

La realización arbitraria del propio derecho

VICENTE SEBASTIAN FERRIS ALBENCA

Universidad de Alcalá de Henares

I. CUESTIONES PREVIAS

La bibliografía existente sobre el delito contemplado en el artículo 337 del Código penal es, en cuanto a mí se me alcanza, escasa; la única obra monográfica sobre el tema es la escrita por Bajo Fernández, a mi entender excesivamente breve puesto que deja de abordar cuestiones fundamentales sin ofrecer, por otra parte, soluciones que puedan considerarse satisfactorias. El resto de autores consultados para la realización del presente trabajo, obras todas de tipo más o menos general sobre la Parte Especial, contemplan con suma brevedad este tipo delictivo.

Llama inmediatamente la atención la falta de acuerdo, las disparas opiniones sostenidas por la doctrina sobre puntos que resultan esenciales (v. gr., el bien jurídico protegido), así como las soluciones realmente insatisfactorias dadas a los problemas concursales.

Si bien no es éste un delito que pueda considerarse «básico» en el contexto general del estudio del Derecho penal, la jurisprudencia sobre el mismo no es escasa, lo que indica que se plantea con relativa frecuencia en la práctica por lo que merece un estudio más detenido que el efectuado hasta el momento. No es éste el lugar para realizar un análisis en profundidad del tipo penal objeto de este trabajo, pero he tratado de hacerlo hasta el punto que mis conocimientos actuales me permiten, llegando a una serie de conclusiones que son (espero), en sus líneas generales, admisibles. Existen puntos que ni siquiera he entrado a contemplar, como pueden ser las cuestiones relativas a la autoría, participación o formas imperfectas de realización, por entender, dada la escasez de tiempo, que debía centrarme sobre los puntos cruciales.

El trabajo se estructura del siguiente modo:

En primer lugar, una breve referencia a los antecedentes históricos del precepto legal, por considerar que su origen y modificaciones pos-

teriores son elementos a tener en cuenta para la buena comprensión de su contenido y alcance.

En segundo lugar, realizo la descripción del tipo, según el esquema finalista, señalando las posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre cada uno de sus elementos.

Por último, una valoración personal y toma de posición, intentando argumentar las conclusiones a que he llegado.

A) EL TIPO LEGAL Y SUS ANTECEDENTES HISTORICOS

Nuestro Código incluye el tipo dentro del Título IV del libro segundo, bajo la rúbrica «De los delitos contra la Administración de Justicia», formando, junto con la simulación de delito, el Capítulo cuarto.

Preceptúa el artículo 337:

«El que con violencia o intimidación se apoderase de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella, será castigado con la pena de multa equivalente al valor de la cosa, sin que pueda bajar de 30.000 pesetas.»

El tipo legal previsto en este artículo tiene su origen en el artículo 421 del Código de 1848, en donde se concebía en términos parecidos con la diferencia de contemplar únicamente el apoderamiento realizado con violencia y no el llevado a cabo con intimidación; en dicho Código se situaba entre los delitos contra la libertad y la seguridad. Su antecedente más remoto se encuentra, no obstante, en el Código de 1822, en cuyo artículo 810 se decía: «el que a la fuerza quitare a su deudor alguna cosa para hacerse pago con ella o para obligarle a pagar lo que debe, sufrirá también un arresto de cuatro a veinte días y una multa de cinco a cincuenta duros» (1).

Los Códigos de 1870 y 1932 reprodujeron el tipo en los términos del de 1848, con idéntica colocación sistemática. El Código de 1944 rompe con la línea seguida hasta ese momento, situando el precepto entre los delitos contra la Administración de Justicia e incluyendo como medio comisivo, junto a la violencia, la intimidación, subsistiendo así hasta el momento presente (2).

(1) Cfr. *Diario de Sesiones*, Legislatura extraordinaria de 22 de septiembre de 1821 a 14 de febrero de 1822, III, Madrid, 1871, núm. 130, p. 2109 (Citado por Bajo Fernández en *La realización arbitraria del propio derecho*, Madrid, 1976, p. 42).

(2) En cuanto a la crítica a su ubicación sistemática, vid. LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL: *Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia*, en «Estudios Penales, Libro Homenaje al Profesor J. Antón Oneca», Salamanca, 19821, pp. 779 y 798.

B) ANALISIS DEL TIPO

1. Presupuestos del delito

Para que pueda ser de aplicación el artículo 337 se precisa la previa existencia de una relación jurídica obligatoria entre el sujeto activo y el propietario de la cosa. La existencia de una obligación susceptible de ser extinguida en virtud del pago es un presupuesto necesario para la aplicación del tipo, puesto que se habla de apoderarse de una cosa perteneciente a «su deudor», y con la finalidad de «hacerse pago» con ella (3).

Del pago de una deuda y de la realización arbitraria del derecho del sujeto activo tan sólo cabrá hablar si dicha deuda es ya exigible, pues, caso contrario, ni siquiera se realizaría, aún arbitrariamente, derecho alguno.

Se presenta ya aquí el primero de los problemas que el tipo plantea, consistente en determinar cómo calificar penalmente la conducta del acreedor que, para hacerse pago de la deuda pero sin ser ésta todavía exigible, toma, con violencia o intimidación, una cosa perteneciente a su deudor; la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1981 estima que habrá robo, si bien, contradictoriamente a mi modo de ver, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1982 estima que la creencia, aún equivocada, de ejercitar un derecho, excluye el robo (4). Esto tiene su explicación en la reiterada jurisprudencia que entiende que los elementos subjetivos de ambos tipos son distintos, tesis seguida también por la doctrina. Si bien no es éste mi parecer, me ocuparé de la cuestión más adelante, pues se precisa delimitar primero el significado que ha de darse a la expresión «hacerse pago».

El Tribunal Supremo exige que el acreedor haya explícitamente reclamado el pago y que el deudor se haya negado a ello (sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1968). Para Córdoba, en cambio, dicho requisito no resulta exigible, puesto que no se contempla en el tipo (5). Esta es, en mi opinión, la postura correcta, pues el desvalor de la conducta es el mismo con o sin reclamación previa, y la exigencia legal queda cumplida sin ella.

Basta pues, que exista una relación jurídica obligatoria susceptible

(3) En este sentido, CÓRDOBA RODA, JUAN: *Comentarios al Código penal*, Barcelona, 1978, p. 1182.

(4) Sería un supuesto de error de prohibición que, de ser invencible, excluirá la responsabilidad criminal y, siendo vencible, atenuará la pena correspondiente al delito de robo [artículos 6 bis a) y 66], pero ello no modifica la calificación jurídica del hecho.

(5) Vid. CÓRDOBA: *Op. cit.*, p. 1183.

de ser extinguida en virtud del pago, y que la deuda sea ya exigible para que pueda entrar en juego el tipo del artículo 337.

Estos son los únicos presupuestos o requisitos previos que han de concurrir (6).

2. Tipo objetivo

a) Bien jurídico protegido

Para Rodríguez Devesa, el bien jurídico protegido es la Administración de Justicia, pues «se perjudica la buena administración de justicia cuando el sujeto prefiere tomarla por su mano en lugar de acudir a los Tribunales para hacer efectivo el derecho que le asiste a que se le pague» (7).

Bustos Ramírez dice, algo confusamente, que el bien jurídico protegido «pareciera que es la Administración de Justicia, ya que se ataca la función jurisdiccional; pero la protección es sumamente restringida ya que sólo está referida al ejercicio de procedimientos para hacer efectivo un crédito y siempre que haya violencia o intimidación, con lo cual queda un amplio ámbito de la justicia por mano propia como atípico» (8).

Para Córdoba (9), junto al ataque a la Administración de Justicia aparece un ataque contra otros bienes jurídicos como la integridad física o la libertad.

Muñoz Conde opina que el bien jurídico protegido es «además de la Administración de Justicia, cuyo imperio en la realización del derecho se desconoce, la propiedad e indirectamente la libertad del deudor al emplearse medios que la atacan, como la violencia o la intimidación» (10).

Bajo Fernández entiende que «el ataque a la posesión aparece en el artículo 337 con la misma relevancia que el ataque a la Administración de Justicia» (11).

(6) En el Proyecto de Código penal de 1980 el delito recibía una nueva configuración, produciéndose una gran extensión del ámbito del tipo. Vid., en este sentido, QUINTERO OLIVARES, G.: *Los delitos contra la Administración de Justicia*, en «Revista Jurídica de Cataluña», número extraordinario, Barcelona, 1980, pp. 191 y ss.

La misma configuración se mantiene en la Propuesta de Anteproyecto, vid. GARCÍA MIGUEL, M.: *Los delitos contra la Administración de Justicia en la propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal*, en «Documentación Jurídica», monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto, vol. 2.º, enero-diciembre, 1983, p. 1113.

(7) Cfr., RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª: *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Madrid, 1983, p. 982.

(8) Cfr., BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho penal, Parte Especial*, Barcelona, 1986, p. 431.

(9) Vid. CÓRDOBA RODA: *Op. cit.*, p. 1182.

(10) Cfr., MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal, Parte Especial*, Sevilla, 1985, p. 672.

(11) Cfr., BAJO FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, p. 61.

Según Quintano, el artículo 337 contempla una «coacción judicialista, ya que consiste en tomarse la justicia por propia mano suplantando los medios procesales legítimos, que es lo que explica su inclusión en este lugar» (12).

Para García Miguel, también la Administración de Justicia es el bien jurídico protegido por este precepto legal, delimitando su concepción como «función jurisdiccional» o «proceso» (13).

Resulta claro, tras todo lo dicho, que existe unanimidad en considerar a la Administración de Justicia como, al menos, uno de los bienes jurídicos protegidos en el artículo 337. No comparto, sin embargo, dicha opinión. Aún cuando la argumentación de mi postura la realizaré en el último de los apartados de este trabajo, adelanto aquí que, según mi parecer, decir que en el artículo 337 se protege el bien jurídico, Administración de Justicia resulta una conclusión tan sólo sustentada en la ubicación sistemática del tipo en el Código; el bien jurídico protegido no es para mí otro que la propiedad, el patrimonio del deudor, junto con su libertad, si concurre intimidación, o salud, si concurre violencia en la comisión del delito (14).

b) Acción típica

Consiste en el apoderamiento de una cosa, perteneciente al deudor, con violencia o intimidación.

Para Córdoba el apoderamiento implica que el sujeto adquiera, por una «acción positiva», la disponibilidad de la cosa» (15).

Muñoz Conde señala que el apoderamiento requiere siempre una conducta de apropiación, siendo indiferente que el sujeto activo tenga o no previamente la posesión (16).

En la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1971 se afirma que el tipo debe llevarse a cabo por una «acción de apoderamiento», es decir, «operando activamente sobre la cosa para tomarla u ocuparla, no adoptando la actitud pasiva de recibir». En la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1975 se indica que

(12) Cfr., QUINTANO RIPOLLÉS: *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1966, p. 671.

(13) Vid., GARCÍA MIGUEL, M.: *Los delitos contra la Administración de Justicia en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal*, en «Documentación Jurídica», monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto, vol. 2.º, enero-diciembre, 1983, p. 1111.

(14) En contra de la consideración de la Administración de Justicia como bien jurídico protegido en el artículo 337 tan sólo he podido encontrar la postura de María José Magaldi y Mercedes García Arán en *Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal*, en «Documentación Jurídica», monográfico citado, vid., pp. 1157-1158.

(15) Vid. CÓRDOBA RODA: *Op. cit.*, p. 1183.

(16) Vid. MUÑOZ CONDE: *Op. cit.*, p. 673.

el apoderamiento implica tanto la sustracción como la retención de la cosa.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia presentan opiniones divergentes sobre si la retención implica o no apoderamiento. La cuestión radica, a mi entender, en la posible distinción entre «apoderarse» y «apropiarse». Pudiera entenderse que el «apoderarse» implica un desplazamiento físico de la cosa, mientras que por el contrario el término «apropiarse» hace referencia a los supuestos en que el sujeto activo ya tiene la previa posesión de la misma, no existiendo, por tanto, ese desplazamiento. Pero cabe preguntarse si esto es así.

El Código utiliza el verbo «tomar» para el hurto (artículo 514), «apropiarse» y «distraer» para la apropiación indebida (artículo 535) y «apoderarse» para el robo (artículo 500) y la realización arbitraria del propio derecho.

Esta diversidad de términos puede llevar a un confusionismo indeseable por cuanto podría entenderse que el «tomar» resulta una conducta diferente del «apoderarse», siendo distintas ambas del «distraer» o el «apropiarse». Aunque gramaticalmente cada uno de estos verbos posee su propio significado o matiz diferencial, dicha diferenciación no resulta ni necesaria ni deseable en el ámbito jurídico-penal.

En este sentido, Rodríguez Devesa señala, con referencia al hurto, que no es utilizable la acepción gramatical del verbo tomar, «porque implica un contacto físico no esencial en el hurto... en algunos casos (previa posesión de hecho) puede ser suficiente una exteriorización de la voluntad de apropiarse de la cosa... En resumen, tomar es separar fácticamente una cosa del patrimonio de su dueño e incorporarla al del sujeto activo» (17). Con referencia al artículo 535 señala este mismo autor que «la diferencia entre apropiarse o distraer no reside en la diferente intención del sujeto en orden a disponer de la cosa como suya, pues como suya la utiliza... lo mismo en uno que en otro caso la acción de apropiarse es innegable» (18).

Quintano señala por su parte que las diversas formas verbales que utiliza el Código «no obligan siempre a una actividad dinámica de aprehensión manual del tipo “contractatio”, que desplace físicamente la cosa de manos del sujeto pasivo a las del activo. Por lo cual el término de “apoderamiento” parece el más adecuado a los fines de caracterizar con relativa homogeneidad las tipologías del grupo... la sinonimia jurídica entre tal cúmulo de expresiones legales es perfecta, según general opinión de nuestros tratadistas...» (19).

Si bien puede admitirse que la distinción entre «tomar» y «apropiarse» puede resultar válida, a efectos prácticos, para distinguir en-

(17) Cfr., RODRÍGUEZ DEVESA: *Op. cit.*, pp. 396-397.

(18) Cfr., RODRÍGUEZ DEVESA: *Op. cit.*, p. 387.

(19) Cfr., QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, II, Madrid, 1977, pp. 115 y ss.

tre la acción del artículo 514 y la del 535, en el sentido de resaltar con ello la necesidad de la previa posesión legítima de la cosa para que entre en juego el segundo de los tipos, la posible distinción entre el «apoderarse» del artículo 337 y el «apropiarse» del artículo 535 resultaría, en mi opinión, de todo punto innecesaria; tanto quien realiza la acción del artículo 535, como quien cumple la del artículo 337 pueden estar realizando una conducta en todo idéntica (salvo la violencia o intimidación que ha de concurrir en este último), consistente en integrar la cosa, de facto, en su patrimonio, para disponer o disfrutar de ella como propia, ya suponga un desplazamiento real o ideal de la misma.

El término «apoderarse» que emplea el artículo 337 implica, pues, toda una serie de actos diversos cuyo resultado consiste en integrar la cosa en el patrimonio del sujeto activo, signifiquen o no desplazamiento físico de la misma, pues tanto el sujeto que se «apropia» como el que se «apodera» de una cosa ajena no hace sino separarla del patrimonio del sujeto pasivo e integrarla en el propio, obteniendo incluso la protección del Derecho si ve perturbada su situación (20).

Creo, por tanto, que ambos términos deben ser entendidos como equivalentes, a efectos del artículo 337 (21), puesto que la acción que allí se contempla va dirigida a «hacerse pago», lo que indica claramente que el sujeto activo tiene la intención de usar o disponer de la cosa como propia, siendo indiferente que se tenga o no la previa posesión de la misma. La retención puede, pues, constituir apoderamiento.

Se ha de diferenciar, no obstante, esta situación del simple ejercicio del derecho de retención que reconoce, en determinados supuestos, la legislación civil al poseedor de una cosa ajena hasta el cobro de su crédito. Cuando se ejercita el derecho de retención, en los términos legalmente establecidos, no se realiza tipo penal alguno, siendo por el contrario una conducta lícita que el Derecho protege.

Para dilucidar la cuestión del posible concurso entre los artículos 337 y 535 se hace necesario precisar previamente el concepto de

(20) Vid. artículos 441 y 446 del Código civil; la posesión, aún de cosa ilícitamente apropiada, resultará protegida por el Derecho en tanto no se demuestre dicha ilicitud. Por tanto, el legítimo propietario que se ve privado de una cosa no podrá recuperarla más que venciendo en juicio, lo que, en muchas ocasiones, puede resultar problemático a efectos de prueba.

(21) Por cuanto aquí interesa. No obstante, no existe, a mi entender, inconveniente en aplicar con generalidad esta conclusión a otros supuestos; la apropiación, en un sentido amplio, incluye la diversidad de expresiones utilizadas por el Código, no siendo inconveniente que la incorporación de la cosa al patrimonio del sujeto agente se realice tomándola físicamente (hurto, robo, etc.) o bien idealmente (apropiación en el sentido del artículo 535), pues la acción supone siempre privar ilegítimamente de una cosa a su propietario, ejercitando sobre la misma facultades que no le corresponden. En este sentido parece pronunciarse la mayoría de la doctrina, si bien no siguen todas las consecuencias que este criterio implica.

«hacerse pago» y su distinción con el ánimo de lucro, lo que realizaré posteriormente, por lo que remito a mis conclusiones.

El apoderamiento debe llevarse a cabo con *violencia o intimidación*.

La intimidación supone una amenaza encaminada a viciar la libre decisión de voluntad del sujeto pasivo, lo que nos plantea un nuevo problema: su distinción con el delito de amenazas. Volveré sobre ello más adelante.

En cuanto a la violencia, Rodríguez Devesa opina que, dado que el Código nada dice al respecto, comprende tanto la ejercida contra las personas como la fuerza en las cosas (22). De la misma opinión parece ser Bajo (23). El Tribunal Supremo extiende también la violencia a la fuerza en las cosas, en los términos del artículo 504 (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1964 y 28 de junio de 1972).

Para Muñoz Conde, en cambio, la violencia debe entenderse ejercida sobre las personas y no cabe extender el término a la fuerza en las cosas, por cuanto el par de conceptos «violencia o intimidación» aparecen siempre unidos con referencia a las personas en otros tipos delictivos, con lo que, de acuerdo con una interpretación sistemática, lo mismo habrá que entender con referencia al artículo 337 aunque expresamente no se diga (24). Esta es la postura que en mi opinión ha de estimarse correcta, pues si la intimidación resulta obvio que no puede sino ir referida a las personas, la alternatividad con que se encuentran contemplados ambos conceptos en el artículo 337 obliga a entender que la violencia no comprende la fuerza en las cosas.

Es opinión generalizada que la violencia o intimidación deben estar en una relación medio a fin con el apoderamiento, es decir, que deben ser realizadas para conseguirlo, por lo que deberán concurrir durante la ejecución del hecho, y siempre con anterioridad a la consumación del mismo.

La violencia o intimidación no tienen por qué recaer necesariamente sobre la persona del deudor. La exigencia típica se cumple aún cuando afecte a otra persona, siempre y cuando se ejercite con la finalidad indicada. Es también imaginable una retención violenta, cuando el autor impide físicamente al propietario la recuperación de la cosa cuya posesión ostenta.

c) Objeto material del delito

La opinión general indica que el «apoderarse» que señala el artículo 337 implica que la cosa debe ser mueble (25). En mi opinión,

(22) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA: *Op. cit.*, p. 983.

(23) Vid. BAJO FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, p. 64.

(24) Cfr., MUÑOZ CONDE: *Op. cit.*, p. 673.

(25) Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ DEVESA: *Op. cit.*, p. 983. BUSTOS: *Op. cit.*, p. 432. BAJO: *Op. cit.*, p. 66.

y por las razones expuestas al referirme a la distinción entre «apoderarse» y «apropiarse», no existe razón por la que deban excluirse los inmuebles como posible objeto material del delito del 337, pues si bien se tratará de situaciones muy poco habituales son, al menos, teóricamente imaginables: v. gr., el acreedor hipotecario que, estando vencida la deuda, ocupa, con violencia o intimidación, el inmueble sobre el que recae la misma para «hacerse pago». El concurso que se plantearía en este supuesto con el delito de usurpación del artículo 517 creo que debe resolverse en favor del 337, pues si bien ambos contemplan una conducta que puede resultar equivalente, este último incluye un elemento adicional del tipo, el «ánimo de hacerse pago», por lo que será ley especial frente al artículo 517 (26).

El artículo 337 se refiere genéricamente a una «cosa» perteneciente al deudor, por lo que la exclusión de los inmuebles carece de apoyo legal alguno; cuando el Código quiere limitar el concepto de cosa a los muebles o inmuebles así lo hace expresamente (27), por lo que, al no hacerlo así en el precepto mencionado, habrá de entenderse que hace referencia tanto a unas como a otras.

En opinión de Bajo Fernández, debe tratarse de la «cosa debida», es decir, de la cosa determinada, frente a obligaciones específicas, y el valor equivalente en dinero frente a obligaciones pecuniarias (28). Pero, como señala Muñoz Conde (29), esta interpretación carece de apoyo legal en el Código, por lo que no hay motivo para que no pueda incluirse en el artículo 337 el caso del acreedor que, por ejemplo, se apodera del televisor de su deudor (con violencia o intimidación) al no entregarle éste el automóvil vendido, o el caso del acreedor que, por los mismos medios, se apodera del reloj de su deudor para cobrarle una deuda pecuniaria de parecido valor.

Efectivamente, el artículo 337 tan sólo habla de apoderarse de una cosa «perteneciente» a su deudor, por lo que parece claro que se refiere a cualquier cosa de su propiedad y no a la concreta cosa debida. Si observamos la legislación civil, el pago de una deuda puede realizarse no sólo mediante la entrega de la cosa concreta, sino también mediante la de otra cualquiera perteneciente al deudor y que suponga para el acreedor una satisfacción equivalente a la de la prestación a que tiene derecho. El acreedor, por tanto, podrá pretender «hacerse pago» tanto apoderándose con violencia o intimidación de la concreta cosa debida como de cualquier otra.

En todo caso, la cosa debe ser propiedad del deudor, con lo que se excluye la aplicación del tipo al supuesto del vendedor que, existiendo un contrato de compraventa con pacto de reserva de dominio,

(26) En este sentido, BAJO: *Op. cit.*, p. 47.

(27) V. gr., artículos 500, 514, 517, 535...

(28) Vid. BAJO FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, p. 47.

(29) Cfr., MUÑOZ CONDE: *Op. cit.*, pp. 673-674.

se apodera de la cosa que se halla en poder del comprador, dado que éste no adquiere la propiedad de la misma hasta la cumplimentación del pago total del precio aplazado.

d) *Sujetos activo y pasivo*

El sujeto activo ha de ser acreedor del propietario de la cosa. No podrá ser nunca sujeto activo del tipo del artículo 337 el propietario, dado que la cosa debe «pertener» a su deudor.

En cuanto al sujeto pasivo, para Bustos es la colectividad, y «víctima» el deudor (30); Bajo estima que sujeto pasivo es tanto la Administración de Justicia como el poseedor (31); para Muñoz Conde, es la Administración de Justicia y el propietario-deudor (32).

En mi opinión, y por las razones que expondré al tratar sobre cuál es el bien jurídico protegido (33), sujeto pasivo no es ni la colectividad ni la Administración de Justicia. Por otra parte, entiendo que si bien la cualidad de deudor y la de propietario han de coincidir en una misma persona, el sujeto pasivo podrá ser tanto el propietario-deudor como el poseedor de la cosa debida, o de otra cualquiera perteneciente al deudor, sobre la que recaiga la acción.

Con todo ello se configura el tipo del artículo 337 como un delito especial, por cuanto el ámbito de sujetos activos posible se encuentra restringido, debiéndose encuadrar entre los denominados «impropios», por cuanto guarda relación con un tipo básico: el hurto. La justificación de esta última afirmación se comprenderá mejor tras la lectura de mis conclusiones.

3. Tipo negativo

Muñoz Conde señala que «el estado de necesidad es difícilmente aplicable, pues el acreedor en caso de peligro inminente de frustración de su crédito debe acudir al Juez requiriendo el oportuno embargo o, por lo menos, el depósito judicial, pero nunca hacerse pago directamente, con violencia o intimidación, que es lo que castiga el artículo 337. Tampoco cabe la legítima defensa, pues el propio artículo 337 demuestra que el acreedor debe ejercitar su derecho al pago por la vía judicial y no violentamente por la vía privada, y, en todo caso, la negativa del deudor a entregar la cosa no constituye, en principio, la agresión ilegítima que fundamenta la legítima defensa» (34).

(30) Cfr., BUSTOS RAMÍREZ: *Op. cit.*, p. 432.

(31) Vid. BAJO FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, p. 61.

(32) Cfr., MUÑOZ CONDE: *Op. cit.*, p. 672.

(33) Vid. infra, ap. c) del presente trabajo.

(34) Cfr., MUÑOZ CONDE: *Op. cit.*, p. 675.

Para Bajo tampoco cabe el estado de necesidad, pues «si el acreedor corre el peligro de frustrar la realización de la pretensión o aumentar considerablemente las dificultades para ello y no puede acudir a los Tribunales tiene a su alcance un medio eficaz para evitar el mal, menos dañoso que la comisión del hecho previsto en el artículo 337. En efecto, el mal puede ser evitado mediante el apoderamiento de la cosa como medio de aseguramiento del crédito» (35).

Todo esto merece algún comentario. Pensemos en un sujeto sin medios económicos, que sustrae subrepticamente alimentos de un supermercado, o un sujeto cuyo hijo se encuentra grave e intimidado a un farmacéutico para obtener una medicina que no puede conseguir de otro modo.

En estos casos el sujeto, impulsado por un estado de necesidad, para evitar un mal (propio en el primer caso, ajeno en el segundo), lesiona un bien jurídico de otra persona, sin que el mal causado sea mayor que el que trata de evitar, sin haber provocado intencionadamente la situación de necesidad y sin que tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

Parece claro que con ello se cumplen todos los requisitos necesarios para poder estimar la concurrencia de la causa de justificación que contempla el número 7.º del artículo 8 del Código penal.

Supongamos ahora que el sujeto que sustrae alimentos, por no tener nada que comer, tiene derecho a un mes de salario por haber trabajado en el supermercado tiempo atrás, sin que se le haya abonado todavía lo que se le debe; o que va a la farmacia, entrega la receta y abona el precio del medicamento, indicándole el dependiente que vuelva por él posteriormente y negándose luego a entregarlo, por lo que el sujeto le intimida o incluso emplea la violencia, consiguiendo la medicina que precisa para su hijo.

Si el estado de necesidad era perfectamente aplicable en los dos primeros supuestos, negar que lo sea en los segundos por el hecho de que el sujeto ejercita arbitrariamente su derecho sería absurdo, pues si el estado de necesidad exime de responsabilidad penal por hurto o robo, no hay razón alguna para que no exima de responsabilidad por el tipo del artículo 337, dándose los requisitos para ello.

Entiendo pues, que el estado de necesidad es perfectamente aplicable al supuesto del artículo 337. La postura de Muñoz Conde y Bajo resulta errónea, en mi opinión, por partir de la contemplación del «peligro inminente de frustración del crédito», o de la «realización de la pretensión», como el único «mal» que pudiera ser tratado de evitar, siendo así que son imaginables múltiples situaciones de estado de necesidad.

Por lo que se refiere a la legítima defensa, sí parece correcta la

(35) Cfr., BAJO FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, p. 69.

tesis de su inaplicabilidad, por cuanto la negativa o simple abstención del deudor de entregar la cosa, aun cuando viniera obligado a ello, no constituye un agresión ilegítima desde la óptica penal, faltando así el primero de los requisitos que se exigen en el número 4.º del artículo 8 de nuestro Código.

4. Tipo subjetivo

El artículo 337 contiene un elemento subjetivo del injusto, por cuanto se exige que el apoderamiento se haga con la finalidad de «hacerse pago» con la cosa. Se precisa, por tanto, dolo, excluyéndose la comisión culposa.

El problema que se presenta estriba en precisar el significado que ha de darse a la expresión «hacerse pago». De la solución que se le dé dependerá, en buena medida, la resolución de las diferentes cuestiones planteadas.

Si bien la doctrina mayoritaria, así como la jurisprudencia, estiman que este elemento subjetivo es distinto del «ánimo de lucro», señalándose incluso como la diferencia esencial entre la conducta del artículo 337 y la de los artículos 500 y siguientes (36), en mi opinión son dos expresiones equivalentes. La fundamentación de esta postura, al estar relacionada con otras diversas circunstancias, la realizaré posteriormente.

5. Concurso

Para Muñoz Conde, el artículo 337 es ley especial frente a las coacciones y amenazas, y subsidiaria frente al robo; por consiguiente, todos los supuestos de realización arbitria del propio derecho que no encajen en el artículo 337 deberán ser tratados, según dicho autor, como delitos contra la propiedad (si hay ánimo de lucro) o contra la libertad (si no hay ánimo de lucro) (37).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1971 señaló que la aplicación del artículo 337 excluye la apreciación de un delito de coacciones; la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1975 entiende igualmente que el artículo 337 es norma especial frente a las coacciones y amenazas.

Para Rodríguez Devesa no es posible un concurso entre el delito del artículo 337 y los de amenazas y coacciones (38).

(36) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA: *Op. cit.*, p. 983.

(37) Cfr., MUÑOZ CONDE: *Op. cit.*, p. 676.

(38) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA: *Op. cit.*, p. 983.

En opinión de Córdoba (39), si la violencia o intimidación conducen a la producción de un resultado lesivo para las personas o para la libertad, constitutivo de un delito distinto, se planteará un concurso ideal en todos los casos en los que el resultado ostente una significación antijurídica que exceda de la implícita en el acto de la violencia o intimidación; en los demás casos se aplicará el artículo 337.

La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1968 estimó la existencia de un concurso entre un delito de lesiones y el de realización arbitraria del propio derecho.

Antón Oneca señala que «no es estafa obtener mediante engaño la satisfacción de la deuda vencida o la entrega de la cosa que el vendedor se obstina en no entregar después de recibir el precio», pues de otro modo, «la violencia o intimidación actuarían como circunstancias atenuantes» (40).

Bajo señala, en relación al posible concurso entre el artículo 337 y las amenazas condicionales del artículo 493.1.º, que si se castiga el hecho conforme al tipo de este último «significaría castigar más severamente el caso de amenaza con condición de pago sin logro de tal fin (arresto mayor) que en el caso de que el fin se consiga (multa del 337)», por lo que excluye la aplicación del artículo 493 en favor del 337 (41).

Rodríguez Devesa, con referencia al tipo del artículo 535, señala que «la presencia del artículo 337 que sanciona el apoderamiento de una cosa perteneciente a un deudor para hacerse pago con ella cuando se verifica con violencia o intimidación y no en otro caso, obliga a considerar como atípica la apropiación que tenga esa finalidad» (42).

Numerosos son pues los problemas concursales que el tipo legal plantea, e insatisfactorias, a mi entender, las soluciones ofrecidas. Para llegar a resolverlos es imprescindible determinar cuál es el bien jurídico protegido, clarificar las expresiones utilizadas por el artículo 337 y concretar las posibles conductas que el tipo abarca. Esta es la tarea que emprendo en el punto siguiente y último de este trabajo.

C) VALORACION PERSONAL Y CONCLUSIONES

En el artículo 337 tan sólo se contempla el supuesto del acreedor que, con violencia o intimidación, se apodera de la cosa del deudor para «hacerse pago» con ella, quedando excluidos del precepto el resto de supuestos imaginables de realización arbitraria del propio derecho.

(39) Cfr., CÓRDOBA RODA: *Op. cit.*, p. 1185.

(40) Vid. ANTÓN ONECA: *Las estafas y otros engaños en el Código penal y en la jurisprudencia*, separata de «NEJ», IX, Barcelona, 1957, pp. 14-15 (citado por BAJO: *Op. cit.*, p. 19).

(41) Cfr., BAJO FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, p. 80.

(42) Cfr., RODRÍGUEZ DEVESA: *Op. cit.*, p. 388.

La diversa problemática que el tipo plantea deriva, a mi entender, de la errónea comprensión del bien jurídico que protege, así como de la falta de clarificación respecto al significado que deba darse a la expresión «hacerse pago», cuestiones ambas que, una vez solventadas, permitirán delimitar las conductas que el tipo abarca y resolver los problemas concursales planteados.

Para Córdoba, con el cambio acaecido en 1944, el legislador pretendió destacar el ataque a la Administración de Justicia, como resultado de la realización de los derechos fuera de los cauces jurídicamente establecidos (43). Aun cuando la doctrina señala otros bienes jurídicos protegidos por el tipo, existe unanimidad en entender que la Administración de Justicia es el bien jurídico principalmente protegido en el artículo 337.

No es esa mi opinión, sin embargo. A mi entender, la creación del tipo no obedeció más que a un intento del legislador, en un marco socio-político típicamente «liberal», en donde la propiedad era considerada como un derecho «inviolable y sagrado», según la fórmula consagrada en el artículo 17 de la «Declaración de Derechos» francesa, de privilegiar penalmente a quienes, ostentando un derecho de crédito reconocido por la legislación civil y con el fin de ejecutarlo, no acudían a los cauces jurisdiccionales, realizando con ello una conducta que, de no mediar el precepto, se castigaba con dureza. Dicho de otro modo, se primaba con ello el patrimonio del acreedor sobre el del deudor, al rebajarse considerablemente la protección que el tipo de robo representa, privilegiando, bajo apariencia de sanción, al propietario-acreedor frente al propietario-deudor, favoreciendo así a quien, precisamente, obviaba acudir a la Administración de Justicia para que hiciese efectivo su derecho.

En su origen, por tanto, decir que el artículo 337 protegía el bien jurídico «Administración de Justicia» resulta, cuando menos, desafortunado, y así pareció entenderlo en realidad el legislador por cuanto durante mucho tiempo no figuraría este delito en el Título IV.

¿Cuál es la situación actual? En nuestra Constitución (44) no se contempla ya la propiedad como un derecho «inviolable y sagrado», sino que, muy al contrario, se señala expresamente que toda la riqueza del país, sea cual fuere su titularidad, se encuentra sometida al interés general. Faltando pues ese presupuesto básico, en buena medida vigente cuando el legislador de 1944 introduce el tipo entre los delitos contra la Administración de Justicia, y en base al cual pudiera entenderse al menos como «consecuente» con los principios del siste-

(43) Cfr., CÓRDOBA RODA: *Op. cit.*, p. 1182.

(44) Vid. artículos 128.1, 1.1, 9.2, 33.2, 40.1 y preceptos concordantes de nuestra Constitución de 1978.

ma, resulta más desafortunado todavía el pretender entender en la actualidad que es ése el bien jurídico que el artículo 337 protege (45).

Si un sujeto, sin la voluntad de su dueño, se apodera de una cosa ajena, concurriendo violencia o intimidación, de acuerdo con el Derecho penal vigente, habrá que castigarle en base al artículo 501.5.º (salvo que se produzcan lesiones o muerte), mientras que, de acuerdo con la doctrina absolutamente dominante, a ese mismo sujeto, realizando la misma conducta con la sola diferencia de la relación obligatoria subyacente, se le aplicará el artículo 337, es decir, una simple multa. Decir que así se protege la Administración de Justicia resulta en nuestra época no ya desafortunado, sino más bien una burla.

La doctrina y la jurisprudencia avalan su postura, básicamente, en que, dicen, el ánimo de «hacerse pago» es diferente del «ánimo de lucro», por lo que si concurre el primero se excluye el segundo y no podrá aplicarse el artículo 501 (46).

Rodríguez Devesa opina que el ánimo de hacerse pago elimina el ánimo de lucro porque este último implica un propósito de enriquecimiento patrimonial, y que ello constituye la diferencia esencial con el hurto o el robo (47). Para Quintano, «si se prefirió no incluirlo en el Título XIII fue sin duda en atención a la ausencia de ánimo de lucro, sustituido por el judicialista de hacerse pago de lo debido» (48). Muñoz Conde señala que el ánimo de «hacerse pago» es un aspecto del más general ánimo de lucro y «supone la intención de apropiarse de la cosa, por lo que deben excluirse del artículo 337 los casos en que el acreedor se apodera de la cosa de su deudor con el sólo ánimo de compelerle al pago» (49).

Para defender la tesis de la incompatibilidad entre el ánimo de hacerse pago y el ánimo de lucro, la doctrina utiliza criterios de justicia material, apelando a las consecuencias insatisfactorias que la tesis contraria acarrearía; así, por ejemplo, Rodríguez Devesa decía que de admitir la existencia de un delito contra la propiedad resultaría, por ejemplo, que el caso de quien toma la cosa del deudor para hacerse pago sería castigado con multa si utiliza violencia o intimidación (artículo 337) y con «graves penas de presidio» (50) si no median dicha violencia o intimidación.

Pero vayamos por partes. ¿Qué es el ánimo de lucro?

(45) Radicalmente en contra García Miguel, para quien el delito del artículo 337 «constituye el prototipo de todos los incluidos en el Título». Cfr., GARCÍA MIGUEL: *Op. cit.*, p. 1113.

(46) Así, por ejemplo, Rodríguez Devesa dice que «el ánimo de hacerse pago con la cosa, v. gr., excluye ciertamente el ánimo de lucro, como lo evidencia el tratamiento separado del artículo 337». Cfr., RODRÍGUEZ DEVESA: *Op. cit.*, p. 397.

(47) Cfr., RODRÍGUEZ DEVESA: *Op. cit.*, p. 983.

(48) Cfr., QUINTANO RIPOLLÉS: *Comentarios...*, p. 671.

(49) Cfr., MUÑOZ CONDE: *Op. cit.*, p. 674.

(50) Cfr., RODRÍGUEZ DEVESA: *El hurto propio*, 1946, p. 186.

Rodríguez Devesa entiende el ánimo de lucro como el propósito de obtener un provecho económico, diferenciándolo del ánimo de apropiación que, dice, «no se identifican, pues es posible un ánimo de lucro sin el de apropiarse; ejemplo: el hurto de uso...» (51). Quintano entendía el ánimo de lucro como cualquier enriquecimiento o satisfacción (52).

Para la jurisprudencia, el ánimo de lucro supone «cualquier provecho o utilidad» (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1958); se presume salvo prueba en contrario (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1975 Y 7 de abril de 1978) (53); identificando el ánimo de lucro con el apoderamiento para obtener un beneficio o aprovechamiento económico (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1970, 31 de enero de 1973 y 4 de abril de 1974).

A mi modo de ver, calificar la «apropiación» como un determinado ánimo, como un elemento subjetivo específico del injusto diferente del ánimo de lucro y, por tanto, exigible al igual que éste para calificar penalmente una determinada conducta, como lo hace un sector de la doctrina (54), resulta innecesario, implica introducir una exigencia extralegal y deviene contraproducente por cuanto supone añadir un nuevo elemento de confusión a lo que ya es, de por sí, suficientemente confuso, pues plantea el problema de la distinción entre ambos ánimos y llevará a negar la concurrencia del elemento subjetivo del tipo en casos en que claramente concurra.

La acción de tomar, apropiarse o apoderarse, consiste, como se ha señalado anteriormente, en realizar un desplazamiento (real o ideal) de una cosa ajena, sin la voluntad de su dueño, del patrimonio del sujeto pasivo al del sujeto activo. Se trata, por tanto, de un hecho objetivo, que obviamente habrá de constatarse en cada caso por los medios de prueba pertinentes, y no de un determinado «ánimo». La constatación de que dicho desplazamiento patrimonial efectivamente se ha producido cumple la exigencia típica de «tomar», «apoderarse» o «apropriarse», sin que exista razón alguna para exigirse un nuevo ánimo, distinto del de lucro (55) que sí constituye un elemento subjetivo del injusto expresamente exigido por el Código para determinados tipos y que la generalidad de la doctrina entiende debe exigirse en el resto de los delitos patrimoniales (56).

(51) Cfr., RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho Penal Español...*, p. 397.

(52) Cfr., QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado...*, II, pp. 133 y ss.

(53) En sentencias más recientes (3 de octubre de 1983, 12 de febrero de 1985 y 20 de junio de 1985), se dice que el ánimo de lucro se encuentra «insito en el propio apoderamiento» y debe entenderse concurrente salvo prueba en contrario, lo que no modifica en esencia la postura anterior.

(54) Así, MUÑOZ CONDE: *Op. cit.*, p. 192. RODRÍGUEZ DEVESA: *Op. cit.*, p. 397.

(55) En este sentido, BAJO FERNÁNDEZ: *Manual de Derecho penal (Parte Especial). Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid, 1987, p. 16.

(56) Cfr., QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado...*, II, pp. 130-131.

Dicho esto, retomemos la pregunta inicial: ¿qué es el ánimo de lucro? La interpretación del Supremo es criticada por la generalidad de la doctrina, por considerarla, con acierto, excesivamente amplia. Las posturas doctrinales señaladas deben también, a mi juicio, ser rechazadas por cuanto con ellas se llega a conclusiones inaceptables al ser aplicadas en la práctica; así, en el clásico ejemplo de Geyer y Carrara del coleccionista que se apodera de una obra de arte, contra la voluntad de su dueño, pero dejando en beneficio de éste una cantidad de dinero, superior incluso a su valor, siguiendo a Quintano habrá que admitir la concurrencia del ánimo de lucro (57), mientras que, de acuerdo con la postura de Rodríguez Devesa, habrá que negar dicho ánimo, dado que no existe la intención de obtener provecho económico alguno.

Obviamente el señalar aquí otros múltiples ejemplos, el hecho es que estas dos posturas llevan, en muchas ocasiones, a soluciones contradictorias, negando el elemento subjetivo en casos en que claramente existe, por lo que es necesario buscar un criterio diferente.

Para Gimbernat (58), el ánimo de lucro debe entenderse como la intención de comportarse como si fuera el legítimo propietario de la cosa. Es éste, en mi opinión, un criterio más acorde con la configuración general de los delitos patrimoniales y soluciona satisfactoriamente los problemas que las anteriores posturas plantean.

El ánimo de lucro, así entendido, es fácilmente constatable, pues se deduce de la actividad posesoria del sujeto sobre la cosa: el depositario se comportará como propietario (esto es, con ánimo de lucro) si la enajena por su sola voluntad, dando lugar al tipo del artículo 535; quien sin violencia o intimidación toma una cosa ajena sin la voluntad de su dueño, se comportará como propietario si, v. gr., la retiene en su poder negando todo derecho a su legítimo dueño, dando lugar al tipo del artículo 514, etc.

Comportarse como si fuera el legítimo propietario supone pues el ejercer sobre la cosa cualquiera de las facultades que el Derecho otorga a éste. La simple incorporación de la cosa al patrimonio del sujeto activo cumple la exigencia típica de los delitos de apropiación (59), y con ello se cumple el tipo objetivo, pero se precisa un elemento subjetivo, el ánimo de lucro, cuya concurrencia será así fácilmente constatable mediante el simple análisis del comportamiento

(57) Entendido éste como lucro-satisfacción. Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado...*, II, p. 138.

(58) Esta opinión fue manifestada por el Doctor Gimbernat en el ejercicio de la docencia universitaria, no encontrándose plasmada por escrito en ninguna de sus obras, por lo que realizo esta cita con la autorización expresa de su autor.

(59) Entendiendo «apropiación» en sentido amplio y no en el estricto del artículo 535, es decir, como sinónimo del «tomar», «apoderarse», etc.

del sujeto activo: enajenar la cosa, usarla, donarla, etc. como si fuese propia.

En conclusión, por ánimo de lucro hay que entender el ánimo del sujeto de comportarse como el legítimo propietario de la cosa, ya sea realizando un acto de disposición, ya reteniéndola en su poder como parte de su patrimonio.

¿Qué supone el ánimo de hacerse pago con la cosa? Implica dar por saldada con ella la deuda, integrarla en su patrimonio como pago de la misma; en definitiva, supone la intención de comportarse como su legítimo propietario, disponiendo de ella según su voluntad.

Quien se hace pago tomando una cosa de su deudor, no hace sino apoderarse de algo que no le pertenece, por mucho que ostente un derecho de crédito que le permitiría reclamarla en vía judicial. Para la adquisición de la propiedad rige en nuestro Derecho la llamada «Teoría del título y modo» (artículos 609 y 1.095 del Código civil) que exige la concurrencia de un título traslativo del dominio y la entrega de la cosa por quien hasta ese momento sea su propietario; la apropiación implica la no entrega, y el título por sí solo no basta, por lo que quien se apodera de la cosa con ánimo de hacerse pago lo hace con un claro ánimo de lucro, esto es, con la intención de comportarse como propietario, sin serlo.

No existe, pues, diferencia alguna entre el elemento subjetivo contemplado en el artículo 337 y el ánimo de lucro que se exige en el robo. Si ambos conceptos son iguales, la única diferencia existente entre el artículo 337 y el 501.5.º radica en la relación obligatoria subyacente; no existe mayor diferencia que la existencia de un título jurídico-civil que otorga al sujeto activo un derecho de crédito que le permite exigir de su deudor el cumplimiento de la obligación; en definitiva, una relación jurídica de tipo patrimonial.

Entendiendo esto así, resulta claro que no existe inconveniente alguno, pese a la ubicación del tipo en el Código, para concluir que el bien jurídico protegido en el artículo 337 no es otro que la propiedad. Junto a ello, de la simple lectura del precepto se desprende ya con claridad que la conducta que el precepto describe constituye, además, un ataque contra la salud o contra la libertad.

Respecto a las consecuencias negativas que, en opinión de la doctrina, esta interpretación conlleva, hay que decir que la solución se encuentra no en diferenciar arbitrariamente el elemento subjetivo del artículo 337 respecto del exigido en otros delitos patrimoniales, entre los que debería incluirse en todo caso aquél; ni en seguir manteniendo, con argumentos muy poco consistentes, que el bien jurídico protegido es la Administración de Justicia, sino en delimitar claramente las conductas que el artículo 337 abarca, cuáles son las posibles situaciones subsumibles en el tipo, independientemente de que, de «*lege ferenda*», convenga postular por la pura desaparición del tipo.

Si se dice que la distinción entre el delito del artículo 337 y los

de los artículos 500 y 514 se funda en la diferencia entre el ánimo de hacerse pago y el ánimo de lucro, es lógico mantener esta distinción a toda costa pues, si desaparece, ¿cómo diferenciarlos?, ¿cómo evitar las consecuencias injustas que se señalan? Pero la conclusión de que ello acarrea consecuencias injustas descansa tan sólo en la no clarificación de las conductas que puede abarcar el precepto legal, y en seguir entendiéndolo, en el fondo, que el tipo del artículo 337 se encuentra ahí para privilegiar una determinada situación.

Por otra parte, no se ha preocupado la doctrina de señalar las también injustas consecuencias que su postura conlleva, pues si, como se sostiene, el propósito de hacerse pago constituye una finalidad distinta al ánimo de lucro, tendremos que el acreedor que se apodera de una cosa de su deudor, con violencia o intimidación, para «hacerse pago» de la deuda, hará inaplicable el artículo 501.5.º, puesto que no existe el ánimo de lucro, pese a realizar la conducta que este precepto contempla; si se apodera de la cosa, con el mismo propósito, sin violencia o intimidación, dicha conducta será impune, puesto que no será aplicable el artículo 337, por falta del medio comisivo, ni el 514, por faltar el elemento subjetivo; si el acreedor se apropia de una cosa de su deudor, teniéndola en depósito, para «hacerse pago», resultará una conducta atípica si se realiza sin violencia o intimidación y, si concurre uno de estos medios comisivos, se aplicará la pena de multa del artículo 337 y no la correspondiente al 535 (que puede llegar a prisión menor, concurriendo, por ejemplo, las circunstancias 5.ª y 7.ª del artículo 529), con lo cual la violencia o intimidación actúan como circunstancias atenuantes.

No tener todo esto en cuenta y seguir manteniendo la diferencia entre ambos ánimos, así como sostener que con el artículo 337 se protege la Administración de Justicia, resulta incomprensible.

Cierto que la doctrina ofrece todavía otra solución para obviar estos problemas. Así, Bajo indica que la distinción entre el apoderamiento de la cosa del deudor para hacerse pago con ella y las acciones de apoderamiento de robo radica en el plano objetivo y no en el subjetivo; según este autor, el propósito de hacerse pago conlleva la existencia de ánimo de lucro, si bien no se comete un delito contra la propiedad porque no se lesiona la propiedad (60).

Esta tesis carece, a mi entender, de consistencia. El artículo 337 habla de apoderarse de una cosa «perteneciente» a su deudor; si pertenece a su deudor resulta obvio que debe ser de su propiedad, lo que implica que para el sujeto activo es una cosa ajena; si se priva de una cosa ajena a su propietario, contra su voluntad, resulta claro que se está realizando una conducta lesiva para la propiedad (61).

(60) Vid. BAJO FERNÁNDEZ: *La realización...*, pp. 41 Y ss.

(61) En el mismo sentido, QUINTANO: *Tratado...*, II, p. 121.

Formalmente, un hecho antijurídico es aquel que se encuentra en contradicción con el Derecho; desde la óptica penal sólo será antijurídico el hecho que se encuentra en contradicción con el Derecho penal. Pero el por qué un hecho es contrario a Derecho no se contesta diciendo que son antijurídicas las conductas que el Derecho penal define como tales, es decir, los hechos típicos, sino que es preciso analizar qué es lo que tienen estos hechos para que el Derecho haya decidido prohibirlos, es decir, cuál es el contenido de injusto de la conducta tipificada, la antijuridicidad material.

La antijuridicidad material de un hecho se basa en su carácter de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, junto a la ausencia de causas de justificación. ¿Cuál es el bien jurídico que se lesiona o pone en peligro en el artículo 337? No la Administración de Justicia, puesto que, como bien señala Quintano (62), se trata de conductas contempladas en una fase prejudicial, es decir, que la Justicia ni siquiera ha entrado a entender del caso, mientras que sí aparece claro el ataque a la propiedad y el ataque o puesta en peligro de la salud o la libertad. Estos son, por tanto, los bienes jurídicos que protege el tipo del artículo 337.

Desde una óptica político-criminal, la Administración de Justicia es un bien jurídico que merece ser protegido por el Derecho penal y, efectivamente, se protege en diversos preceptos del Código; pero ni de «lege ferenda» ni de «lege lata» entiendo que pueda considerarse como el bien jurídico que el artículo 337 protege o merece ser protegido en ese supuesto, por cuanto la conducta allí descrita ni lo lesiona ni lo pone en peligro.

Hagamos ahora una nueva pregunta: ¿cuál es el fin del Derecho penal?

Para unos, el Derecho penal realiza un reproche de culpabilidad, un juicio moral de desvalor sobre el comportamiento humano; para otros, tiene una función motivadora: reforzar aquellas prohibiciones cuya observancia es absolutamente necesaria para evitar, en la mayor medida posible, la ejecución de acciones que atacan las bases de la convivencia social (63).

Si bien personalmente me inclino por la segunda de las posturas señaladas por cuanto, como señala Gimbernat (64), la indemostrabilidad del libre albedrío hace insostenible el Derecho penal basado en el reproche de culpabilidad, ¿qué consecuencias se siguen, partiendo de cualquiera de esas dos posturas con referencia al tipo del artículo 337?

(62) Para Quintano este tipo, junto con el de omisión de impedir determinados delitos, afecta a la fase preprocesal, diferenciándose así de los demás tipos contemplados en el Título. Cfr., QUINTANO RIPOLLÉS: *Curso de Derecho penal*, II, p. 570, Madrid, 1963.

(63) Cfr., GIMBERNAT ORDEIG: *Estudios de Derecho penal*, pp. 114-115.

(64) Cfr., GIMBERNAT ORDEIG: *Op. cit.*, pp. 108-109.

Si el Derecho penal tiene una función motivadora, el artículo 337 trata, mediante la amenaza de la pena de multa, de evitar la comisión de la conducta allí descrita. Pero la misma función ostenta el artículo 501.5.º, en donde para motivar la no comisión de una conducta al parecer idéntica, se amenaza con una pena de prisión menor. La doctrina dominante nos dice que esto es así porque en el caso del artículo 501 el sujeto agente actúa con ánimo de lucro, mientras que en el supuesto del artículo 337 lo hace con el de «hacerse pago». Rechazada la diferencia entre esos dos ánimos, resulta claro que el artículo 337 perdería su función motivadora si contemplase la misma conducta que el artículo 501.5.º, por cuanto llevaría a pensar al individuo que el Derecho, si bien no aprueba dicha conducta, en buena medida la protege dado que evita su consecuencia más grave: la prisión se excluye quedando tan sólo amenazado con multa. Obviamente no constituye esto una motivación para que dicha conducta no se realice.

La conclusión que se sigue es clara: las conductas descritas en ambos preceptos no pueden ser, en modo alguno, las mismas.

Tomemos ahora la otra postura, ¿cuál es el «reproche» que se efectúa en el artículo 337? Siguiendo la postura dominante sobre el bien jurídico protegido la respuesta ha de ser que el no haber acudido el sujeto, pudiendo hacerlo, a la Administración de Justicia para la realización de su derecho. Pero, ¿acaso acude a ella quien infringe el 501.5.º?; obviamente no, aunque inmediatamente puede aducirse a esto que en este último supuesto no se realiza derecho alguno (en el sentido del artículo 337); entonces, ¿la relación obligatoria existente resulta de tal importancia como para que el Derecho penal, en atención a la misma, disminuya la pena desde la prisión menor a una simple multa? La respuesta afirmativa a esta pregunta no parece en modo alguna admisible. En el artículo 532.1.º se castiga al «dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder» con las penas señaladas en el artículo 528 para el delito de estafa; el artículo 337 castiga al acreedor (que no dueño) que se apodera de una cosa de su deudor (que sigue siendo el legítimo dueño de la misma), con violencia o intimidación, con multa.

No es pues sostenible decir que el Código concede tal relevancia a la relación obligatoria contemplada en el artículo 337, puesto que a quien se encuentra en una posición jurídico-civil mucho más sólida que la del acreedor, esto es, el propietario, y sin que concurra el plus de desvalor que supone la violencia o intimidación exigidas en el artículo 337, se le aplica una pena mucho más grave.

La benignidad de la pena del artículo 337 nos lleva, pues, a la misma conclusión dicha anteriormente: es preciso diferenciar las conductas descritas en los artículos 337 y 501.5.º, pues claramente no pueden ser las mismas desde el momento en que merecen un «reproche» distinto por parte del Derecho.

Dicho todo lo anterior, no queda más que delimitar cuáles son

las conductas subsumibles en el artículo 337, diferenciándolas de las contempladas en otros delitos de tipo patrimonial y resolver los concursos que se planteen entre los diversos preceptos, al igual que con respecto a otros tipos en que se contemplan los otros dos bienes jurídicos que el artículo 337 protege: la libertad y la salud o integridad física.

Las cuestiones planteadas son las siguientes:

- 1.^a Delimitar la conducta del artículo 337 respecto a la del 496.
- 2.^a Distinguir esa misma conducta de las amenazas condicionales del artículo 493.1.
- 3.^a Diferenciarla del robo del artículo 501.
- 4.^a Distinguir la conducta del acreedor que, sin violencia ni intimidación se apodera, con el ánimo de hacerse pago, de una cosa de su deudor, del hurto.
- 5.^a Diferenciar la conducta del artículo 337 de la del 535.

1.—La violencia que concurre en la realización arbitraria del propio derecho es, en principio, perfectamente subsumible en el artículo 496, puesto que el acreedor «sin estar legítimamente autorizado» obliga a otro con violencia «a efectuar lo que no quiera, sea justo o injusto».

La doctrina entiende que la exclusión del artículo 496 ha de realizarse por ser el 337 una ley especial. De acuerdo con la tesis aquí sostenida, el artículo 337 no es norma especial frente al artículo 496; el delito de coacciones quedará excluido cuando la conducta del acreedor sea subsumible en el artículo 501.5.º, que sí es una ley especial respecto al mismo. Si dicha conducta no resulta subsumible en dicho tipo, no puede entenderse que el artículo 337 excluya al 496, pues ello supondría privilegiar al sujeto activo por realizar arbitrariamente su derecho. Entiendo que el artículo 337 tan sólo será de aplicación cuando se trate de una coacción de carácter leve; es decir, cuando suponga la realización de la conducta descrita en el artículo 585.5; si la coacción es grave, el concurso se planteará entre el artículo 496 y el 501.5.º, resolviéndose en favor de este último.

2.—El que, mediante intimidación, se apodera de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella, estará realizando una amenaza condicional del artículo 493.1, conducta castigada con prisión menor, si el autor consigue su propósito, o con arresto mayor, si no lo consigue.

Entender que el artículo 337 es ley especial frente a este tipo adolece de los problemas vistos. Tampoco sería válido interpretar que quien realiza el tipo del artículo 337 está realizando el del 493.1 y, por tanto, aplicar este último siempre. La solución es similar al supuesto anterior: la conducta del artículo 337 no puede ser la misma que la del 493, por lo que la intimidación de la que habla el primero de ellos no puede ser más que una amenaza leve, esto es, la conducta contemplada en el artículo 585.4. Si la amenaza es grave, se planteará

concurso entre el artículo 493 y el 501.5.º, resolviéndose en favor de este último.

3.—El ánimo de hacerse pago y el ánimo de lucro son, según la postura que aquí se defiende, una misma cosa; por tanto, la delimitación entre la conducta del artículo 501 y la del 337 debe hacerse del modo siguiente:

Si se causa algún tipo de lesión al sujeto pasivo, serán de aplicación los números 1.º, 2.º, 3.º ó 4.º del artículo 501 y no un concurso entre el artículo 337 y los tipos de lesiones, puesto que el 501 es especial frente a las lesiones de los artículos 418 y siguientes.

La conducta del artículo 337 no puede ser la misma que la contemplada en el 501.5.º, pues ello supondría un privilegio inadmisibles. El artículo 337 tan sólo será de aplicación, por tanto, cuando la violencia o intimidación ejercida por el acreedor sea subsumible en los números 1.º y 2.º del artículo 585.

4.—Si el acreedor, sin violencia o intimidación, se apodera de la cosa de su deudor para hacerse pago con ella, lo que es lo mismo: con ánimo de lucro, concurrirán todos los requisitos necesarios para que sean de aplicación los artículos 514 y siguientes. La argumentación de que ello resulta injusto por cuanto si dicha conducta se realizara con violencia o intimidación se aplicaría menor pena (la del artículo 337), ha quedado, a mi entender, refutada con las consideraciones anteriores: la violencia o intimidación darán lugar a la aplicación del artículo 501 y no a la del 337 que tan sólo entrará en juego, como se ha dicho, cuando se trate de conductas que por sí solas son constitutivas de falta y no de delito, con lo que no se privilegia, en absoluto, la utilización de dichos medios.

5.—La relación entre el artículo 337 y el 535 presenta mayores dificultades para su resolución.

Como señala Muñoz Conde (65), constituye también apoderamiento la retención de la cosa por parte del acreedor que la tenía en depósito, siempre que medie violencia o intimidación, cuando se hace con la intención de disponer de ella como propia.

El acreedor que, teniendo la posesión de una cosa perteneciente a su deudor (en virtud de alguno de los títulos señalados en el artículo 535) se apropia de ella, realiza una conducta claramente contemplada en el artículo 535. Sin embargo, entender que es de aplicación este último sería no tener en cuenta la violencia o intimidación concurrente.

Una primera interpretación sería entender que el concurso ha de resolver en favor de la aplicación del artículo 337 por cuanto existirá una apropiación indebida más un elemento adicional: la violencia o

(65) Cfr., MUÑOZ CONDE: *Op. cit.*, p. 673.

intimidación. Pero esto supone un privilegio para una conducta más grave, por lo que no es admisible.

Una segunda interpretación sería entender que el artículo 337 tan sólo será aplicable cuando la apropiación indebida sea de cuantía inferior a las 30.000 pesetas, es decir, la conducta señalada en el artículo 587.3.º; pero no hay nada en el tipo del 337 que permita limitar de algún modo el valor de la cosa, antes al contrario, puesto que al señalar que la multa será equivalente al valor de la cosa, sin que pueda bajar de 30.000 pesetas, se está aceptando que dicha cosa puede tener cualquier otro valor superior.

La única solución consiste, en mi opinión, en estimar la concurrencia de un concurso ideal entre el artículo 535 y el 337, puesto que se cumplen los dos tipos sin que ninguno de ellos, por sí solo, abarque todo el desvalor del hecho, aplicándose en consecuencia las reglas del artículo 71.

Resumiendo y como reflexión final, el artículo 337 no puede ser entendido, si se pretenden salvar los problemas y contradicciones que su interpretación mayoritaria plantea, más que como un tipo residual, que será tan sólo aplicable cuando la conducta realizada puede entenderse ejecutada con los medios indicados en el artículo 585, es decir, siempre y cuando no sea posible subsumirla en cualquiera de los otros tipos contemplados.

La característica del tipo, así entendido, no será pues el constituir un precepto privilegiado ni ley especial frente a otros delitos patrimoniales, sino que, muy al contrario, se trata de un tipo subsidiario con el que se agravan penalmente determinadas conductas tipificadas como faltas en atención, precisamente, al plus de desvalor que supone la arbitrariedad en el ejercicio del propio derecho.

Fuera cual fuese la intención del legislador al crear el tipo actualmente contemplado en el artículo 337, o al incluirlo entre los del Título IV, lo cierto es que en la actualidad, con una visión global del sistema jurídico vigente y de la realidad social, la interpretación que se hace del mismo acarrea muchas más contradicciones y dificultades de las que se pretenden resolver. Por todo ello, la tesis expuesta es la única interpretación que me parece plausible, acorde con la antijuridicidad material plasmada en la conducta que describe el artículo 337 y que permite salvar, con criterios sistemáticos, las contradicciones más obvias que la problemática concursal plantea.