

Algunas cuestiones en torno al delito de realización arbitraria del propio derecho

MARIA JOSE MAGALDI
Profesora Titular de Derecho Penal.
Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. El bien jurídico protegido en el artículo 337 del Código Penal. 3. Delimitación del ámbito de protección típica. 3.1. Naturaleza y contenido de la relación obligacional subyacente. 3.2. El comportamiento típico. 3.3. El objeto de la acción. 4. El tipo subjetivo.

1. PLANTEAMIENTO

La figura de la realización arbitraria del propio derecho fue objeto de un exhaustivo análisis histórico-legislativo y dogmático por el profesor doctor Bajo Fernández en el que se trataron, entre otras, cuestiones tan relevantes como la concreción del bien jurídico protegido a través de la incriminación de la conducta, el ámbito de protección típica y la de su delimitación respecto de los delitos patrimoniales de apoderamiento. Dicho análisis mantiene, quince años más tarde, en líneas generales, una absoluta actualidad (1).

Tal vez por ello, se inició, a partir de la publicación de la monografía de Bajo Fernández, un dilatado silencio doctrinal sobre la materia, roto únicamente por las diversas opiniones vertidas en manuales y comentarios editados con posterioridad (2) y

(1) Bajo Fernández, M. «La realización arbitraria del propio derecho», Civitas, Madrid, 1976.

(2) Rodríguez Devesa, J. M., «Derecho Penal. Parte especial», Madrid, 1987, pp. 1033 y ss.; Bustos Ramírez, J., «Manual de Derecho Penal», Ariel, Barcelona, 1986, pp. 431 y ss.; Queralt Jiménez, J. J., «Derecho Penal español», II, Bosch, Barcelona, 1987, pp. 684 y ss.; Muñoz Conde, F., «Derecho Penal. Parte especial», Valencia, 1990, pp. 732 y ss.; Cobo, Vives y otros, «Derecho Penal. Parte especial», Valencia, 1990, pp. 293 y ss.; Córdoba Roda, J., «Comentarios al Código Penal», III, Barcelona,

recientemente por un artículo de Vicente Sebastián Ferris Albenca (3).

Podría parecer, pues, que poco queda por decir en esta materia. Sin embargo, el sistema jurídico, y el sistema penal en especial, presenta tan fascinante abanico de matices interpretativos y tan notable diversidad de facetas, desde las cuales puede contemplarse una misma institución que lo hacen, por fortuna, inagotable y lo convierten en un círculo, nunca cerrado, de problemas. En esto, radica a mi entender, la tarea y el reto del intérprete.

Por ello he querido volver sobre el tema, si bien centrando mi aportación al mismo exclusivamente en algunas cuestiones que siguen resultando controvertidas. Me refiero a las siguientes:

a) La correcta o incorrecta ubicación de la figura prevista en el artículo 337 del Código Penal vigente, en el Título IV dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia; corrección que vendrá determinada por la afectación o no del bien jurídico que consideramos tutelado en dicho Título.

b) La estricta actuación del ámbito de protección típica que plantea interesantes problemas derivados de la profusión de conceptos normativos utilizados por el legislador para la descripción de la conducta típica.

c) El tipo subjetivo, en el que la exigencia legal de un especial motivo de la acción («para hacerse pago»), como plus al dolo, ha generado serios quebraderos de cabeza a la doctrina y a la jurisprudencia en el intento de distinguirlo del ánimo de lucro y de determinar si éste debe o no concurrir en el plano subjetivo.

2. EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN LA FIGURA DEL ARTICULO 337 DEL CODIGO PENAL

La doctrina española al analizar la figura de la realización arbitraria del propio derecho, que junto a la simulación del delito converge, a modo de aluvión, en el Título IV del Código Penal de 1944 (4), coincide con matizaciones, en considerar que el bien jurídico protegido se integra precisamente por la Administración de Justicia que se erige en interés prevalente junto a otros como la integridad, la libertad o incluso

1978, pp. 1181 y ss.; Magaldi-García Arán, «Los delitos contra la Administración de Justicia ante la Reforma Penal», en *Documentación Jurídica*, 2, Madrid, 1983, pp. 1119 y ss.

(3) Ferris Albenca, V. S., «La realización arbitraria del propio derecho», en *ADPCP*, 1988, pp. 809 y ss.

(4) Vid. Bajo Fernández, *op. cit.*, pp. 41 y ss.; también Ferris Albenca, *op. cit.*, p. 812.

el patrimonio del deudor (5), lo que convierte a la figura, según el monografista del tema, en un delito pluriofensivo en el que aparecen como sujetos pasivos tanto la Administración de Justicia como el poseedor (6).

Resulta a mi juicio sorprendente que una conducta que parece afectar a tantos intereses diversos, se ve paradójicamente primada con una sanción penal de índole pecuniaria equivalente al valor de la cosa tomada. Fórmula sancionatoria ésta, excepcional en el marco de nuestro sistema punitivo y no ajena a imbricaciones jurídico privadas de la conducta típica que forzosamente debieron estar presentes en la mente del legislador; de igual manera que lo estuvieron en el legislador del Código Penal italiano que, desde una posición legislativa que otorga un contenido más amplio al interés Administración de Justicia, configura la infracción como un delito perseguible a instancia de parte (7).

Pero la paradoja alcanza cotas preocupantes al comprobar que la aparentemente idéntica, conducta de «apropiarse de cosa mueble ajena» —y ajena es la del deudor— «con violencia o intimidación en las personas» se halla sancionada en el artículo 501 del Código Penal con una penalidad, cuya gravedad mínima es la de prisión menor.

Tal diversidad no se halla justificada desde una perspectiva que entienda, como hace Bajo Fernández (8), que el «ánimo de hacerse pago» del artículo 337 supone también un «ánimo de lucro», aunque no de lucro injusto que caracterizaría la misma acción como atentado contra la propiedad (9). Ni tampoco desde un prisma que incida en la existencia de un derecho a la cosa por parte del acreedor cumplidor de la acción típica, y ello porque, en primer lugar, tal derecho patrimonial debe ser *ex post* acreditado y, en segundo lugar, supone un privilegio inadmisibles primar con una sanción simbólica las vías de hecho en sede

(5) Por todos, Córdoba Roda, J., *op. cit.*, p. 1182, y Muñoz Conde, F., *op. cit.*, página 732.

(6) En este sentido Bajo Fernández, *op. cit.*, p. 61.

(7) De los sistemas penales europeos el Código Penal italiano es el único que, al igual que el español, incluye un Título dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia dividido en tres capítulos: Delitos contra la actividad judicial (Cap. I), Contra la autoridad de las decisiones judiciales (Cap. II) y tutela arbitraria de intereses privados; en este último capítulo acoge la figura de la realización arbitraria del propio derecho con violencia en las personas y con fuerza en las cosas que presenta la particularidad de castigar a quien pudiendo acudir a los Tribunales opta por las vías de hecho, siempre y cuando concurra, como condición de perseguibilidad, querrela de la parte ofendida, lo que evidencia las imbricaciones privatísticas del precepto.

(8) Vid. al respecto *op. cit.*, pp. 18 y ss. Esta misma tesis sostuvo Bajo Fernández en «Animo de lucro y ánimo de hacerse pago», en *ADPCP*, 1975, pp. 355-377, por lo que, a partir de ahora citaré exclusivamente su trabajo monográfico sobre el tema que incluye las propuestas expuestas en dicho artículo.

(9) Sobre este punto que ha ocupado toda la polémica doctrinal sobre esta figura delictiva, vid. mi posición personal en el apartado 4 del trabajo.

patrimonial con referencia a otras conductas violentas o coactivas tendentes a hacer efectivos arbitrariamente derechos de distinta naturaleza.

En el mismo sentido crítico llama la atención que en el artículo 532, párrafo primero, que incrimina el *furtum possessionis* sin violencia ni intimidación, el legislador haya previsto una pena de mayor gravedad a la asignada a la conducta prohibida en el artículo 337.

En conclusión, desde una posición que entienda, como lo hace la generalidad de la doctrina, que la realización de la conducta típica comportaría además de un atentado contra el patrimonio del deudor, violenta o intimidatoriamente realizado, un ataque a la Administración de Justicia concretado en el menosprecio a los cauces jurídicos (10), no resultaría en ningún modo satisfactoria la penalidad prevista, sin que a ello quepa objetar el recurso a la solución concursal que sí es viable cuando exista un exceso lesivo en el ejercicio de la violencia, o un doloso incremento patrimonial derivado del mayor valor de la cosa tomada con finalidad solutoria.

Ante tal estado de cosas, se impone una doble reflexión:

En primer término preguntarse: ¿En verdad se ven afectados la actividad jurisdiccional y el proceso civil por el hecho de que el acreedor se apropie de la cosa perteneciente al deudor con finalidad solutoria? En segundo término, si se considera que el objeto de protección cristaliza en el menosprecio de los cauces jurisdiccionales, ¿porqué no se criminaliza, entonces, la acción no violenta ni intimidatoria de tomar la cosa perteneciente al deudor con la misma finalidad extintiva de la obligación, si tal comportamiento prescinde también de la vía jurisdiccional?

Por lo que hace referencia al primer interrogante planteado, me parece evidente que no es posible sostener que la jurisdicción civil se vea afectada en su ejercicio, en sus fines o en su exclusividad por la realización del comportamiento descrito en el artículo 337.

En efecto, por un lado, el propio ámbito típico excluye los supuestos de una relación obligacional dudosa (y, por tanto, causa de un posible litigio), puesto que la letra de la ley se refiere taxativamente al deudor, lo que supone una relación jurídico obligacional existente, en la que la prestación esté determinada, vencida y, por tanto, exigible; además, la ley exige también la finalidad de extinguir la obligación, lo que implica que los apoderamientos que no tengan por finalidad hacerse pago, sino asegurar la prestación (prenda extrajudicial), no son subsunibles en el ámbito típico (11).

Por otro lado, y ello me parece fundamental, las relaciones jurídico privadas, regidas por el principio de la autonomía de la voluntad, no requieren, para exigir su cumplimiento, acudir a los Tribunales estatales

(10) *Comentarios*, III, *op. cit.*, p. 1182.

(11) Sobre el proceso descriminalizador de la prenda judicial, vid. Bajo Fernández. *op. cit.*, pp. 42-46.

en caso de conflicto entre las partes. En efecto, la controversia puede resolverse, bien mediante un acuerdo interpartes (esencialmente a través del contrato de transacción); bien acudiendo a terceros (arbitros) para que dicten un laudo fundado en Derecho o en la Equidad, y, naturalmente, acudiendo a la jurisdicción civil para que dirima el conflicto, siempre voluntariamente en virtud del principio de rogación. Es más, aún acudiendo a la vía jurisdiccional, la ejecución del pronunciamiento contenido en la sentencia debe ser expresamente solicitada al órgano judicial que se limita a reconocer el derecho o pretensión.

Parece, pues, incontrovertible que no existe interés público alguno en afirmar, no ya la exclusividad, sino siquiera la prevalencia de la potestad jurisdiccional y de los cauces procesales, a través de los que aquella se ejerce, en materia de relaciones jurídico privadas (12).

Malamente podrá aducirse que el motivo del legislador al prohibir la conducta descrita en el artículo 337, haya sido afirmar el imperio en la realización del Derecho (13) o el evitar «el tomar la Justicia por su mano» (14), como tampoco «el querer obviar la realización del derecho fuera de los cauces jurídicos establecidos» (15), puesto que en el Título IV no se protege más que un cauce jurídico: el jurisdiccional (16).

Una tal consideración aboca a una identificación, que no puedo compartir, entre aplicación del Derecho por parte de los Tribunales y la Justicia la cual, como valor en sí mismo, no es protegible penalmente sino un desideratum al que debe tender el ordenamiento jurídico en su globalidad.

Pero, aún partiendo de aquella identificación no compartida, entre Justicia y actividad jurisdiccional (y entronco así con la segunda parte de la reflexión que hacía en líneas anteriores), el legislador debía, entonces, haber incriminado también la apropiación de la cosa del deudor con fuerza en las cosas (17) y el simple hecho de tomarla y sus-

(12) De modo distinto en el ámbito legislativo italiano. Sobre la materia, vid. Ardizzone, S., «I delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni», Milano, 1975, pp. 110 y ss.

(13) Muñoz Conde, *op. cit.*, p. 732.

(14) Asi Rodríguez Devesa, J. M., *op. cit.*, p. 1036.

(15) Córdoba Roda, J., *Comentarios, cit.*, p. 1182.

(16) En este sentido y ampliamente me he pronunciado en Magaldi-García Arán, *op. cit.*, pp. 1119-1128; «El falso testimonio en el sistema penal español», *PPU*, Barcelona, 1987, pp. 21 y ss.; «Aspectos esenciales de la acusación y denuncia falsas», *ADPCP*, 1987, pp. 38 y ss., y «El delito contra la libertad de las partes», *CPC*, e, 1987, pp. 591-592.

(17) La Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983, no sólo mantiene la figura en su articulado sino que añade a su actual regulación dos notas perturbadoras: la primera concretada en el sustitución, en la descripción típica de la relación jurídica obligacional de carácter patrimonial privada, que acota el ámbito de lo punible, por la expresión, «el que para realizar un derecho propio...», que lo amplía *ad infinitum*; la segunda, consistente en añadir al plus de la violencia o intimidación, la fuerza en las cosas en transcripción casi literal del artículo 392 del Código Penal italiano.

traerla de la esfera de dominio del deudor, ya que igualmente se menosprecia el Derecho y se sustrae el conflicto a los órganos jurisdiccionales, quebrando, así, la paz jurídica.

A lo dicho no puede oponerse que el respeto al principio de intervención mínima, obstaculiza la toma en consideración por la normativa penal de aquellos supuestos, no impidiendo, en cambio, la misma cuando los actos apropiatorios vayan acompañados de violencia o intimidación por el peligro que éstos suponen para los demás intereses presuntamente amparados, según sentir doctrinal mayoritario, en el tipo del artículo 337 (18). Y no puede oponerse porque hacer una afirmación rotunda en este sentido implica una traspolación de bienes jurídicos preventes, difuminándose, hasta prácticamente desaparecer, el interés Administración de Justicia y perdiendo consistencia, en consecuencia, la defensa de la correcta ubicación sistemática de la figura en el contexto del Título IV.

Tampoco resulta convincente la posición extrema sustentada por Ferris Albenca conforme a la cual se afirma, taxativamente, que la conducta prevista en el artículo 337 no guarda parentesco alguno con la Administración de Justicia, siendo el bien jurídico protegido «la propiedad, el patrimonio del deudor» (19).

Fundamenta su posición en una reinterpretación de la disyuntiva «ánimo de lucro»-«ánimo de hacerse pago» y en su particular entendimiento del concepto de lucro; dicha posición, que parte de una base inicial correcta, no puede ser compartida, tanto porque obvia sin más la ubicación legal del precepto, como porque conduce a insatisfactorias soluciones concursales que reducen el tipo del artículo 337 a un subtipo residual de delito patrimonial de apoderamiento, sin apoyo legal alguno.

Frente a la realidad legal de la existencia en nuestra normativa penal del delito objeto de estudio y su específica ubicación en el marco del Título IV, es preciso un esfuerzo interpretativo que no se limite simplemente a ignorar aquella realidad.

Por tanto, entiendo que la única forma de sostener de *lege lata* la ubicación sistemática del precepto (20), en el ámbito de los hechos

(18) Excepcionalmente, Vive Antón, en *Cobo, op. cit.*, p. 294 entiende que el bien jurídico protegido no es otro que «el interés del Estado en monopolizar el uso de la fuerza para poder resolver los conflictos», dicha postura, que comparto, parte de la base de que «puesto que la resolución de conflictos es justamente el cometido de la jurisdicción, puede afirmarse que el bien jurídico protegido guarda parentesco con la Administración de Justicia, pero no se identifica con ella». Precisamente por ello es, a mi entender, cuestionable de *lege ferenda* su permanencia en el Título.

(19) *Op. cit.*, p. 828.

(20) Y a pesar de ello su ubicación me parece incluso de *lege lata*, disfuncional, en cuanto que se concreta en un menosprecio al conjunto de recursos que ofrece el ordenamiento jurídico para la solución de conflictos y no a la función jurisdiccional en sentido estricto que es la única que detenta el monopolio de la fuerza. Ciertamente esta

punibles que afectan a la actividad jurisdiccional, como función exclusiva de uno de los Poderes del Estado, sería la de considerar que el bien jurídico protegido a través del mismo, es el monopolio estatal del ejercicio de la fuerza (violencia legal), a través de los cauces jurídicos establecidos especialmente (21). De este modo, hallaría una justificación la no relevancia penal de las conductas de mero apoderamiento con finalidad solutoria sin el ejercicio de actos coactivos, los cuales también suponen un desprecio a las vías jurídicas establecidas para hacer efectivos los derechos patrimoniales, incluido al recurso a la vía jurisdiccional.

De *lege ferenda*, sin embargo, tal planteamiento no parece conveniente en razón de dos argumentos de signo distinto:

a) El primero deriva de la realidad indubitada de que el Estado ejerce su indiscutible monopolio de la coacción en una esfera mayor que la concretada en el ejercicio de la actividad jurisdiccional por parte de los Tribunales, de lo que son exponente claro los actos coactivos llevados a cabo por la Administración pública, que no gozan, en cambio, de una protección penal separada.

De igual manera, el no recurso a los Tribunales para hacer efectivo un crédito y la elección de las vías de hecho aún violentas, no me parece acreedor de una específica protección penal. Menospreciar los cauces jurisdiccionales y optar por las vías de hecho en relaciones jurídico privadas rompe, es cierto, el concepto formal que denominamos paz jurídica, pero materialmente no supone distorsión ni peligro para aquellos; genera, a lo sumo, perjuicios patrimoniales o personales a sujetos individuales concretos [al igual que la no colaboración con la Justicia en los supuestos del artículo 338 bis (22)], salvo que se quiera dota a la actividad jurisdiccional de un contenido amplísimamente reñido con la función que debe cumplir por mandato constitucional.

b) Precisamente de la necesidad de dotar a la protección penal a esta función clave en todo Estado de Derecho, de un contenido preciso (y en base, por tanto, a consideraciones político-criminales que deben ser tenidas en cuenta por incidir en la propia legitimación material de la normativa penal), surge un segundo argumento:

La innegable evidencia de la exclusividad de la violencia estatal, que supuso, en momentos históricos determinados, un avance considerable frente al peligro de disgregación de la sociedad que encierra

interpretación desborda los límites que he proporcionado al bien jurídico protegido en el Título en otros trabajos.

(21) Vid. Gimeno Sendra, J. V. «Fundamentos de Derecho Procesal», Madrid, 1981, pp. 21 y ss.

(22) En el mismo sentido García-Arán, en Magaldi-García Arán, *op. cit.*, pp. 1164-1168.

la autodefensa, debe conducir hoy al intérprete a la búsqueda de criterios coadyuvantes al acotamiento escrupuloso de la misma, y nunca a criterios válidos para generar un aumento desmesurado del ejercicio de aquel monopolio. Y ello, porque constituye ya un dato histórico, que la acentuación gratuita del mismo puede desembocar en sutiles formas de opresión jurídica, legitimadoras de formas menos sutiles de opresión política (23).

Sostengo, en consecuencia con el significado proporcionado al bien jurídico protegido en el Título IV (actividad jurisdiccional ejercida en el marco de un proceso) que el delito previsto en el artículo 337 del Código Penal, al que califico de metaprocesal, debe ser excluido no sólo del marco de los delitos contra la Administración de Justicia, sino también del contexto de nuestro ordenamiento jurídico penal por constituir, como señalara Quintano Ripolles, un mero «abuso del derecho criminalizado» (24).

Ante supuestos como el descrito en el artículo 337, el ordenamiento jurídico posee recursos suficientes para resolver el conflicto surgido:

a) La vía interdictal a la que podrá acudir el deudor, arbitrariamente desposeído de la cosa, para reclamar la posesión de la misma (25) y la acción reivindicatoria de dominio (26) en la esfera jurídico-privada.

b) La legislación penal, en virtud de la cual podrá exigirse responsabilidad criminal a quien comete violentamente al deudor a la prestación, conducta perfectamente subsumible en el tipo de coacciones del artículo 496 del Código Penal.

3. DELIMITACION DEL AMBITO DE PROTECCION TIPICA

3.1. Naturaleza y contenido de la relación obligacional subyacente

La estructura legal de la figura en nuestro sistema punitivo, se caracteriza por circunscribir el ámbito posible de la conducta típica al marco de una relación obligacional de carácter patrimonial (27).

(23) Así, Bobbio, N., «Crisis de la democracia», Ariel, Barcelona, 1985, p. 12: mientras la institución del Estado de Derecho influye en la fuerza regulándola, la institución del Estado democrático influye en el uso de la fuerza reduciendo su ámbito de aplicación.

(24) Quintano Ripolles, A., «Curso de Derecho Penal», Madrid, 1958, p. 140.

(25) «Artículo 446 del Código Civil»: «Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión, y si fuere inquietado en ella deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen.»

(26) «Artículo 348.2, del Código Civil»: «El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla.»

(27) Por todos Bajo Fernández, *op. cit.*, pp. 50 y ss.

Tal acotación se desprende del propio tenor literal del precepto que condiciona la relevancia penal del apoderamiento de la cosa, a que ésta pertenezca al deudor, y a la finalidad de hacerse pago con ella, es decir, extinguir una obligación dotada de contenido económicamente evaluable; de esta manera, se delimita la rúbrica que preside el Capítulo, que podría inducir a una línea de interpretación comprensiva de la realización arbitraria de cualquier derecho (28).

Sentada esta premisa, nada obsta a que la conducta típica pueda ser llevada a cabo tanto en el contexto de una relación obligacional de naturaleza contractual —compra-venta—, como en una de origen legal —alimentos— (29), sean éstas bilaterales o unilaterales, presentando, en cambio, dificultades la realización de la conducta en materia de obligaciones extracontractuales (30) derivadas de ulteriores requisitos a sumar a aquella exigencia de la existencia de una relación obligacional.

En su artículo 1088 el Código Civil clasifica las obligaciones en atención a la naturaleza de la prestación, en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer alguna cosa (31).

Afirmada la necesidad de la existencia de una relación obligacional de naturaleza patrimonial, y admitida, sin discusión doctrinal, la concurrencia en ella de las características de vencibilidad y exigibilidad de la deuda (32), se impone analizar si, en base a la descripción legal contenida en la disposición objeto de estudio, la realización arbitraria del derecho al pago es factible para todas y cada una de aquellas obligaciones. A ello obliga:

a) La específica configuración de la conducta de apropiación, como arbitraria realización del derecho al pago que constituye por disposición del artículo 1156 del Código Civil, la primera de las formas de extinción de las obligaciones (33).

b) El expreso pronunciamiento del mismo texto legal en su artículo 1157 acerca de que «no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiere entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía», del que Córdoba Roda desprende

(28) *Op. cit.*, p. 51.

(29) «Artículo 1089 del Código Civil»: «Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y quasi-contratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa por negligencia.»

(30) Sin más, Bajo Fernández, *op. cit.*, p. 68.

(31) «Artículo 1088 del Código Civil»: «Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa.»

(32) En el mismo sentido, Bajo Fernández, *op. cit.*, p. 67, y de modo implícito Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 733.

(33) «Artículo 1156 del Código Civil»: «Las obligaciones se extinguen: Por el pago o cumplimiento...»

la posible subsunción en el ámbito del tipo, tanto de las obligaciones de dar como las de hacer (34).

c) La dinámica de la acción típica expresada a través de los términos «apoderarse de la cosa» y con la finalidad de hacerse pago con ella» es decir, de extinguir la relación obligacional, aunque tal finalidad no se logre efectivamente.

Las obligaciones de dar alguna cosa, sea cual fuere su naturaleza, se extinguen mediante el pago, bien dando la cosa debida si ésta es determinada, bien la cosa del mismo género en los supuestos de obligaciones genéricas, bien la suma de dinero debida en las obligaciones dinerarias.

A su vez, las obligaciones de hacer alguna cosa se extinguen mediante el pago o cumplimiento realizando la prestación, y las obligaciones de no hacer se extinguen omitiendo el deudor la realización de algo, omisión en la que se concreta la prestación y con la que se cumple la obligación.

La prestación del deudor en las obligaciones de dar se cumple, pues, entregando la cosa en las condiciones establecidas (35), en las de hacer realizando algo en las condiciones establecidas (36) y en las obligaciones de no hacer, absteniéndose el deudor de llevar a cabo una conducta (37).

Al margen de los cauces jurídicos, ya señalados, de acuerdo entre las partes, arbitraje o el recurso a los Tribunales del orden civil para exigir la prestación o la resolución del contrato en su caso, ¿Qué puede hacer el acreedor para exigir la prestación que se niega a cumplir el deudor para hacerse pago si decide valerse de las vías de hecho?

Evidentemente en las obligaciones de dar puede apropiarse de la cosa debida o de cosa de valor equivalente en cuanto que el pago debe entenderse en sentido amplio comprensivo del denominado pago por equivalencia (38).

Tal entendimiento nace del significado otorgado al elemento subjetivo «para hacerse pago», no coincidente este último con el estricto sentido objetivo del concepto «lucro»; en efecto, dicha finalidad solutoria que pertenece al ámbito del tipo subjetivo, sólo puede ser interpretada desde una perspectiva que tenga en cuenta tal pertenencia,

(34) *Comentarios*, III, *cit.*, p. 1184.

(35) «Artículo 1094 del Código Civil»: «El obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia.»

(36) «Artículo 1098 del Código Civil»: «Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciera se mandará ejecutar a su costa...»

(37) «Artículo 1099 del Código Civil»: «Lo dispuesto en el artículo anterior... se observará también cuando la obligación consista en no hacer y el deudor ejecutare lo que le había sido prohibido.»

(38) Doctrina unánime. Por todos Muñoz Conde, *op. cit.*, p. 733. En contra Bajo Fernández, *op. cit.*, pp. 41 y 67.

esto es, hacerse pago sólo halla su significado jurídico penal en el sentido que el hombre medio otorgue ex ante al mismo; sentido coincidente, a mi juicio, con la finalidad de cancelar el crédito y extinguir así la obligación, apoderándose de la cosa o equivalente.

Si la apropiación se lleva a cabo con violencia o intimidación en las personas, la conducta cumplirá el tipo del artículo 337 (39).

En los supuestos de obligaciones de hacer alguna cosa, el acreedor puede fácticamente obligarle con violencia o intimidación a realizarla, es decir a llevar a cabo la prestación, e igualmente, en las obligaciones de no hacer algo puede compeler al deudor a abstenerse de la conducta. En ninguno de los dos casos se apodera de cosa alguna perteneciente al deudor. La conducta constituye, en cambio, un claro exponente del delito de coacciones en cuanto el ataque a la libertad del sujeto pasivo aparece como evidente y no se halla legitimada por el simple hecho de la existencia previa de la relación jurídico obligacional entre ambos.

Puede también el acreedor proceder a apoderarse de la cosa perteneciente al deudor, con violencia o intimidación, a fin de compelerle a realizar la prestación de hacer o no hacer; en este supuesto aún existiendo un apoderamiento no es posible predicar del mismo ni una intención de incorporación de la cosa al patrimonio del sujeto activo, ni una finalidad solutoria, por lo que la conducta revestirá en todo caso de cumplirse los requisitos de los correspondientes tipos el carácter de una amenaza.

Y finalmente, el acreedor puede, utilizando vías de hecho, apoderarse violentamente o con intimidación de la cantidad de dinero precisa (cosa perteneciente al deudor) para encargar a un tercero la realización de la prestación, al margen de la primigenia y subsistente relación obligacional que le liga al deudor; no es posible, en este supuesto, afirmar que la finalidad perseguida por aquél sea una finalidad solutoria, sino la de asegurar una prestación que le es debida por el deudor a costa de éste, pero realizada por terceros a costa del mismo. La conducta que cumple el tipo objetivo del delito de robo con violencia o intimidación en las personas no cumpliría, en cambio, el tipo subjetivo al estar ausente el ánimo de lucro concebido como finalidad de incrementar ilegítimamente el propio patrimonio a costa de la lesión patrimonial del sujeto pasivo.

En base a lo anteriormente expuesto no parece aventurado, y ello casa además perfectamente con los antecedentes históricos del precepto (40), sostener que el ámbito posible de realización de la conducta se ciñe al marco de una obligación patrimonial de dar alguna cosa.

(39) Doctrina unánime. Por todos Córdoba Roda, *Comentarios*, III, *cit.*, p. 1185.

(40) Así, Bajo Fernández, *op. cit.*, pp. 41 y ss.

3.2. El comportamiento típico

La conducta típica consiste, como se ha puesto de manifiesto, en apoderarse de una cosa perteneciente al deudor. Como correctamente puntualiza Bajo Fernández, «el núcleo de la conducta típica consiste en apoderarse de alguna cosa (41).

El sentido a proporcionar al elemento objetivo del apoderamiento y su equivalencia o no a los términos «tomar» o «apropiarse» empleados por el legislador, en sede de descripción de la conducta en los delitos patrimoniales de apoderamiento, ha sido profusamente debatido pro la doctrina penal española.

Sobre este punto, suscribo íntegramente la tesis de Quintano Ripolles (42) conforme a la cual los términos legales utilizados por el legislador en los artículos 500, 514 y 535, no obligan a una actividad dinámica, en todos los casos concretada en una aprehensión material (*contrectatio*), que desplace físicamente a aquélla de la esfera posesoria del sujeto pasivo a la del sujeto activo; siendo posible englobar todos los comportamientos posibles expresados lingüísticamente bajo un concepto único de apoderamiento que los integra a todos.

En el mismo sentido se manifiesta Ferris Albenca, según el cual el término apoderarse, que emplea también el artículo 337, implica «toda una serie de actos diversos cuyo resultado consiste en integrar la cosa en el patrimonio del sujeto activo, signifique 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 integrarlo en el propio, obteniendo incluso la protección del Derecho si ve perturbada su situación» (43).

El concepto de apropiación (que incluiría desde esta perspectiva la retención como conducta destinada a la integración de la cosa ajena en el propio patrimonio) constituirá, en el marco del tipo objetivo, el elemento común mínimo de todos los delitos patrimoniales de apoderamiento.

Resulta, en mi opinión obvio, que el mismo significado debe proporcionarse a la expresión típica «apoderarse de cosa perteneciente al deudor», del artículo 337, en cuanto que la conducta cristaliza precisamente en un acto de apropiación, entendida en el sentido antes mencionado, dado que el acreedor, al que asiste evidentemente el derecho a reclamar el crédito (44), desplaza, con su comportamiento, de modo efectivo, la cosa de la esfera patrimonial del deudor a su caudal patrimonial.

(41) *Op. cit.*, p. 62.

(42) Tratado de Derecho Penal II, Madrid 197, p. 115.

(43) *Op. cit.*, p. 815.

(44) Igualmente Bajo Fernández, *op. cit.*, p. 46.

Y este desplazamiento tiene lugar tanto si existe una traslación material de la cosa, como si ésta es meramente ideal por poseer el acreedor, por cualquier título ajeno al dominio, la cosa del deudor; si bien, en este último supuesto, las dificultades prácticas de realización de la conducta pueden surgir de la exigencia legal de concurrencia de la violencia o la intimidación (45).

3.3. El objeto de la acción

La apropiación debe serlo de una cosa perteneciente al deudor. En este punto, existe unanimidad doctrinal en entender que el objeto material del delito debe concretarse exclusivamente en una cosa mueble a la que deberá dotarse del significado que le es propio en materia penal y en conexión con los diversos tipos delictivos articulados en el Título XIII. A ello conduce, no sólo las expresiones típicas de «tomar», «apoderarse» o «apropiarse», referidas siempre a traer algo susceptible de ser materialmente aprehendido a la esfera propia de dominio, sino también una correcta e ineludible interpretación sistemática del texto punitivo.

Carece, por tanto, de todo fundamento la postura de Ferris Albenca en virtud de la cual «no existe razón para la que deban excluirse los inmuebles como posible objeto material del delito del artículo 337, pues si bien se trata de situaciones muy poco habituales son al menos teóricamente imaginables: v. g., el acreedor hipotecario que estando vencida la deuda, ocupa con violencia o intimidación el inmueble sobre la misma para hacerse pago» (46). La incorrección de su afirmación se basa en tres razones, dos de carácter general y otra de carácter específico, amén de los argumentos doctrinales antes apuntados y de la extensión del ámbito típico más allá de lo que permite un justo entendimiento del principio de intervención mínima. Las razones son:

a) En primer lugar, su postura en sede interpretativa del artículo 337, se contradice absolutamente con la línea que sostiene a lo largo de todo el trabajo: el tipo del artículo 337 es en su integridad idéntico, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, a los tipos de robo con violencia e intimidación en las personas, hasta tal punto que incluso poseen en común el bien jurídico protegido, la propiedad; siendo la única nota diferencial la concurrencia, en el artículo 337, de una relación obligacional preexistente. No parece posible sostener que en los

(45) En términos similares Bajo Fernández; respecto a la posición de Ferris Albenca en *op. cit.*, p. 830-832, vid. *supra*, apartado 4, en sentido crítico.

(46) *Op. cit.*, p. 819.

tipos de robo sean subsumibles conductas de apoderamiento de inmuebles en el sentido que dicho autor le otorga en el ejemplo que propone y es evidente que está sería la consecuencia lógica a que su postura debería conducir, aunque nada manifiesta al respecto. ¿Cuál es, entonces, el fundamento o apoyo legal de su posicionamiento en el ámbito del artículo 337?

b) En segundo lugar, y ello es esencial, los derechos reales se usurpan (no se toman ni se apropia uno de ellos) y los inmuebles se ocupan por definición (y no se toman o se apropia uno de ellos). La imposibilidad física de aprehensión material o ideal (integración en el patrimonio) de los bienes inmuebles, junto con la extraordinaria protección jurídica al dominio y la garantía de la fe registral, son precisamente la razón básica de política criminal de la escasa protección penal al patrimonio inmobiliario (47).

c) Por último, el ejemplo propuesto no es especialmente afortunado. La hipoteca constituye un derecho real de garantía y, por su propia naturaleza resulta ya difícilmente usurpable (48); como tal derecho de garantía aparece totalmente desvinculado, no sólo del uso sino del dominio del inmueble sobre el que recae como carga, apareciendo, exclusivamente, como un derecho real de realización de valor. La conducta propuesta como ejemplo no puede constituir jamás el tipo del artículo 337, siendo subsumible, a lo sumo, si cumple los requisitos añadidos, en el artículo 517 del Código Penal.

La cosa mueble objeto de la apropiación debe pertenecer al deudor, es decir, debe gozar del carácter de ajenidad, aunque limitada a la persona del deudor, el cual debe ostentar sobre la misma derechos dominicales plenos.

El requisito de la ajenidad de la cosa es legalmente suficiente, no siendo precisa, porque ello no se desprende del tenor literal del precepto, la apropiación de la concreta cosa debida (49).

En efecto, en el seno de la normativa civil, el pago, como modo de cumplimiento de las obligaciones, puede realizarse no sólo a través de la entrega de la cosa concreta, sino también de cualquier otra que suponga una satisfacción equivalente a la prestación (dación en pago o cesión de bienes). Además, el significado que en páginas posteriores propongo para la expresión «para hacerse pago», me inclina a entender que cumple la conducta típica quien se apropia de cosa mue-

(47) Sobre el tema, vid. Huerta Tocildo, S., «La protección penal del patrimonio inmobiliario», Civitas, Madrid, 1980, pp. 46 y ss.

(48) Así Díez Picazo, L., «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial», II, Tecnos, 1978, p. 645, «Derecho real no poseible...».

(49) Así Ferris Albenca, *op. cit.*, p. 817; en contra Bajo Fernández, en virtud de su posición respecto al ánimo de hacerse pago como excluyente del lucro injusto.

ble perteneciente al deudor, aunque no sea la concretamente debida, con la finalidad solutoria.

Finalmente, en materia de ajenidad limitada de la cosa, se plantea aún una última cuestión, derivada ésta de la exigencia de que quien pretende hacerse pago apropiándose de un bien perteneciente al deudor, debe apropiarse de algo que efectivamente no le pertenezca y que sea del deudor.

Ello entronca con el peculiar sistema jurídico privado español en materia de adquisición del dominio, concretado en la denominada «teoría del título y el modo», que, aunque cuestionada por algunos autores (50), halla su fundamento legal en los artículos 609 y 1095 del Código Civil (51). En virtud de lo establecido en estos artículos, se exige la concurrencia, junto a la existencia de un título traslativo del dominio, la entrega de la cosa (*traditio*) por su hasta éste instante legítimo propietario (52).

Lo expuesto se relaciona con el tema objeto de análisis, en cuanto que permite excluir del ámbito típico del artículo 337, los supuestos de *traditio ficta*, conforme a los cuales, aún no habiéndose efectuado materialmente la entrega de la cosa que sigue de *facto* en poder del deudor, jurídicamente el acreedor ha adquirido ya el dominio sobre la misma, por lo que el acto de apoderamiento no integra el tipo por la no concurrencia del requisito de la ajenidad. Evidentemente, el acreedor responderá en estos casos de las violencias o actos intimidatorios llevados a cabo para integrar materialmente la cosa jurídicamente ya parte de su patrimonio.

4. EL TIPO SUBJETIVO

El dolo, núcleo constitutivo esencial del tipo subjetivo, debe abarcar el conocimiento de la pertenencia de la cosa al deudor y la voluntad de apropiarse de ella; ahora bien, esta apropiación debe llevarse a cabo con una finalidad solutoria, esto es, con el objetivo de extinguir la relación jurídico-obligacional preexistente, haciéndose precisamente pago con la cosa apropiada. Ello nos indica que estamos en presencia de un especí-

(50) Díez Picazo, L., *op. cit.*, pp. 641.

(51) «Artículo 609 del Código Civil: «La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada o intestada y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición...»

«Artículo 1095 del Código Civil»: «El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada.»

(52) En idéntico sentido Ferris Albenca, *op. cit.*, p. 826, pero con distintas conclusiones referidas a otros elementos del tipo.

fico motivo de la acción legalmente determinado y, en consecuencia, de un elemento subjetivo del injusto (53).

A partir de esta exigencia legal y de la estrecha conexión de la figura, en su parte objetiva, con los delitos patrimoniales de apoderamiento, ha surgido repetidamente en la doctrina y la jurisprudencia penal españolas (54) la cuestión de dilucidar la equivalencia o no equivalencia de aquella exigencia de naturaleza subjetiva, con el ánimo de lucro, especial motivación que debe guiar al autor de un delito contra el patrimonio por imperativo legal.

Sobre la cuestión del contenido a otorgar a la finalidad solutoria prevista en el artículo 337, las posiciones han oscilado tradicionalmente en dos sentidos.

a) Mantener que el ánimo de hacerse pago excluye la presencia del ánimo de lucro (55).

b) Sostener que la finalidad solutoria no excluye el ánimo de lucro, pero sí el de lucro injusto siendo esta última la posición defendida por el monografista del tema (56).

c) Finalmente, Ferris Albenca opta por una tercera vía: la de entender que el ánimo de hacerse pago, no sólo no excluye el ánimo de lucro, sino que aquél es en todo equivalente al elemento subjetivo legalmente exigido en los delitos patrimoniales de apoderamiento, de los que en nada se diferencia el artículo 337, hecha abstracción de la relación subyacente. Dicho en términos sintéticos: ánimo de hacerse pago y ánimo de lucro son conceptos sinónimos.

Las consecuencias a que tal posición conduce, conectada con su tesis acerca del bien jurídico protegido en la figura, resultan en extremo controvertibles e insatisfactorias en materia concursal y adolecen de importantes inconvenientes técnicos de los que me ocuparé en líneas posteriores.

Como puso en su día de manifiesto Bajo Fernández, la diferencia entre los artículos 505, apartado quinto y 337 del Código Penal, cuyo tipo objetivo presenta una estructura típica idéntica, no puede hallarse, si existe, más que en el ámbito del tipo subjetivo.

En efecto, la conducta típica de apoderamiento, constituye el medio anómalo (vías de hecho) de que se vale el acreedor para realizar materialmente su derecho al crédito (ánimo de hacerse pago);

(53) Doctrina unánime. Por todos, Vives Antón, en Cobo, *op. cit.*, p. 295, y Muñoz Conde, *op. cit.*, p. 734.

(54) Sobre la copiosa literatura en lengua alemana sobre esta distinción, vid. Bajo Fernández, *op. cit.*, pp. 25 y ss.

(55) Rodríguez Devesa, J. M., *op. cit.*, p. 1037; Quintano Ripolles, A., *Comentarios al Código Penal*, Madrid, p. 671, en sentido aproximado Muñoz Conde, *op. cit.*, p. 734, y Vives Antón, *op. cit.*, p. 295.

(56) Bajo Fernández, *op. cit.*, pp. 17 a 41.

resulta, por tanto, obligado indagar si existen diferencias cualitativas entre el elemento subjetivo cristalizado en la finalidad solutoria y el ánimo de lucro propio de los delitos contra el patrimonio que se articulan alrededor de una acción de apoderamiento, de los cuales el robo es exponente significativo.

La tesis favorable al entendimiento de que el ánimo de hacerse pago elimina la presencia del ánimo de lucro, es mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia de nuestro país; a dicha posición conduce, más que la adopción de criterios dogmáticos, necesidades de justicia material que tienen por finalidad soslayar las consecuencias insatisfactorias que la posición contraria conllevaría (57).

Así, si se entendiera que el ánimo de hacerse pago no excluye el ánimo de lucro, el apoderamiento violento o intimidatorio con fines solutorios se vería injustamente primado con la imposición de una penal de multa, respecto del apoderamiento con idéntico fin realizado con fuerza en las cosas que constituiría robo del artículo 504 y, naturalmente, respecto del simple apoderamiento que debería ser castigado como un hurto del artículo 514 (58).

La exclusión del ánimo de lucro comportaría, por el contrario, la impunidad de las conductas anteriormente citadas por ausencia del elemento subjetivo.

Sin embargo, este argumento de estricta justicia material, no es, desde el punto de vista dogmático, concluyente en cuanto que no responde a criterios objetivamente contrastables. Por ello, coincido con Bajo Fernández en que el problema planteado no puede solucionarse sin determinar previamente como se entiende el lucro al que va referido el elemento subjetivo de los delitos contra la propiedad (59).

Bajo Fernández centra, pues, correctamente el problema; lo que se trata de determinar no es tanto el contenido que hay que proporcionar al elemento subjetivo en su conjunto, como el de conceptualizar el lucro en el marco de la esfera penal. Para lograrlo realiza una intensa exposición sobre la doctrina alemana en la materia, referida, claro es, a la especial regulación en materia patrimonial del StGB y sobre las repercusiones o influencias de la misma en la dogmática penal española, habida cuenta de la diversa estructuración de los delitos patrimoniales en nuestro sistema punitivo (60).

Su tesis parte de entender el lucro como una ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico. Partiendo de este entendimiento, mantiene:

(57) *Op. cit.*, p. 1037.

(58) En términos aproximados respecto al apoderamiento con engaño, Antón Oneca, J., «Las estafas y otros engaños», en *NEJS*, 1957, IX, pp. 14-15.

(59) *Op. cit.*, p. 21.

(60) Así en *op. cit.*, pp. 26 y ss.

a) Que, en este sentido, hacerse pago es lucrarse, pero ello «no significa aún que el comportamiento arbitrario del propio pago, cumpla todos los requisitos típicos de las figuras de los llamados delitos contra la propiedad» (61).

b) Que para la existencia de un delito contra la propiedad, se requiere la presencia de un lucro injusto (antijurídico) el cual no se concibe como elemento normativo sino que forma parte de la antijuricidad tipificada.

c) Que el enriquecimiento es injusto cuando son antijurídicos los medios utilizados para conseguirlo y que éste supuesto se cumple también en el artículo 337 del Código Penal en cuanto que se concreta en un «comportamiento arbitrario del propio pago, es decir, de ejercicio (no legítimo) de un derecho» (62). Primera premisa, pues: la conducta es formalmente antijurídica.

d) Que en el supuesto de realización arbitraria del pago, no se cumple, sin embargo, el tipo del correlativo delito patrimonial porque aún existiendo lucro injusto, no se cumple el tipo por no existir una lesión del bien jurídico de la propiedad. Esto, exclusivamente, en el supuesto en que el acreedor se apodera de la cosa debida con la lógica finalidad solutoria.

Bajo Fernández hace girar, en definitiva, su tesis diferenciadora entre el artículo 337 y los delitos patrimoniales alrededor de la consecuencia final de su razonamiento interpretativo: el ánimo de lucro, formalmente injusto por no constituir la conducta el ejercicio legítimo de un derecho, no se vería excluido por la presencia del ánimo de hacerse pago, pero la presencia de éste comportaría la ausencia de antijuricidad material por no existir lesión del bien jurídico patrimonial.

Si bien es cierto que la coherencia metodológica de la tesis sustentada por Bajo Fernández es exquisita, la conclusión final a la que necesariamente conduce me parece objetable en base a dos razones fundamentalmente:

a) La primera, concretada en que resulta más que discutible que la propiedad del deudor no resulte lesionada por el acto de apoderamiento, que supone la correlativa integración de la cosa en el patrimonio del acreedor, lo cual, lógicamente implica una ventaja patrimonial para el mismo y un menoscabo en el caudal patrimonial del deudor.

b) La segunda, centrada en la consecuencia inevitable a que su tesis le aboca: la estricta circunscripción a la cosa concreta debida o suma de dinero en las obligaciones dinerarias; circunscripción que no

(61) *Op. cit.*, p. 33.

(62) *Op. cit.*, p. 37.

se desprende de ninguna manera de la letra de la ley y que implica el ceñir el ámbito del tipo del artículo 337 a hipotéticos supuestos de estricta compensación, a modo de equilibrio patrimonial, de manera que, si el acreedor se apodera de otra cosa distinta a la debida, pero de igual valor económico, deberá responder por delito de robo, aún concurriendo el ánimo de hacerse pago. Tal posición supone, a mi entender un no conveniente entremezclamiento de los planos objetivo y subjetivo de la articulación típica de la figura.

La tercera propuesta doctrinal se debe a Ferris Alben, el cual se opone tanto a la doctrina dominante como a la posición de Bajo Fernández (63).

Dicha propuesta parte de un justo entendimiento del tipo objetivo de la figura de realización arbitraria del propio derecho, en virtud del cual «la acción de tomar, apropiarse, consiste 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». Como señala el autor, se trata de un hecho objetivo que evidentemente deberá ser abarcado por el dolo; dolo que se concretará, pues, en el conocer y querer la apropiación típica. No es, por tanto, necesaria la búsqueda de una distinción entre ánimo de apropiación y ánimo de lucro ni siquiera en sede patrimonial; el ánimo de apropiación integrará el elemento volitivo del dolo y el ánimo de lucro responderá a una finalidad específica del autor: el afán de enriquecimiento o aumento patrimonial (64).

Posteriormente, se manifiesta en favor de conceptualizar el ánimo de lucro como «la intención de comportarse como si fuera el legítimo propietario de la cosa (65), esto es, «ejercer sobre la cosa cualquiera de las facultades que el Derecho otorga a éste». La presencia del ánimo de lucro será «fácilmente constatable mediante el simple análisis del comportamiento del sujeto activo: enajenación de la cosa, usarla, donarla, etc..., como si fuera propia» (66).

Evidentemente ello obliga a una comprensión amplia equivalente a la intención del sujeto de considerar la cosa como parte de su patrimonio o lo que es lo mismo de integrarla en él.

La opinión de Ferris Albenca coincide totalmente con la posición de la doctrina alemana denominada «concepción formal», aplicada en sede de interpretación del tipo subjetivo de los delitos de hurto, robo y apropiación indebida, respecto de los cuales, como se dijo, el StGB exige exclusivamente la presencia del ánimo de apropiación a diferen-

(63) *Op. cit.*, pp. 823 y 827, respectivamente.

(64) Vid. Bajo Fernández, «Manual de Derecho Penal», Madrid, 1987, p. 16, y Quintano Ripollés, *Tratado, cit.*, pp. 115 y ss.

(65) *Op. cit.*, p. 825.

(66) *Op. cit.*, p. 826.

cia de lo que sucede con el delito de estafa al que legislativamente se asocia la exigencia del ánimo de lucro.

La configuración de los delitos contra el patrimonio en nuestro sistema, en el cual también se exige, junto al dolo referido a la apropiación, una finalidad de enriquecimiento o ventaja patrimonial, hace inviable la posición equiparadora entre uno y otro elemento del tipo subjetivo a la que parece conducir la postura de este autor.

Siguiendo con su discurso interpretativo, Ferris Albenca equipara el «ánimo de lucro» típico de los delitos patrimoniales, en el significado estricto que le otorga, al «ánimo de hacerse pago» con la cosa: «Quien se hace pago de 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 reclamarlo por vía judicial»; «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» (67). El entrelazamiento equiparativo entre apropiación, ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago aparece evidente en el discurso del autor.

Obviamente, como expondré más adelante, con la realización de la conducta del artículo 337, es innegable que el acreedor-sujeto activo del delito se lucra en cuanto que incrementa objetivamente su patrimonio con la integración en el mismo de un bien ajeno.

Pero ésta no es la conclusión que se deriva de la tesis de Ferris Albenca sobre el lucro, concepción puramente formalista de la que esté ausente su rasgo más esencial: el enriquecimiento o incremento patrimonial; aún más, su concepción, al margen de su disfuncionalidad en la figura objeto de tratamiento, desvirtúa, hasta confundirlos, los conceptos de dolo típico y motivo de la acción en el marco de los delitos patrimoniales de apoderamiento.

Existe, como decía, un lucro objetivo (el incremento patrimonial), pero no «ánimo de lucro» en la conducta del acreedor, de la misma forma que existe en ella «ánimo de hacerse pago», pero no existe objetivamente pago alguno, en cuanto que la realización de la conducta no cancela el crédito, no extingue la obligación porque no posee virtualidad jurídica para hacerlo (es ilegítima). Pero sobre este punto, de fundamental trascendencia, volveré con detenimiento.

Con todo, lo que resulta más perturbador es que la postura doctrinal expuesta, unida al mantenimiento del carácter pluriofensivo del delito (68), comporta gravísimas consecuencias en materia concursal.

(67) *Op. cit.*, p. 826.

(68) *Op. cit.*, p. 828.

A ello se ve obligado, además, en virtud de que no le parece sostenible que el texto legal conceda «tal relevancia a la relación obligacional 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 de propietario, y sin que concurra el plus de desvalor que supone la violencia o intimidación exigidos en el artículo 337, se le aplica una pena mucho más grave» (69).

Imagino que e refiere el autor al supuesto de *furtum possessionis* del artículo 532 del Código Penal, en el cual se impone la pena de arresto mayor (pena típica del tipo base de estafa) al dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder con perjuicio del mismo o de tercero. Tal argumentación debe ser rechazada por tres motivos fundamentales:

a) Porque alega razones justificativas que se apoyan exclusivamente en criterios de justicia material; criterios que rechaza con carácter general a lo largo de todo su trabajo, por no considerarlos suficientemente válidos, lo cual implica una contradicción interpretativa no conveniente.

b) Porque en el tipo del artículo 532 se exige un ulterior requisito legal, el perjuicio o daño patrimonial del poseedor legítimo o de tercero. Hay un desvalor de resultado.

c) Porque no es cierto que el sujeto de la acción típica del artículo 532 se halle en una posición jurídico-civil más sólida que la del acreedor, en cuanto que la ley es tajante: la sustracción lo es de la cosa legítimamente poseída, es decir, a un poseedor con protección jurídica. Entender que la relación es más sólida, por el solo hecho de que el sujeto de la acción es propietario de la cosa, supone manejar un concepto trasnochado jurídico-civilmente del dominio y desconocer la relevancia jurídico privada de los derechos posesorios.

Veamos ahora las consecuencias que se derivan en materia concursal.

1. «Conducta típica del artículo 337 *versus* conducta constitutiva del delito de coacciones.»

La doctrina mayoritaria considera de aplicación el artículo 337 en virtud del principio de especialidad (70). Ferris entiende que la relación de especialidad no se da entre el artículo 337 y el artículo 496, sino que el delito de coacciones sólo quedará excluido cuando la conducta del acreedor sea subsumible en el artículo 501.5, que sí es ley especial respecto al mismo (71). En consecuencia, el artículo 337 sólo

(69) *Op. cit.*, p. 829.

(70) Así, Muñoz Conde, *op. cit.*, p. 734, y Rodríguez Devesa, J.M., *op. cit.*, p. 1037.

(71) *Op. cit.*, p. 830.

será de aplicación cuando se trate de una coacción de carácter leve, constitutiva, pues, de la falta tipificada en el número cuatro del actual artículo 585.

Y surge la primera cuestión: ¿Cuándo será de aplicación el artículo 501.5? Es evidente que dicho artículo va referido directamente al artículo 500, y constituye un tipo de recogida de todos los apoderamientos violentos que no causen lesión típica, lo cual implica que siempre la violencia física deberá constituir como *maximun* una falta de maltrato de obra. Si la estructura típica del artículo 337 es idéntica, no sólo en el tipo objetivo, sino, a su parecer, también el tipo subjetivo, evidentemente siempre que exista la violencia típica exigida por este autor, deberá castigarse la realización arbitraria del propio derecho a través del artículo 501, apartado cinco.

La tesis es errónea: *a)* primero, porque tanto el robo del artículo 501.5, como la realización arbitraria del propio derecho, son figuras que se caracterizan por conseguir el apoderamiento a través de medios coactivos; el desvalor del injusto del artículo 496 se halla recogido en aquellos tipos referidos; *b)* porque de este modo extrapola las reglas del concurso en el ámbito del tipo subjetivo.

2. «Conducta del artículo 337 *versus* conducta constitutiva del delito de amenazas condicionales.»

Según Ferris, el que mediante intimidación se apodera de una cosa perteneciente al deudor para hacerse pago con ella, realiza una amenaza condicional del artículo 493, cuya penalidad típica es la de prisión menor si el autor consigue su propósito, o de arresto mayor si no lo logra.

También aquí y en oposición a la doctrina y jurisprudencia dominantes que entiende que tanto las coacciones como la amenaza se dirigen a la consecución del pago arbitrario (son los medios penalmente relevantes), y pese a señalar la benignidad no justificada de la pena prevista en el artículo 337, niega el concurso; Ferris se inclina por proporcionar al supuesto idéntica solución a la mantenida en sede violencia-coacción. Se aplicará el artículo 337 si la amenaza es constitutiva de falta, y entrará en juego el concurso entre el artículo 493 y el 501.5, si la amenaza es grave, resolviéndose a favor de este último.

A dicha solución resultan aplicables las objeciones expresadas respecto del supuesto recogido en el apartado anterior, en idénticos términos y por las mismas razones en él expuestas. A ello hay que sumar las siguientes observaciones:

a) Si el sujeto activo amenaza con la realización de un mal, *sub conditione*, de inmediata realización de la prestación, esta conducta no guarda parentesco alguno con la descrita en el artículo 337, salvo que la condición impuesta es la realización de la prestación o pago. No existen actos típicos de apoderamiento de la cosa y la conducta que realiza el sujeto es sólo la de amenazas del artículo 496.

Igualmente sucede si el acreedor toma la cosa en prenda amenazando al deudor con destruirla si no se aviene a la realización de la prestación; seguimos frente a un puro y simple delito de amenazas. En estos supuestos la pena superior se justifica por constituir la conducta un atentado a bienes jurídicos tan relevantes como la libertad y seguridad del sujeto pasivo deudor; bienes cuya supremacía sobre la Administración de Justicia o el patrimonio resulta a todas luces manifiesta.

b) Si el sujeto activo se apodera de la cosa manifestando una conducta amenazante dirigida a lograr la apropiación de la misma con fines solutorios, está cumpliendo el tipo del artículo 337, sea cual fuere el contenido y la entidad de la amenaza, por lo que entiendo que no procede el concurso, como de igual modo es improcedente en sede de aplicación del artículo 505.5, en relación con el artículo 500.

3. «Conducta del artículo 337 *versus* supuestos de robo del artículo 501, párrafo quinto.»

La propuesta del autor en los supuestos en que se cause alguna lesión es la de aplicación de los números 1, 2, 3 o 4 del artículo 501; ello, naturalmente, fundamentado en su entendimiento, ya señalado, de que el «ánimo de lucro» y el ánimo de hacerse pago son una misma cosa». (72), y en la coincidencia del tipo objetivo de los delitos de robo y realización arbitraria del propio derecho. La doctrina mayoritaria entiende, en cambio, que el concurso lo será entre el artículo 337 y el correspondiente tipo de lesiones.

Respecto de la necesaria delimitación entre el supuesto punible del artículo 337 y los supuestos recogidos en los diversos apartados del artículo 501, opina Ferris que evidentemente la conducta «no puede ser la misma», porque ello supondría «un privilegio inadmisibles»; por tanto, «el artículo 337 tan sólo será de aplicación cuando la violencia o intimidación ejercidas sobre el deudor sea subsumible en los números primero y segundo del artículo 585 (en la actualidad, en el número dos del artículo 582 y en los números tres y cuatro del artículo 585).

Tal conclusión, a la que debe forzosamente llegar a partir del discurso interpretativo desarrollado a lo largo de todo el trabajo, es susceptible aún de dos objeciones importantes:

a) Al considerar el artículo 337 una figura residual de delito contra la propiedad, en la que serían subsumibles los apoderamientos violentos o intimidatorios no constitutivos de robo, el autor está construyendo, sin base legal alguna, una figura cuya característica principal es la de integrar una hipotética «falta de robo» (inexistente en

(72) *Op. cit.*, p. 831.

nuestro sistema punitivo por expresa manifestación del legislador en el artículo 501.5; «en todos los demás casos»), elevada a la categoría de delito, por el hecho de existir una relación obligacional subyacente entre los sujetos activos y pasivo, y que aquél pretenda hacerse pago con su acción de apoderamiento.

Para tal viaje no necesitábamos alforjas. Sobraba el artículo 337 porque la conducta, como él la concibe, ya estaba prevista en el artículo 501, número quinto.

Pero es que, además, realiza una inversión de bienes jurídicos prevalentes que él considera tutelados a través de la figura (propiedad junto con la salud y la libertad), convirtiendo la esencia en accidente y viceversa, lo cual tampoco resulta dogmáticamente justificable.

b) La segunda objeción deriva de la laguna interpretativa en que incurre al no explicitar la solución a otorgar a los supuestos de apoderamiento de la cosa del deudor con finalidad solutoria sin violencia o intimidación o con fuerza en las cosas, a pesar de que alude a la cuestión en su trabajo (73).

Es evidente que, como consecuencia lógica de su interpretación, la conducta deberá ser penada conforme a la pena prevista para el delito de hurto del artículo 514 (más gravemente penado que la realización arbitraria del propio derecho), o con la pena prevista para el robo del artículo 504 si llevare a cabo el apoderamiento con alguna de las circunstancias en él explicitadas, obviamente también de superior gravedad. ¿Qué sucede entonces? ¿Cómo una misma conducta contra la propiedad podría verse más benignamente tratada con pena de menor gravedad, siendo así que el artículo 337 contiene el plus de desvalor del uso de la violencia o la intimidación?

Mi posición, respecto al contenido a proporcionar al tipo subjetivo de la figura de realización arbitraria del propio derecho, parte de unas premisas que he ido apuntando a lo largo de todo el trabajo, pero cuya referencia resulta imprescindible para dotar de unidad de sentido la tesis que propongo. Debo, por tanto, volver sobre ellas de nuevo en las conclusiones en que desgloso mi tesis sobre el problema. Dichas conclusiones se concretan en:

1. Entender que, *de lege lata*, y pese a los importantes inconvenientes sistemáticos apuntados, la inclusión de la figura del artículo 337 en el marco del Título IV, obliga a admitir que el bien jurídico que se pretende tutelar a través de la prohibición bajo pena de la conducta es la Administración de Justicia, entendida en un sentido amplio, que no comparto, en cuanto detentadora del monopolio del uso de la fuerza —violencia legal— para la solución de conflictos sociales a través del Derecho.

(73) *Op. cit.*, p. 831.

Las reminiscencias históricas, así como la innegable lesión a la propiedad, no resultan argumentos bastantes para negarle aquel carácter y menos aún para excluir totalmente el interés estatal de mantenimiento de la paz jurídica. Sin que ello obste, como expuse, que *de lege ferenda* me pronuncie en favor de su desaparición de la esfera de nuestra normativa penal.

2. Sostener que el tipo objetivo del delito de realización arbitraria del propio derecho se integra por la conducta de apropiación (en un significado amplio de desplazamiento material o ideal) de una cosa perteneciente al deudor. Dichos elementos deben ser abarcados por el dolo que se integrará por el conocimiento de la ajenidad de la cosa (ajenidad limitada a que es propiedad del deudor) y la voluntad de apoderarse de ella con violencia o intimidación.

Resulta, pues, innecesario todo intento de diferenciación entre ánimo de apropiación y ánimo de lucro en nuestro sistema jurídico penal; el dolo se concreta, en su aspecto volitivo, en aquel ánimo de apropiación también en los delitos patrimoniales de apoderamiento. Otra cosa es la necesidad de efectuar tal distinción en el marco del Derecho Penal alemán por su específica configuración de los delitos patrimoniales, antes señalada, en el que determina exigencias legales diferenciadas.

3. Mantener que el lucro es un concepto puramente económico, ligado a la idea de enriquecimiento o ventaja patrimonial, que escapa, por metajurídico, a una conceptualización formal por parte del ordenamiento jurídico entendido como unidad.

Efectivamente, el ordenamiento jurídico privado no pone más límite al lucro (que es actividad lícita e incluso socialmente valiosa), entendido como incremento patrimonial, que el derivado del enriquecimiento sin causa o enriquecimiento injusto. Así es, como determina Díez Picazo (74), «todo desplazamiento patrimonial, todo enriquecimiento..., para ser lícito debe fundarse en una causa o razón de ser que el ordenamiento jurídico considere justa»; cuando esta causa no es justa, y, por tanto, el incremento o atribución no está fundada en ella, surge la acción para reclamar la restitución por parte de quien ha visto disminuido su caudal patrimonial.

La idea predominante en la civilística actual es la de fundar la acción de prohibición del enriquecimiento o lucro sin causa en la idea de la Equidad: no está moralmente justificado aquel lucro sin causa y engendra el deber moral de restituir e indemnizar, pero eso, dice Díez Picazo, «que sin duda es exacto, significa renunciar a encontrar una explicación jurídica a la acción de enriquecimiento (75).

(74) Díez Picazo, 1, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, 1979, pp. 73 y ss.

(75) *Vid., op. cit.*, p. 76.

El lucro es, pues, sinónimo de enriquecimiento o ventaja patrimonial, y sobre él no cabe hablar *in genere*, como hace un sector de la doctrina penal, de «lucro justo» en contraposición a «lucro injusto», como fundamento de la relevancia jurídico-penal de las conductas atentatorias a los bienes patrimoniales. El lucro es objetivamente una ventaja patrimonial y sólo eso.

Ahora bien, dicha ventaja o aumento del caudal patrimonial puede serlo sin causa legítima, sin cobertura jurídica, lo cual le hace devenir injusto. Y en este momento, y sólo a partir del mismo, surgen en la esfera jurídico privada límites al lucro. En efecto, los presupuestos de la pretensión de enriquecimiento sin causa son: 1) El enriquecimiento del demandado; 2) El correlativo empobrecimiento o menoscabo patrimonial del actor, y 3) La falta de causa jurídica del enriquecimiento. Estos presupuestos pueden sintetizarse, en expresión afortunada de Díez Picazo, como la constatación «del tránsito sin causa de un valor económico de un patrimonio a otro» (76).

Pues bien, el lucro, conceptualizado como incremento patrimonial por desplazamiento material o ideal de un valor económico de un patrimonio a otro, resulta un concepto autónomo que sólo puede ser interpretado desde una perspectiva objetiva. Cuando se haya obtenido sin causa legítima generará la obligación de restituir o indemnizar (77).

4. Este concreto concepto de lucro, cuyo significado es únicamente proporcionable desde un prisma objetivo, entra en la esfera de la normativa penal en el marco de los delitos patrimoniales, constituyendo ya un enriquecimiento sin causa, en cuanto que no existe razón legítima alguna que dé cobertura al desplazamiento patrimonial.

Pero no cobra relevancia penal todo enriquecimiento o lucro injusto, sino exclusivamente aquel que cumpla los diversos requisitos típicos exigidos por las distintas figuras legales. Así, en el delito de hurto el lucro, el incremento patrimonial objetivo consecuente a la apropiación material de la cosa y la correlativa integración de la misma en el patrimonio del sujeto activo, lo es sin la voluntad de su dueño; en el robo, la relevancia penal viene determinada no sólo por la ausencia de consentimiento del titular del bien, sino por los medios empleados para conseguir el apoderamiento; y en la estafa, por la utilización del medio engañoso que desencadena el error que culmina con el acto de libre disposición patrimonial y el consiguiente menoscabo en el patrimonio del sujeto pasivo y el correlativo enriquecimiento del sujeto activo.

El legislador penal, en definitiva, prohíbe lucrarse sin causa legítima (ilícitamente) mediante comportamientos o medios determinados.

(76) *Op. cit.*, p. 81.

(77) Artículos 1895 a 1901 del Código Civil.

Medios o conductas que, en virtud de su autonomía, elige y describe libremente.

5. Ahora bien, el legislador penal español introduce la exigencia del lucro en los delitos patrimoniales en el ámbito del tipo subjetivo, como un plus al dolo que, como vimos, abarca en su aspecto volitivo el ánimo de apropiación, y lo introduce, lógicamente, conectado a un concepto exclusivamente perteneciente a la esfera interna del sujeto: «el *animus*».

A partir de ese momento, el binomio «ánimo de lucro» cobra identidad y sentido propio, y debe ser objeto de una interpretación dogmática que parta de un exclusivo punto de mira: su pertenencia, junto al dolo, al tipo subjetivo de los delitos patrimoniales.

La polémica doctrinal desatada alrededor del contenido a proporcionar a dicho elemento, y sus repercusiones en el seno de la figura de realización arbitraria del propio derecho, por su equivalencia o no al ánimo de hacerse pago, parte a mi juicio de una confusión, de un planteamiento erróneo en la base: entremezclar, en una búsqueda estéril de soluciones de síntesis, el aspecto normativo del lucro como enriquecimiento objetivo (que existe o no con independencia de las finalidades que guían al sujeto), con el carácter subjetivo del binomio «ánimo de lucro» que no puede ser interpretado más que como un especial motivo de la acción de apoderamiento: el afán de enriquecerse injustamente (sin causa) a través de la realización de determinados comportamientos o del uso de medios específicos (medios ilícitos); esto es, el afán de incrementar el propio patrimonio ilegítimamente y sirviéndose de medios penalmente relevantes.

6. Partiendo de esta consideración, la complejidad aparente, suscitada en el marco del tipo subjetivo del delito de realización arbitraria del propio derecho, se desvanece.

Así, pues, el acto de apoderamiento con medios intimidatorios o violentos de la cosa ajena perteneciente al deudor, y por tanto ajena, lesiona indubitadamente el patrimonio del sujeto deudor, que se ve, efectivamente, menoscabado con el apoderamiento de la cosa por parte del acreedor al que asiste únicamente el derecho a satisfacer el crédito, pero no a extinguir, por las vías de hecho, la relación obligacional. Se afirma, entonces, no sólo la antijuricidad formal, sino también la antijuricidad material.

Por otro lado, la realización dolosa de la conducta de apropiación, con la consiguiente incorporación de la cosa al patrimonio del acreedor (tránsito patrimonial), implica un enriquecimiento o incremento patrimonial ilícito del patrimonio de aquél. Objetivamente hay lucro, la acción de apoderamiento patrimonial comporta un enriquecimiento no justificado (sin causa) conseguido sin la voluntad del deudor y mediante medios ilícitos. Este lucro es, por tanto, siempre un lucro injusto, en el sentido otorgado anteriormente al mismo.

7. Sin embargo, no es esta finalidad de enriquecimiento la que guía al acreedor que realiza por medios ilícitos la conducta de apoderamiento, sino que, como la propia ley indica, el motivo de su acción es «hacerse pago», es decir, dar por cumplida la prestación y, en consecuencia, extinguir la relación.

Con la finalidad de hacerse pago el acreedor no persigue el lucro, no pretende obtener una ventaja patrimonial incrementando su caudal patrimonial a costa del deudor, sino que su pretensión es equilibrar la descompensación patrimonial que, la no efectividad del crédito por parte del deudor, le produce.

Lo que sucede es que, objetivamente, se lucra (existe un incremento patrimonial), pero nos estamos moviendo en el plano del tipo subjetivo y, precisamente por ello, la finalidad de hacerse pago se contradice con la finalidad de lucrarse.

El hombre medio, situado *ex ante* en la posición del autor-acreedor, no persigue con su acción de apoderamiento incrementar su patrimonio (lucrarse), sino equilibrarlo (hacerse pago).

De manera que podemos concluir que, existiendo objetivamente un incremento patrimonial sin causa legítima (lucro injusto), derivado de la acción de apoderamiento, no existe, a pesar de ello, ánimo de lucro en la conducta del sujeto que cumple el tipo del artículo 337.

De igual modo que no hay pago desde un prisma objetivo, aunque sí exista ánimo de hacerse pago, o lo que es lo mismo, de extinguir la relación obligacional. Esta finalidad solutoria que guía al autor no es objetivamente alcanzable, en cuanto que su acción de apoderamiento con aquel fin no cancela el crédito (no se cumple el pago) y no se extingue, en consecuencia, la obligación.

La solución que propongo obvia, a mi entender, las consecuencias insatisfactorias en materia concursal y los inconvenientes que otras propuestas interpretativas conllevan en sede de una necesaria justicia material. Ello, por lo que concierne a la figura de la realización arbitraria del propio derecho, pero incluso desde otra perspectiva más ambiciosa, la tesis que he desarrollado a lo largo del trabajo pretende establecer unas bases mínimas para un replanteamiento del análisis dogmático del contenido del tipo subjetivo en los delitos patrimoniales de apoderamiento en el marco de nuestra normativa penal (78).

(78) Dicha tesis forma parte de un trabajo sobre *El tipo subjetivo en los delitos patrimoniales de apoderamiento*, en elaboración.