

Consideraciones generales sobre los delitos contra la propiedad⁽¹⁾

JOSE MARIA RODRIGUEZ DEYESA
Catedrático de Derecho penal

Hay una serie de cuestiones comunes a todos los delitos contra la propiedad—en nuestro Código los comprendidos en el título XIII del libro II—que a mi entender es conveniente examinar antes de entrar en el estudio de los delitos en particular, no sólo para evitar innecesarias repeticiones, sino para el mejor planteamiento de los problemas específicos de los delitos de que se trata. Aunque los tratados, tanto españoles como extranjeros, son pocos en la referencia a estas cuestiones no faltan algunos auto-

(1) A. MERKEL: *Die Eigentumverletzungen*, en «Handbuch Holtzendorff», III, 263 y sigs., 621 y sigs.; MASCHKE: *Das Eigentum im Zivil- und Strafrecht*, 1895; August HEGLER: *Die Systematik der Vermögensdelikte*, en «ArchRWirtPh», IX y X; Erik WOLFF: *Die Sachbegriff im Strafrecht*, en «Die Reichgerichtspraxis», vol. V (1929), págs. 44 y sigs.; GRÜNHUT: *Zur Systematik der Vermögensdelikte*, en «Rev. pén. suisse», vol. 48 (1933); Hellmuth MAYER: *Eigentum an Geld und strafrechtliche Konsequenzen*, en «GersS.», vol. 104 (1934), 100-125; HIRSCHBERG: *Der Vermögensbegriff im Strafrecht Versuch eines Systems der Vermögensdelikte*, 1934; KOHLRAUSCH: *Vermögensverbrechen in Wandel der Rechtsprechung und der Gesetzgebung*, en «Festschrift f. Schlegelberger», 1936; el mismo: *Vermögensverbrechen*, en «Die Rechtsentwicklung der Jahre 1933 bis, 1935/36, 1937, pág. 739 y sigs.; AN-YÜ-KUN: *Reform der Vermögensverbrechen im deutschen, chinesischen und japanischen Strafrecht*, Berlín, 1940; BUTNER: *Vermögensdelikte in neuen Schweizerische StGB. und im kommenden deutschen Strafrecht*, Diss. Friburgo de Brisgovia, 1940; BAUMANN: *Der strafrechtliche Schutz bei den Sicherungsrechten des modernen Wirtschaftsverkehrs*, 1956.—PUCCIONI: *Dei reati contro la proprietà*, Turín, 1887; G. CRIVELLARI: *Dei reati contro la proprietà*, Livorno, 1895; Pedro LANZA: *Reati contro la proprietà*, 1899; CARNELUTTI: *La tutela penale della ricchezza*, en «Riv. italiana de Diritto penale», 1931, págs. 7 y sigs.; F. Paolo FRISOLI: *Oggetto della tutela penale nei delitti contro il patrimonio*, en «Riv. italiana Dir. penale», 1935, 637 (nota a sentencia); L. GREGORI: *Delitti contro il patrimonio e patrimonio dello Stato*, Nota en «Annali dir e proc. penale», 1935, 1171; LEVI: *I delitti contro la proprietà altrui*, Vallardi, 1935; el mismo: *Concetto di appartenenza e tutela penale del patrimonio*, en «Studio Longhi», 1935, 323; Arturo SANTORO: *La tutela penale del patrimonio. Prolusione al corso ufficiale di diritto e procedura pena della R. Università di Cagliari*,

res, pocos pero reputados, como BINDING (2) y ANTOLISEI (3), que han creído también preciso hacer preceder al estudio de los concretos delitos contra la propiedad un capítulo común a todos ellos. Lo que ellos han hecho con referencia a los ordenamientos jurídicos alemán e italiano, se intentará en lo que sigue con relación al Derecho español. El número de los problemas que éste enfoque suscita es, sin embargo, tal y de tal importancia que no es posible aquí ni enumerarlos todos ni descender a detalles. Sólo se destacarán, por consiguiente, los de mayor trascendencia con el exclusivo propósito de que quede constancia de su interés.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En primer lugar merece destacarse el proceso histórico que ha dado lugar al título, su relieve desde el punto de vista criminológico y las estrechas relaciones que mantiene con otras ramas del derecho.

A) Formación histórica del título.

El Título XIII tiene en el Código de 1944 diez capítulos en los que se castigan los robos, hurtos, usurpaciones, defraudaciones (insolvencia punible, estafa, apropiación indebida, defraudaciones de fluido eléctrico y análogas), maquinaciones para alterar el precio de las cosas, usura, receptación, incendio y otros estragos, daños. El Código ha sufrido pocas modificaciones. Una, la relativa a las cuantías, por las que se regulan las penas en función del valor de las cosas sobre las que recae la acción del delito o del valor del perjuicio sufrido (Ley 30 marzo 1954). Otra, de gran trascendencia (Ley 9 mayo 1950), por la que se crea el delito de receptación. El resto proviene, con alteraciones no muy sustanciales, del *Código de 1848*. En 1870, el número de artículos que en 1848 era de 56 se eleva a 66, a consecuencia de varias adiciones en el capítulo de los robos, que se unifica (antes estaba dividido en dos secciones: robo con violencia o intimidación y robo con fuerza en las cosas,

1934, en «Studi economico-giuridici della R. U. di Cagliari», 1935, págs. 49 y sigs.; COCCURELLO: *Dei delitti contro il patrimonio nel nuovo cod. pen.*, San Severo, 1904; DANTE ANGELOTTI: *Delitti contro il patrimonio*, Milán, 1936 (en *Trattato de FLORIAN*, 4.ª ed., Milán, 1936); A. DE MARSICO: *Delitti contro il patrimonio, Lezioni universitarie 1939-40*, Nápoles, 1940, 2.ª ed. 1951; G. CORTESANI: *La circostanze relative alla entità del danno nei delitti patrimoniali*, en «Archivio penale», 1948, I, 223-252; ANTOLISEI: *I reati contro il patrimonio in generale*, en «Riv. italiana di dir. penale», 1952; ídem: *Manuale, Parte speciale*, vol. I (1954), págs. 177 y sigs.

(2) KARI BINDING: *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, vol. I, 2.ª ed., (1902), págs. 237 y sigs.

(3) FRANCESCO ANTOLISEI: *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, vol. I (1954), págs. 177 y sigs. Además: *Il reati contro il patrimonio in generale*, en «Riv. italiana di dir. penale», 1952, págs. 567 y sigs.

distinción, muy conforme con los resultados de la investigación criminológica y que se ha perdido desde 1870), y en la primera sección de las defraudaciones, donde antes no se castigaba el concurso fraudulento o culpable ni había preceptos sobre complicidad, que aparecen en 1870. En 1932 se añadieron varios casos de usura y los daños en cosa propia. En 1944 se refunden, en parte acertada y en parte desacertadamente, los tipos de robo con fuerza en las cosas, se separa la apropiación indebida de la estafa y aparece la sección de las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas. El número total de artículos viene a ser hoy el mismo que en 1870: 66 (4). Las cuantías que sirven de regulador a las penas han sido objeto de repetidas variaciones, sobre todo a partir de 1870.

Todos los delitos contra la propiedad se resienten de su ascendencia romana. Porque los núcleos en torno a los cuales se han formado las categorías actuales, proceden del *derecho romano*. El hurto encuentra su antecedente en el *furtum*; el robo en la *rapina*; la usurpación en la *invasio*; la estafa en el *stellionatus*; la usura del *dardanariatus*; el incendio arranca de la propia ley de las XII Tablas; los daños del *damnum iniuria datum*; la receptación del *crimen receptatorum*... De aquí derivan la mayoría de los defectos actuales. Porque el derecho romano se dirige a una economía de esclavos y está dominado muy fuertemente por la separación entre delitos privados y públicos, que sólo se atenúa al final del Imperio. De ahí la imprecisión de contornos de una serie de figuras. Por ejemplo, en el hurto (5) se comprendía no sólo el hurto de hoy, sino también casos de robo con fuerza en las cosas, de apropiación indebida, de apropiación de cosas perdidas (que sigue hoy en el hurto), de *furtum usus* (hoy fuera del Código: en el Código de Justicia Militar y en la Ley 9 de mayo de 1950 sobre uso y circulación de vehículos a motor), de *furtum possessionis* (hoy en las estafas y otros engaños) y supuestos de verdadera y auténtica estafa. Por otra parte el robo con violencia o intimidación no llegó a destacarse con suficiente nitidez conceptual del *crimen vis*, de modo que aún en el año 1846 decía Alejo GALILEA (6) que era una «maldad que se halla colocada entre hurto y fuerza». El *stellionatus*, uno de los delitos más inconcretos, en el que sólo por la poderosa contribución de BINDING y Adolfo MERKEL (7) se separa en el siglo XIX (en Alemania) el grupo nutrido de las falsedades, que venía perturbando la correc-

(4) Sólo tiene mayor amplitud, con 127 artículos, el heterogéneo título de los «Delitos contra la seguridad interior del Estado», necesitado de revisión por muy otros motivos que el que examinamos.

(5) Cfr. von LISZT-SCHMIDT: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 25.^a ed. (1927), pág. 609.

(6) Alejo GALILEA: *Examen filosófico-legal de los delitos*, vol. II (1846), pág. 393.

(7) El mérito mayor de haber delimitado claramente la estafa corresponde a Adolfo MERKEL. Cfr. MEZGER: *Strafrecht, Besonderer Teil*, 1.^o ed. (1949), pág. 142.

ta inteligencia de los delitos con el patrimonio; y así sucesivamente.

Otras figuras proceden de la Edad Media, como la insolvencia punible, no desposeída aún totalmente de un cierto ropaje mercantil (v. gr., necesidad de la previa calificación de la quiebra).

La historia del título XIII del libro II de nuestro Código penal es el espectáculo de un continuo tanteo empírico, que todavía no puede considerarse concluido, a lo largo de muchos siglos. Unos Códigos, como el español, han formado un gran grupo, bajo la rúbrica de delitos contra la propiedad o la más moderna de delitos contra el patrimonio (8). Otros no se han decidido a dar ese paso, faltos de acuerdo sobre el contenido y la rúbrica apropiada (9). Algunos, como el alemán, agrupan los delitos contra la propiedad en pequeñas familias (10). La mayoría excluyen a los delitos de incendio por entender que no son delitos contra la propiedad sino de «peligro común» (denominación combatida ya por BINDING).

Es necesario volver a meditar sobre la ordenación legal de estos delitos. Acometer su reforma de acuerdo con las necesidades y fenómenos económicos actuales, teniendo en cuenta las profundas transformaciones que ha sufrido el concepto mismo del derecho de propiedad, expresadas en la formulación de los Principios del Estado Español de 17 de mayo de 1958 (11), que ya no es la propiedad romana y liberal del siglo XIX. Una reforma, acorde con las ineludibles exigencias de la técnica jurídica y con las enseñanzas que se desprenden de la Criminología, en la que los antecedentes históricos proporcionarán poco más que la nomenclatura... Pero sobre esto hemos de volver después.

A) Consideraciones criminológicas.

En el aspecto criminológico ningún otro grupo de delitos puede arrebatar a los que se dirigen contra la propiedad su triste supremacía. Desde el año 1843, en que tenemos datos estadísticos, la cifra de los delitos contra la propiedad aumenta en términos absolutos y relativos. En el año 1843 su número total era de 10.425,

(8) Usan la rúbrica «delitos contra la propiedad» los Códigos penales de Francia (1810), Argentina (1921), Bolivia (1834), Brasil (1940), Colombia (1936), Costa Rica (1941), Cuba (1938), Chile (1874), República Dominicana (1884), Ecuador (1938), Guatemala (1936), Haití (1835), Honduras (1906), Nicaragua (1891), Panamá (1922), Puerto Rico (1902), El Salvador (1904), Uruguay (1933), Venezuela (1926).

Utilizan la rúbrica «delitos contra el patrimonio»: Méjico, D. F. (1931), Paraguay (1914), Perú (1924), Italia (1930), Suiza (1937), Rusia (1926), Checoslovaquia (1950), Yugoslavia (1951).

(9) Por ejemplo: Austria (1852), Alemania (1871), Finlandia (1889).

(10) Así agrupa: hurto y apropiación indebida, robo (con violencia o intimidación) y extorsión, estafa e infidelidad, etc.

(11) Principio X: «Se reconoce... a la propiedad privada en todas sus formas, como derecho condicionado a su función social...».

representando un 27 por 100 sobre el total de los delitos, que era de 38.626. En el cuatrienio 1859 a 1862 llegó a una media de 20.741, que constituía el 57 por 100 de todos los delitos cometidos. Los años siguientes acusan un descenso. En 1883 son el 44 por 100, con una cifra de 11.962 delitos sobre un total de 27.249. En 1884 baja todavía: el 42 por 100 aproximadamente, con 9.599 sobre 22.923. La proporción aumenta durante el siglo xx en términos que no es fácil precisar por las deficiencias, mejor aún, la falta casi completa de las estadísticas criminales. En las últimas publicadas se dan las siguientes cifras. En el año 1953, el total de los delitos contra la propiedad fué de 20.885 sobre un total general de 36.195 delitos, que hace un 59,58 por 100, proporción aún más alta en las faltas contra la propiedad: 62,81 por 100 de todas las faltas, con 133.299 faltas frente a un total de 264.397 faltas. En 1954: 16.637 delitos sobre un total de 29.338; 121.167 faltas contra la propiedad sobre un total de 251.059, o sea el 58,8 por 100 de todos los delitos y el 60,5 por 100 aproximadamente de todas las faltas. En 1955: 14.659 delitos contra la propiedad sobre 27.394 en total; 113.013 faltas contra la propiedad de un total de 245.079; en resumen, el 55 por 100 de todos los delitos y el 57,9 por 100 de todas las faltas. Estas cifras, que acusan una baja ligera, absoluta y relativa en el año 1955 respecto al anterior de 1954, han sufrido con toda seguridad un notable incremento en el año 1958 y especialmente en el año 1959 a causa de la penuria que se hace sentir sobre las clases más necesitadas. Los *perjuicios económicos* son también cuantiosos: en el año 1954 fueron de 42.000.000 de pesetas (el 23,72 por 100 del total de 176.714.427 pesetas), en el año 1955 de 31.921.244 pesetas (el 33,33 por 100 de 93.437.985 pesetas).

También muestran los delitos contra la propiedad esta superioridad lamentable cuando se consideran aislados. Los delitos más frecuentes son el hurto, la estafa y el robo, por este orden. Las lesiones, por ejemplo, que en el año 1883 ocuparon el segundo lugar (tras los hurtos, que han tenido siempre el primero), hoy ocupan el cuarto (1953) a gran distancia de los anteriores. Y ello sin mencionar una serie de delitos previstos en el mismo Código penal ó en leyes especiales que aunque no están bajo la rúbrica «delitos contra la propiedad», se dirigen contra ella, como por ejemplo, la malversación o el llamado fraude militar.

Debe apuntarse aquí que la *cifra negra*, o «zona negra», como prefiere llamarla HENTIG (12), es elevadísima en estos delitos: casi nadie puede alardear de no haber sido nunca víctima de ellos, aunque el hecho no llegue a traducirse en las estadísticas criminales. K. MEYER (13) da una cifra negra que va de cuatro a trein-

(12) H. von HENTIG: *Zur Psychologie der Einzeldelikte*, vol. I (1954), página 18.

(13) K. MEYER: *Die unbestraften Verbrecher*, 1941, pág. 189.

ta veces las cifras que se consignan en las estadísticas para el robo (con violencia o intimidación), hurto y estafa: veinte veces más para la estafa. VON HENTIG (14) considera que estas apreciaciones de MEYER son muy discutibles, concediendo, no obstante, que el número de delitos contra la propiedad que quedan impunes es muy alto, mucho más de lo que arroja la comparación entre las denuncias presentadas y los casos en los que se llega a una condena.

El principal interés criminológico de estos delitos no es debido, sin embargo, a su masa impresionante. Cualitativamente son la manifestación más frecuente de una peligrosidad crónica con proliferación de los más variados tipos criminales, entre los que predomina el delincuente profesional por aversión al trabajo, utilizando la terminología de SEELIG. Estos delincuentes requieren muchas veces medidas distintas de la pena, aunque de estas medidas no vayamos a tratar ahora. La tercera parte de los recursos de casación se refieren a delitos contra la propiedad: he ahí la transcendencia que tienen para el práctico.

La importancia que tienen los delitos contra la propiedad en la esfera real debía determinar un estudio más acucioso de los problemas que con ellos se relacionan, y demuestra cuán injustamente están preferidos en la literatura jurídico penal española, en la que apenas se encuentran monografías sobre ellos.

C). *Relaciones con otras ramas del derecho.*

La referencia a los datos criminológicos es conveniente para resaltar la importancia práctica de este grupo de delitos. Un examen del título muestra, además, un segundo tipo de conexiones que ocupa un lugar destacado en el estudio de estos delitos. Me refirió a la abundancia de términos que provienen de otras ramas del derecho, que han sido acuñados por el Derecho civil o el mercantil y se repiten, a veces, con insistencia, en los preceptos que regulan los delitos contra la propiedad.

El Código, por ejemplo, emplea repetidas veces en este título las palabras cosa (15), mueble (16), ajenidad (17), escritura pública (18), documento (19), cazar y pescar (20), propietario (21), dueño (22), propiedad (23), propiedades (24), propiedad particu-

-
- (14) Cfr. H. von HENTIG: *Ob. cit.*, vol. I, págs. 18 y sigs.
 (15) Arts. 500, 514, 1.º y 2.º; 515, 516, 516, 1.º; 528, 531, 532, 1.º; 540, 541, 544, 556, 562.
 (16) Arts. 500, 514, 1.º; 544.
 (17) Arts. 500, 514, 1.º; 532, 1.º; 544, 538, 555.
 (18) Art. 503.
 (19) Arts. 503, 529, 5.º, 6.º y 8.º; 560.
 (20) Art. 507.
 (21) Art. 510 2.º
 (22) Arts. 514, 1.º; 531, 532, 1.º; 546 bis, b).
 (23) Art. 512.
 (24) Art. 518.

lar. (25), dominio público (26), aguas públicas o privadas (27), bienes (28), personas (29), adquisición (30), enajenación (31), enajenar (32), asociación (33), acto religioso (34), inmuebles (35), heredades o predios (36), términos, pueblos y heredades (37), derechos reales y pertenencias (38), gravámenes (39), contratación (40), contratos simulados (41), forma contractual (42), valores (43), depósito miserable o necesario (44), comisión (45), administrador (46), arrendar (47), subasta pública (48), quiebra (49), concurso (50), compras y ventas simuladas (51), apuestas (52), deudas (53), derechos (54), activo y pasivo (55), gravar (56), título oneroso (57), título obligatorio (58), pagos (59), crédito (60), empresa (61), empleados públicos (62), proceso y expediente (63), energía eléctrica (65), gas (66), precios naturales (67), presta-

-
- (25) Art. 518.
 - (26) Art. 518.
 - (27) Arts. 518, 538.
 - (28) Arts. 519, 523, 4.º; 524, 1.º, 2.º 3.º y 4.º; 525, 2.º y 3.º; 529, 1.º
 - (29) Arts. 500, 548, 549 2.º
 - (30) Art. 509.
 - (31) Arts. 524, 3.º
 - (32) Art. 531.
 - (33) Art. 513.
 - (34) Art. 516, 1.º
 - (35) Arts. 517, 531.
 - (36) Art. 518.
 - (37) Art. 518.
 - (38) Art. 517.
 - (39) Art. 524, 3.º
 - (40) Art. 540.
 - (41) Art. 529, 2.º
 - (42) Art. 543.
 - (43) Art. 524, 4.º
 - (44) Arts. 526, 535.
 - (45) Arts. 524, 2.º; 529, 1.º, 535.
 - (46) Arts. 525, 3.º
 - (47) Art. 531.
 - (48) Art. 539.
 - (49) Arts. 520, 521, 526, 527.
 - (50) Arts. 523, 524, 525, 526, 527.
 - (51) Art. 523, 3.º
 - (52) Art. 523, 3.º
 - (53) Art. 524, 1.º
 - (54) Art. 524, 1.º
 - (55) Art. 523, 5.º
 - (56) Art. 531.
 - (57) Art. 524, 4.º
 - (58) Art. 528.
 - (59) Art. 524, 5.º
 - (60) Art. 525, 1.º; 529, 1.º
 - (61) Art. 529, 1.º
 - (62) Art. 529, 4.º
 - (63) Art. 529, 8.º
 - (64) Art. 538.
 - (65) Art. 536.
 - (66) Art. 538.
 - (67) Art. 540.

mo (68), préstamo usurario (69), obligación (70), prenda (71), montes (72), propiedad intelectual e industrial (73), economía nacional (74), familia (75), cónyuge, descendientes, ascendientes, viudo, hermanos y cuñados (76), acreedores (77), comerciante (78), etc., términos todos ellos de economía política, derecho administrativo; derecho procesal, derecho mercantil, pero; sobre todo, tomados del derecho civil.

Frente a estos conceptos provenientes de otras disciplinas se abren varias posibilidades de interpretación. Pues puede ocurrir que se convenga en que han de conservar el significado que les da la rama del derecho donde tienen un asiento natural. O bien que se concluya que por el simple hecho de haber sido incorporados al Código penal han de tener siempre una acepción distinta, propiamente penal. O puede resultar que haya que resolver el problema, no en términos generales, sino caso a caso, de manera que en unos supuestos habrá que admitir que conservan la significación originaria y en otros concluir que tienen una significación penal específica, diferente de la que toman en otras disciplinas. El tema se ha discutido con particular prolijidad con respecto a la posesión y también con relación al patrimonio (79),

(68) Arts. 542, 544, 545.

(69) Arts. 542, 543.

(70) Arts. 535, 544.

(71) Arts. 545, 546.

(72) Art. 551, 2.º

(73) Art. 533.

(74) Art. 562.

(75) Art. 523, 1.º y 2.º

(76) Art. 564.

(77) Arts. 519, 524, 5.º

(78) Art. 519.

(79) De la copiosa literatura sobre el tema puede consultarse: Adolf LOBE: *Über den Einfluss der BGBs auf Strafrecht*, 1898; ROTERING: *Gewahrsam, Befriedung und Mitgewahrsam in Sinne der §§ 242, 246 des Strafgesetzbuches*, en «GerS.», vol. 38, 290-317; SIEBERT: *Der strafrechtliche Besitzbegriff*, Breslau, 1928; GREGORI: *L'elemento «possesso» nel furto e nell'appropriazione indebita*, en «Il pensiero giuridico penale», 1931, págs. 309 y sigs.; PALAZZO: *Rapporti tra diritto pubblico e diritto privato*, en «Riv. penale», 1932; PETROCELLI: *Istituti e termini del diritto civile nel diritto penale*, en «Annali di dir. e procedura penale», 1932, reproducido después en *Saggi di diritto penale*, Padua, 1952, págs. 295 y sigs.; *Del possesso nel diritto penale*, en «Giustizia Penale», 1947, II col. 12 y sigs.; P. ANGYAL: *Il concetto del possesso in rapporto al reato di furto nel diritto ungherese*, en «Riv. italiana di dir. penale», 1933; ANGELOTTI: *L'appropriazioni indebite*, Milán, 4.ª ed., 1936 (cap. X); LEVI: *Concetto di appartenenza e tutela penale del patrimonio*, en «Studi Longhi» (Riv. penale, 1935), págs. 323 y sigs.; NUVOLONE: *Il possesso nel diritto penale*, 1942; REPACI: *Sul concetto di appartenenza nel diritto penale*, en «Riv. pen.», 1943, págs. 170 y sigs.; PANNAIN: *Il possesso nel diritto penale*, 1946; BETTIOL: *Concetto penalistico di patrimonio e momento consumativo della truffa*, en «Giur. it.», 1947, IV, 4 y sigs.; Alfredo DR MARSIKO: *Contributo del Pannain sulla nozione di «possesso nel diritto penale»*, en «Archivio penale», 1947; BATTAGLINI: *Sulla nozione di appar-*

precisamente dos términos que no emplea en absoluto nuestro Código, a diferencia, v. gr., del alemán—que en el § 246 utiliza los términos, tan discutidos, de *Besitz oder Gewahrsam*—o del italiano, que construye el hurto, pongo por ejemplo, a base de la desposesión. Los resultados de esta polémica, desenvuelta principalmente en la literatura alemana e italiana, son, no obstante, de un valor general en todo el ámbito de los delitos contra la propiedad.

Las tres posibles soluciones que acabo de apuntar están representadas por tres teorías.

La teoría de la *correspondencia*, *civilista*, *monista*, o de la *identidad* de dichos conceptos con los empleados en el derecho civil, o en la rama del derecho de que procedan. Partidarios: CARRARA, TUOZZI, PAMPALONI, Arturo ROCCO, ANGELOTTI, PALAZZO, PANNAIN. En Alemania: BEKER, J. GOLDSCHMIDT, KLIEN, WACHTER, WALTER, BERNER, KRUG, SCHUTZE, SCHWARZE, KÄPFF, VON LISZT, SIEBERT. En Francia: SAILLARD, GARÇON.

Los argumentos principales de las tesis monistas pueden reducirse a dos: a) el carácter sancionatorio del Derecho penal, entendido como el sentido de que viene a robustecer las sanciones civiles, recibiendo sus presupuestos de las demás ramas del derecho; b) la *unidad de la ciencia del derecho* que, presupuesta, obligaría a un término, definido ya en una de sus ramas se mantuviera inalterado en las demás.

El argumento del carácter sancionatorio pierde valor cuando no se comparte esta tesis que he rechazado ya en otro lugar. En cuanto al segundo argumento ha sido incóntestablemente rebatido por CHIAROTTI en su trabajo sobre *La nozione di appartenenza nel diritto penale*, publicado en Milán por GIUFFRÉ en 1950. Si la unidad de la ciencia se entiende como unidad de método, el método no influye ni predetermina que los conceptos sean idénticos o no (PALAZZO). Si se entiende como una «ciencia unitaria que contenga toda la realidad del derecho» (PANNAIN), es indudable que el derecho civil (respectivamente: el administrativo, el procesal, etc.) no son esa ciencia unitaria, en ella la noción unitaria no resultaría de un monopolio de una de las ramas del derecho, sino de una síntesis que representaría en cada caso el *genus* de que las nociones particulares de cada disciplina jurídica serían *species*. En ningún caso se

tenenza, en «Giustizia penale», 1949, II, 813 y sigs.; Cesare LOASSES: *La nozione del «possesso» e della «detenzione» nella lege penale*, en «Giustizia penale», 1949, II, col. 257; CHIAROTTI: *La nozione di appartenenza nel diritto penale*, Milán, 1950. Entre nosotros se ha preocupado de este tema, con acusada sensibilidad, el profesor SILVA MELERO en un curso de 34 lecciones y en diversos trabajos: *Illicitud civil y penal*, 1946; *Relaciones entre el Derecho civil y el Derecho penal*, en ANUARIO, I (1948), 246 y sigs.; *Tecnicismo jurídico civilista en el Derecho penal*, Oviédo, 1950 (con abundantes noticias bibliográficas que completan las que se acaban de dar).

impondría obligatoriamente con necesidad ineludible el aceptar la delimitación conceptual proveniente de otra rama del derecho.

La tesis *autonomista* o de la *independencia* sostiene que los conceptos utilizados por el derecho penal son *siempre* distintos de los civiles. (respectivamente: administrativos, procesales, etc.), por entender que las finalidades propias del Derecho penal imprimen su sello a todos los términos que emplea. Recuérdese la tesis de Erik WOLFF de que en virtud de una *Umformung*, una transformación, todos los elementos del tipo son normativos. Según esta tesis los conceptos penales tienen siempre un significado o al menos una coloración independiente de la que reciben los mismos términos en otras ramas del derecho. Entre los partidarios de esta teoría se cuentan en Italia: MARCIANO, GREGORI, PETROCELLI, MAGGIORE, ALTAVILLA, MANZINI, FLORIÁN, SABATINI. En Alemania: LOBE, BENDER, Richard SCHMIDT, ROTERING, BLÖDE, MITTERMAIER.

Ambas teorías, identidad y autonomía, no transigen, en absoluto. Unos sostienen que los conceptos son siempre idénticos. Otros que son siempre distintos. Ambas posiciones son apriorísticas y no responden a la realidad que representan el Derecho penal y la legislación penal.

Hay casos en que los términos empleados por el Derecho penal coinciden sin ningún género de dudas con el concepto, v. gr., civil. Por ejemplo: la palabra *prenda* en los artículos 545 y 546 no tiene ni puede tener otro significado que el que tiene en el Derecho civil. Lo mismo se puede decir del depósito miserable o necesario de que hablan los artículos 526 y 535. El reconocer esto, desde ahora ahorrará muchas disquisiciones inútiles al tratar de los correspondientes delitos. Pero en otros casos es igualmente indudable que la acepción penal y la civil no coinciden. Dos ejemplos sumamente claros (hay otros casos más dudosos) lo pondrán de manifiesto. Un ejemplo lo ofrece el término de *quiebra fraudulenta* que emplea el artículo 520 con expresa referencia al Código de comercio. Pues bien, el concepto mercantil no puede tomarse en toda su *extensión*, porque el primero de los casos de la quiebra fraudulenta del Código de comercio, el alzamiento de bienes, ha sido constituido por el legislador penal en delito distinto del de quiebra fraudulenta. Quiebra fraudulenta en Derecho penal es lo mismo que en el Derecho mercantil *menos* el alzamiento de bienes. Otro ejemplo igualmente instructivo lo proporciona el término *derechos reales* utilizado por el artículo 517 del Código penal (usurpación). No se puede identificar con el concepto de derecho real sino que se ha de considerar sólo como derecho real en cosa inmueble ajena, pues, por de pronto, la propiedad sobre cosas muebles tiene un trato distinto: apoderarse con violencia o intimidación en las personas de una cosa mueble es robo, no usurpación.

En esta posición de la *posibilidad de la autonomía, ecléctica*,

exegetic-empírica, o *intermedia*, en definitiva *realista*, se encuentran: BINDING, MAYER, ALLFELD, MERKEL, en Alemania; BETTIOL y ANTONISEI en Italia. Es, sin duda, a mi entender, la única; como acabamos de ver, que responde a nuestro derecho positivo. Y, ciertamente, no se me alcanzan los motivos que pueda haber para modificarla desde el punto de vista de *lege ferenda*. Como dice muy bien ANTONISEI, se trata de un problema de interpretación, que ha de resolverse caso a caso, sin que se deba prejuzgar de antemano.

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

Inmediatamente encontramos ocasión de comprobar la bondad del criterio que acabo de exponer. Y la necesidad de adoptarlo. Pues al estudiar los delitos contra la propiedad lo primero que hay que preguntarse es cuál es el bien jurídico protegido, ya que éste ha de ser el nexo común que une a todos los delitos del grupo, aunque no basta, como algunos piensan con notoria inexactitud, para determinar por sí solo la antijuridicidad. El estudio particularizado de los delitos contra la propiedad muestra bien a las claras que hay delitos en que siendo el mismo el interés como objeto de ataque y de protección difieren luego entre sí radicalmente por la *índole del ataque*; por ejemplo, el hurto y el robo con violencia o intimidación en las personas, o por el *objeto material* de la acción.

A) La propiedad.

Hay que conceder prioridad a la hipótesis de que el bien jurídico, objeto de protección en todos estos delitos, por lo menos mientras no se demuestre lo contrario, es el que señala el legislador: la propiedad. Pero, ¿qué se ha de entender por propiedad?

a) Aceptación civilista.

En la técnica del *Derecho privado* la propiedad tiene una aceptación muy concreta y determinada. En el *Código civil* la propiedad es el dominio. «Es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes» (art. 391 Código civil). WOLFF dice que es «el más amplio derecho de señorío que puede tenerse sobre una cosa». La propiedad, dice don José CASTÁN, *Derecho civil*, II (1957), pág. 105, «es un derecho general sobre los servicios de una cosa (salvo las excepciones que supone la existencia de otros derechos reales), y, además, *independiente*». Es decir, se contraponen la propiedad a los demás derechos reales como «el más comprensivo y que sirve de tipo a los demás».

Ahora bien, es evidente que este concepto civilista de la propiedad no es el bien jurídico, objeto de ataque en todos los deli-

tos del título XIII. Un examen somero pone de manifiesto inmediatamente que no lo es al menos en tres casos. El artículo 532 que castiga el *furtum possessionis* cometido por el dueño, por el propietario, no es, con toda seguridad, un ataque a la propiedad entendida como derecho real el más comprensivo que se puede tener sobre una cosa. Y tampoco hay un ataque al Derecho privado de propiedad, sino un abuso de él, en los artículos 556 (*incendios en cosa propia*) y 562 (*daños en cosa propia*). Porque también en estos dos delitos se exige que el sujeto activo sea precisamente el propietario. Elijo estos ejemplos porque no requieren ulteriores razonamientos. Mas otros muchos casos hay en que el sujeto activo puede ser el propietario y, sin embargo, darse un delito contra la propiedad (v. gr., en la sección de la estafa u otros engaños, en las maquinaciones para alterar el precio de las cosas, etc.).

b) *Acepción gramatical.*

Si la acepción civilista no es la del Código queda por averiguar en qué sentido se toma aquí la palabra propiedad, qué es lo que se quiere designar con ella. Seguramente no es el del caso pensar que tenga su acepción gramatical de «conjunto de todas aquellas cualidades, tanto físicas como morales, que el hombre lleva consigo desde que nace como patrimonio de su naturaleza», ni es tampoco la «cualidad distintiva de una cosa o de una esencia» o las «cosas» mismas sometidas al poder del hombre.

c) *Acepción filosófica.*

Yo he pensado en otro tiempo (80) que la propiedad aquí estaba tomada en sentido *filosófico*, es decir, como uno de los derechos naturales adquiridos, aquel derecho que ROUSSEAU (aunque después lo atacase calificándolo de «fuente de todos los delitos» y «madre de todos los vicios» en su *Discurs sur l'origine de l'inégalité*) llamaba «fundamento de la sociedad civil» y forma la «más sagrada de todos los derechos de los ciudadanos» (*Discours sur l'économie politique*). Creí que desde este punto de vista la propiedad podía recaer sobre derechos reales y sobre los llamados «derechos de crédito», con lo cual daba amplio cobijo a todos los delitos comprendidos en el título XIII a que me vengo refiriendo. En este sentido toman sin duda el término «propiedad» PACHECO (81), VIADA (82), GROIZARD (83), JARAMILLO (84) y SÁN-

(80) Véase *El hurto propio*, 1946, pág. 66 y sigs. Y también en ANTON ONECA y RODRÍGUEZ MCÑEZ: *Derecho penal*, II (1949), pág. 339.

(81) PACHECO: *Código penal*, vol. III, 2.^a ed. (1856), pág. 280.

(82) VIADA y VILASECA: *Código penal*, vol. III, 4.^a ed. (1890), pág. 339.

(83) GROIZARD: *Código penal de 1870*, vol. VI (1896), pág. 5 y sigs.

(84) JARAMILLO: *Código penal*, II (1928), pág. 323: «La facultad moral de disponer libremente de bienes materiales externos con exclusión de los demás.»

CHEZ-TEJERINA (85). Y de la misma opinión son, en definitiva Hellmut MAYER, MANZINI y Ricardo C. NÚÑEZ (86)

Pero una consideración más detenida me hace abandonar hoy esta opinión. Pues el problema filosófico de la propiedad y de su licitud se contrae al derecho a disponer de la *sustancia* de una cosa, como derecho fundamental sin el que la propiedad no puede existir. Escritores tan distanciados como el P. PRISCO y STAMMLER coinciden en definitiva en esto. Los demás derechos sobre las cosas vienen a ser manifestaciones del derecho de propiedad en cuanto el propietario puede enajenar en todo o en parte la cosa sobre la que recae su derecho, fundamentando así el derecho de terceros sobre la cosa, derecho que no es el de la propiedad, naturalmente, ya que éste es diferente de las facultades, aisladas o tomadas en su conjunto, que lo componen. Decir que el derecho de propiedad es un derecho a hacer mía la sustancia de una cosa—a ser, como dice STAMMLER, el que diga la *última palabra* sobre la disposición de la cosa—se aproxima tanto al significado privatista que por las mismas razones que hemos rechazado éste hay que rechazar aquél.

B) *El patrimonio.*

Los reparos a que se prestan las anteriores acepciones de la propiedad han conducido a la doctrina a tratar de sustituir la fórmula «delitos contra la propiedad» por la expresión «delitos contra el patrimonio» que se encuentra ya en muchos Códigos modernos, aunque no en la mayoría como suele decirse.

¿Qué es el patrimonio? ¿Son los delitos que consideramos delitos contra el patrimonio, y no delitos contra la propiedad?

a) *Las diversas acepciones.*

Don Federico DE CASTRO define el patrimonio (*Apuntes*, página 281) como «unidad abstracta de bienes que crea un ámbito de poder económico independiente y al que se le imputan como propias obligaciones y deudas».

Según la teoría *justanaturalista* seguida por CARRARA, CARMIGNANI y ROMAGNOSI, es el complejo de los derechos llamados naturales, esto es, los que corresponden a los hombres en fuerza de la ley natural, y se encuentra constituido: a) por los llamados derechos naturales individuales (innatos) del derecho al respeto a la vida, a la integridad del honor, etc.; b) los llamados derechos naturales adquiridos, secundarios o derivados, como el derecho a los frutos del propio trabajo etc.; c) los llamados derechos natu-

(85) SÁNCHEZ TEJERINA. *Derecho penal español*, II, 5.^a ed. (1950), pág. 382.

(86) Ricardo C. NÚÑEZ: *Delitos contra la propiedad*, 1951, pág. 9: «Derecho reconocido por la Constitución, que comprende todo aquello que, en la más amplia extensión forma el patrimonio del habitante del país, trátese de derechos reales o personales; de bienes materiales o inmateriales.»

rales sociales, que son los que corresponden al individuo en cuanto forma parte de la sociedad familiar civil y política. AHRENS lo define en su *Curso de Derecho natural*, como «la unión real de las cosas con la personalidad humana, de modo que ésta pueda servirse de ellas inmediatamente». Es una entidad prejurídica, una relación de hecho con los objetos externos, siendo indiferente que haya o no derechos que ejercitar *sub specie juris*.

Unos lo consideran como una unidad ideal, otros como *universitas iuris* (AUBRY y RAU, BIRKMEYER, PLANIOL), caracterizada por ser un complejo de derechos que atañen a una persona (propiedad, derechos reales, obligaciones) limitado por la necesidad de un reconocimiento jurídico e integrado no por cosas corporales sino por relaciones jurídicas; para otros el patrimonio es sólo el activo: *bona non intelliguntur nisi deducta aere alieno*. Otros juristas entienden que es el resultado de la suma del activo y del pasivo (STOLFI). Para los partidarios de la teoría de los derechos sin sujeto, lo que da coherencia conceptual al patrimonio es el fin (patrimonio finalista; irrumpe por obra de WINSCHIED y es elaborado por BRINZ). Hay teorías individualistas sobre el patrimonio, otras que identifican el patrimonio con el sujeto del derecho (formulación clásica: SAVIGNY): donde no hay autonomía patrimonial no hay personalidad.

Para ANGELOTTI la tutela del patrimonio es una tutela de derechos subjetivos patrimoniales. No mira a los bienes sino al poder subjetivo de utilización de ellos. Consiste en el «conjunto de todos los derechos subjetivos patrimoniales que hacen referencia a una persona (física o jurídica)». El elemento material es un complejo de relaciones de naturaleza económica, generalmente valuables en dinero. El elemento teleológico es el fin que persigue la institución: la utilización pacífica, el desarrollo de los bienes y su goce o disfrute. El elemento formal es el jurídico mencionado al principio. Los derechos patrimoniales pueden agruparse, según ANGELOTTI (87) en derechos reales (*ius in re*) y derechos obligacionales (*ius ad rem*).

Esto sin salir de las teorías monistas que buscan el concepto de patrimonio tomándolo del Derecho privado.

Algunos autores, como ANTOLISEI (88), partiendo del concepto que puede decirse dominante entre los civilistas: complejo de relaciones jurídicas valuables económicamente y referidas a una persona (COVIELLO, FERRARA, RUGGIERO), consideran que desde el punto de vista penal debe introducirse un correctivo para dar entrada a una serie de relaciones jurídicas económicamente irrelevantes (sin valor de cambio) y que no obstante forman parte del patrimonio, v. gr., una carta de una persona muy querida, pues entiende que no es admisible que esos objetos puedan ser impune-

(87) ANGELOTTI: *Ob. cit.*, pág. 62.

(88) ANTOLISEI: *Manuale, Parte speciale*, I (1954), 180 y sigs.

mente sustraídos estimando que son obvias las razones que abonan en todo caso su castigo con arreglo a las leyes penales. Entre los componentes del patrimonio menciona ANTOLISEI en primer lugar los derechos reales, y entre ellos la *posesión*, las *expectativas* (situaciones que comportan con probabilidad una ganancia lícita), los valores que se detentan en oposición al Derecho establecido (v. gr., la posesión del ladrón). Excluye la fuerza laboral—por estar demasiado íntimamente unida a la personalidad humana—, las pretensiones sin fundamento jurídico y las contrarias al derecho, v. gr., la derivada de un contrato verificado en el mercado negro. Maneja un concepto «jurídico» del patrimonio, por contraposición al concepto «económico», división que en este momento no nos interesa y sobre la que hemos de volver.

HEGLER entiende que el patrimonio ha de considerarse en sentido amplio: como un tener material.

BINDING se detiene a examinar la naturaleza (jurídica o económica) del patrimonio en la estafa, pero al tratar de los delitos contra el patrimonio en general usa el término *sogennante*, los «llamados» delitos contra el patrimonio, que vale tanto como decir: los mal llamados delitos contra el patrimonio.

b) ¿Delitos contra el patrimonio como totalidad?

Creo que hay poderosas razones para rechazar la fórmula delitos contra el *patrimonio*. Las principales, a mi entender, son las siguientes:

1.^a Todas las definiciones del patrimonio que hemos podido compulsar se refieren a un conjunto, una «unidad» como dice don FEDERICO DE CASTRO. Ahora bien, a pesar de lo que afirman algunos escritores *no hay delitos contra el patrimonio como tal unidad*. Esto ya lo vió BINDING (89) con toda claridad. Y lo reconoce también MEZGER (90) a quien cita, equivocadamente, ANTOLISEI (91) en apoyo de la tesis contraria: la de que hay delitos contra el patrimonio como totalidad. Es un tremendo equívoco, con base sofística, afirmar que porque hay delitos que no incorporan al tipo, como la estafa—determinados casos de estafa diríamos a la vista de nuestro Código—, la determinación del derecho patrimonial lesionado, no se dirige el delito siempre y en todo

(89) BINDING: *Lehrbuch*, I, 2.^a ed. (1902), pág. 237 (§ 63, II).

(90) MEZGER: *Strafrecht*, II, *Besonderer Teil*, 1949, pág. 95: «Esta contraposición (delitos contra derechos determinados y contra el *patrimonio conjunto*) no debe, sin embargo, ser mal entendida; también la estafa, la infidelidad, la extorsión, etc., se dirigen en el caso concreto, por lo regular contra derechos concretos y determinados. Pero en contraste con el hurto, la apropiación indebida, el robo con violencia o intimidación, la caza ilegal, la receptación de cosas, etc., estos derechos concretos no han sido mencionados en el *tipo legal*. Los hechos punibles contra el patrimonio conjunto pueden, por consiguiente, dirigirse contra cualquiera de sus partes integrantes, lo que no ocurre con el primer grupo.»

(91) ANTOLISEI: *Manuale. Parte speciale*, I (1954), pág. 183.

caso contra un derecho determinado (aunque no lo esté en la ley), sino contra el patrimonio como una totalidad. La falta de mención del interés concreto lesionado en la formulación del tipo legal lo único que prueba es que el intérprete tiene que asumir la obligación de determinarlo. Pero no que sea ya sin ulterior demostración el patrimonio como una totalidad. Esto es un *petitio principii*.

2.ª Si el patrimonio se construye como un conjunto no de bienes, sino de *relaciones jurídicas* (con contenido económico o no), como hace la opinión dominante, entonces resulta jurídicamente *imposible* una lesión del patrimonio, considerado en su totalidad como complejo de activo y pasivo, ya que siempre, siempre, la sustracción, verbigracia, de una de las cosas o bienes que constituyen el objeto de esa relación jurídica patrimonial da lugar a una pretensión de resarcimiento (o una acción reivindicatoria) de valor exactamente igual, *desde el punto de vista jurídico*—no desde el económico, porque entonces depende de la solvencia del delincuente, mas en caso de que sea solvente, exactamente lo mismo—, que el de la relación afectada por el delito. Si un ladrón hurta una cosa, automáticamente surge una acción reivindicatoria o una pretensión de resarcimiento por el valor de la cosa y de los deméritos que hayan podido sufrir.

3.ª La lesión del patrimonio en una de sus partes no puede identificarse con la lesión del patrimonio como conjunto económico. Tal teoría llevaría a excluir, verbigracia, el hurto, o la apropiación indebida, cuando el delincuente deje en lugar de la cosa hurtada o de la que se apropia, su valor, o cuando a consecuencia de un aumento de valor del resto o de parte del patrimonio a consecuencia de la destrucción o desaparición de la cosa resulta en su conjunto aumentado y no disminuído: verbigracia, dos ejemplares únicos de los que se destruye (daños) uno de ellos.

C) La «propiedad» como expresión equivalente a elementos integrantes del patrimonio.

En este momento de nuestra indagación podemos resumir así los resultados a que hemos llegado: la palabra propiedad no puede tomarse en ninguna de sus acepciones civilista, gramatical o filosófica y, de otra parte, es inexacto que la nota común a todos los delitos del título sea el constituir un ataque contra el patrimonio considerado como una unidad. ¿Qué es, entonces, lo que el legislador ha querido expresar al decir que los delitos de que aquí se trata son delitos contra la «propiedad»?

A mi entender, las críticas contra la subordinación de estos delitos a aquel epígrafe («propiedad») están completamente justificadas en cuanto se dirigen contra una interpretación en exceso restringida o sumamente vaga. Esto es, cualquiera que sea la interpretación por la que se opte para el término «propiedad»

ha de ser más amplia que la acepción civilista y más concreta que la filosófica. También, a mi juicio, perdida la esperanza en aquella precisión que podía tener el concepto de «propiedad» si se importase de otra disciplina, es indudable que nos encontramos ante un problema jurídico-penal, esto es, que hemos de resolver, en principio, sin más auxilio que el que nos depara el propio Código penal. Aceptando este punto de partida, considero que el concepto de patrimonio, aun siendo inutilizable en cuanto «unidad», porque no es posible concebir los delitos en cuestión como un ataque a tal «unidad» (susceptible además de significaciones multívocas), proporciona una referencia aprovechable para determinar el nexo común que liga a todos los delitos del título, en los cuales encontraremos siempre una lesión o puesta en peligro de un «derecho» patrimonial. *Los delitos contra la propiedad son delitos contra elementos integrantes, separados, del patrimonio.*

La cuestión de si estos elementos integrantes del patrimonio, cualquiera que sea el concepto que de él se tenga, han de reunir alguna cualificación, es decir, si se trata de elementos jurídicos, económicos o han de conjugarse ambas condiciones, tiene que ser objeto todavía de un posterior estudio. El problema se ha debatido principalmente a propósito de la noción del patrimonio y en particular respecto al delito de estafa, que para muchos autores es un típico delito contra el patrimonio como totalidad (92).

La opinión dominante en Alemania es favorable al llamado concepto *económico* del patrimonio. Inconvenientes que se señalan comúnmente: que se imputan *sin limitación* al patrimonio partes poseídas antijurídicamente.

El concepto *jurídico* del patrimonio consiste en considerarlo como «la suma de los derechos y deberes patrimoniales» (BINDING) (93). Las consecuencias son: de una parte, sólo existe lesión de *derechos* patrimoniales, no de posiciones económicas jurídicamente protegidas, como las expectativas; pero de otra parte hay perjuicio, aunque la contraprestación tenga un valor económico completamente equivalente. Perjudicado es el que no recibe lo que puede pretender por derecho; verbigracia, el que recibe un cuchillo fabricado en Solingen en vez del cuchillo inglés prometido (94). El perjuicio desaparece si el sujeto pasivo acep-

(92) BOCKELMANN (*Zum Begriff des Vermögensschadens beim Betrug*, en «Strafrechtliche Untersuchungen», 1957, págs. 229 y sigs., especialmente 238 y sigs.) reconociendo las ventajas de la teoría intermedia, entiende que para poder resolver una serie de casos que se han presentado en la práctica (estafas en negocios inmorales, enajenación de cosas indebidamente apropiadas, etc.) hay que tener en cuenta las referencias «personales» (*teoría personal*) del titular del patrimonio con los valores que objetivamente lo integran.

(93) BINDING: *Lehrbuch*, I, 2.^a ed. (1902), pág. 237.

(94) WELZELL: *Das deutsche Strafrecht*, 6.^a ed. (1958), pág. 303.

ta la contraprestación. A esta teoría se le reprocha el que deja el concepto del perjuicio patrimonial, en buena parte, al arbitrio del perjudicado. Y que deja sin protección bienes económicos no concretados todavía en derechos subjetivos.

Por eso se va extendiendo una posición conocida con el nombre de *teoría intermedia* o económico-jurídica, representada, entre otros, por WELZEL (95). Para este autor, el patrimonio es la «suma de los valores económicos puestos a disposición de alguien bajo la protección del ordenamiento jurídico». Es un concepto económico, aunque referido al orden jurídico. Los daños «morales», no económicos, aunque jueguen en la reparación civil, no tienen relevancia penal. Según esta teoría pertenecen al patrimonio no sólo los derechos, sino también las posiciones económicas protegidas jurídicamente. Concretamente:

a') Todos los derechos reales y de obligaciones con valor económico, incluso la posesión, y las pretensiones naturales. Valor económico no es necesariamente valor en dinero; ejemplo, caso de racionamiento.

b') La expectativa de una ganancia consistente en un incremento patrimonial probable.

c') Prestaciones que en la vida económica tienen un valor en dinero, por lo que en cuanto el que las recibe se enriquece a costa de que las presta resulta éste perjudicado: prestaciones laborales, entradas a conciertos, representaciones teatrales, viajes por ferrocarril.

d') Valores poseídos antijurídicamente en cuanto esté la posesión protegida jurídicamente, a pesar de su origen ilícito; verbigracia, el ladrón (aunque no frente al propietario).

La teoría intermedia parece ser que es la que mejor responde a nuestro ordenamiento jurídico-penal.

Diríamos, pues, que la fórmula «delitos contra la propiedad» que emplea el Código penal español es la designación de un conjunto indeterminado de relaciones jurídico-patrimoniales que tienen un valor económico y que son objeto de ataque en los delitos que abarca el título XIII. No es posible una nomenclatura más precisa, y dada la inexactitud, inherente a los términos «patrimonio» o «propiedad» tomados en sentido estricto, sigo creyendo más afortunada la segunda denominación, porque alude además a la cuestión ética y constitucional que late en el fondo de la construcción de estos delitos, implicando el que, en principio, el derecho a tener un patrimonio es un derecho natural reconocida por las leyes y no un mero producto de ellas.

(95) WELZEL: *Ob. cit.*, págs. 301 y sigs.

III. CLASIFICACIÓN

El problema de la clasificación de los delitos contra la propiedad ofrece grandes dificultades. Se han seguido muy diversos criterios que expondré compendiosamente.

a) *Criterio de afinidad.*

ANTOLISEI dice que aquí toda clasificación tropieza con un obstáculo probablemente *insuperable*, a saber: que todos los delitos tienen el mismo objeto jurídico en cuanto todos ofenden al patrimonio, dependiendo las diferencias que hay entre unos y otros de un notable número de elementos de varia índole: modalidad de la acción criminosa, naturaleza y especie del objeto material, intención del agente, etc., cuyos elementos, por añadidura, se entrecruzan entre sí. Considera que la clasificación no es necesaria y que a los fines teóricos y prácticos basta agruparlos, como hace, por sus afinidades. Renuncia por ello a toda clasificación (96). Este criterio es compartido, como ya se dijo, por algunos Códigos como el alemán que carecen de un título comprensivo de todos los delitos contra la propiedad (o el patrimonio).

Las afinidades, según ANTOLISEI, darían este orden: hurto, apropiación indebida, estafa, usura, robo, extorsión y secuestro de personas con fines de extorsión, violación de derechos sobre bienes inmuebles, daños, receptación, contravenciones.

Tal criterio no puede satisfacer desde el punto de vista científico. Las llamadas *afinidades* son, en definitiva, un conato de clasificación vergonzante. Y siempre expuestas a la crítica. Las «afinidades» establecidas por el Código alemán han sido criticadas duramente, prácticamente destruidas, en los trabajos preparatorios de la gran reforma que se está llevando a cabo (97).

Las «afinidades» de ANTOLISEI no pueden sustentarse. ¿Por qué ha de estar el robo después de la estafa y antes que los daños y no al lado del hurto? ¿Qué afinidad puede haber entre los daños y la receptación? Y por otro lado: ¿Por qué se separan unos grupos de otros? Interrogantes que no se pueden contestar satisfactoriamente, porque de antemano se ha renunciado a contestar a ellas estudiando los delitos en un orden arbitrario.

b) *Criterio criminológico.*

El primer criterio propiamente dicho de clasificación es el criminológico. La Criminología ha logrado en los últimos decenios una madurez que merece ser tenida en cuenta. ¿Es posible una clasificación desde puntos de vista criminológicos? La ofrece SAUER (98) tratando de conjugar, como es necesario para el juris-

(96) ANTOLISEI: *Manuale. Parte speciale*, I (1954), págs. 202 y sigs.

(97) Cfr. *Materialien*, vol. I (1954), págs. 208 y sigs. (Karl SCHNEIDERWIN) y 240 (Reinhart MAURACH).

(98) SAUER: *System des Strafrechts, Besonderer Teil*, 1954, págs. 14 y siguientes.

ta, los puntos de vista jurídicos con la base sociológica y los fines ético-sociales que persigue la norma penal.

Entiende SAUER que todos los delitos pueden dividirse en tres grandes grupos:

- I. Delitos utilitarios y de necesidad.
- II. Delitos de ataque.
- III. Delitos impulsivos y por debilidad.

En el primer grupo incluye: hurto, estafa, apropiación indebida, falsedad documental, infidelidad (gestión desleal), receptación, juegos ilícitos, delitos de juramento, inculpación falsa, celestinaje, rufianismo, quebrantamiento de arresto, extorsión, falsificación de moneda, delitos concursales. Por el orden que los acaba de mencionar. En el segundo grupo están, con otros delitos, el incendio y los daños. En el tercer grupo los incendios culposos.

También ha intentado llevar al derecho positivo una clasificación criminológica el Código penal sueco (99):

Una clasificación semejante está condenada al fracaso. No es éste el momento de dilucidar si es más conveniente un derecho penal de autor o de acto. Lo indudable es que el Derecho español—y entre los novísimos proyectos, el alemán—ha construido la *parte especial sobre tipos de acto*, no de autores. Y sobre la base de un derecho penal en que el acento recae sobre el acto, hay que renunciar, en el terreno jurídico naturalmente, a una clasificación con base criminológica. Porque al hacer recaer el acento en lo externo al hombre, el legislador renuncia a llevar al Código una clasificación de delinquentes, a colocar en primer término la personalidad del sujeto (compuesto de su Yo y de su circunstancia). El mismo hecho, por ejemplo, un hurto, puede ser realizado por un delincuente ocasional o por un profesional por aversión al trabajo, por un falto de dominio sexual (verbigracia, fetichismo) o por un delincuente por convicción; puede ser producto del vicio o de una crisis económica o de pubertad. Desde el punto de vista criminológico el acto es sólo un síntoma, desde un punto de vista jurídico el acto ocupa el lugar central. Lo cual no quiere decir que hay que prescindir totalmente del progreso de las ciencias criminológicas. En la medida de la pena, y en algunos aislados tipos de delito (rufianismo), tienen un marco adecuado de aplicación. Pero no es posible, repito, encontrar en ellos un criterio útil para la clasificación de los delitos contra la propiedad de nuestro Código.

c) *Criterio de la violencia y el fraude.*

Algunos Códigos, como el italiano, han tratado de reducir el problema a términos simplistas. El Código Rocco de 1930 divi-

(99) Sobre la ley de 1 de enero de 1943 que al reformar los capítulos 20 a 23 introdujo este criterio, véase Nils BECKMANN: *La nouvelle loi sur les délits contre le patrimoine*, en «Recueil docum. en matière penal et pénitencière» (nov. 1943).

de todos los delitos contra el «patrimonio» en dos grandes grupos, atendiendo al medio: delitos cometidos mediando *violencia*, y cometidos mediando *fraude*. Sólo que, como dice MANZINI (100), esta clasificación carece de fundamento científico. La ley italiana considera que, por ejemplo, el hurto es uno de los delitos cometidos con violencia. Violencia es todo lo que no es fraude. El mismo Código demuestra con ello; dice MANZINI, la impropiedad de esta clasificación, que aceptan sin reparo, por ejemplo ANGELOTTI y VANNINI.

d) *Criterio del móvil.*

Otro criterio consiste en atender al móvil. Su más autorizado exponente fué ERHARD, *De furti notioné, liber singulis*, 1806, seguido, entre otros, por CARRARA (101), y entre nosotros por CUELLO (102). Se clasificarían los delitos según que hayan sido cometidos por *ánimo de lucro* o por *venganza*. Tipo de los primeros, el hurto; de los segundos, los daños. Este punto de vista, que quizá para la legislación italiana (especialmente con el Código Zanardelli, 1889) fuera exacto, no lo es para la legislación española, donde, si bien en el hurto y otros delitos se exige el ánimo de lucro, no se incorpora al tipo, por el contrario, en los delitos de daños e incendios, verbigracia, un móvil especial, hasta el punto de que pueden ser cometidos por culpa, lo cual no ocurre con el hurto ni con ningún delito en que se requiera un elemento subjetivo del injusto.

e) *Criterio del objeto material.*

Atiende al objeto material del delito. Es el criterio de los institutistas, que dividieron estos delitos en delitos contra los bienes *inmuebles*, *muebles* y *semovientes*. Son sus representantes CARMIGNANI y usando la adición «de modo principal», inmuebles, etcétera, GIURIATI (103). Este criterio tropieza con que hay delitos que pueden tener por objeto material indistintamente muebles o inmuebles; verbigracia, la estafa o los daños.

f) *Criterio del derecho subjetivo lesionado.*

Los alemanes, desde BINDING, acostumbra a tener en cuenta el derecho subjetivo patrimonial lesionado. WELZEL (104) los divide de la siguiente manera:

(100) V. MANZINI: *Trattato di diritto penale italiano*, vol. IX (Parte prima), 1938, pág. 3.

(101) F. CARRARA: *Programma*, §§ 2014 y 2015.

(102) Con algunas reservas. Cfr. CUELLO: *Derecho penal*, II, 9.^a ed. (1955), pág. 78r. Admite la división por el móvil GROIZARD: *Ob. cit.*, vol. VI (1896), pág. 8.

(103) GIURIATI: *Delitti contro la proprietà*, Milán, 1913, pág. 45.

(104) WELZEL: *Ob. cit.* (1958) págs. 275 y sigs.

Delitos contra la propiedad: Apropiación indebida, hurto, robo, daños.

Delitos contra los derechos de apropiación, pretensiones y garantía: Caza y pesca ilegal; hechos punibles contra derechos de pretensión, garantía, y aprovechamiento.

Delitos contra el patrimonio en su conjunto: Estafa, extorsión e infidelidad; delitos de peligro para el patrimonio y delitos de explotación; favorecimiento (impropio) material y recepción.

Quedan fuera, como se ve, los incendios.

g) *Criterio del daño y del peligro.*

SANTORO (1934) los divide en delitos de *daño* y de *peligro*. A esta base de clasificación opone ANGELOTTI (105): Que todos los delitos contra el patrimonio son delitos de daño, y que para admitir delitos de peligro no basta que, como diría BINDING, que el peligro haya sido el motivo del legislador, sino que es preciso que se dé un peligro concreto que no concurre en los ejemplos propuestos por SANTORÓ.

h) *Criterio del consentimiento.*

SOLER, argentino, propuso tomar como base el *consentimiento*, dividiendo estos delitos en delitos que no media consentimiento y aquellos en que el consentimiento está viciado. Según que el sujeto actúe directamente sobre la cosa o sobre la voluntad del sujeto pasivo: tipos hurto y estafa. El propio SOLER reconoce que este criterio sólo puede aplicarse en los delitos que llevan consigo un desplazamiento material de un bien. No, por ejemplo, a los daños.

i) *Criterio de la combinación del consentimiento y del desplazamiento patrimonial.*

HEGLER, en la *Vergleichende Darstellung*, primero, y luego en un trabajo posterior (106), combina dos criterios: el del desplazamiento patrimonial o su falta y el del consentimiento o no del lesionado. Según él hay:

(105) ANGELOTTI: *Ob. cit.* (1936), pág. 87, nota 5.

(106) QUINTANO RIPOLLÉS (*Compendio de Derecho penal*, vol. II (1958), pág. 309 y sig.) apunta un principio de clasificación que puede considerarse en cierto sentido como una variante de la de HEGLER. Entiende que, con algunas salvedades, pueden agruparse los delitos del título XIII de esta manera: a) *Delitos de apoderamiento del patrimonio ajeno* (robos, hurtos, usurpaciones, estafas, apropiación indebida y defraudaciones de flúido). b) *Delitos de menoscabo en el patrimonio ajeno* (incendio, estragos y daños en cosa ajena). c) *Delitos de ejercicio abusivo del propio patrimonio* (maquinaciones para alterar el precio de las cosas, usura e infracciones sobre las casas de préstamos, alzamiento, quiebra e insolvencias punibles, encubrimiento con ánimo de lucro y daños en cosa propia).

Delitos de desplazamiento patrimonial: a) Sin consentimiento (hurto, robo, apropiación indebida...). b) Con consentimiento (estafa, extorsión, usura...).

Delitos de mera privación del patrimonio: a) Con consentimiento. b) Sin consentimiento.

j) *Criterio del daño y del enriquecimiento.*

La base de la clasificación de HEGLER es la vieja distinción entre delitos de *daño* (tipo: daños) y delitos de *enriquecimiento* (tipo: hurto) empleada ya por BINDING (107) y PESSINA (108).

Esta clasificación atiende al resultado no al móvil, con la que pudiera confundirse. Pero origina dificultades con algunos delitos; verbigracia, la usura.

B) *El sistema del Código penal español*

Un intento de clasificación de los delitos contra la propiedad en nuestro ordenamiento jurídico ha de permitir incluir, sin residuo los delitos comprendidos bajo este epígrafe en el Código, lo cual obliga a conjugar diversos puntos de vista.

Partiremos, como *primer criterio* de clasificación que nos dará dos grandes grupos, de la base de que entre los delitos contra la propiedad hay unos que proporcionan o tienden a proporcionar, aunque no esté expreso en la ley por haber considerado el legislador oportuno adelantar la barrera penal a un momento anterior al *enriquecimiento*, un aumento del patrimonio del sujeto activo a costa del sujeto pasivo. Entendámonos: no es preciso un incremento patrimonial en el sujeto activo y un correlativo empobrecimiento en el sujeto pasivo. Sabemos que hay casos en los que, a pesar, verbigracia, de producirse el desplazamiento de una cosa de un patrimonio a otro, caso en el que mejor se materializa la idea del enriquecimiento de que venimos hablando, no hay tal incremento ni tal disminución. Pero la equivocación del sujeto en el caso concreto, o el curso de los acontecimientos contrario a sus propósitos, no impide que *normalmente* la conducta en cuestión tienda a producir o produzca realmente un aumento ilícito de un patrimonio a costa de otro.

El *segundo módulo* de clasificación nos lo proporciona la materialidad de que la ley exija o no un *desplazamiento* de cosas del lado del sujeto pasivo al activo. Lo que BINDING llamaba «expropiación».

El criterio para ulteriores subdivisiones nos lo proporciona el *objeto material* de la acción y el *medio* utilizado para conseguirla.

De este modo llegamos a la siguiente clasificación:

(107) BINDING: *Lehrbuch*, I, 2.^a ed. (1902), § 63, IV.

(108) Cfr. PESSINA: *Elementi di diritto penale*, II (1883), pág. 185.

<i>Delitos contra la pro- piedad...</i>	<i>De enrique- cimiento...</i>	<i>Con despla- zamiento..</i>	<i>Muebles... ..</i>	<i>Desposesión</i>	<i>Cosa propia: 532, 1.º</i> <i>Cosa ajena ...</i>	<i>Sin violencia: hurto.</i> <i>Con violencia: robo.</i>						
							<i>Sin enriquecimiento</i>	<i>Sin desposesión: apropiación indebida.</i>				
									<i>Inmuebles o derechos reales... ..</i>	<i>Con violencia: usurpación.</i> <i>Sin violencia: no se castiga.</i>		
											<i>Derechos cré- dito</i>	<i>Insolvencia punible.</i>
<i>Partes inte- grantes pa- trimonio ...</i>	<i>Maquinaciones.</i> <i>Usura.</i>											
		<i>Derechos de apropiación: caza y pesca ilegal.</i>										
			<i>Incendio.</i>									
				<i>Daños.</i>								

El fundamento de esta clasificación queda en parte expuesto. El estudio y justificación más detallada corresponde a los delitos en particular de que se trata. Aquí sólo podemos dar las líneas generales, tanto de la clasificación misma como de sus fundamentos.

IV. NECESIDADES DE POLÍTICA CRIMINAL

Producto el Código de un acarreo histórico cuyos orígenes se encuentran, como hemos visto, en una serie de figuras de contornos mal definidos, es preciso, el día que se acometa la reforma a fondo de nuestra legislación penal, tantas veces anunciada aunque no se vislumbre todavía cuándo se van a comenzar en serio los extensos trabajos preparatorios que requiere, trazar un programa mínimo de modificaciones que demandan de consumo la técnica y la necesidad político-criminal.

a) *Reformas técnicas.*—Las que considero más indeclinables son las siguientes:

1. *Relativas al sistema.*—Hay que terminar con la confusión entre *robo con violencia e intimidación en las personas* y el cometido con fuerza en las cosas. La mejor solución consistiría en llevar al capítulo del hurto los que hoy son robos con fuerza en las cosas. La evolución del delito de hurto en el derecho común, truncada con el Código de 1822, debe reanudarse para marcar la muy diferente naturaleza del delito de robo con violencia o in-

timidación y las demás conductas que hoy se incluyen en el mismo capítulo.

Hay que sacar del capítulo II la *apropiación de cosas perdidas*. Con razón pide el profesor CUELLO CALÓN (109) que se lleve a la sección de la apropiación indebida, sea fundiéndolo con él, sea creando una figura autónoma.

El estado actual de la teoría del concurso de delitos permite suprimir el *número 3.º del artículo 514*: dañador que se apropie o sustraiga a los efectos del daño causado.

Suprimir la rúbrica de *Defraudaciones*, que no ilustra nada, para liberar los delitos comprendidos bajo ella y permitir, verbigracia, la aproximación topográfica que pide el parentesco entre el hurto y la *apropiación indebida*, independizando la estafa del lazo común que hoy la une con la *insolvencia* (quiebra y concurso punibles).

Extraer el delito de *incendios y otros estragos*, pues aunque hay en ellos una lesión de la propiedad parece que debe darse preeminencia (aunque no sólo en el sistema, sino también en su configuración) al punto de vista del peligro que objetivamente representan.

2. *Relativas a las fórmulas legales*.—En este punto no es posible sino apuntar las líneas generales a que debería atender con más urgencia una reforma. Estas directrices son, a mi juicio, dos:

a) *Reducción del casuismo*.—El casuismo es inevitable en la parte especial. Se rechaza generalmente por los diferentes autores la tesis de una condensación de todos o la mayoría de los delitos contra la propiedad en un solo precepto. No pueden en modo alguno menospreciarse las fuerzas históricas que han precipitado en los diversos tipos legales y la necesidad de que éstos arraiguen en la conciencia de aquellos a quienes están destinados. Sin embargo, el casuismo es tolerable únicamente dentro de ciertos límites y digno, desde luego, de repudio cuando no conduce, como en la estafa y otros engaños, a ninguna parte, porque el legislador se ve obligado a completar con fórmulas (como la de otros engaños o la del núm. 1.º del art. 529) tan vagas que rebasan incluso las fronteras de la analogía prohibida. El casuismo puede defenderse por razones de *seguridad jurídica*. Pero debe abandonarse cuando estas razones no existan. La zona más necesitada es sin duda la misma que nos acabamos de servir de ejemplo: la estafa. Tantos casos de estafa y el Código no dice en qué consiste. El estado de la doctrina permite hoy acometer esta tarea. Y debe acometerse. También el robo, los incendios, los daños... necesitan una mano que refunda, simplifique, rompa, en suma, con el procedimiento actual de disgregar estas con-

ductas en numerosos tipos que se entrecruzan entre sí dando lugar a muchos otros.

c) *Abandono del tosco criterio de la valuación del dinero* por el que hoy se rige en la mayoría de los casos de robo con fuerza en las cosas, hurto, usurpación, estafa, incendios, daños... la determinación de la gravedad del hecho y de la pena que en abstracto señala la ley. El que defrauda a un ciego que vende cupones (hecho tristemente repetido en los últimos años) comete una acción mucho más grave que el que defrauda en la calidad de un artículo a un comerciante y en unas circunstancias tales que incluso puede pensarse que el comerciante considera esa defraudación como un riesgo inherente a su negocio, que, en definitiva, en función de la coyuntura, puede no padecer económicamente aunque el hecho constituya una estafa. En la ponderación de la gravedad deben jugar otros factores además del perjuicio económico. Pero casi nada más que en el robo con violencia o intimidación en las personas se prescinde de éste.

Entiéndase, sin embargo, que el abandono del criterio actual no debe ser tan total que se prescinda completamente del perjuicio inferido por el delito, cuya gravedad depende en gran parte, como es natural, del valor de la cosa.

El casuismo y el criterio del valor de la cosa o del perjuicio sufrido es una mezcla de residuos romanos y medievales que debe ser revisada. Porque además da lugar a que conductas más graves se penen con más benignidad que otras que son menos graves. Piénsese, verbigracia, en el hurto de más de 50.000 pesetas y en el robo del número 5.º del artículo 501. Allí la pena es presidio mayor. En el caso del robo que hemos citado, *con independencia de la cuantía*, la pena es siempre presidio menor.

b) *Exigencias político-criminales*. — Mas una reforma debe llegar más al fondo. Debe satisfacer las necesidades de una política criminal bien orientada. Estas necesidades pueden desdoblarse en dos direcciones. Una sobre el argumento de las penas. Otra sobre la punición de hechos que merecen ser castigados y no tienen hoy por hoy un claro encaje en la estructura punitiva de los delitos contra la propiedad.

1. *Con relación a las penas*.—Una de las conclusiones que parecen hoy más incommovibles de la Criminología es la de que las penas no son una panacea en la lucha contra el delito. Por eso han aparecido las medidas de seguridad y de corrección que responden a la peligrosidad demostrada por el sujeto. Tan insensato es dejar escapar con una pena benigna al delincuente profesional por aversión al trabajo como el castigar con una pena excesivamente severa al delincuente por crisis que atenazado, por ejemplo; por la miseria, comete un hurto. Si se comparte, como parece que no puede ser por menos, este punto de vista es indudable que hay que revisar los módulos punitivos que hoy se aplican a los delitos contra la propiedad. No es posible (no debe ser posible) que,

en principio, abstracción hecha de las circunstancias, un hurto resulte, como puede resultar hoy, castigado con pena más grave que el dejar, dolosamente, ciego a un hombre. Pues la pena de esta lesión es de prisión mayor, y la del hurto *simple* de más de 50.000 pesetas, la de *presidio mayor*. No debe admitirse, cualquiera que sea el valor de la cosa hurtada y las circunstancias que concurren, que se pueda llegar a una pena igual a la del homicidio. Claro está que hay que pensar también en una mayor severidad en el cumplimiento de las penas si se pretende que cumplan su finalidad de prevención. No puede mantenerse que, en principio, para los delincuentes primarios queden reducidas por la acumulación de la reclusión de penas por el trabajo y la libertad condicional a la mitad. Ni que estos beneficios se concedan automáticamente o casi automáticamente. Mas no es éste un tema que corresponda a este lugar.

2. *En relación con la incriminación de determinadas conductas.* Ya BINDING (110) y otros después de él, como ANTOLISEI (111), CUELLO CALÓN, en su discurso sobre «La reforma penal en España» (1949) y muy recientemente HEINITZ (113), han señalado la inadecuación de la tutela penal a las formas actuales de la economía y el tráfico jurídico. Los delitos contra la propiedad tienen sus raíces, como ya he dicho, en el Derecho romano y la Edad Media. El *furtum*, la *rapina*, la *invasio*, la *concessio*, el *stellionatus*, el *damnum iniuria datum* nacieron para una economía cuyos valores estaban representados preferentemente por cosas corporales, tangibles. En la economía moderna el crédito y la intensidad del tráfico comercial han modificado radicalmente el teatro en que ha de operar el legislador penal. Formas más sutiles de enriquecimiento torticero han aparecido. Especialmente, como muy acertadamente dice CUELLO CALÓN (114), en el campo de la *especulación financiera*. La estafa está pensada y proyectada a base de determinar, mediante engaño, a una persona a realizar un acto de disposición. Esta determinación del sujeto pasivo, esta relación, casi siempre *personal*, entre el estafador y el estafado no la encontramos en las torpes maniobras con las que se provoca una baja en la Bolsa, verbigracia, corriendo un rumor, o en las sociedades muertas que subsisten exclusivamente para que cobren los miembros de un Consejo de administración, o en las maniobras por las que estos mismos miembros se adjudican unas «gratificaciones» enteramente desproporcionadas con los beneficios o a ve-

(110) BINDING: *Lehrbuch*, I, 2.^a ed. (1902), § 63, III, B.

(111) ANTOLISEI: *Manuale. Parte speciale*, I (1954), págs. 203 y sigs.

(112) CUELLO: *Reforma*, 1949, págs. 61 y sigs.

(113) ERNST HEINITZ: *Appunti sulla difesa penale del patrimonio* en «Archivio Penale», enero-febrero 1958, págs. 3-16. Véase, además, KARL PETERS: *Das Begreifen der Eigentumsordnung als kriminalpolitisches Problem* en «Festschrift für Wilhelm Sauer», Berlín, 1949.

(114) CUELLO: *Reforma*, 1949, pág. 61.

ces pérdidas de la sociedad, ni en la creación de sociedades ficticias; o en el reparto de beneficios inexistentes para atraer incautos y vender con enormes ganancias acciones que no valen lo que representan.

La *usura* demanda también un mayor rigor en la concepción del tipo. Y, naturalmente, una mayor intensidad en la persecución. La persecución de la usura es uno de los puntos programáticos del Estado español. No obstante, aquí no se ha ido más allá de lo que se hizo en la reforma de 1932. Para castigar la usura no encubierta—salvo que se trate de un menor—es preciso que sea habitual. Yo pregunto: ¿Por qué? El perjuicio individual, la ruina de un hombre, puede resultar ya de un solo acto. Y el perjuicio social también. ¿Cómo se quiere que arraigue en el ánimo de las gentes la idea de que la usura es un delito si sólo se castiga cuando se han realizado ya, abiertamente, varios préstamos usurarios? ¿Y dónde va a parar el principio de legalidad si no se sabe cuándo el prestamo usurario, el tercero, el cuarto, el quinto, ha adquirido aquel grado de madurez que lo convierte de acto no criminal en delito? La usura crece y prospera a pesar del Código penal, y ha llegado a ser un principio programático del Estado el combatirla. ¿Por qué no se hace?

También me parece que hay que traer aquí, sobre todo si se conserva la misma rúbrica para el título, la de delitos contra la *propiedad*, con aquel contenido ético que antes he señalado, una serie de defraudaciones caracterizadas porque el perjuicio patrimonial consiste no en un daño emergente, sino en un lucro cesante. Pues una de las fuentes de la propiedad, aunque no sea la única, es el trabajo. Y aquel que se ve privado ilícitamente de los frutos de su trabajo se ve privado de lo suyo, de aquellos bienes materiales a los que tenía derecho por la ley o por un contrato. Aquí entraría la penalización del *polisonaje*. Ya sé que la jurisprudencia lo viene castigando como estafa. Pero en él no hay disminución del patrimonio. Y ¿*quid iuris* si el polizón utiliza un medio de transporte oficial que es gratuito para quienes lo usan? ¿Cómo determinar el perjuicio? La Ley penal y disciplinaria de la Marina mercante lo ha convertido en un delito desconectado de la estafa. El Código penal común debe seguir el mismo camino. Y en este mismo orden de ideas está la necesidad de castigar con penas al que abusa de una posición privilegiada para pagar un *salario inferior* a los mínimos salarios señalados por las bases. Hay casos en que se puede explotar, verbigracia, que el trabajador sea un liberto cuya continuación en el disfrute de la libertad vigilada dependa de los informes de conducta que dé el patrono. En otros la angustiosa necesidad del obrero. Casos ha habido de exceso de mano de obra en que capataces y agentes desaprensivos cobraban una prima al obrero que admitían a trabajar en su tajo, e incluso detraían en su propio beneficio una parte del salario que se les pagaba. Penas privativas de libertad

o penas pecuniarias, pero penas, deben salir al paso de estas conductas.

Estas exigencias político-criminales son también exigencias de justicia. La analogía que guardan en gravedad con otras conductas castigadas en el título XIII es tan grande que su impunidad perjudica a la eficacia de la ley penal, haciendo pensar a muchos que la ley penal es una ley sólo para los pobres. Pero no es así. Y si lo es, no debe ser así. Mas si los Códigos no se ponen al nivel del desarrollo económico y jurídico lo será con el tiempo. Esperemos que se ponga el remedio, que podría ser en parte ya grande con intensificar la energía en la persecución de ciertos delitos de los que figuran hoy en el Código no dando tan fácil oído a la consabida alegación de que se trata de cuestiones «meramente civiles».