º presenta un especial contenido, ya que sólo protege al poseedor de las agresiones que su legítimo estado pose-

(42) NAVARRETE URIETA, J. M.^a, en prólogo al *Delito de apropiación indebida* de SÁINZ-PARDO CASANOVAS, Barcelona, 1978.

(43) MIEHE, *Beiträge*, 1971, S. 303, Fussn. 23/S. 315 y S. 25/118; § cit. por KÜCHENHOFF, *Op. cit.*, pág. 147.

sorio pueda sufrir de parte del propietario de la cosa por él poseída, lo que le otorga la categoría de delito especial por el reducido ámbito en la autoría. Exigiendo a la vez, que el derecho de posesión sea *legítimo*.

La posesión legítima a efectos penales, debe entenderse tanto como poder jurídico, como señorío o poder exclusivamente de hecho, lo que quiere decir, que el poder fáctico o la simple posesión precaria de la cosa, también obtiene protección en el derecho punitivo, no pudiendo ser privado el poseedor sino por vía lícita (44).

Sin reserva podemos afirmar que, el bien jurídico protegido en el «hurto de cosa propia» es el derecho de posesión, así lo confirma la sentencia de 16 de enero de 1940, al entender que «el perjuicio no es necesario que cristalice en una cifra determinada por no perseguirse en estos casos la magnitud de un daño, sino la «lesión de un derecho». En consecuencia, podemos afirmar que se trata en este delito de un atentado por la *vía de hecho* al libre ejercicio de los derechos individuales, legítimamente constituidos. Por ello, no convence el criterio sustentado por algunos tratadistas al estimar que se trata de un ejercicio arbitrario del propio derecho, identificándolo con la máxima: «de tomarse la justicia por su mano». Pero hemos de observar, que el propietario carece al momento de la acción, de capacidad jurídica sobre la cosa cuya posesión ha cedido legítimamente a otro, ya que el derecho que asiste al poseedor, elimina toda posibilidad de un derecho de rango superior de parte del dueño. Tampoco es convincente la tesis de Quintano, al matener que se trata de una figura de coacciones (45), pues la sustracción es pacífica, como indica Muñoz Conde; al manifestar que, en este tipo de delitos la acción se delimita de un modo negativo por la no concurrencia de violencia o intimidación, teniendo mayor semejanza con el hurto desde el punto de vista de la modalidad comisiva (46).

La doctrina alemana ha desarrollado ampliamente a través del § 289 el bien jurídico protegido, concretado en la tutela penal a la posesión, o a los derechos que de ella dimanen. Así, Schäfer (47), afirma con referencia al § 289 StGB que: «éste no tutela la propiedad ni la posesión del titular de un derecho real, sino el derecho que existe *sobre* la cosa. Si no existe este derecho, la posesión sólo de hecho no encuentra protección en el «Pfandkehr». Welzel indica que «el bien jurídico protegido no es la posesión, sino los cuatro derechos de garantía o disfrute, que se recogen en el § 289 (48). Sin embargo, Berghaus ante la duda de si los derechos

(44) ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, t. III —«Derecho de bienes»—. Barcelona, 1976, pág. 63.

(45) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Op. cit.*, pág. 836.

(46) MUÑOZ CONDE, F., *Op. cit.*, pág. 231.

(47) SCHÄFER, *StGB*. L.K. 1977, pág. 26 —I—, 1.º.

(48) WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*. B.T. Berlín, 1969, página 637.

de garantía caen también bajo la protección del citado párrafo, manifiesta que, Welzel, amplía el ámbito de protección «expressis verbis» al derecho de garantía, pero que no puede exponer ninguna esfera de aplicación práctica, porque la cosa no está en poder del titular del derecho real. Berghaus delimita el ámbito de protección de los párrafos 289 y 288. El primero protege el derecho de prenda constituido bajo garantía, el segundo tutela el derecho de acreedor a la satisfacción manifestada en un derecho de prenda constituido bajo garantía de embargo en el caso de las cosas muebles (49).

Vuelve a insistir Binding, en que lo protegido en la norma son cuatro derechos: prenda, usufructo, uso y retención (50). «Sólo protege el derecho de posesión legalmente reconocido —dice Maurach— y añade que la naturaleza del delito se encuentra en la perturbación de un estado de posesión respecto de un bien mueble» (51). H. Otto, en la misma orientación afirma, que en § 289 se protege el posible ejercicio de ciertos derechos (52). La conducta no se dirige contra la mera posesión, sino contra la posesión basada en un derecho, sostiene Harburger (53).

Queda como criterio general, que la lesión no se contrae a la posesión, sino en determinados y concretos derechos reales sobre la cosa.

III. TIPO DE INJUSTO

III.1. ASPECTO OBJETIVO

La conducta típica

El artículo 532-1.º para expresar el aspecto objetivo de la conducta, utiliza el verbo *sustraer*, que equivale a apoderamiento, sacar o retirar la cosa que se encuentra en legítima posesión de otra persona distinta del dueño. Pero orientada a anular el poder de disposición legal del poseedor, con la finalidad de causar un perjuicio. Por ello, la simple sustracción de la cosa no puede interpretarse como lo vienen haciendo algunos tratadistas en un ejercicio arbitrario del propio derecho, ya que el autor no realiza su derecho, porque carece de derecho alguno sobre la cosa objeto de la sustracción (54), tanto se encuentre en posesión legítima de otro.

(49) BERGHAUS, Hartwig, *Der Strafrechtliche Schutz der Zwangsroelstreckung*.

(50) BINDING, K., *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, B.T., t. I, Leipzig, 1902, pág. 318.

(51) MAURACH, R., *Deutsches Strafrecht*. B.T. 5.ª ed., 1969, páginas 74-6.

(52) H. OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, Berlín, 1977, pág. 215.

(53) HARBURGER, *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts*. B.T. Band IV, Berlín, 1907, pág. 141.

(54) BAJO FERNÁNDEZ, M., *La realización arbitraria del propio derecho*, Edic. Civitas, S. A., 1976, pág. 63.

La acción requiere que la cosa se encuentre en posesión legítima de personas distintas al dueño. Los supuestos en que la cosa ha quedado bajo la custodia del propietario es irrelevante al apoderamiento, ya que la cosa no ha llegado a poder de persona distinta del autor.

El criterio de que la conducta está basada exclusivamente en la sustracción de la cosa, tiene un hondo raigambre histórico en la doctrina jurisprudencial, aunque interpretado en forma hartamente rudimentaria y confusa, desvirtuando con ello el verdadero sentido del bien jurídico protegido, así en la sentencia del 28 de abril de 1870, se aprecia el delito del artículo 532-1.º «en el caso del propietario que se apodera de los frutos de la finca embargada». En la sentencia de 19 de junio de 1923, «al que sustrae una cosa mueble de su propiedad constituido en depósito judicial». En tal supuesto, puede aplicarse, sin lugar a dudas, que la conducta del sujeto afecta a bienes jurídicos de diferente naturaleza: existe de una parte, un quebrantamiento de la autoridad judicial que constituyó el depósito, y por tanto lesiona los intereses de la administración de justicia, y de otra, la conducta básica que sigue siendo «un hurto de cosa propia», que en este caso ataca a la garantía que supone el depósito judicial, debiendo aplicarse el régimen concursal previsto para estos supuestos, entrando en juego el artículo 532-1.º y las disposiciones del artículo 237, que tratan de la desobediencia a la autoridad judicial y a sus agentes. Ello se debe, a que en nuestro Código penal no existe paradójicamente, precepto alguno que incrimine esta conducta, como un delito contra la administración de justicia. Sin embargo, la jurisprudencia —aunque ello nos parezca inexplicable desde el punto de vista de la más estricta dogmática penal—, tampoco considera esta conducta desde la óptica concursal, parece que tiende a valorar exclusivamente la lesión patrimonial, olvidando que también se atenta contra la obediencia el mandato de la autoridad judicial gravemente vulnerada por la conducta del autor.

Más criticable son las sentencias de 20 de octubre y 11 de noviembre de 1887, declarando que: «incurrir en la responsabilidad de este artículo (441, C. p. 1870) el que teniendo en su poder como administrador o depositario, frutos de bienes que se le ha notificado conserve, dispone de ellos y se aprovecha de su importe».

Insostenible y desafortunada es la calificación que en esta sentencia se hace, al castigar los hechos descritos como «hurto de cosa propia», del artículo 532-1.º, cuando se aprecia sin lugar a dudas que se trata de un delito de apropiación indebida, recogido en el artículo 535 del Código penal.

Produce cierta perplejidad la sentencia de 9 de noviembre de 1888, al calificar de *furtum possessionis*: «los que se apoderaran en los almacenes de una Aduana de un bulto, para sustituirlo por otro que devengaba menos derecho». Debe rechazarse esta calificación de nuestra antigua jurisprudencia, ya que no existe lesión:

patrimonial alguna, por lo que cabría considerar la citada conducta como atípica para el Derecho penal ordinario, si bien habría de apreciarse un fraude tributario, sancionado en la legislación especial de Aduana.

Diñcilmente se puede identificar la acción descrita en el artículo 532-1.º con la aplicación extensiva y arbitraria que el Tribunal Supremo ha venido haciendo de la conducta típica del delito de «hurto de cosa propia».

En el marco de la doctrina alemana, el criterio de que la conducta está referida sólo a la sustracción de la cosa mueble, tuvo sus defensores (55). Imponiéndose con posterioridad lo que hoy puede considerarse criterio general, que mantiene que la motivación de la sustracción no es obtener la posesión de la cosa con el fin de incorporarla a su patrimonio, sino el desplazamiento del alcance del poder legal del poseedor (56), es decir, de la esfera del derecho, de aprovechamiento, uso y disfrute inherente al derecho real que ostenta.

Aunque el acto pueda residir en la sustracción de la cosa mueble, la *ratio legis* es la frustración del ejercicio que corresponde al titular del derecho real (57). Todo desplazamiento de lugar, anula los derechos inherentes a la posesión de la cosa.

Si el sustraer el bien mueble implica necesariamente su destrucción, no daría ello lugar a un delito de daños de cosa propia, sancionado en el artículo 562 del Código penal, por carecer la conducta de la finalidad exigida en el citado precepto.

El apoderamiento puede recaer sobre la totalidad de la cosa o en parte de ella, siempre que no implique incapacidad o menoscabo de su utilidad.

También se contempla la conducta tipificada en el artículo 532 del Código penal, cuando la cosa es sustraída a un tercero, quien la posee, para asegurar con eficacia su conservación y, el propietario la detrae del detentador (58).

La separación temporal por el propietario de la cosa, de su legítimo poseedor con fines de mejora (59), no constituye sustracción en el sentido de «hurto de cosa propia», por carecer de ánimo de perjudicar al legítimo poseedor. Distinto sería si la cosa es tomada por escaso tiempo, que de no mediar consentimiento del poseedor, supondría sustracción típica, por interferir tal conducta el poder de disposición que el poseedor tiene adquirido sobre la cosa poseída.

(55) FRANCK, R., *Das StGB für das Deutsche Reich*. Tübingen, 1908, § 289-III y SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB Kommentar*, München 1976, § 289, quienes defienden el criterio minoritario.

(56) La opinión más generalizada viene defendida por: BINDING, *Lehrb. Op. cit.*, pág. 318; MAURACH, *Op. cit.*, B.T. pág. 276; DREHER, *StGB*, 1977, § 289-1-a; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlín, 1979, pág. 367; SCHÄFER, L. K., § 289, 9-2.

(57) DREHER, E., *StGB*, § 289-2-a, 1977.

(58) BINDING, *Lehrb. cit.*, Leipzig, 1902, pág. 253.

(59) BINDING, *Op. cit.*, págs. 253 y ss.

Por sustracción, debemos entender —como núcleo de la conducta típica—, toda acción mediante la cual la cosa es sustraída de la legítima competencia del titular de un derecho real sobre la cosa, de tal forma que se le imposibilita el ejercicio del derecho que sobre ese bien mueble posee (60), determinando un perjuicio que debe ser valorable económicamente.

En este sentido se han manifestado la sentencia de 1 de marzo de 1960, al señalar: «que no se persigue en este caso la magnitud del daño sino la lesión de un derecho (60 bis).

Cabe citar el supuesto, en que la cosa perdida por el poseedor, es encontrada por el propietario de la misma, quien no la reintegra a su poseedor. En tal hipótesis, la conducta sería *atípica*, ya que no existe verdadera *sustracción* de la cosa mueble del ámbito de poder que el poseedor ostenta sobre la misma.

Tal sería la solución acorde con el más riguroso dogmatismo jurídico penal, que defiende, que cuando «el legislador, al describir las conductas típicas, recurre en ocasiones a verbos que ya de por sí, en atención a su propia significación semántica equivalen a la producción de un cierto resultado en virtud de actos positivos» (61). Lo que veda el reconocimiento penal de la conducta de comisión por omisión, aunque por esta forma de actuar se alcance idéntico resultado que a través de una conducta activa.

La posibilidad de considerar punible la comisión por omisión podrá plantearse, no sólo cuando el tipo se limite a prohibir literalmente la causación o producción de un determinado resultado,

(60) TIEDEMANN, *Der praktische Fall-Strafrecht*; JuS 1967, Heft 1, pág. 27.

(60 bis) Para ANTÓN ONECA, “la lesión de un derecho cuando no hay perjuicio económico debe ser cuestión exclusivamente civil”. En *La estafa y otros engaños*, NEJ, Barcelona 1957. Separata, pág. 12.

(61) CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código Penal I*; Barcelona, 1972, pág. 8, nota (7). En suma, manifiesta el citado autor: “únicamente serán punibles aquellas formas de comisión por omisión tipificadas por la ley, ya se trate de una figura específicamente dedicada a la omisión causante de un resultado modalidad de los artículos 371, párrafo segundo, 376, 395, ya de la configuración de un supuesto de producción de un evento para el que la ley no exige su originación en actos positivos”. Así, el estudiante que, al encontrarse en su cartera la pluma de su compañero que éste ha colocado allí por error, se abstiene con ánimo de lucro de devolverla, consume el resultado propio del hurto, pero no puede estimarse la figura del número uno del artículo 514, porque la traslación de la cosa al patrimonio propio no se ha originado por actos positivos, y los mismos son exigidos por la expresión legal “tomare”. Al faltar uno de los dos requisitos encerrados en tal término la conducta omisiva será atípica.

No parece ser éste el criterio jurisprudencial que tradicionalmente ha venido manteniendo el Tribunal Supremo, ya que, en reciente Sentencia de 10 de octubre de 1979 (R. 3496), califica de hurto del art. 514-1, quien recibió de un Banco un reintegro desproporcionadamente más alto que el que se tenía en una cartilla de ahorro, en lugar del saldo favorable que se quería cancelar, y que arrojaba una cantidad muy inferior a la recibida. En análogo sentido las Sentencias de 23 de febrero de 1945, 4 de febrero de 1970, 11 de febrero de 1973.

sino también ante aquellos tipos cuyo sentido indique que lo que ha tratado de prohibirse —a pesar de emplear un verbo activo— y, por tanto, lo que ha querido castigarse es la verificación de un resultado, con independencia de que su producción sea la consecuencia de una acción positiva o de una omisión. Pero tal posibilidad habrá de excluirse radicalmente cuando el propio tenor literal del tipo, mediante *el empleo de determinados verbos de significado inequívocamente activo*, indique que su sentido es el de contraer la punibilidad exclusivamente a la producción de un resultado a través de un hacer punitivo (62).

La opinión más probable, dice Quintano (63): «es la de entender que la equiparación genérica es reservada a los delitos de falsa omisión o de comisión por omisión», que no precisan de una tipicidad omisiva expresa», lo que, a juicio de Rodríguez Mourullo supone considerarlas incluidas en el término «acción en sentido estricto» (64).

La realidad nos demuestra, la existencia de un sector doctrinal que reclama con insistencia un amplio reconocimiento de los delitos de comisión por omisión, siempre que en tal conducta concurren determinados condicionamientos. La orientación moderna ha ido admitiendo en todos los países una serie de hipótesis, en las que si no se impide el resultado delictivo se comete un delito de comisión por omisión.

La doctrina alemana es la que lo ha hecho con mayor amplitud por medio de la teoría del deber jurídico de obrar, los italianos han resuelto el problema por la vía legislativa, pues el artículo 40, de su Código penal dice que «no impedir un resultado, que se tiene el deber jurídico de impedir equivale a causarlo» (65).

La interpretación más adecuada es la que reduce los casos de comisión por omisión a aquellos en que, la omisión es equivalente a la acción, parece la única procedente en legislación como la nuestra, donde no hay ningún precepto de carácter general que extienda la responsabilidad de un modo expreso a esta clase de hechos (66).

Para imputar la comisión por omisión, es preciso que ésta pueda considerarse comprendida en una figura de delito, según la interpretación que a ésta da el común sentir (67).

Corresponde al juez como indica Wezel, determinar las características objetivo-personales, que permitan realizar esa interpretación y en definitiva reconducir la omisión que no impidió el

(62) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La Omisión de Socorro en el Código penal*. Madrid, 1966, pág. 107.

(63) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho penal*, t. I, Madrid, 1963, pág. 214; citado por RODRÍGUEZ MOURULLO, *Op. cit.*, pág. 105.

(64) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Op. cit.*, pág. 105.

(65) ANTÓN ONECA, J., *Apuntes de Derecho Penal*, Parte General, Curso académico 1965-66, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, por Carlos María Landecho S. J., pág. 205.

(66) ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, t. I, 1949, pág. 173.

(67) ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, *Op. cit.*, págs. 172-173.

evento al tipo legal cuyo sentido es el de prohibir la producción del resultado. Los tipos de comisión por omisión son por tanto, en parte de configuración legal y en parte de configuración jurídica (68).

De entre las diversas doctrinas orientadas a resolver la valoración jurídico penal de los delitos de comisión por omisión, la que mayor aceptación tiene es, la del deber jurídico de obrar.

La reducción de la posibilidad de admitir la comisión por omisión a las hipótesis en que existen un auténtico deber jurídico de garantía, parece que entraña un progreso al que no debe renunciarse. A su vez la consagración legislativa de este principio debe considerarse también como un avance positivo (69).

El deber jurídico de obrar comporta la figura del garante, quien tiene la obligación de evitar el resultado. Tal figura puede surgir de la ley, de un contrato, o de un acto lícito anterior, donde el sujeto viene obligado a impedir el resultado de su acción precedente (70).

Sin embargo, Antón Oneca advierte, con acertado criterio, el peligro que comporta la teoría del deber jurídico de obrar, si se acepta en toda su extensión, ya que podría fallar la seguridad jurídica, anclada en el principio de legalidad.

Por ello cree que hay que restringir el delito de comisión por omisión a los casos en que en la estimación social al no impedir el resultado, equivale a causarlo activamente. Aunque no estima admisibles los tres principios enunciados sin más restricciones (71).

La base de la responsabilidad del hurto de cosa propia del artículo 532-1.º de nuestro Código, en comisión por omisión, se encuentra en la conducta que infringe la obligación de devolver o consignar impuesta en el artículo 615 del Código civil: «El que encontrase una cosa mueble que no sea tesoro, debe restituirla a su anterior poseedor»... «Dicho precepto constituye en garante al propietario de la cosa; que tras encontrarla no la reintegra a su legítimo poseedor, la no realización de la acción esperada impuesta por disposición de la ley, equivale a la producción del resultado previsto en el artículo 532-1.º. La conducta precedente es contraria al deber de restituir.

La obligación jurídica de restituir, constituye una norma de carácter general, pero que vincula con especial significación al dueño de la cosa, ya que aún en el supuesto de desconocer la existencia y contenido del 615 del Código civil, no puede ignorar la relación jurídica existente que le obliga a restablecer al poseedor en el pacífico goce de su derecho posesorio. De aquí, que su

(68) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La Omisión de Socorro en el Código Penal*, Op. cit., pág. 79.

(69) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Op. cit.*, pág. 89.

(70) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Op. cit.*, pág. 88.

(71) ANTÓN ONECA, J., *Apuntes de Derecho, Parte General*, Op. cit., pág. 206.

posesión de garante sea más relevante, y en consecuencia, se encuentra potenciada frente a un no propietario que está también bajo la esfera de actuación del 615 del Código civil. En consecuencia, cumple la exigencia fijada por Rodríguez Mourullo (72), de no contentarnos sólo con la existencia de un simple deber jurídico de actuar, sino con un «deber jurídico de características muy concretas», que convierta personalmente al obligado en garante de la no producción del resultado y por tanto, sea un deber que posea el sentido de querer fundamentar una responsabilidad criminal respecto al resultado no impedido.

De lo anteriormente expuesto, deducimos, que no obstante estar incluido el *furtum possessionis*, entre los delitos cuyo resultado requiere la realización de una conducta positiva —lo que a juicio de Córdoba Roda, excluye la posibilidad de valorar penalmente la conducta de comisión por omisión. A nuestro modo de ver, pese a tan autorizado criterio, el delito que nos ocupa cabe en comisión omisiva, cuando la conducta omisiva impropia es desencadenante de un perjuicio material previsto como resultado típico. Admitiendo que *sustraer*, es equiparable a no *devolver*, cuando por imperativo legal se viene obligado a restituir, ya que ambas conductas, tanto la activa como la omisiva impropia, conducen a un mismo resultado lesivo penado por la ley.

La consideración de algunos ejemplos, puede dar mayor claridad a nuestra tesis, en favor de la admisión del hurto de cosa propia del artículo 532-1 mediante una conducta omisiva impropia.

El propietario que se encuentra la cosa mueble cuya posesión ha cedido a otro y no la devuelve a su legítimo poseedor, no obstante constarle de forma manifiesta el interés del propietario en conservarla, y siendo consciente del perjuicio que con su conducta omisiva causa al legítimo poseedor, estimamos que tal hipótesis es perfectamente admisible en la figura del *furtum possessionis*, en comisión por omisión en base al incumplimiento de la obligación de restituir contenida en el artículo 615 del Código civil.

En el caso de que un manuscrito de gran valor es cedido por su propietario a un investigador, para que finalice un estudio sobre el mismo, contrata éste la publicación de dicha labor investigadora con una editorial de la que recibe determinadas cantidades en concepto de anticipo y parte de precio, suscribiendo un seguro contra riesgo de pérdida o destrucción del manuscrito que se le ha entregado, designando como beneficiario al propietario del mismo y, comunicándoselo oportunamente. Si fortuitamente, sin que medie culpa o negligencia, el depositario pierde el citado documento, que justamente es encontrado por su dueño, quien lo reconoce y no lo restituye a su legítimo poseedor.

De la conducta omisiva impropia de no restituir, se deduce un doble perjuicio valorable económicamente: El propietario conoce la antijuricidad de su conducta y actúa dolosamente al no rein-

(72) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Op. cit.*, pág. 111.

tegrar el objeto encontrado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 516 del Código penal.

El asegurador se verá defraudado al tener que abonar el valor de una pérdida inexistente. El investigador, al ver frustrada la posibilidad de terminar su obra, no sólo no percibirá el precio convenido, sino que tendrá que reintegrar los adelantos percibidos. Independientemente del matiz fraudulento de la conducta, es innegable que tal acción omisiva impropia, puede identificarse claramente con el tipo descrito en el artículo 532-1 de nuestro Código.

Por último, si un conocido del dueño de la cosa es el que la encuentra, por hallarse perdida y la entrega a su propietario con quien le une una gran amistad, y éste no la reintegra a quien le había entregado la posesión, con el fin de exigirle en su día el valor de la misma. Sería inadmisibles negar la consideración de estafa del artículo 532-1, por tratarse de una conducta de comisión omisiva. Por el contrario, estimamos que el silencio del propietario es lo suficientemente elocuente, como para fundamentar la responsabilidad respecto al resultado tipificado en esta figura delictiva.

De otra parte, sería notoria incongruencia el que se castigue el hurto de cosa perdida del artículo 514-2.º, y quedarse impune la conducta del dueño que halla su propia cosa mueble, cuya legítima posesión ostenta otro, y no la restituye causando un perjuicio material al poseedor, cuando ambos sujetos vienen obligados a restituir en virtud de la obligación que se deduce del artículo 615 del Código civil, ya que ambas figuras pueden considerarse como ilícitos civiles penalizados en consonancia con el precepto jurídico privado anteriormente citado.

Siempre que la abstención de la obligación nacida del artículo 615 del Código civil, pueda ser concretada en un tipo delictivo, con incumplimiento del deber de garantizar la no producción de resultado, materializado en un perjuicio económico, existiendo un ánimo doloso de dañar y considerándose reprochable en la estimación social la conducta omisiva, resulta evidente la necesidad de estimar el delito de hurto de cosa propia del artículo 532-1, en comisión por omisión.

Respecto a la posibilidad de que la cosa sea poseída en régimen de copropiedad entre dos personas, cuando una de ellas ceda la posesión de su cuota a otra, para que la utilice y disfrute en su totalidad durante un cierto tiempo, si antes de vencer el plazo se apodera de ella, pudiera contemplarse un *furtum possessionis*, contraído a la sustracción de la cuota correspondiente al otro copropietario, siempre que de tal conducta se derive un perjuicio económico...

III-2. Presupuestos jurídicos privados.

El delito de «hurto de cosa propia» viene preformado por las instituciones jurídico privadas, lo que obliga a una constante remisión a disciplinas extrapenales, fundamentalmente a los derechos mercantil y civil, ya que en el tipo objetivo de esta figura delictiva, aparece como bien jurídico protegido, la legítima posesión de cosa mueble, concepto de naturaleza privada, dinámico, que se mantiene en constante desarrollo, lo que hace difícil su aprehensión, quedando sin determinar las innumerables relaciones jurídicas, contractuales y obligacionales que se deducen de tan genérico y abstracto concepto. Mas es necesario advertir, que no todo desplazamiento de la posesión del dominio del propietario y subsiguiente apoderamiento por éste de la cosa mueble que se encuentra en el ámbito de poder de otro, constituye *furtum possessionis*, como tendremos ocasión de ver más adelante.

Ante la falta de una relación expresa de los derechos afectados por la conducta descrita en el artículo 532-1.º del Código penal, expondremos algunos de aquellos supuestos legales que se pueden considerar comprendidos en este tipo legal, o que ofrecen algún matiz especial en relación con la conducta básica del citado precepto punitivo.

Contrato de depósito

Se regula en el artículo 1.758 del Código civil y 303 del Código de comercio. En ambas legislaciones la finalidad de los citados preceptos es la custodia de la cosa depositada y su conservación hasta el momento en que deba ser restituida. Su naturaleza ofrece la más clara posibilidad de incriminación de la conducta típica del artículo 532-1.º; en aquellos casos en que el propietario sustraiga la cosa mueble entregada al poder legal del depositario, siempre que se trate de un depósito regular voluntario o judicial, si bien este último, ofrece caracteres especiales. La jurisprudencia penal ha considerado que la entrega de los bienes hechos por el Juzgado al depositario, confiere a éste el carácter de funcionario público, y los bienes hasta entonces de propiedad particular, el carácter y condición de públicos, de modo, que surge una relación jurídica con carácter de función pública, entre el depositario y el Estado, representado por la Autoridad que acordó y realizó el depósito.

Pero dado que el embargo judicial, no priva al sujeto de su condición de propietario, sino del derecho de disponer libremente y poseer sus bienes, en cuanto quedan vinculados a la Autoridad que los decretó. (S. 21 de octubre de 1958) (73).

A falta de un precepto expreso en nuestro Código penal que castigue la sustracción de estos bienes del depositario judicial por

(73) CARRERAS, Jorge, *El embargo de bienes*, Barcelona, 1957, página 449.

su propietario. Como única solución viable, el «hurto de cosa propia», entrará en concurso con el delito de desobediencia a la Autoridad del artículo 237 del Código penal.

Digno de consideración, es el supuesto, en que declarada la quiebra, de acuerdo con el artículo 878 del Código de comercio, el quebrado queda inhabilitado para la administración de sus bienes, produciéndose un fenómeno de desposesión del patrimonio del quebrado, sin que éste pierda su condición de propietario.

El Juez, de conformidad con los artículos 1.333 y 1.334 de la L.E.C., designará la persona que *ipso iure*, pasará a administrar el patrimonio del quebrado. Tal designación hecha por la Autoridad judicial, no altera la naturaleza de los bienes, y su administración adquiere carácter particular, por razón de ser considerado el síndico en la Ley como representante de la masa de acreedores.

Siguiendo el criterio doctrinal de Muñoz Conde, quien propone: que sólo quede entre los supuestos de quiebra fraudulenta, a efectos penales, aquellas conductas que no tienen una exacta calificación en el Código penal, mientras que las que figuran como delitos autónomos, una vez cumplidas su misión de calificar la insolvencia en el campo del Derecho privado, deben ser juzgadas independientemente, y en base a su regulación en el Código penal (74). En base a tal criterio, no vemos inconveniencia en apreciar «un hurto de cosa propia» del artículo 532-1.º del Código penal, «si hecha la declaración de quiebra el comerciante detrajere de la masa de la quiebra, bienes de su pertenencia», de acuerdo con la circunstancia 15.ª del artículo 890 del Código de comercio.

El depósito irregular sólo supondría un incumplimiento de contrato con las inherentes acciones civiles que procedan; ya que en los bienes fungibles por su naturaleza no cabe la restitución *in natura*, requisito que creemos exigible en el objeto a que se refiere el artículo 532-1.º, al decir: *sustraer la cosa*, por lo que no estimamos factible la sustitución del objeto entregado por otro de igual valor.

Contrato de arrendamiento.

Este tipo de contrato tiene una triple modalidad: arrendamiento de cosas, de obras o de servicio. El artículo 1.543 del Código civil, regula el arrendamiento de cosas, mediante el cual se transmite un legítimo estado posesorio a otra persona, por tiempo determinado y precio fijo. El apoderamiento de parte del arrendador de la cosa mueble o de los frutos de la misma, antes del vencimiento del plazo convenido, se identifica plenamente con la conducta tipificada en el artículo 532-1.º. Si la misma acción se ejecuta vencido el término acordado, podría constituir un delito de ejercicio arbitrario del propio derecho, previsto en el artículo 337 del Código penal.

(74) MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, Parte especial, 2.ª edic., Sevilla, 1976, pág. 273.

El contrato de arrendamiento de obra, ofrece particular interés, en relación con el derecho de retención que le asiste, en virtud del artículo 1.600 del Código civil que concede, «al que ha ejecutado una obra en cosa mueble, el derecho de retenerla en prenda hasta que se le pague». Si se quebranta el estado de prenda legal mediante la sustracción de la cosa objeto de la obra por el propietario de la misma, se aprecia el cauce esencial para imputar tal conducta como *furtum possessionis*.

De igual forma se lesiona el derecho del comodante, cuando es privado de la cosa mueble que le ha sido entregada en préstamo, si antes del tiempo convenido contractualmente el dueño del bien mueble lo sustrae del ámbito del poseedor en virtud del artículo 1.740 del Código civil.

Contrato de prenda.

Esta modalidad contractual es de las llamadas garantías real y en tales casos el apoderamiento de la cosa mueble no se identifica con exactitud con la motivación final de la conducta descrita en el artículo 532-1.º, por constituir el derecho real un elemento accesorio de la obligación principal que es la aseguradora, no obstante, Muñoz Conde, estima que en la prenda con desplazamiento cabe que el deudor-propietario cometa el delito del artículo 532-1.º (75).

Una modalidad especial nos la ofrece la prenda sin desplazamiento o hipoteca mobiliaria, regulada en la Ley de 16 de diciembre de 1954, al determinar en su artículo 59-1.º, que: «el dueño de los objetos pignorados a todos los efectos legales tendrá la consideración de depositario de los mismos», lo que constituye una verdadera ficción jurídica, al considerar que la prenda queda bajo la custodia del propietario-deudor, por lo que en tal supuesto, al no salir la cosa mueble del dominio del propietario, se hace imposible apreciar la figura delictiva del 532-1.º, porque en ella se requiere inexorablemente que el objeto del delito se encuentre en posesión de personas distintas del propietario.

Análoga modalidad a la prenda sin desplazamiento, la encontramos en la Ley alemana de 5 de agosto de 1971, sobre crédito agrícola en favor de los arrendatarios, basada en el inventario de los bienes muebles que poseen, así como la Ley de 19 de enero de 1949, referente al derecho prendario de frutos o cosecha. En estas instituciones crediticias, la doctrina alemana ha querido ver una relación de poder similar a la posesión siendo negada en términos generales por considerar que, sólo existe una relación jurídica y no

(75) MUÑOZ CONDE, F., *Autonomía del delito de alzamiento de bienes y su relación con otros delitos afines*, Cuadernos de Política Criminal, núm. 2, 1977, pág. 104.

real, no procediendo por ello la apreciación del delito de Pfandkehr (76).

Derecho de usufructo.

El artículo 467 del Código civil define el usufructo: «como el derecho de "disfrutar" de los bienes ajenos, con la obligación de conservar su forma y sustancia...». El título de constitución es indiferente a efecto de la protección penal que obtiene el usufructuario respecto al derecho real limitado que posee. La conducta debe estar dirigida contra el derecho del usufructuario el cual constituye el bien jurídico protegido.

El derecho de administración de los padres sobre los bienes de los hijos, según los artículos 159 a 163 del Código civil, determina un título similar al usufructo sobre el patrimonio de los menores no emancipados, que debe tenerse con privación ante la posible agresión de parte del hijo al citado derecho real, mediante la sustracción de cosas muebles en su propiedad, poseídas legítimamente por el padre, si bien su conducta estaría exenta de pena en virtud del artículo 564 del Código penal.

Compraventa con reserva del dominio.

Se rige por la Ley de 17 de junio de 1965, sobre venta de bienes muebles a plazos. En este tipo de transacción mercantil es fácil de estimar el *furtum possessionis* en aquellos puestos en que el vendedor se apodera de la cosa enajenada de quien la tiene en virtud de justo título de posesión, aún en el supuesto de que queden incumplidas las obligaciones de parte del comprador.

El artículo 11 de la citada Ley, ofrece al vendedor ante la demora de dos plazos sin pagar o el último de ellos —con la excepción establecida en el artículo 13— y dice: «podrá entre exigir el pago de todos los plazos pendientes de abono o la resolución del contrato». Cuando el vendedor optare por la resolución del contrato, las partes deberán restituirse recíprocamente de las pretensiones realizadas, si el vendedor no reintegra la cantidad que el citado precepto le imponga, el comprador no está obligado a la restitución del objeto mueble del contrato y si le es subtraído por el vendedor la cosa adquirida, es un típico ejemplo del delito previsto en el artículo 532-1.º de nuestro Código penal.

Derecho de retención (76 bis).

En principio cabe decir, que no todo estado de posesión implica un derecho de retención. Supone este derecho el tener la cosa

(76) SICHTERMANN, *Fallen das Inventar und das Fruchtepfandrecht unter § 289, StGB?*, en Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1959, página 238-42.

(76 bis) Sobre este tema debe consultarse la interesante y excelente monografía del Prof. Dr. ANGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Retención y mandato*, Bolonia, 1976.

y mantener el poderío sobre ella, pudiendo obstaculizar con éxito toda tentativa encaminada a despojarle a él (77). Estando encuadrado en la doctrina como un caso de tutela preventiva del derecho crediticio (78).

Retiene el que cree que no va a obtener la satisfacción de su crédito o incluso ha recibido ya una negativa. Por ello, es criterio generalizado que el derecho de retención, tiende más a conminar el pago que al ánimo *rem sibi habendi*.

López y López, tras analizar profundamente la naturaleza jurídica del derecho de retención, fija sus caracteres esenciales, al decir, que: es una institución cuasi-excepcional, de carácter exclusivamente legal y de índole personal y no real, que carece de reipersecutoria, estimando que básicamente y *ab initio*, el legislador considera el derecho de retención como *no oponible erga omnes* (79).

El mandatario que retiene, es poseedor de cosa ajena, a título específico de retención, lo que ofrece las líneas maestras para incriminar por el artículo 532-1.º en los supuestos de desposesión llevado a efecto por el mandante. Mas desde el instante en que se piense en la existencia de un mandato para comprar no representativo, la retención del mandatario *opera in cosa propria*, convirtiéndose la normal *possessio ex iure retentionis*, en posesión en concepto de dueño, por lo que tratándose de un mandato para adquirir, hasta que por medio de la tradición, el mandatario cumpla su obligación de ingresar la cosa en el patrimonio del mandante, la cosa es suya (80). Y ante tal título de propiedad, se hace imposible el título de imputación del artículo 532-1.º por razones obvias de exponer.

Lo mismo puede decirse respecto a los honorarios del mandatario retribuido, ya que en virtud del artículo 1.730 del Código civil y 276 del Código de comercio, al mandatario le cabe derecho de retener en prenda la cosa objeto del mandato, en tanto no le sean abonados los anticipos o indemnizaciones de los daños derivados del mandato. La violación de este derecho de retención de parte el mandante, abriría el cauce para la apreciación de la figura delictiva descrita en el artículo 532-1.º del Código penal (81).

(77) LÓPEZ Y LÓPEZ, A., *Retención y mandato*. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1976, págs. 22-23.

(78) LÓPEZ Y LÓPEZ, A., *Op. cit.*, pág. 17.

(79) LÓPEZ Y LÓPEZ, A., *Op. cit.*, pág. 45.

(80) LÓPEZ Y LÓPEZ, A., *Op. cit.*, págs. 102-3.

(81) Otros casos de derechos de retención recogidos taxativamente en la Ley, a más de los ya citados, son: en favor del poseedor de buena fe vencidos en juicio en su posesión hasta que se les satisfagan los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa —art. 453 del Código civil—. En favor del usufructuario, quien puede retener la cosa usufructuada hasta que se les satisfagan los reembolsos que deben ser reintegrados —art. 502 del Código civil—. Puede prorrogar la retención el acreedor pignoraticio, cuando el deudor contrajese nueva deuda con él sin antes haberle abonado la primera, hasta que se le abonen ambos créditos

En el BGB alemán, el derecho de retención presenta un tratamiento más unitario y coherente que en el Código civil español, teniendo la doble modalidad de poder constituirse este derecho tanto de forma legal como contractual.

Esta última modalidad ha sido discutida ampliamente en la doctrina española. Sobre todo, a partir de la sentencia de 24 de junio de 1941, que declara: «que este derecho se encuentra en una disposición legal, a la que precisa atenderse para deducir sus obligadas consecuencias en cuantos casos puedan presentarse». Es una cuestión muy debatida en la doctrina, dice A. López y López (82), la relativa a, si el derecho de retención, solamente existe cuando expresamente lo establece la Ley, o bien los casos de retención contemplados por ella son susceptibles de aplicación analógica.

En la práctica alemana, un supuesto típico lo ofrece el derecho de retención del arrendador sobre las cosas aportadas por el inquilino, cuando éste abandona el domicilio clandestinamente (Rückende), sin abonar el importe del alquiler, es sancionado según la orientación doctrinal dominante, como un delito de «Pfandkehr», minoritariamente se viene defendiendo, en tales casos debiera estimarse tal conducta como un delito de alzamiento de bienes del § 288 StGB.

Schäfer, considera que el derecho de retención es poco apropiado como medio de coacción económica, por el escaso valor de los enseres y su falta de compradores, debiendo ser sustituido por el pago de rentas adelantadas o avales que garanticen con eficacia el cumplimiento de la obligación económica.

El contrato de hospedaje no se encuentra regulado de forma sistemática en el Código civil, ni se encuentra asistido del derecho de retención sobre las cosas, bienes o efectos aportados por los huéspedes, en relación con los créditos adeudados por razón de alojamiento.

Con un fundamento semejante al que tiene el transporte de mercancías, el artículo 704 del Código de comercio, concede al portador un *privilegio* para asegurarse el pago del precio. Conforme a dicho concepto, en efecto, el capitán «para cobrar el precio del pasaje y gastos de manutención, podrá retener los efectos pertenecientes al pasajero, y en caso de venta de los mismos gozará de preferencia sobre los demás acreedores, procediéndose en ello como si se tratase del cobro de los fletes».

En cuanto a los bienes, no ofrece ninguna duda, que cuando el artículo 704, se refiere «a los efectos pertenecientes al pasajero»

(art. 1.780 del Código civil). Idéntico derecho se recoge en el artículo 842 del Código de comercio en relación con los objetos salvados en caso de avería gruesa.

(82) Beltrán de Heredia se muestra partidario de la aplicación de la teoría *extensiva* o *analógica*. En el mismo sentido, Albaladejo rechaza la aplicación analógica, pero admite una generosa interpretación *extensiva*. La jurisprudencia española parece acogerse más bien a la teoría *restrictiva*, o legal, que sólo existe cuando la Ley lo dispone.

está incluyendo la totalidad del equipaje, sea equipaje de bodega sea de camarote (83). Por lo que, la sustracción de los efectos propios, en poder del retentor supondría «un hurto de cosa propia» del artículo 532-1.º del Código penal.

Cabe afirmar, que en cuantos supuestos legales pueda prevalecer el derecho de retención, si el dueño se apodera de los bienes muebles retenidos estaríamos ante un *furtum possessionis*, artículo 532-1.º. Frustrando esta expectativa de satisfacer los gastos ocasionados.

El derecho de retención no confiere más prerrogativa, que la de retener la cosa, hasta ser satisfecho el crédito que lo originó y justifica (84).

La falta del derecho de persecución y de oponibilidad *erga omnes* (aunque en materia mercantil se encuentra adornada expresamente del privilegio), hace que el derecho de retención, sea el más débil y frágil de los derechos prendarios y en consecuencia se hace acreedor a la máxima protección que el Derecho penal alcance prestarle, con el fin de fortalecer la eficacia que le permita satisfacer los créditos incumplidos.

Muy debatido en la doctrina alemana, es la posibilidad de ejercer el derecho de retención en los bienes inembargables. A este respecto argumenta Maurach (85): «que el Pfandkehr», sólo quiere proteger la posesión legalmente reconocida. Un derecho prendario legal sobre objeto inembargable es inadmisibles». No constituyendo su sustracción del ámbito del poseedor prendario legal, delito alguno. El § 559 del BGB, no protege el derecho de prenda sobre bienes inembargables. Otra cosa es, cuando sobre el objeto inembargable se hubiese concedido un derecho prendario contractual o un derecho de retención. Estas acciones son efectivas desde el punto de vista del derecho civil y por tanto reconocida en el § 289. En el mismo sentido Schönke-Schröder y Schäfer (86), quien expone ampliamente los diversos criterios favorables a esta postura doctrinal. En sentido contrario niegan tal posibilidad, Frank (87), Dreher (88) y Welzel (89).

Estimamos que sobre los bienes inembargables, desde el momento en que son susceptibles de enajenación, pueden también ser cedidos en depósito y en consecuencia al ser detraídos ilícitamente por su propietario del legítimo poseedor, cabe el supuesto previsto en el artículo 532-1.º, y ya que el carácter de inembargable es un

(83) MAZEAUD-MAZEAUD (De Juglart), *Leçons de Droit civil*, Paris, 1968, págs. 105 y 115, cit. por LÓPEZ Y LÓPEZ, *Op. cit.*, pág. 19, nota (25).

(84) MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, *El contrato de pasaje marítimo*, en Centenario a la Ley del Notariado, separata, Madrid, 1963, páginas 327-28.

(85) MAURACH, R., *Op. cit.*, pág. 276.

(86) SCHÄFER. L.K. § 289-7-b.

(87) FRANK, *Das StGB*. III, § 289, Tübingen, 1908.

(88) DREHER, *StGB*, § 289-21(a), 1977.

(89) WELZEL, *Op. cit.*, Berlín, 1969, pág. 367.

presupuesto legal en beneficio del propietario que le defiende frente a la ejecución de créditos, en los bienes expresados en los artículos 1.448 y 1.449 de la Lec. Pero estos bienes pueden quedar desafectados de su condición de inembargables por voluntad expresa del propietario, quedando así en la categoría de simples bienes muebles, sin trabas, para la estimación del «hurto de cosa propia», artículo 532-1.º.

La cosa objeto del derecho de retención, a juicio de López y López, puede ser inmueble. A decir verdad, nuestro Código, en caso en que contempla el derecho de retención, parece estar pensando únicamente en los muebles, pues emplea reiteradamente la frase «retener en prenda» (arts. 1.600, 1.730 y 1.780). De todos modos, ello se debe a un confusionismo con la figura de la prenda... y nunca sería decisivo, en última instancia el argumento, pues que el legislador se represente únicamente el caso de la cosa mueble, puede ser indicativo de ser el supuesto usual, no es exclusivo. Y en la duda, y puesto que no militan otras razones en contra se debe estar al principio de «*ubi lex no distinguit*» (90).

Esta lógica interpretación nos lleva a pensar que no existe inconveniente alguno, en que en una futura reforma del Derecho penal, el ámbito del precepto que nos ocupa se extendiera a los bienes inmuebles, dando así solución a situaciones difíciles de resolver con la actual normativa, por ejemplo: cuando el propietario de un solar que no abona la obra en él realizada al constructor, es ocupada por el dueño aún conociendo el derecho de retención que asiste a quien realizó la citada obra. El dueño al tomar posesión del inmueble quebranta un derecho de retención, lo que nos permitiría contemplar un delito de *furtum possessionis* al amparo del artículo 532-1.º del Código penal.

III-3. *El objeto material.*

En diversas ocasiones, hemos hecho referencia al objeto material de este delito, que por exigencia del tipo legal está constituido por la cosa mueble propia.

Se consideran bienes muebles por naturaleza, las cosas que se mueven por sí o por fuerza extraña (91). Devesa (92), entiende que cosa mueble a efectos penales, es aquella que puede ser movilizadada, es decir, separada prácticamente del patrimonio de una persona, incorporándolo al de la ajena. Las ficciones impuestas por el Código civil en su artículo 334 para considerar inmuebles, bienes que por su naturaleza no corresponden a la categoría de bienes raíces, carecen de valor para el Derecho penal, que continúa estimando como bienes muebles los susceptibles de apoderamiento

(90) LÓPEZ Y LÓPEZ, *Op. cit.*, pág. 39.

(91) Código civil francés, art. 531.

(92) RODRÍGUEZ DEVESA, *Hurto propio*. Madrid, 1946, pág. 130. Véase también MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, cit., págs. 162 y 173.

y que puedan ser cambiados de lugar. Los créditos no pueden ser objeto de este delito, pero sí los documentos que representan tales derechos. Aunque como ya hemos indicado anteriormente, debiera la conducta del injusto tipo del artículo 532-1.º extenderse a las cosas inmuebles.

La cosa ha de ser corporal, porque así lo exige la naturaleza de los derechos reales afectados por este delito. No obstante, los esfuerzos realizados por los tratadistas al crear una figura de derecho sobre derechos y el de posesión de derecho, pudiendo ponerse por ejemplo el de usufructo sobre un crédito, intentando por todos los medios materializar la relación jurídica, a conciencia de que no es material.

III.4. *El perjuicio*

El tipo objetivo del «hurto de cosa propia» previsto en el artículo 532-1.º del Código penal, comporta como delito de resultado, la exigencia de un perjuicio, consecuencia inherente de la acción, manifestando en el texto legal, mediante la preposición *con* perjuicio del mismo o de un tercero.

La noción de perjuicio es ciertamente ampliada, siendo presupuesto para su valoración la constancia del mal y de su causalidad. El criterio jurisprudencial, mantiene, que merece la consideración de «perjuicio» todos los males que de modo conocido hayan sido directa y necesariamente ocasionados por la infracción. Comprende la jurisprudencia entre los perjuicios, tanto el daño emergente como el lucro cesante. El perjuicio, en el delito de referencia se centra «en los efectos lesivos que el sujeto causa en el legítimo derecho de posesión que ostenta el sujeto pasivo, y que en ocasiones puede afectar a terceras».

Por tercero a efectos penales, sólo puede serlo quien sufra un perjuicio directamente vinculado al delito falta y no sea sujeto pasivo del mismo, requisito de carácter negativo como indica Córdoba Roda, ya que la jurisprudencia en ocasiones ha calificado de tercero a verdaderos sujetos pasivos de la infracción —S. 11 de diciembre de 1963 y 10 de marzo de 1964— (93).

No se requiere la intención de proponerse como resultado un beneficio patrimonial, por ejemplo: quien sustrae la cosa mueble de su propiedad para donarla, no deja de lesionar intencionadamente el derecho posesorio ajeno, S. 11 de noviembre de 1897.

La lesión del derecho real de posesión, puede ser temporal o parcial. El autor no necesita lesionar de manera permanente al titular del derecho sobre la cosa mueble ajena, basta con que sepa y quiera que la situación jurídica del poseedor sufra una merma en sus facultades como titular posesorio, y en la efectividad del

(93) CORDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, Barcelona, 1972, págs. 578-586. En esta obra, se encuentra una amplia información sobre el concepto de «daño y perjuicio» y concepto de tercero a efectos penales.

cumplimiento de las obligaciones que se hayan podido contraer en virtud de los actos traslativos de la posesión.

La valoración económica es imprescindible, ya que en los delitos contra la propiedad, la pena viene determinada en relación a la cuantía del perjuicio (93 bis).

El criterio jurisprudencial de forma constante ha venido interpretando que el perjuicio es elemento esencial de este tipo de delito, así las SS. 12-6-1876; 31-12-1918 y 25-5-1957.

La sentencia de 16 de enero de 1940, determina que el perjuicio «resulta de la naturaleza misma del apoderamiento de la cosa depositada, en cuanto con esto se sustrae la garantía del depósito» y como indica Antón Oneca, con total acierto, el Tribunal Supremo ha desvirtuado el concepto. Por consiguiente, cuando no hay perjuicio económico, al cumplirse la obligación garantizada por la prenda o sustituirse ésta por otra de igual o mayor valor, falta un elemento esencial para la existencia de la infracción (94).

III-2.º Elemento subjetivo del tipo.

III-2.ª *El dolo.*

Debe comprender tanto la conciencia de sustraer la cosa sin derecho para ello, como sustraerla contra la voluntad de su legítimo poseedor.

El sujeto debe conocer la existencia del derecho protegido en la norma, y su voluntad debe estar dirigida finalmente al apoderamiento de la cosa mueble objeto del delito, con el inherente perjuicio que con su conducta realiza. La intención debe estar dirigida a violar o lesionar un derecho de ajena pertenencia: *la legítima posesión de la cosa*, según expresión recogida en el artículo 532-1.º de nuestro Código penal.

Por ello, debe afirmarse, que el dolo ha de abarcar el conocimiento de las características objetivas del tipo legal.

En la doctrina germana se discute, si la conducta ha de estar orientada por un dolo directo, o si es suficiente el dolo eventual. Frank (95), fue uno de los primeros en considerar que la exclusión del dolo eventual en el delito de Pfandkehr, era poco convincente, argumentando: «que el autor puede decirse, para el supuesto de que X tuviese un derecho de usufructo, quiero malograrle su ejercicio». Se ofrece este supuesto con frecuencia en personas que conocen con escasa claridad, no la existencia de un derecho, sino que se encuentran ante la duda de la clase de derecho que puede ostentar el sujeto pasivo.

(93 bis) Sobre el «resultado y su alcance dogmático en la esfera del injusto típico», véase M. POLAÍNO, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Sevilla, 1974, págs. 318 y ss.

(94) ANTÓN ONECA, J., *Op. cit.*, pág. 27.

(95) FRANK, *ZStW*, 14.409.

Krauss (96), parte de la semejanza entre el Pfandkehr y el hurto y dice, así como el hurtador tiene como objeto final un resultado positivo, poder disfrutar de la cosa como propia, la frustración de un derecho, es sólo un medio para un fin, por lo que es suficiente el dolo eventual.

Esta opinión es seguida por cierto número de penalistas alemanes (97). Pero lo verdaderamente importante, en este delito —como indique Maurach (98)— es la intención que ha de estar dirigida a impedir el ejercicio del derecho que asiste al poseedor, el propósito tiene que abarcar la existencia del ámbito de dominio ajeno.

Dada la estructura del injusto tipo del artículo 532-1.º no creemos posible que pueda valorarse el dolo eventual en esta figura delictiva.

III-2.º-2. *El error en el tipo legal.*

El juicio, o falso conocimiento que recae sobre la inexistencia de un derecho posesorio o del carácter de «legitimidad» de la posesión como elemento objetivo del injusto típico, determina un error del tipo legal. El autor incurre en un error que excluye al dolo, ya que un derecho que según él no existe, no puede querer lesionarlo. El error de ser invencible excluye el dolo y la culpa y en consecuencia exonera de responsabilidad criminal al autor, absolviéndolo de toda pena. El error evitable, desde el punto de vista dogmático deja subsistente la culpa, aunque desde la perspectiva de una moderna política criminal podría quedar exento de penalidad.

IV. ANTIJURICIDAD Y CULPABILIDAD.

La conducta será antijurídica, siempre que en ella no concurra alguna causa de justificación, que convierta la acción típica en conducta lícita.

Especial interés presenta, como causa de justificación la legítima defensa de los bienes, no obstante el restrictivo criterio jurisprudencial de la defensa legítima del patrimonio. En atención a la letra de la ley estimamos —como criterio generalizado en la doctrina—, la posibilidad de defensa en aquellos bienes muebles que son objeto de una agresión ilícita, siempre que concurra los requisitos 1.º y 3.º del número 4.º del artículo 8 de nuestro código.

Asimismo, el estado de necesidad del artículo 8, número 7, es de relevante importancia.

(96) KRAUSS, R., *Die Besitzrochtastörung (furtum possessionis) nach § 289*, Diss. Erlangen, 1936, pág. 18.

(97) Entre los que defienden que basta el dolo eventual, se encuentran: WELZEL, *Op. cit.*, pág. 367; OLG, *Braunschweig*, NJW, 1961, página 1274; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Op. cit.*, 9-IV; DREHER, 33-2; KÜCHENHOFF, *Op. cit.*, pág. 63. En sentido contrario, BINDING, *Op. cit.*, pág. 320.

(98) MAURACH, R., *Op. cit.*, pág. 276.

Por ejemplo, si el dueño de un bien mueble cuya posesión obsta a otro, lo encuentra en grave riesgo de pérdida o daño irreparable, y para evitar su destrucción o deterioro se ve obligado a realizar un daño en la propiedad ajena, su conducta será excusable si el valor del bien que intenta salvar no es superior a los daños causados en la propiedad ajena con el fin de rescatar el bien que se encuentra en peligro; será justificante su acción si el valor del objeto es mayor que los perjuicios causados para evitar su pérdida o deterioro. Incluso en el supuesto de que el propietario encuentre la cosa en poder de otro que la ha adquirido de buena fe, pero desconociendo el valor de la misma la sitúan en peligro de destrucción o deterioro irreparable; el dueño podrá apoderarse de ella con el fin de salvaguardarlas del riesgo en que se encuentra.

La sustracción de cosa propia, para remediar su angustioso estado de pobreza, puede estar amparado por esta causa de justificación. En este sentido parece orientarse la Sentencia de 22 de abril de 1887, al declarar que no comete este delito: «El que teniendo embargada judicialmente una siembra de patatas, en una finca por él cultivada extrae algunas».

La falsa creencia de que sólo actúa amparado por una causa justificante, determina el llamado error de prohibición que afecta directamente a la culpabilidad del sujeto. El error de prohibición para que excluya la culpabilidad, ha de ser de naturaleza invencible, la falta de diligencia del sujeto en conocer las circunstancias de licitud de las causas de justificación, determina un error vencible y evitable, que sólo atenuaría la culpabilidad de la conducta, mediante la apreciación de alguna circunstancia atenuante por analogía o eximente incompleta (99).

(99) Hemos seguido la solución propuesta por el profesor MUÑOZ CONDE en su artículo sobre "*Delitos electorales*", en "*Cuadernos de política criminal*", Madrid, 1977, pág. 170, en donde introduce el juego de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, con el fin de fijar el grado de gravedad de la culpabilidad del sujeto, estimando que esta fórmula es la que mejor sirve a los intereses de la problemática de la culpabilidad en los casos de error de prohibición vencible: "En tanto no exista una solución legislativa inequívoca, es preferible esta fórmula, ya que permite a través del juego de las reglas de la determinación de la pena en los artículos 61 y 66 del Código penal, adaptar mejor la pena a la culpabilidad del autor, prescindiendo del marco que el artículo 565 impone a la imprudencia". Véase también en relación con este tema, CEREZO MIR, en *Notas a la traducción del nuevo sistema del Derecho penal de Welzel*, Barcelona, 1964, pág. 667, CÓRDOBA RODA difiere, estimando que en estos casos procede la aplicación del artículo 565 del Código penal; véase *Tratado de Derecho penal* de R. Maurach, Barcelona, 1962, to. II, pág. 169, y en *Comentarios al Código penal*, t. I, pág. 26; GIMBERNAT se inclina por la teoría de los elementos negativos del tipo; R.E.P., 1966, pág. 73.

La citada doctrina ha sido seguida por MIR PUIG en un interesante y excelente artículo sobre el *Delito de coacciones en el Código penal*, en ADPCP, 1977, pág. 293, en nota 99 dice: "en la teoría de los elementos negativos del tipo, no todo error sobre una causa de justificación es de prohibición, hay que distinguir cómo con respecto a la fundamentación

Para Maurach (100), la suposición errónea de un derecho prevalente opuesta al derecho protegido es siempre un error de prohibición (101).

V. FORMAS DE APARICION DEL DELITO

A) *Formas imperfectas de ejecución.*

La consumación de esta figura delictiva requiere la efectiva perturbación o lesión del derecho posesorio legítimo del sujeto pasivo y que se produzca inherentemente a la desposesión un perjuicio efectivo a éste o a un tercero.

La frustración puede estimarse, cuando ha comenzado la sustracción, pero el apoderamiento con definitiva separación de las esferas de poder del sujeto pasivo aún no ha sido completa. Existe frustración, por ejemplo: cuando el inquilino retire de la vivienda cosas aportadas a ella, pero el propietario que aún posee el derecho de retención, cuando el transportista va a trasladar estos bienes a la estación, el retentor puede oponerse a que éstos sean extraídos de su domicilio. Como frustración se consideró también, el supuesto en que el inquilino lleva las cosas de su propiedad a otra vivienda del mismo inmueble, para después poderlas sacar de allí sin ser visto. En sentido contrario, Cuello y Calón, estima que no se concibe la frustración en este delito, pues es muy difícil, que el que hace cuanto es necesario para que se produzca la frustración, no lo consiga (102).

positiva del injusto, entre error sobre el tipo de las causas de justificación y suposición errónea de que la Ley reconoce fundamentación positiva del injusto, entre error sobre el tipo de las causas de justificación y suposición errónea de que la Ley reconoce una causa de justificación distinta de la prevista en nuestro Derecho. Sólo en este último recae el error de tipo. TORIO LÓPEZ, en su monografía sobre el "Error iuris", *perspectiva material y sistemática*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1975, págs. 25 y ss., destaca que tras la reforma del artículo 6.º-1 del Código civil, debe seguirse la teoría del dolo, que es la que, según él, mejor es adaptada al Código penal (véase críticamente MUÑOZ CONDE, *Op. cit.*).

(100) MAURACH, *Op. cit.*, pág. 276.

(101) Sobre la punibilidad del error de prohibición, véase, CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y Pena*, Barcelona, 1977, págs. 43-44. El autor defiende la punición de este tipo de error, frente al criterio de "innecesariedad de la pena" sustentado por GIMBERNAT, *Strafrechtssystematik und Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit*, en Grundfragen der Gesamten Strafrechtswissenschaft, Berlin-Nueva York, 1974, págs. 163 y ss., y a la postura doctrinal de CEREZO MIR, para quien prescindiendo de la exigencia del *poder*, como presupuesto de la culpabilidad no le parece factible el aceptar las categorías de *evitable* e *invencible* del error de prohibición, en Coloquio Internacional, Chile 1973, pág. 190, cit. por CÓRDOBA RODA, *Op. cit.*

(102) CUELLO Y CALÓN, cit. por CAMARGO HERNÁNDEZ, en *Hurto impropio y otorgamiento de contrato simulado*, ADPCDP, 1964, pág. 236.

B) Autoría y participación.

Al estar en presencia de un delito especial o *delicta propria*, según la terminología mezgeriana, autor sólo puede serlo el propietario de la cosa mueble, como persona cualificada, impuesta y exigida en el tipo legal del artículo 532-1.º. Si tal conducta la realiza un extraño desvirtuaría la figura delictiva, convirtiéndolo en un hurto o robo, según los medios empleados en la sustracción.

Sujeto pasivo será el legítimo poseedor de la cosa mueble, objeto de la infracción, cuyo derecho real es violado y lesionado por la conducta descrita en el tipo legal.

Antón Oneca, considera imperfección notable de la Ley, el no prever como lo hace el § 289 del StGB, la disyuntiva de «el propietario o el que obre en su favor». Sólo con la doctrina subjetiva de la complicidad, se podría salvar la laguna, ya que en los delitos propios, cabe responsabilidad por participación sin ser de las personas a los que el tipo delictivo limita la acción. Pero reconocamos, que la doctrina es de difícil adaptación a nuestro Derecho, donde las especies de codelincuencia están separadas con notas objetivas (103).

En la coautoría no rigen las normas generales de unidad de título de imputación, de tal forma que el que no es propietario no puede cometer el delito del 532-1.º del Código penal.

Si por el contrario, es el dueño el que participa de la conducta típica del artículo 532-1.º, realizada por el no propietario, será castigado como partícipe del delito ejecutado por el extraño, rigiendo en este supuesto el título de unidad de imputación. Por el contrario, el extraño que interviene en el delito especial es partícipe del mismo, es decir, de la conducta descrita en el 532-1.º de nuestro Código penal (104).

En relación con la autoría mediata ésta cabe perfectamente en el delito que nos ocupa. A este respecto, Groizard (105), cita el caso del administrador, que empeña la cosa mueble y posteriormente con anuencia del dueño, la sustrae del legítimo poseedor, a efectos de penalidad, si el sujeto es funcionario público, hay que tener en cuenta el artículo 403 del Código penal (106).

Como apunta Bajo Fernández (107), es necesario habilitar una fórmula para la estructuración de una figura delictiva que incluye todos los supuestos de desposesión, ausente por completo en nuestro Código. Mas dentro del ámbito de una futura reforma y con-

(103) ANTÓN ONECA, J., *Op. cit.*, pág. 27.

(104) En relación con la participación de extraños en los delitos especiales, véase GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, págs. 251 y ss.

(105) GROIZARD, *El Código penal de 1870*, concordado y comentado, Salamanca, 1897, t. VII, pág. 233.

(106) BAJO FERNÁNDEZ, M., *La realización arbitraria del propio derecho*, Ed. Madrid, 1976, pág. 82.

(107) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª, *Derecho Penal Español (Parte Especial)*, Madrid, 1975, pág. 458.

cretándonos al artículo 532-1.º, se impone una revisión a fondo del citado precepto, en base a los siguientes presupuestos.

Limitación del bien jurídico protegido, a aquellos derechos posesorios, que por su importancia merezcan el rigor de la Ley penal. Algunos sin embargo, presentan puntos de conflictividad de confusa solución, respecto a otros preceptos penales, así sucede con los llamados derechos de crédito sobre cosas muebles, cuya sustracción está finalmente orientada a causar un perjuicio al poseedor o a un tercero, pudiendo quedar encubierto un posible delito de insolvencia punible.

La conducta por comisión omisiva de este delito debe equipararse al actuar positivo, en base a los criterios anteriormente expuestos.

El objeto del delito, cabría extenderlo, incluyendo junto a las cosas muebles, las inmuebles que por su naturaleza puedan ser susceptibles de sustracción. Evitando así, figuras atípicas que escapen a la punición de la conducta.

En la autoría, cabe perfectamente incluir, a quienes a sabiendas, realizan la conducta descrita en el tipo legal en favor del propietario, como viene expresado en el § 289 del Código penal alemán, con ello se evitaría en buena parte la problemática de la participación en este delito especial.

El ámbito eminentemente jurídico-privado del tipo legal previsto en el artículo 532-1.º del Código penal, hace que la perseguibilidad de oficio, deba ser sustituida por el ejercicio de acción penal a «instancia de parte interesada».

El reciente Proyecto de Código penal, califica al *furtum possessionis*, de hurto impropio en su artículo 240, coincidente con el 234 del anteproyecto, quedando redactado en los siguientes términos: «Será castigado, como reo de hurto impropio, con la pena de arresto mayor de seis a veinticuatro fines de semana, el que siendo dueño de una cosa mueble o actuando con el consentimiento de este, la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de un tercero, siempre que exceda de 15.000 pesetas.

El Tribunal podrá imponer la pena de prisión de seis a dos años, cuando estime grave el perjuicio causado».

Detrayéndolo de su actual tipificación como delito de estafa, volviendo con ello a su antigua consideración romana y medieval.

Se excluye la posibilidad de incriminar esta conducta como falta, dada la limitación cuantitativa que impone el texto legal.

Existe en ello novedad pero no originalidad, al igual que ocurre al introducir en su nueva redacción la figura del colaborador en la conducta con consentimiento del dueño, que se encuentra prevista en el Código penal alemán como anteriormente indicamos.

Con ello, no creemos que se haya alcanzado un avance notorio en la reforma, inspirada —como indica en su exposición de motivos— *un país con una sociedad industrial avanzada, que dejó atrás una sociedad agraria y rural*».

