

Sobre la tutela penal del patrimonio

por GERARDO LOPEZ HERNANDEZ
Agudante de Derecho Penal de la Universidad de Madrid

SUMARIO: 1. Consideraciones previas.—2. La búsqueda del bien jurídico y la interpretación sistemática en el contenido de este título.—3. Crítica del término “propiedad” como objetividad jurídica de este título y su sustitución por la expresión “patrimonio de las personas”. Sentido y comprensión de la misma.. 4. Contenido y alcance de la tutela penal referida al patrimonio A) Cómo ha de ser entendido el término patrimonio: a) Doctrinas en torno a la naturaleza sancionatoria o autónoma del Derecho penal. b) Crítica. Sentido teológico de las normas penales. B) Presencia e importancia de la persona humana en lo patrimonial. C) Cómo se ha de precisar el término patrimonio. Criterio unitario de sistematización. Interpretación integrativa de las normas penales.— 5. Reflexiones criminológicas y político criminales en orden a la tutela del patrimonio.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El tema que intentamos desarrollar en estas páginas está lleno de dificultades. Al emprender el camino que nos conduce a una más amplia comprensión de la materia, llevamos el convencimiento de los serios obstáculos con que nos hemos de enfrentar en este largo y espinoso terreno que es la realidad patrimonial, vista desde el ángulo propio y específico del derecho punitivo.

Entre todas las especies delictivas agrupadas a través de los diversos tipos contenidos en la Parte Especial de los Códigos penales, son, precisamente, los *delitos contra el patrimonio* los que presentan más vivos problemas, atrayendo constantemente la atención del intérprete penal y del científico que estudia el delito y el delincuente, tanto en su dimensión jurídica como en la criminológica. Parece como si todas las cuestiones que se suscitan en nuestra disciplina, ya pertenezcan a la parte general, ya vengan referidas a la específica estructuración de los singulares tipos delictivos, cobrasen aquí una nueva perspectiva, un original sentido, colmando la meditación de este título de insospechadas, a la par que fecundas, consecuencias.

De aquí que no hayan corrido parejos los esfuerzos de la doctrina y jurisprudencia en su denonado intento de llegar a una más clara visión del total contenido de esta materia y las apuntadas soluciones de síntesis que nos den un fundamento sólido y permanente, logrando así la tan deseada cohesión y armonía del sistema (1). Pese-

(1) Vid. sobre el particular la interesante monografía de F. MANTOVANI, *Contributo allo studio della condotta nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1962, especialmente pág. 6.

a la especial y meritoria dedicación de que ha sido objeto por buena parte de la doctrina e incluso de los acertados pronunciamientos jurisprudenciales, aún se hallan latentes los más complejos problemas y abiertos los más exigentes interrogantes que reclaman del jurista unas soluciones uniformes, de acuerdo con la más depuradas técnicas, y valederas en cuanto a su eficiencia práctica. Pues como apunta ciertamente Cobo, en Derecho penal, como en cualquier otra disciplina jurídica, se ha de atender no a la erudición, sino al planteamiento de problemas y a la búsqueda de sus soluciones. Y ello por una razón fundamental, porque de la primera forma no se hará nunca ciencia ni técnica por muy buena fe que se ponga (2). La anterior opinión, esconde en su seno, precisamente, la esencia y función de la labor del jurista.

Esta necesidad de replanteamiento y revisión de los delitos contra el patrimonio se hace cada vez más acuciante, puesto que son los que en mayor número y diversidad de formas llegan a los tribunales de justicia, ejerciendo una influencia nefasta en el seno de la sociedad, hasta el punto de ser calificados por Hentig como la "zona negra" de la delincuencia (3), constituyendo sobre todo en su modalidad específica del fraude, peculiar característica, que desde el punto de vista de la sociología criminal, puede definir negativamente a nuestra actual civilización (4).

En nuestro derecho positivo se acrecienta y agudiza más esta necesidad, puesto que las tipologías penales contenidas en el título XIII del Libro II del Código penal vigente están trazadas, aun en su mayor parte, con los estrechos moldes clásicos, inservibles en el actual momento histórico; por lo que constituyen estos delitos una parcela, dentro del Libro II de nuestro Código penal, de las más necesitadas de una profunda y consciente reforma; exigencia que ha sido proclamada entre nuestra doctrina por voces tan autorizadas como Rodríguez Devesa, en un interesante y condensado estudio sobre el tema (5), y más recientemente, por el profesor Del Rosal, quien destaca certeramente, cómo se ha conservado aún la mentali-

(2) Vid. M. COBO, *Consideraciones técnico-jurídicas sobre la "sustracción de menores"* (Objetos y sujetos de la "sustracción de menores"), en A.D.P.C.P., 1961, pág. 209.

(3) Vid. VON HENTIG, *Estudios de psicología criminal*. T. I. Trad. esp. de Rodríguez Devesa, Madrid, 1960, pág. 30. Esta expresión acuñada por Hentig es preferible como más adecuada y comprensiva que la de "cifra negra", utilizada, entre otros, por Middendorff en su *Sociología del delito*, trad. esp. de Rodríguez Devesa, Madrid, 1961, págs. 51 y siguiente.

(4) Vid. NICÉFORO, *Las transformaciones del delito en la sociedad moderna*, trad. esp. de Bernardo de Quirós, Madrid, 1902, págs. 16-17. Considera Nicéforo, cómo el hombre ha creado dos formas de civilización: una civilización violenta, correspondiente a la antigua sociedad, frente a una civilización fraudulenta que es signo característico de las modernas sociedades.

(5) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *Consideraciones generales sobre los delitos contra la propiedad*, en A.D.P.C.P., Madrid, 1960, pág. 40, y más recientemente en *Derecho penal español (Parte especial)*, I, Valladolid, 1964, págs. 280-282.

dad secular, antagónica con los nuevos cauces por los que caminan las relaciones jurídico-sociales, para dar entrada al aspecto social en su sentido cristiano, que resaltan las más recientes doctrinas pontificias (6).

La incertidumbre e inseguridad que domina esta materia, dimana de la propia naturaleza y contenido del bien jurídico, por hallarse éste afecto e íntimamente vinculado a la persona y a sus fines individuales y transindividuales o sociales, siendo instrumento mediante el cual han de colmarse las necesidades más apremiantes de los individuos, haciendo posible toda relación jurídico-social. Esto explica cómo la realidad patrimonial y su tutela penal haya sido desde siempre, en todo momento y lugar, más sensible a los cambios experimentados en la mentalidad y sentimiento de los pueblos, que determinan los fenómenos socioevolutivos de la humanidad (factores económicos, políticos, morales, religiosos, etc.), origen de esta manifiesta variedad legislativa que llevó a Filangieri a afirmar: "No existe clase de delitos, respecto a la cual las leyes de los diversos pueblos y tiempos sean tan variadas, tan inconstantes, tan diversas entre sí, como lo son en la que comprende los atentados contra la propiedad" (7). Paralela a esta falta de uniformidad legislativa en el espacio y en el tiempo (8), y como consecuencia insoslayable de la misma, frente a las exigencias de las realidades prácticas, surgen también las más diversas y contrapuestas opiniones de los autores, al tratar de fijar los conceptos jurídico-penales básicos en este terreno; disparidad de criterios, nacida, más bien, de la contemplación unilateral o parcelaria de los problemas—donde se ha perdido toda noción de conjunto—, que de posiciones radicalmente antagónicas.

Hemos de resaltar, ante todo, el peligro que trae consigo la labor selectiva y de acunamiento de los términos que mejor corresponden a los conceptos o nociones jurídicas utilizados por la norma penal en su sentido propio, frente al significado, diverso o análogo, que pueden tener en otras ramas del ordenamiento jurídico. Pues sucede aquí el fenómeno curioso que cabe observar en cualquier rama del conocimiento humano y que en el campo jurídico, especialmente en el jurídico-penal, cobra una relevancia suma, el de perderse en el continente dejando escapar el contenido, el concentrar y conceder

(6) Vid. DEL ROSAL, *Esquema de un anteproyecto del Código penal español (Discurso)*, Madrid, 1964, pág. 41. Véase también E. RUIZ VADILLO, *Contribución al estudio de la reforma del Código penal*, en *Revista de Derecho Judicial*, enero-marzo 1962, págs. 47 y siguientes.

(7) Vid. FILANGIERI, *Scienza della Legislazione*, Prima ed. siciliana, Catania, 1789. T. V, pág. 250.

(8) Puglia destaca que los criterios adoptados para determinar los actos lesivos de la actividad patrimonial han sido diversos y mutables. La mutabilidad es debida a causas de índole sociológica (condiciones de vida, evolución del sentimiento de justicia, evolución económica, etc.), mientras que la diversidad de criterios la atribuye este autor a causas de naturaleza psicológica. Vid. *Dei delitti contro la proprietà*, en *Enciclopedia di Diritto penale italiano* di E. Pessina, Milano, 1908. T. X, pág. 9.

mayor importancia al instrumento que al objeto de la propia ciencia, los términos que nos proporciona el lenguaje son, indudablemente, valiosos instrumentos para la comprensión y elaboración de la ciencia jurídico-penal, pero no se pueden admitir sin más los procedentes de otras ramas del derecho, especialmente los que han tenido vigencia y cumplido su misión en el terreno de las instituciones privadas, desconociendo u olvidando así el sentido que impulsa la total dimensión teleológica y el contenido de afirmación y defensa de los más preciados valores humanos reales que entraña dentro de la comunidad organizada, la existencia del derecho penal (9). Este peligro de la terminología ha sido denunciado agudamente por Guarneri, calificándolo de “tiranía del lenguaje jurídico” (10), resaltando el espíritu relativista que debe guiar las investigaciones en el campo de las instituciones penales, “ha de tenerse en cuenta principalmente, por encima de las afinidades o identidades lingüísticas, los valores protegidos, para que la dogmática jurídico-penal sea una dogmática teleológica concreta, llena de contenido” (11).

2. LA BÚSQUEDA DEL BIEN JURÍDICO Y LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA EN EL CONTENIDO DE ESTE TÍTULO

La clasificación de los delitos en razón al bien jurídico tutelado ha sido siempre uno de los más arduos cometidos de la ciencia penal. El intérprete tropieza a cada paso con serios obstáculos para no violentar el sistema frente a las exigencias de las realidades prácticas. Esta dificultad para precisar el objeto jurídico del delito es reconocida por la mayor parte de los penalistas (12).

Rocco, quizá el autor que se ha dedicado con mayor esfuerzo y profundidad al estudio del objeto jurídico del delito, pone de relieve la dificultad de llegar a la íntima naturaleza de las particulares especies de delitos desde el punto de vista del bien jurídico. Descubrir cuál es el bien lesionado o amenazado por un determinado delito, no es otra cosa—nos dice—que interpretar la Ley según su fin. Esta investigación del bien o del interés jurídico “implica de parte del intérprete un sutil trabajo de análisis y juntamente un prolijo proceso de síntesis conducido sobre la base de la ley positiva que servirá para separar entre los elementos constitutivos de un determinado delito aquellos que tiene de aquellos que no tienen un valor sintomá-

(9) Vid. en este sentido, DEL ROSAL, *Esquema cit.*, singularmente pág. 43.

(10) GUARNERI, *Las influencias del Derecho civil en el Derecho penal*. Trad. esp. de Bernaldo de Quirós. Puebla-México, pág. 19.

(11) *Idem*, pág. 25.

(12) Además de la obra de Rocco comentada en el texto, pueden citarse entre los mejores monografistas sobre el tema, BETIOL, *L'odierno problema del bene giuridico*, en *Rev. it. di diritto e proc. pen.*, 1959, y ANTOLISEI, en *Il problema del bene giuridico*, en *Rev. it. di diritto pen.*, 1955, págs. 98 y ss. Para una amplia y ordenada bibliografía sobre el tema, véase M. COBO, *Consideraciones cit.*, pág. 209, nota 6.^a

tico para la determinación del fin que la Ley persigue cuando prevé como delito un hecho determinado. La labor se complica más aún en el caso de que la norma penal intente proteger más de un bien o interés que la acción delictiva ofende, pues se trata de ver si son compatibles en la tutela de unos y otros o no lo sean, por hallarse en conflicto y entonces se hace necesario llegar a precisar el interés prevalente, para dar a él la protección preferente, según la voluntad del legislador. En estos casos la labor del intérprete del derecho positivo encontrará obstáculos ásperos cuando no insalvables, que será menester superar hasta llegar a encontrar la cuerda que desenrede la intrincada madeja de la controversia exegética que se presenta en la aplicación de la ley penal a los casos particulares (13).

La objetividad jurídica que tutela la norma penal en esta clase de delitos sólo podemos hallarla en el examen comparativo de todas y cada una de las figuras delictivas que están contenidas en este título XIII del Código penal, pues sólo a través de las particularidades y características que presentan los singulares delitos se puede llegar a obtener un criterio general que nos permita encuadrarlos a todos en una categoría superior, extrayendo de entre los rasgos peculiares de cada figura el denominador común que las abarque. Esta interpretación sistemática es la única que nos permitirá una eficaz labor de síntesis para la comprensión de estas modalidades delictivas.

Del examen detenido de los tipos contenidos en esta serie de hechos punibles, se llega a la conclusión que la única objetividad jurídica que puede abarcarlos a todos es el patrimonio; lo que sucede es que este patrimonio viene considerado en sus diversos aspectos y afectado de modo distinto también en cada una de las especies de delitos que se hallan contenidos bajo este título.

3. CRÍTICA DEL TÉRMINO "PROPIEDAD" COMO OBJETIVIDAD JURÍDICA DE ESTE TÍTULO Y SU SUSTITUCIÓN POR LA EXPRESIÓN "PATRIMONIO DE LAS PERSONAS". SENTIDO Y COMPRENSIÓN DE LA MISMA

El término "propiedad" resulta inexacto e inadecuado para designar la objetividad jurídica de todas y cada una de las infracciones previstas por el legislador a lo largo de este extenso y enmarañado título del Código penal, ya que por mucha amplitud que se le quiera dar al término no pasará de ser lo que es, un derecho particular, al cual por extensión y siempre de modo impropio, podrán asimilárseles otros derechos que se hallen en más o menos íntima relación con él, pero jamás podrá ser entendido en el sentido amplio con que se viene considerando el patrimonio, como un conjunto de bienes, derechos y obligaciones, entre las que se halla, como uno de los más peculiares e importantes, el derecho de propiedad.

(13) Vid. Rocco, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica*. Torino, 1913, págs. 577 y 578.

El término legal es, por consiguiente, impreciso, puesto que de la interpretación sistemática del conjunto de los hechos punibles encuadrados en el marco de este título no es posible abarcar en él la variedad de derechos y las situaciones en que éstos se encuentran, y que son objeto de la tutela penal. “La expresión *delitos contra la propiedad*, referida a hechos que no lesionan exclusivamente el derecho de propiedad, sino también otros derechos reales o personales, no es admisible, aunque se haya intentado justificarla aduciendo que el concepto de propiedad en el campo de la legislación penal es compatible de todos esos derechos” (14).

El Código italiano de 1889 preveía también estos delitos bajo la rúbrica de *delitos contra la propiedad*, cuya expresión no coincidía con la significación técnico-jurídica de este instituto, sino que estaba también concebida en el sentido amplísimo traído del lenguaje vulgar, equivalente a la norma constitucional, en la que viene tomado dicho término en plural, lo que le da esa dimensión elástica que la desnaturaliza por completo, al comprender en él una serie de relaciones jurídicas que nada tienen que ver con la propiedad. De aquí el sentir casi unánime de la doctrina italiana desde el proyecto definitivo del Código penal (Relación Rocco), en el que se expresa: “Ha parecido por eso preferible sin más tal locución—el patrimonio—como elemento de la definición del título” (15). En síntesis, los comentaristas y tratadistas italianos le asignan un mayor rigor científico; así, Manzini sostiene que el término “patrimonio” ha venido a sustituir con mayor precisión formal al de “propiedad” usado en el Código Zanardelli (16).

Al quedar protegidos bajo este título XIII una serie de valores de diversa naturaleza y contenido jurídicos, pero que todos ellos entran a formar parte del complejo patrimonial, podemos acoger con carácter extensivo a todas las demás legislaciones penales, el certero juicio de los comentaristas del nuevo Código italiano, Saltelli, Romano di Falco, “la denominación del presente título, *de los delitos contra el patrimonio*, en sustitución de aquella adoptada por el Código abrogado, constituye un perfeccionamiento de técnica legislativa” (17).

La confusión que trae el empleo por el legislador penal español del término “propiedad”, aparece manifiesta en varias de las infracciones punibles que prevé nuestro Código en el título XIII, dándose la paradoja de que el dueño de la cosa puede cometer delito contra la propiedad, lo cual desmiente que sea un repertorio exhaustivo contra el

(14) Vid. E. GÓMEZ, *Tratado de Derecho penal*. Tucumán. Buenos Aires, 1941, pág. 9.

(15) Vid. Relación Rocco, *Lavori preparatori*. Vol. V. Parte II, pág. 435.

(16) Vid. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*. Vol. IX. *Delitti contro il patrimonio*. Torino, 1952, pág. 2.

(17) Vid. SALTELLI.—ROMANO DI FALCO, *Comento teorico-prattico del nuovo codice penale*. Vol. II. Parte 1.ª, pág. 1037. En el mismo sentido, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale (Parte speciale)*. 4.ª ed. Milano, 1960, pág. 180. Análogo parecer es sustentado por DE MÁRSICO en *Delitti contro il patrimonio*. Nápoli, 1951, pág. 1.

derecho de propiedad (18). Así, el artículo 532, número 1, habla del dueño que sustrajere las cosas que tuviere otra persona en virtud de un título legítimo, no sólo con daño de un tercero, sino incluso en su propio perjuicio. El artículo 556, que prevé el incendio del propietario sobre sus propios bienes e incluso se establece la figura del dañador de la cosa propia (art. 562). Nos encontraríamos ante el supuesto inusólito en el derecho punitivo, en que el titular del bien jurídico tutelado y el sujeto activo del hecho delictivo coinciden en una misma persona, el poderse castigar como reo de un delito contra la propiedad al propietario mismo, lo cual es insostenible por absurdo.

Lo que ocurre es que también forman parte de este título figuras delictivas que implican más bien un ejercicio abusivo del propio patrimonio, como apunta atinadamente Quintano Ripollés, lo que hace de esta variedad una especie independiente dentro de su sistematización (19).

No cabe pensar que pueda existir una misma cosa, un determinado bien, que sea a la vez propio y ajeno, y cualquier argumento a que se recurra para justificar la existencia de esta doble situación contradictoria nos parece carente de fundamento sólido. Así, se comprende cómo el propio Manzini, a pesar de sus intentos de establecer una distinción en tal sentido, al admitir la posibilidad de que una cosa sea abstractamente propia y concretamente ajena, es quien nos da el *quid* de la cuestión, afirmando que es vana la esperanza de llegar con ningún razonamiento, por muy hábil que sea, a demostrar que la cosa propia es contemporáneamente ajena (20).

De aquí la necesidad de proclamar la inexactitud y deficiencia que reporta a la sistemática del Código y a la realidad jurídico-penal mantener la titulación actual: "conviene afirmar de una vez por todas que la denominación de *delitos contra la propiedad* es inadecuada para la realidad jurídica que se confronta e inexacta conforme a la técnica moderna" (21).

Por consiguiente, la tutela penal se dirige, en este grupo de delitos, a la protección del patrimonio, pero considerado éste en un sentido amplísimo, distinto a como viene concebido en Derecho civil, e incluso en otras ramas del Derecho.

En nuestra doctrina más reciente se ha reafirmado en la posición contraria Rodríguez Devesa, quien muestra decididamente sus preferencias por la titulación tradicional de *delitos contra la propiedad*, a pesar de reconocer las dificultades de su imprecisión e inexactitud,

(18) Vid. DEL ROSAL, *Delitos contra la propiedad (Apuntes tomados en cátedra)*. Curso académico 1961-1962, pág. 112.

(19) Vid. QUINTANO, *Compendio de Derecho penal (Parte especial)*, 1958, pág. 369, y más recientemente, en *Tratado de la parte especial del Derecho penal*. T. II, *Infracciones patrimoniales de apoderamiento*, Madrid, 1964, páginas 28-31.

(20) MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*. Vol. IX. *Delitti contro il patrimonio*. Torino, 1952, pág. 106; ídem, *Trattato del furto*, II, pág. 401.

(21) GUTIÉRREZ ANSOLA, *Delitos contra la propiedad*, Bogotá, 1952, pág. 10.

estimando el concepto unitario de patrimonio de vaga significación e insertible, por considerar imposible exista especie delictiva alguna como un ataque a la unidad patrimonial, llegando a atribuir a la expresión de *delitos contra la propiedad* una significación y un ámbito, a nuestro modesto entender, desmesurado e impropios, al identificarla con toda relación jurídico-patrimonial que posea un valor económico, atribuyéndole la misma indeterminación y ambigüedad que pretende evitar (22).

Sólo en este sentido amplísimo y unitario puede ser concebido el término patrimonio para que sirva a su función de referencia constante y de limitación de las específicas conductas contenidas en el tipo, de frente a los específicos intereses tutelados (23).

Dentro de este concepto de patrimonio quedarán comprendidos no sólo los bienes e intereses correspondientes, los derechos reales y crediticios, sino también las deudas y obligaciones del individuo. Este último aspecto ha sido frecuentemente olvidado, achacándosele a la noción de patrimonio el ser incompleta, al no abarcar esta segunda dimensión de la realidad patrimonial, constituida por el pasivo de la persona. Este concepto amplio, comprensivo de las deudas, ha sido puesto de relieve por Frank en Alemania (24).

Luego el bien jurídico común, o la objetividad jurídica genérica en

(22) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *Consideraciones cit.*, págs. 52-54, y *Derecho penal cit.*, págs. 277-279.

(23) Aun dentro de la orientación de considerar como inapropiada la titulación legal, fijando en el patrimonio el objeto jurídico de estos injustos, hay diversidad de pareceres en cuanto a la expresión exacta a adoptar. Así, Quintano ha reafirmado sus preferencias por la forma adjetivada de delitos patrimoniales, "aun a trueque de quebrar la habitual forma preposicional *contra*, por entender que existen multitud de infracciones patrimoniales que no actúan una violación del patrimonio ajeno, sino un uso indebido del propio". (Vid. QUINTANO, *Tratado cit.*, pág. 4.) Más, esta opinión no nos convence por la razón misma que creemos se apoya en toda infracción atentatoria al patrimonio. En efecto, la protección penal del patrimonio está concebida y actuada desde unos planos funcionales y teleológicos especiales y característicos del Derecho punitivo, que están por encima de posiciones subjetivas particulares, que puedan asumir las personas con respecto a los bienes o intereses tutelados, que lo son de forma predominantemente objetiva en referencia a la sociedad, cuyos intereses generales es misión de la norma defender y salvaguardar. Si la norma penal protege el patrimonio de las personas, es precisamente en la medida que éste llena una función en la comunidad, a través de las relaciones jurídicas particulares lícitas, con lo cual se logran los fines sociales o trasindividuales. Cualquier conducta *asocial* referida al patrimonio, aun llevada a cabo por el titular del mismo es, pues, una conducta contra el patrimonio, penalmente considerada.

Esta posición se evidencia notablemente en la hora actual cuyos derroteros asoman ya al destino fecundo de una socialización de las instituciones y estructuras en que se asienta la vida entre los grupos humanos. Hecho éste que ha sido constatado atinadamente en nuestra doctrina, aunque para diferente supuesto, por M. Cobo, quien nos habla de una *socialización de los derechos individuales*, como consecuencia de las transformaciones experimentadas en las formas de vida social. (Vid. M. COBO, *ob. cit.*, pág. 223.)

(24) Vid. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für Deutsche Reich*. 18.^a ed. Tübinga, 1931, págs. 588 y ss.

este grupo de delitos, está constituida por el patrimonio considerado en términos amplísimos que comprende todos los bienes y derechos (reales y personales) del individuo, así como sus obligaciones.

Importa a la comunidad política garantizar la existencia y disponibilidad libre y pacífica del complejo patrimonial, mediante el cual los individuos realizan sus fines en el seno de una sociedad organizada. El objeto de la tutela penal está aquí, como acertadamente indica Manzini, en el interés público a la inviolabilidad del patrimonio (25).

4. CONTENIDO Y ALCANCE DE LA TUTELA PENAL REFERIDA AL PATRIMONIO

A) *Cómo ha de ser entendido el término "patrimonio"*.

a) *Doctrinas en torno a la naturaleza sancionatoria o autónoma del Derecho penal.*

La apreciación del contenido y amplitud del término "patrimonio" sólo cabe deducirlo del método que ha quedado expuesto, de análisis y síntesis sobre la estructura de las figuras delictivas recogidas en el Código penal, interpretando su verdadero sentido y la razón última que ha llevado al legislador a incriminarlas, con miras a una mayor y más eficaz realización concreta de la justicia penal.

Sin embargo, hemos de reconocer que en este punto no se ha llegado aún, ni en las legislaciones penales, ni por parte de la dogmática, a acoger un criterio unitario que dé uniformidad al sistema (26).

En torno a esta cuestión del significado que un determinado concepto originario de otras ramas del Derecho tenga en el campo jurídico-penal y su valoración precisa en cada una de las figuras delictivas en la que es requerido, reina la mayor incerteza y confusión. La doctrina se halla dividida en orden a la naturaleza autónoma o meramente sancionatoria del Derecho penal en lo relativo a las nociones que son utilizadas también por el Derecho privado.

El problema ha sido estudiado concienzudamente por Petrocelli, en su excelente monografía sobre la apropiación indebida, el cual comienza centrando dicho problema con atinada precisión, en sus justos límites. "Una cosa es investigar si y en qué medida la elaboración científica del Derecho penal puede y debe, en ciertos puntos y bajo ciertos aspectos, desenvolverse en relación al Derecho privado y sobre el fundamento de aquella teoría general del Derecho que de la se-

(25) Vid. MANZINI, *ob. cit.*, vol. IX, pág. 1.

(26) Es Antolisei uno de los autores que más ha resaltado la apremiante necesidad de un tratamiento unitario de estos problemas por la doctrina científica, que contribuya a llenar la insuficiente tutela que actualmente dispensa el Código penal a este objeto jurídico representado por el patrimonio, al comenzar su estudio desde una visión genérica de la realidad patrimonial en lo penal que titula los delitos contra el patrimonio en general. *Manuale cit.* (Pte. Speciale), I, págs. 179-207.

cular elaboración del Derecho privado ha traído precisamente su mayor alimento; y otra cosa es establecer qué valor, qué positiva significación tengan en el Derecho penal conceptos y términos provenientes del Derecho privado, como patrimonio, propiedad, posesión, cosa u otros tantos. El primero es un problema de dogmática; el segundo es un problema de interpretación, o sea, de exégesis. El uno es un problema que pertenece a la elaboración científica de las normas penales, el otro es un problema que mira con una mayor y más viva respuesta a las necesidades de la vida práctica del Derecho, la determinación jurídico-positiva del contenido de las normas mismas” (27).

La teoría de la *identidad*, sostenida por Binding en Alemania, atribuye a las normas penales un carácter meramente sancionatorio, puesto que los bienes protegidos por el Derecho penal lo han sido ya anteriormente por las normas de carácter privado, de suerte que los conceptos de posesión, propiedad, etc., no surgen de modo constitutivo u originario del Derecho punitivo, sino que derivan de los preceptos del Derecho civil, que sería como la matriz de las normas de naturaleza penal (28). Se trataría de añadir a los preceptos ya existentes en otras ramas del Derecho unas especiales sanciones. Esta teoría ha sido seguida en Italia por Carnelutti, Rocco, Angelotti, Mancini, etcétera (29). En España F. Castejón sostiene la identidad esencial de los Derechos civil y penal, si bien le asigna al Derecho penal una prioridad de nacimiento, es antes del Derecho civil (30).

La teoría de la *autonomía* del Derecho penal frente a las normas del Derecho privado, sostenida por la mayor parte de la doctrina italiana (Carrara, Bataglini, Florián, Maggione, incluso, en un sentido diverso, por el propio Manzini) afirma el carácter originario o constitutivo del Derecho penal (31). Se ha llegado así a hablar de una “propiedad de Derecho penal”, una “posesión en sentido penalístico”, etc. Se atribuye así al derecho punitivo una facultad mediante la cual puede modificar o transformar los términos que vienen usados en el Derecho privado, dándoles una sustantividad nueva (32). Basándose en la naturaleza específica de sus objetos, defiende este ca-

(27) Vid. PETROCELLI, *L'appropriazione indebita*, Nápoli, 1933, pág. 76. Reproducción en *Saggi di Diritto penale*, Pádova, 1952, págs. 295 y ss.

(28) Vid. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885, I, 15, pág. 79.

(29) Vid. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Pádova, 1926, págs. 57, 82 y 89, especialmente ROCCO, *L'Oggetto cit.*, pág. 53, nota. MANCI, *La truffa nel codice penale italiano*, Torino, 1930, pág. 3. Véase también PALAZZO, en *Reporto fra diritto pubblico e diritto privato*, en Riv. pen., 1932, pág. 59.

(30) Vid. CASTEJÓN, *Teoría de la continuidad de los derechos penal y civil*, Barcelona, 1949, especialmente pág. 40.

(31) Vid. CARRARA, *Programa del curso de Derecho criminal*. T. I (Parte General), vol. I. Trad. esp. Madrid, 1925, págs. 11 y ss. MARCIANO, *Il titolo XII del Codice penale*, Nápoli, 1926, pág. 39. BATAGLINI, *Diritto penale* (Parte generale), Pádova, 1949, págs. 12 y 13. MANZINI, *ob. cit.*, pág. 2.

(32) Véase para una exposición amplia de ambas doctrinas PETROCELLI, *L'appropriazione cit.*, págs. 79 y ss.

rácter independiente o autónomo de la disciplina penal, en nuestra doctrina, el profesor DEL ROSAL, asignándole una misión creadora de sus propios preceptos (33).

Es digna de especial consideración la teoría de Grispigni sobre el carácter *ulteriormente sancionatorio* del Derecho penal (34), ya que apartándose en buena medida de la teoría más radical de Binding, estima que la función específica de las normas penales de reforzar con su sanción propia los preceptos y las sanciones de otras ramas del Derecho, no implica la negación de la autonomía del Derecho penal, otorgándole un significado funcional a este carácter sancionatorio de las normas punitivas. Por lo cual podemos decir que constituye una posición intermedia entre las dos tendencias, elaborada con criterios jurídicos más atendibles.

b) *Crítica. Sentido teleológico de las normas penales.*

Tanto la teoría de la identidad como la de la autonomía, no son plenamente convincentes, por las conclusiones extremas a que puede conducir su aplicación práctica al rechazar de plano toda referencia a la materia civil los autonomistas, o no considerar la especialidad de fines a que tiende la norma penal por parte de los sostenedores de la parificación de ambas ramas del Derecho en este punto (35).

Se trata, como dice acertadamente Antolisei, de un problema de interpretación (36). Esta interpretación ha de partir del examen detenido de la específica figura delictiva, teniendo en cuenta todos los elementos que entran a constituir el tipo concreto de delito; entonces del sentido total de la norma deducirá el intérprete si los términos patrimonio, propiedad, posesión, etc., vienen entendidos como conceptos puramente privatísticos, o han sido contemplados por el legislador bajo el prisma de una calificación penal, puesto que siempre habrá puntos de convergencias o de distanciación de uno u otro campo jurídico al tratar de llegar al verdadero significado de dichos términos jurídicos (37). En nuestra doctrina muy recientemente Quintano, apartándose de las posturas absolutas, estimándolas de antemano condenadas al fracaso, señala cómo la solución valedera ha de hallarse pura y simplemente en saber elegir en cada caso concreto, bien la autonomía institucional, bien la dependencia. "En determinadas ocasiones, en efecto, los institutos jurídicos son, efectivamente, idénticos en lo penal y en lo civil, pero en otras muchas requieren un tratamiento aparte, pese a la identidad léxica, que por lo mismo debiera ser evi-

(33) Vid. DEL ROSAL, *Derecho penal español (Lecciones)*, Madrid, 1960, páginas 13-15.

(34) GRISPIGNI, *Derecho penal italiano*, vol. I, trad. es. de Benedetti; Buenos Aires, 1949, págs. 176 y ss.

(35) Una crítica de ambas teorías de cara al derecho positivo, en PETROCELLI, *L'appropriazione*; *cit.*, pág. 81.

(36) Vid. ANTOLISEI, *ob cit.*, pág. 181.

(37) Vid. en este sentido DE MÁRSICO, *ob. cit.*, pág. 6.

tada, prefiriéndose el uso de denominaciones distintas cuando las cosas o ideas también lo sean. Norma que no siempre es respetada en los textos legislativos, donde por tradición se acostumbra a utilizar expresiones que provienen del Derecho privado, con riesgo de inducir a errores a la hora de perfilar las tipologías penales" (38). Esto nos indicará los fines diversos de ambas ramas del ordenamiento jurídico; los dos sistemas de normas, que protegen dichos bienes o derechos, son también diversos, puesto que contemplan dos parcelas distintas de la realidad social (39).

El fundamento de esta doctrina lo hallamos en el sentido teleológico de las normas. Es así que el Derecho penal persigue una finalidad diversa de aquella a que tienden las normas contenidas en los preceptos de índole privada. En éstos resalta más el aspecto subjetivo de la relación del individuo con los bienes o intereses jurídicos; se atiende al reconocimiento y disciplina de posiciones de carácter individual, mientras que con las normas de carácter penal se persigue una finalidad predominantemente objetiva, constituida por la relación de todos y cada uno de los individuos con la sociedad, mediante la cual deben aquellos respetar bienes e intereses jurídicos que son necesarios para su existencia. De aquí nace la facultad o derecho subjetivo del Estado frente a sus súbditos de exigir aquel respeto por medio de normas de carácter punitivo.

Entonces se comprende lo infundado de la parificación de ambas ramas del Derecho, en orden a esta materia, puesto que los conceptos y posiciones de los sujetos activos y pasivos de la relación jurídica no coinciden, así como tampoco los principios que rigen en ambas en torno a ciertos institutos que siendo afines en su naturaleza, son contemplados desde un diverso ángulo por cada uno de estos derechos en atención a la adecuación a sus fines con los medios o instrumentos de que disponen para su plena realización.

B) *Presencia e importancia de la persona humana en lo patrimonial.*

Es necesario destacar la posición importantísima que la persona humana tiene con respecto al patrimonio. La persona es el centro de toda relación jurídica. El Derecho, con su expresión más general y positiva, no pretende otra cosa sino el ordenamiento de la vida del hombre en su dimensión social.

Porque existen unas necesidades o satisfacer por la persona humana, para su realización en el seno de la sociedad, se hace preciso el rodearle de unos medios que sirvan a la satisfacción de aquellas ne-

(38) Vid. QUINTANO, *Tratado cit.*, pág. 3.

(39) Esta orientación ha sido proclamada por Antolisei en su trabajo *Per un indivizzo realistico nella scienza del diritto penale*, en Riv. it. di dir. pen., 1937, núm. I, págs. 156 y ss.

cesidades, y cuya disponibilidad se halle garantizada por las normas legales.

Surge de esta exigencia primaria los conceptos de bien e interés. Los bienes, jurídicamente hablando, no son más que las cosas del mundo externo, cuando se han puesto al servicio de las necesidades de la persona humana, integrando el patrimonio (la situación patrimonial). El interés jurídico es la tendencia humana sensible hacia el logro y conservación de un determinado bien, protegido por el Derecho. De lo cual se deduce que todo bien es objeto de un interés. El interés es así el momento psicológico del bien (40).

El patrimonio, considerado desde su finalidad, no puede quedar divorciado del concepto de persona, y lejos de serle extraño o poderse desvincular totalmente de aquél, está necesariamente informando en todo momento la actitud patrimonial.

Se comprende cuán desacertada y confusa ha sido la teoría alemana de entender el patrimonio como un fin, relegando la persona casi al nivel de simple medio de realización de aquél. Esta doctrina ha sido puesta en entredicho por los autores italianos. De Mársico, después de indicar cómo la doctrina italiana ha afirmado justamente, que escindir el patrimonio de la voluntad del individuo significa ponerse fuera de la verdad, expresa que si el fin condiciona la existencia del patrimonio, si la esencia del mismo está en el fin, se ha afirmado ya la prioridad de la voluntad humana respecto a los bienes, y por tanto, la persona, lejos de ser un medio, es no obstante el *príus*, que imprimiendo a los bienes la determinación, fija su significación conceptual y jurídica (41).

Luego, aun en el caso de patrimonio de afectación, patrimonio afecto a un fin determinado, se dará esa vinculación necesaria a la persona humana, pues es la voluntad del individuo quien determina, ordenándolas, las finalidades del mismo y, en último término, irán a cubrir necesidades humanas, mediante la función social que los determinados instintos fundacionales realic en en su día. Por eso, al patrimonio, en los términos amplios que lo hemos concebido, como objeto jurídico genérico de estos delitos, hemos de añadirle el elemento subjetivo, a que viene referido en la trabazón de las relaciones jurídicas: la persona. La personalidad, en términos jurídicos amplios, es el sujeto de toda relación patrimonial, y a ella sola puede ser referida. El patrimonio es protegido por el Derecho penal, en tanto en cuanto es valorado en la medida de la propia relación jurídica, que es lo que da sentido y relieve a la vinculación de la persona con los objetos materiales, los cuales se convierten así en bienes jurídicos (42). En la relación jurídica destaca el elemento personal del su-

(40) Rocco, *ob. cit.*, pág. 267.

(41) Vid. DE MÁRSICO, *ob. cit.* Nápoli, 1961, pág. 8.

(42) En este sentido de vinculación del patrimonio a la personalidad del sujeto véase GROIZARD, *Código penal de 1870, concordado y comentado*. Madrid, 1911. T. IV, pág. 8.

jeto, que determina esa vinculación, por cuya voluntad se crean y se destruyen dichas relaciones. De Mársico, siguiendo a Carnelutti, acentúa la importancia decisiva de esta orientación que responde plenamente a la realidad jurídica. Aun tratándose de los supuestos en que las cosas materiales, corpóreas, concreten el objeto jurídico esto sólo es en apariencia, puesto que el interés real está en la conservación, función o desarrollo de esta relación entre cosa y sujeto.

En principio, pues, la locución "delitos contra el patrimonio" indicará, más que las cosas que entran a formar parte de él, las relaciones que para el titular del mismo nacen, se desenvuelven y extinguen en torno a las cosas. Es así que una idéntica y única cosa puede ser protegida varias veces, cada una bajo un aspecto diverso, o sea, en una diversa relación con el sujeto. De este modo, la tutela de la integridad física de la cosa en provecho del derechohabiente, explica el delito de daños, la detentación de la cosa mueble como estado de hecho acompañado del *animus detinendi*, explica el delito de hurto; la del derecho a la libre disponibilidad de las cosas que poseen un valor patrimonial explica los delitos de estafa, de extorsión, etc., la de la conservación de los términos como símbolo y prueba de la extensión de la propiedad rural, el delito de usurpación, etc. (43).

Por eso son estas relaciones jurídicas (tantas como aspectos cabe contemplar en el patrimonio) las que de forma directa ha de proteger y garantizar el Derecho penal y sólo de forma indirecta protege las cosas en sí y por sí consideradas (44).

En atención a las consideraciones que hasta aquí hemos expuesto, creemos debe ser preferida y acogida sin reservas la expresión "patrimonio de las personas" para encabezar la rúbrica de este título.

Esta posición jamás puede conducirnos a desorbitar de tal modo el contenido y la significación que el concepto de persona ha de tener, indudablemente, en lo patrimonial, para que llegue a absorber este último bien jurídico donde descansa el fundamento de la tutela jurídico-penal, desnaturalizando así la propia función de referencia que otorgamos a la persona, y que es en la relación patrimonial lo que intentamos poner de relieve aquí. Considerando por ello impropio de una sistemática racional el colocar estas conductas delictivas al nivel del grupo de los delitos contra las personas individuales, como se ha hecho por algunas de las figuras más destacadas de la ciencia penal, como es el propio Antolisei, en Italia (45), y Maurach (contra los particulares), en Alemania (46); siendo actualmente objeto de atinadas críticas entre nosotros por Quintano Ripollés (47).

(43) Vid. DE MÁRSICO, *ob. cit.*, pág. 235.

(44) FRISOLI, *La tutela penale nei delitti contro il patrimonio*, en Riv. it. di dir. pen., pág. 658.

(45) Vid. ANTOLISEI, *Manuale cit. (Parte speciale)*, I, pág. 27.

(46) Vid. R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht (Besoud. Teil)*, 2.^a ed. Kfrlsruhe, 1956, págs. 11 y 165.

(47) Vid. QUINTANO, *Tratado cit.*, págs. 23 y ss.

Este completarse de la significación y sentido del patrimonio en la personalidad es algo que, nos parece, brota de un fundamental y simple entendimiento de la realidad humana natural y la general conciencia jurídica. Se vislumbra ya en la misma razón que utilizara Carrara, siguiendo la filosofía de Rosmini, para justificar la existencia del derecho de propiedad, al exigir una vinculación completa no sólo de carácter físico, sino también aquella que ligue la cosa a la personalidad moral del que la ocupa, considerándola como un derecho accesorio frente al más principal que posee el hombre a su personalidad (48).

Bajo el concepto de persona se han de comprender, claro está, las denominadas personas jurídicas o sociales, que, en definitiva, si bien se mira, no son más que una proyección reflejo de la natural personalidad humana, a las que el Derecho, en términos de ficción jurídica, les reconoce análoga capacidad de derechos y obligaciones que a aquéllas.

C) *Cómo se ha de precisar el término patrimonio. Criterio unitario de sistematización. Interpretación integrativa de las normas penales.*

¿Cómo hemos de precisar el contenido y alcance del patrimonio en Derecho penal?

Una primera dirección doctrinal concibe el patrimonio en sentido universal, como un conjunto de bienes, derechos y obligaciones, una *universitas iuris*, que es inescindible en partes determinadas. Esta concepción del patrimonio como complejo jurídico es de origen privatista, y es sostenida por Binding y Frank, en Alemania, para quienes el patrimonio lo constituye la suma de derechos y obligaciones (49).

Una segunda dirección sostiene que lo que protegen las normas penales aquí son los bienes o intereses individuales que constituyen el patrimonio, no esté considerado como entidad ideal (*universitas*). Sigue esta última dirección la doctrina italiana, en su inmensa mayoría; así, Manzini, Frisoli, Levi, Maggiore, De Mársico, entre otros (50). A los fines de la tutela penal, el patrimonio, frente a la actividad del reo que lo agradece —dice Santoro—, se disuelve y resuelve en sus

(48) Vid. CARRARA, *Programa cit.* (P. esp.), trad. esp. dirigida por Sebastián Soler, vol. IV, Buenos Aires, 1946, pág. 5.

(49) Vid. K. BINDING, *Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts* (Besond. teil), I, Leipzig, 1902, págs. 240 y ss.

En Derecho civil vid., además de GENY, *obra y pág. cit.*, ENNECERUS, KIPP, WOLFF, *Tratado de Derecho civil* (Parte general). Trad. esp. y anotaciones por los profesores Blas Pérez González y José Alguer. Barcelona, 1947, págs. 609 y siguientes.

(50) Vid. MANZINI, *Tratado cit.*, vol. IX, pág. 1. FRISOLI, *ob. cit.*, páginas 657 y ss. DE MÁRSICO, *ob. cit.*, pág. 10. MAGGIORE, *ob. cit.*, pág. 198.

partes singulares, garantizadas cada una de ellas con aquella tutela compatible con su propia naturaleza (51).

Ninguna de las dos posiciones extremas puede ser aceptada plenamente, en el sentido de aclarar el contenido y alcance de la tutela patrimonial, puesto que ambas se encuentran más acá de una verdadera interpretación jurídico-positiva de los preceptos legales contenidos bajo este título, siendo, por tanto, unilaterales, al no considerar todos y cada uno de los aspectos en que puede presentarse la lesión patrimonial, de cara a una comprensión integrativa de las normas que protegen dicho patrimonio. Pues bien, en la mayoría de los delitos que atentan contra el patrimonio de las personas aparece la lesión de los particulares derechos, determinados previamente, se dan otros supuestos en los que la lesión se dirige al patrimonio en su totalidad. Esta distinción ha sido puesta de relieve por la doctrina germana, especialmente por Mezger, quien clasifica los delitos contra el patrimonio en dos grandes grupos: una primera categoría de hechos punibles que se dirigen desde un principio contra determinados derechos particulares, y una segunda categoría caracterizada por la circunstancia de que se dirigen contra el patrimonio en conjunto. Hay que destacar —como asimismo lo señala Mezger— que aunque en este último grupo de delitos la lesión recaiga normalmente sobre los particulares derechos, en los casos concretos, contrariamente a lo que ocurre en los primeros, éstos no están incluidos en el tipo legal (52).

Por estas consideraciones, se comprende la inconsistencia de la afirmación que hace De Mársico, al sustentar la tesis unilateral de la referencia a las singulares cosas que constituyen el patrimonio como objeto de la lesión. “En efecto, la Ley penal no ofrece figura alguna delictiva encaminada a la tutela del total patrimonio del sujeto” (53). Esta posición es mantenida en nuestra doctrina por Rodríguez Devesa, que niega la existencia de delitos contra el patrimonio como tal unidad (54), citando en su apoyo la tesis de Mezger, lo cual no nos parece procedente, ya que de la interpretación correctiva que da este último a su afirmación de la existencia de delitos que se dirigen contra el patrimonio en conjunto, no puede deducirse el reconocimiento de la teoría contraria, lo cual llevaría a desvirtuar totalmente la afirmación anterior hecha por el citado autor.

Existen, pues, de una parte, una serie de delitos que atentan contra ciertos y determinados derechos individuales, previamente establecidos y definidos por la norma penal en la que se hallan incriminados. La tipicidad nos dará entonces la referencia en el caso concreto

(51) Vid. SANTORO, *La tutela penale del patrimonio*. Cagliari, 1934, páginas 53 y 54.

(52) Vid. MEZGER, *Derecho penal (Parte especial)*. Trad. de la IV ed. alemana (1954) por Conrado A. Finzi. Buenos Aires, 1959, págs. 167-168.

(53) DE MÁRSICO, *ob. cit.*, pág. 10.

(54) Vid. RODRÍGUEZ DEVESEA, *Contribución cit.*, pág. 53, y más recientemente, *Derecho penal cit.*, pág. 277.

de cuál ha sido el derecho hacia el que la lesión viene dirigida. De otro lado, existe otro grupo de delitos —quizá no tan numerosos, pero no por ello menos importantes— en los que la lesión patrimonial, pudiendo tener por objeto cualquier elemento del patrimonio —como expresa Antolisei— (cosa mueble, inmueble, derecho de crédito), no viene exigido por la norma penal, puesto que lo que intenta proteger aquí es el patrimonio en su conjunto (55). Esta doctrina es sostenida entre nuestros tratadistas por Antón Oneca, quien pone en sus justos límites la cuestión. “En nuestro Código hay figuras en que el fraude se refiere a cosas o derechos determinados (arts. 528, 531, núm. 1 del 532), pero en otros conceptos mucho más generales lo decisivo es la disminución patrimonial, considerada en su totalidad” (56).

Es preciso abandonar toda visión particularista de concebir la realidad patrimonial que ha originado diversos modos de considerarla y las contrapuestas opiniones en torno a fijar su contenido y alcance, oscilando los criterios en orientaciones de vaga y quizá desmesurada amplitud o de excesiva restricción, lo cual denota la vacilación con que ha encaminado sus pasos la doctrina por este terreno de los delitos contra el patrimonio, tan necesitado de cohesión y sistematización y la certeza, que reclaman las exigencias científicas y las realidades prácticas, presentes en todos los problemas que el Derecho penal plantea.

Hemos, pues, de buscar la coherencia del sistema comenzando por asignar a la objetividad jurídica patrimonial su *eficiencia limitativa* que nos señale los márgenes seguros por donde tenemos que conducirnos en la búsqueda de su última *ratio* y su *positiva función*, como rúbrica de este título. En este sentido se orienta, en la más reciente doctrina italiana, Ferrando Mantovani, al afirmar que “en la economía de los delitos objeto de examen, “el patrimonio” tiene originariamente la función de designar cómo la homogeneidad del contenido de la categoría venga precisamente aprehendida en la naturaleza patrimonial de los intereses ofendidos, y de advertir que todo tipo debe concretar una ofensa, intensa o diluida, prevalente o secundaria, al patrimonio” (57). La cual, enfrentada con la economía general del Código penal, se traduce en una función negativa, puesta en relación con otras categorías de delitos que protegen bienes de contenido más individual, como son las relaciones de familia y personales (delitos contra la familia y contra las personas). La tutela patrimonial, en lo penal, abarca sólo aquella esfera de intereses que, aun también individuales, no son reconducidos a dichas clases: por exclusión, el espacio de tutela asignado a las relaciones con la porción del mundo exterior (58).

(55) Vid. ANTOLISEI, *ob. cit.*, pág. 185.

(56) Vid. ANTÓN ONECA, *La estafa y otros engaños en el Código y en la jurisprudencia*. Separata de la Nueva Enciclopedia Jurídica, Seix, Barcelona, 1957, pág. 2.

(57) Vid. F. MANTOVANI, *Contributo cit.*, pág. 16.

(58) Vid. *idem*, pág. 17.

Una vez precisado el alcance y contenido del patrimonio como objeto de la tutela penal, hemos de destacar, sin embargo, que el bien jurídico, valedero como directriz para la comprensión del sentido de este grupo de delitos, es insuficiente para una distinción de las especiales variedades que presentan los atentados contra el patrimonio de las personas (59). Se hace necesario un recorrido más hondo por estas diversas figuras delictivas para hallar el criterio certero que las diferencie entre sí.

La doctrina ha elaborado clasificaciones basadas en ciertos rasgos que aparecen como más peculiares en la comparación de unas figuras con otras. Así se han hecho por los autores las más variadas divisiones o agrupaciones de estos entes delictivos, que sin ser plenamente desatendibles, no colman las exigencias de un sistema unitario. Y es que cada una de estas clasificaciones está construida sobre la base de un particular punto de mira: se fundan en la referencia de cómo viene apreciado un elemento o requisito legal determinado, en la función que una determinada característica tenga en unos u otros de estos delitos, atendiendo, bien a la naturaleza de los bienes o derechos lesionados, bien a la forma en que se produce la lesión en relación a tales bienes o a la intención del agente, etc. (60). La división de los delitos con-

(59) Vid., sobre este particular, PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, págs. 9 y ss. (Ampliación a la nota 48.)

Este reconocimiento de la dependencia o subordinación del patrimonio a los fines de la persona humana no nos puede llevar a confundir los términos hasta desnaturalizarlos, quedando el concepto de patrimonio como absorbido en el de personalidad y que en el Derecho privado ya advirtiera Geney, al calificar la concepción de Aubry y Rau, que ve en el patrimonio la emanación de la personalidad, como inútil y peligrosa, si bien considera natural concebir la noción de un conjunto de derechos y obligaciones de una persona formando un todo complejo y aparte de las cosas particulares que lo componen, y sometido si un régimen homogéneo que responda a la idea de universalidad jurídica Vid. GENY, *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*. Trad. esp. Biblioteca Jurídica, Autores españoles y extranjeros, Madrid, 1902, págs. 130-131.

En base a las anteriores consideraciones, estimamos impropia cualquier titulación en lo penal que conduzca a esta confusión de lo patrimonial con lo estrictamente individual o personal, contraria a la posibilidad de quedar en todo momento deslindadas ambas esferas. En este sentido, la rúbrica "Delitos contra las personas en su Patrimonio" que emplea el vigente Código penal mexicano (Título XXII del Lib. II) es criticable por no responder con certeza a la realidad del bien jurídico que se protege en estos delitos, a pesar de la justificación dada por Giménez Huerta de que con ella queda especificado el titular de dicho bien jurídico. GIMÉNEZ HUERTA, *Derecho penal mexicano (Parte especial)*. T. IV. *La Tutela Penal del Patrimonio*. México, 1963, págs. 11 y ss.

Más recientemente, F. MANTOVANI, *ob. cit.*, págs. 36 y ss.; singularmente, apunta algunas interesantes consecuencias al respecto.

(60) El fracaso en todo intento de clasificación con pretensiones de validez técnico jurídica, radica en la necesidad de tener siempre presente en estos delitos la evidencia de la teoría general, que ve en los elementos del delito algo que no puede entenderse separado e independientemente de la unidad o totalidad que es el delito. Extremo señalado, con su peculiar agudeza, por DE MÁRSICO en *Delitti cit.*, pág. 236. Sobre la concepción unitaria del delito, véase en doctrina italiana las aortaciones de BATAGLINI, *Diritto penale cit.*, pág. 115 especialmente. En nuestra doctrina, sigue esta dirección el profesor DEL ROSAL,

tra la propiedad —expresa Merkel— no se hace con arreglo a un único punto de vista, sino con arreglo a varios que muchas veces se enlazan y cruzan unos con otros (61). Por ello, podemos considerar las dichas clasificaciones como visiones más o menos pormenorizadas de un momento del ataque patrimonial, o de una parcela de la realidad sobre la cual dicho ataque incide, pero jamás nos traerá lo comprensión de la totalidad que contiene la compleja y diversa actuación delictiva referida al patrimonio de las personas. Con razón se ha dicho que estos criterios, más que clasificaciones útiles para explicación de las legislaciones positivas, representan bases teóricas para sistematizar la posición de la materia con arreglo a un principio ordenador fundamental (62).

Estimando insuficiente cualquier intento de clasificación unilateral, creemos que sólo se puede llegar a alcanzar un criterio unitario de sistematización contemplando en cada una de las figuras delictivas cómo viene aceptada la realidad patrimonial y la causa que origina esa modalidad que la individualiza y de la fisonomía propia: sólo mediante esta interpretación integrativa de las normas penales positivas se puede llegar a esa comprensión total y uniforme de este conglomerado inmenso y difuso que son los delitos patrimoniales. Por consiguiente, más que divisiones y clasificaciones particulares, sería necesario analizar, al estudiar los elementos característicos de estos delitos, sus analogías y sus diferencias, los rasgos comunes y los que son propios de unos y otros, centrandó nuestra mayor atención en descubrir la forma operativa del medio típico, la forma de llevarse a cabo la conducta, la dirección ofensiva de la misma, pues es en este momento de la conducta, el más original de la vida del delito (63), donde radica el verdadero sentido de la específica figura delictiva y su función positiva frente a todos y cada uno de los diversos tipos penales que forman el conjunto de este título de atentados al patrimonio (64). Sola-

Principios de Derecho penal español (Lecciones), II, vol. I, Valladolid, 1948, págs. 407 y ss.

(61) Vid. MERKEL, *Derecho penal (tratado esp de Dorado)*, pág. 46.

(62) Vid. R. NÚÑEZ, *Delitos contra la propiedad*. Buenos Aires, 1951, pág. 15.

(63) Vid. F. MANTOVANI, *ob. cit.*, págs. 50 y 59-62.

La importancia clave que tiene la conducta dentro del tipo aparece evidenciada en Grispigni, que sin desconocer la relevancia indiscutible del objeto jurídico para la exacta determinación y reconstrucción del tipo, constituyendo el punto de partida de esta indagación, hace de este requisito el más esencial en la estructura del delito, siendo como el sustantivo al cual se agregan los demás requisitos como adjetivo, construyendo su sistema desde el plano ofrecido por las diversas especies de conductas descritas en los tipos legales. Vid. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. II, Milano, 1947, págs. 25, 139 y 148 y ss., especialmente. Véase también, sobre el tema, la interesante monografía de ANTOLISEI *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928, pág. 101. Esta primacía de conducta ha sido destacada por Rocco SESSO en su obra *Imputabilità e sistematica del reato*, Milano, 1962, pág. 174, comentada por nosotros en A. D. P. C. P. mayo-agosto 1963, págs. 418-419.

(64) Vid. PEDRAZZI, *ob. cit.*, págs. 2, 11, 12, y 26 y 26-35, y en análogo sentido F. MANTOVANI, *ob. cit.*, pág. 52.

mente procediendo de esta forma se puede llegar a captar el interés concreto especificado, que la norma, como más inmediato, intenta proteger, a través del contenido típico del precepto particular, siendo no otra cosa que la expresión de la incidencia de aquella aptitud ofensiva de la conducta en una situación o posición asumida por el sujeto con el bien o derecho, objeto material del ataque antijurídico (65). En resumen: extraer la *ratio essendi* del precepto específico y su función positiva dentro del sistema es, en última instancia, una elaboración *a posteriori* del bien jurídico genérico, entre otros conceptos (66).

Los diferentes tipos de agresión en estos delitos cobran una significación peculiar en el total contenido del injusto, transmitiéndole su impronta inconfundible a la singular figura concreta. El valor que tienen en la interpretación de la norma penal las formas de agresión al patrimonio, estriba en que dichas formas se hallan fuertemente arraigadas en la conciencia social. Estas modalidades en que se presenta el ataque patrimonial responden a esquemas más fijos y universales, poseyendo una vida propia extralegal o supralegal, pues antes de venir reflejadas en la norma, están latentes en la mentalidad y en el sentimiento del pueblo, y de ahí su importancia en la construcción de estas especies delictivas, en todo tiempo y lugar, por el legislador penal. Esta nota de realismo jurídico, expresión de la vida práctica del Derecho ha sido puesta de relieve en la doctrina alemana por Mezger, recogiendo la afirmación de Kohlrausch, de que por este sentido popular que poseen los tipos de derecho penal patrimonial, no son sólo una invención de juristas (67). La evidencia de este fenómeno fue ya constatada por Carrara (68).

La determinación de las formas de conducta es esencial, pues en torno a ella giran todos los problemas que se le presentan al intérprete, al penetrar en el sentido de la norma penal, descubriendo la voluntad de ésta.

Una vez precisada la forma peculiar en que se produce la agresión, hemos de acertar en desvelar la dirección de la misma, su aptitud ofensiva, puesto que sólo esta aptitud ofensiva del tipo de agresión en que se concreta toda conducta delictiva patrimonial, nos dará una más clara visión de la función positiva específica que la figura delictiva sometida a nuestro análisis venga llamada a cumplir.

Las diferentes leyes positivas que constituyen el ordenamiento jurídico de un país fijan las líneas por las cuales ha de transcurrir

(65) Carnelutti ha elaborado su sistemática de estos delitos en base a las formas de aparición de la conducta (sustracción, apropiación, etc.) en *La tutela penale della ricchezza*, en riv. it. di dir. pen., 1931, págs. 7 y ss., singularmente en pág. 3.

(66) Vid. en tal sentido F. MANTOVANI, *Contributo cit.*, pág. 17.

(67) Vid. MEZGER, *ob. cit.*, págs. 168-169.

(68) CARRARA, *Programa cit.*, vol. IV, 2280, pág. 352.

Véase, además, PEDRAZZI, *ob. cit.*, págs. 4 y ss., y recientemente F. MANTOVANI, *ob. cit.*, págs. 59-60.

el desenvolvimiento de las relaciones jurídico-patrimoniales y su encauce hacia la consecución de los fines particulares más inmediatos del individuo y los de carácter supraindividual o sociales. Una vez trazados estos límites dentro de los cuales sólo es posible el tráfico jurídico patrimonial, toda persona tiene que someterse a ellos por su mero carácter de consociado. En consecuencia, desde que alguno, ya sea extraño a la propia relación trabada con el objeto protegido, ya tenga una posición o derecho frente al titular del bien o derecho, cuya situación jurídica quede así amparada por la Ley, intenta tomar otra vía, ataca de este modo un derecho e interés jurídico tutelado, cayendo en el ilícito penal (68).

La forma más genuina de llevarse a efecto la relación jurídica es a través del negocio jurídico, cuya expresión más concreta en la vida real es el contrato, en el que la libertad de determinarse, el consenso de la voluntad, es piedra fundamental del sistema.

Podría parangonarse la situación creada por el acto negocial, jurídicamente considerado, con el hecho delictivo, colocándolos en planos de irreductible contrariedad o antagonismo (70). Mas a poco que nos detengamos en la contemplación del delito, nos percatamos de que éste es algo más, mucho más que un negocio antijurídico. Sin embargo, esta confrontación tan simplista y efímera nos hace tomar en su justo valor la referencia tan acusada que en esta clase de infracciones penales tiene el contrato, y en términos generales, el negocio jurídico (71).

La función del consentimiento del sujeto titular de aquella situación jurídica que protege la norma penal es primordial en toda infracción punible de contenido patrimonial. Esta referencia al consentimiento es la que ha permitido establecer, con fundamento más sólido, dos categorías de delitos dentro de este título, según que falte dicho consentimiento (al venir eludido o vencido ilegalmente el disenso), o se utilice el consenso voluntario para llegar al fin perseguido con el hecho delictivo. Desde su acuñación por Merkel, han venido denominándose la primera serie de delitos como de usurpación unilateral, frente a los de cooperación artificiosa de la víctima, constituidos por la segunda categoría (72). Sobre esta diferenciación construye Pedrazzi (73) su temática para el estudio del medio típico, consi-

(69) Vid. F. MANTOVANI, *ob. cit.*, pág. 235.

(70) El estudio del delito encuadrado dentro de los hechos jurídicos ha sido realizado por CARNELUTTI, *Lesioni di Diritto Penale, Il reato*, I, Milano, 1943, pág. 25., Vid., también, Rocco, *Lesioni di Diritto penale*, Roma, págs. 88 y siguientes, y PISAPIA, *Violenza, Minaccia ed Inganno nel Diritto penale*, Napoli, 1940, págs. 247 y ss.

(71) La relevancia suma del contrato en la específica figura de la estafa ha sido sobrevalorada recientemente por FOSCHINI en *Reati e pene* (Studi), Milano, 1960, págs. 2-5, especialmente.

(72) Vid. MERKEL, *Lehre vom Betrüge*, 80. Vid., también, CARNELUTTI, *ob. cit.*, pág. 13.

(73) Vid. PEDRÁZZI, *ob. cit.*, pág. 41, últimamente esta distinción es acogida por MANTOVANI, *ob. cit.*, pág. 56.

derado como el despliegue de la propia conducta en su capacidad ofensiva (74). En base a estas distinciones, los supuestos de usurpación unilateral se caracterizarán por la ausencia de todo contenido negocial, predominando la nota de vinculación o contacto con la cosa, que encarna una posición jurídica de señorío, que viene violada por el despojo injusto, directamente efectuado sobre el objeto material concreto (ejemplo: hurto, robo, extorsión); mientras que en la segunda resalta este último aspecto negocial o contractual que hemos señalado, puesto que nos hallamos en presencia de una voluntad consciente con efectos jurídicos, siquiera sean efímeros, estando incluidas aquí la apropiación indebida y la estafa (75). En la primera figura se utiliza ilícitamente, con abuso, un consentimiento ya prestado; en la segunda se obtiene mediante un procedimiento ilícito, por lo cual es justamente, en este tipo de delito, donde tiene mayor relevancia el negocio jurídico, la relación contractual patrimonial entre los sujetos protagonistas del acto lesivo, lo que *no* quiere decir que el contrato sea la única forma de concretarse el acto dispositivo en la estafa (76).

En consecuencia, las situaciones límites que se presenten serán resueltas, acertando en la apreciación de la capacidad o aptitud ofensiva de la conducta y su incidencia sobre el consentimiento de la víctima con referencia a la posición o relación jurídica que la une con el objeto material del delito. El problema tiene importancia suma en el deslinde entre la estafa y el llamado hurto fraudulento (77).

De lo expuesto cabe extraer una no menos importante consecuencia: se trata de aquella necesidad de distinguir en el análisis de toda infracción punible el paciente de la conducta y el sujeto pasivo del delito o titular del bien o interés jurídico protegido (78); que en estos delitos resalta con más vivos reflejos. Esto pertenece a la dinámica de la acción y a su valor en la estructura total de cada figura delictiva (sustracción, usurpación, violencia, amenaza o engaño, etc.). Uno es el sujeto pasivo de la acción punible; otro, quien padece el daño resultante de la dirección ofensiva del tipo de agresión utilizado por el sujeto activo en el delito específico (79). Hasta tal punto tiene relevancia establecer la presente distinción, que de ella depende, en muchos casos, la propia calificación como delito contra el patrimonio, de una determinada conducta, en referencia al momento consumativo del propio delito y su objeto material. En este sentido, no es posible calificar de hurto violento o robo la conducta violenta que se dirige a impedir que una persona pueda contratar o declarar su última vo-

(74) Vid. PEDRAZZI, *ob. cit.*, pág. 25.

(75) *Idem*, págs. 39-41. FOSCHINI, *Reati cit.*, págs. 4 y ss., y MANTOVANI, *ob. cit.*, pág. 57.

(76) Vid. PEDRAZZI, *ob. cit.*, pág. 64.

(77) Vid. F. MANTOVANI, *ob. cit.*, págs. 195 y ss.

(78) Vid. GRISIGNI, *ob. cit.*, vol. II, pág. 143. De interés en este sentido, véase también SESSO, *Saggio in tema di reato plurisoggettivo*, Milano, 1955, págs. 13 y ss.

(79) Vid. PEDRAZZI, *ob. cit.*, págs. 32-33, véase también F. MANTOVANI, *ob. cit.*, pág. 239.

luntad, ya que, como enseñó acertadamente el gran maestro Carrara, aquí la violencia empleada por el culpable agotó su consumación sobre la persona impedida o constreñida, que fue al tiempo paciente y sujeto pasivo del maleficio (80). En tales o semejantes casos, como expresa Puglia, existirá delito, pero no contra la actividad patrimonial, sino contra la libertad individual, la cual es condición necesaria para el ejercicio de cualquier derecho, y, por tanto, también del derecho patrimonial (81). Estimamos, pues, desacertada la incriminación que como tal robo hace de esta conducta el Código penal español en el desafortunado precepto del artículo 503, cuya redacción, en términos tan equívocos y contradictorios, rompe con la sistemática más simplista y elemental, al comenzar exigiendo *ánimo de defraudar* en un delito encuadrado y definido en un marco totalmente dominado por la violencia, siendo irrelevante, de otro lado, la concreción del fin de lucro perseguido por el culpable y el daño consiguiente en la víctima (82). En todo caso, aún llenando las exigencias de una genuina conducta antipatrimonial, una vez estructurado el precepto legal con más claro y atinado sentido, tales comportamientos encajarían en la atípica figura de la extorsión, tal como propugna en nuestra doctrina Rodríguez Devesa, quien se mantiene en la tesis de considerarla como una figura penal diversa e independiente del delito de robo, haciendo de la misma un delito de mayor amplitud y gravedad (83), pues es preciso reconocer, a pesar de los esfuerzos de Quintano en favor de la tesis contraria, la imposibilidad de sostener la posición legal como la correcta y acertada, sin que se violente la armonía y lógica del sistema y se desconozca el valor concreto que tiene la forma o dirección agresiva del ataque antijurídico, representado por la conducta dentro de los tipos penales.

La determinación concreta de la aptitud ofensiva de la conducta nos lleva así a desentrañar un último y sugestivo problema: precisar la importancia que la noción de daño patrimonial tiene como denominador común de los delitos contra el patrimonio (84).

La dirección ofensiva del tipo de agresión ha de recaer efectivamente en el campo de los intereses patrimoniales de la persona (85). Con el daño viene concretada la ofensa al bien o interés patrimonial, legándole el contenido patrimonial a la modalidad agresiva de la con-

(80) Vid. CARRARA, *ob. y vol. cit.*, pág. 8.

(81) Vid. PUGLIA, *ob. cit.*, pág. 16

(82) Véase sentencias del Tribunal Supremo 2-3-1948, 22-9-1899 y 3-2-1951, entre otras.

(83) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *Extorsión*, en Nueva Enciclopedia Jurídica, Seix. T. IX. Barcelona, 1958, pág. 371, y recientemente en *Derecho penal cit.*, págs. 345-347.

(84) Antolisei abunda en esta tesis, al estudiarlo como una de las nociones fundamentales de estos delitos, considerándolo no sólo como requisito explícito de algunas figuras delictivas (estafa, extorsión, etc.), sino como requisito implícito contra el patrimonio, *ob. y vol. cit.*, pág. 190

(85) Vid. MANTOVANI, *ob. cit.*, págs. 235 y ss.

ducta (86). El daño o perjuicio patrimonial producido es, de este modo, la más próxima y actual referencia que tenemos para construir todo el injusto patrimonial, desde la ofensa al específico bien jurídico, al cual la norma penal concreta dispensa su tutela, y superando la visión acotada que nos depara el cerco de lo estrictamente material del resultado palpable, captar su verdadera significación penal, representada por la lesión efectiva a aquellas garantías con las que la Ley ampara y fortalece la situación jurídica en que se encuentra el sujeto pasivo con el objeto en que se concreta el ataque (bien o derecho) (87), penetrando así en el contenido y significación propios de la modalidad agresiva de la conducta y su disvalor social como violadora de ciertos y determinados deberes que traen la marca de la injusticia al daño ocasionado, llenando de sentido todo el actuar delictivo.

5. REFLEXIONES CRIMINOLÓGICAS Y POLÍTICO-CRIMINALES, EN ORDEN A LA TUTELA DEL PATRIMONIO

Asiéntase toda relación humana en el imperio de la necesidad. La semejanza más radical entre los humanos está precisamente en la existencia de un conjunto de necesidades análogas a satisfacer, que origina en aquéllos un sentimiento de carencia y una tendencia hacia la consecución del objeto que las llene o satisfaga, cuyo sentimiento e impulso aparece de modo similar también en cada uno de los hombres. La constatación de este hecho humano primario de las necesidades inherentes a la propia naturaleza del hombre, cuya satisfacción llena una *función vital*, nos lleva a observar la actividad desplegada por el hombre para el logro u obtención del objetivo que viene a apagar aquella sensación de falta o carencia en que toda necesidad viene cifrada. Podemos reducir a dos modalidades posibles la actividad en que se concreta el impulso dinámico del hombre en la búsqueda y alcance de aquello que cubra sus necesidades y que dé lugar a la relación jurídica social. La una, que denominaremos armónica o de colaboración, trata de llevar al progreso histórico la idea de servicio; la otra, inarmónica, de desajuste o egocéntrica, crece y se desarrolla al socaire de los criterios edonísticos del interés individual, favorecido por un desmedido culto al yo. La primera, reconociendo aquella semejanza radical de lo humano en su pristina indigencia, o carencia reducida a lo más vital, dé solución al enfrentamiento de las necesidades humanas en la contingencia espacio temporal de modo racional y lícito. La segunda, por el contrario, es causa de un desequilibrio, verificado por el desconocimiento u olvido de las necesidades o exigencias de los otros, origen de todo mal moral, cuya expresión más fecunda y exhu-

(86) En este sentido, vid. PEDRAZZI, *ob. cit.*, pág. 15.

(87) De aquí que se haya destacado por algún autor como elemento inculpativo de los atentados al patrimonio la actuación ilegítima que tiende a violar las garantías o cautelas con que la norma jurídica rodea los propios derechos patrimoniales. Vid. PESSINA, *Elementi di Diritto penale*, vol. II, página 117. Napoli, 1883, comentado y cit., por PUGLIA, *ob. cit.*, pág. 10.

berante es el delito. Se comprende cómo se ha podido afirmar por Von Hentig que “en la mayoría de los delitos encontramos el intento de satisfacer las necesidades de la vida por medios ilegales. Por consiguiente, la cuestión de saber si las condiciones económicas producen o no inconducta, parece más bien redundante” (88).

Son las necesidades más simples y rudimentarias aquellas que consisten en la carencia de lo indispensable para el sostenimiento de la vida desde la dimensión personal del hombre, en las que predominan los factores económicos y sociales ejerciendo tal poder e influencia en ellas, que podemos establecer una pareja correlación entre el desenvolvimiento y transformación de dichos factores y el cambio o ensanchamiento y variedad de las propias necesidades entre los hombres. De aquí que cada delito contra el patrimonio encuentre su primer origen—como enseña el gran maestro Di Tullio—en particulares necesidades, ligadas a fuerzas instintivas o disposiciones afectivas que responden a una exigencia fundamental de la vida: la conservación de la propia persona y la búsqueda y conquista de los medios necesarios para tal exigencia (89).

Hay en toda manifestación asocial incidente sobre el patrimonio de las personas una raíz agónica, un impulso poderosamente condicionado, lo cual hace que esta conducta sea como la respuesta a una situación conflictual, desde la propia personalidad individual de sus autores (90).

La actividad que viene impulsada por la propia necesidad toma entonces formas abiertamente negativas frente a la normalidad de las constructivas que favorecen el quehacer social. Las fuerzas productoras se ordenan y encausan hacia la consecución de los bienes que satisfagan aquellas necesidades primordiales del ser humano. Se destaca en ellas la tendencia a aunarse en unos análogos esfuerzos. Es, pues, al mundo del trabajo y su influencia social donde primero hemos de dirigir nuestra mirada para buscar allí las causas más profundas del delito de contenido patrimonial. La miseria y el desempleo, unidos a las conmociones políticas de las que más de las veces suelen ser consecuencia, van fomentando una serie de tipos asociales, de vida parasitaria, que podemos denominar con Seelig *delincuentes profesionales refractarios al trabajo*, por ser éste su carácter más esencial (91), que se corresponde con nuestro concepto popular del “pícaro”. Por eso la picardía ha fraguado el vivo rescoldo de la necesidad (92). Hay en estos seres una incapacidad para el goce del trabajo, están como rotos

(88) Vid. HENTIG, *Criminología*, trad. de Diego de Santillón, Buenos Aires, 1947, pág. 251. Vid., de interés, A. MERGEN, *Die Wissenschaft vom Verbrechen*, Hamburg, 1961, págs. 134 y ss.

(89) Vid. DI TULLIO, *Principii di criminologia clinica*, Roma, 1954, pág. 275.

(90) Por un enfoque similar, vid. HENTIG, *Criminología cit.*, pág. 26.

(91) SEELIG, *Tratado de criminología*, trad. esp. de Rodríguez Devesa, Madrid, 1958, págs. 74 y ss.

(92) Vid., en este sentido, SALILLAS, *Hampa*, Madrid, 1898, especialmente, pág. 40.

o adormecidos los estímulos que producen las sensaciones delectantes frente al sentido funcional y final del trabajo (93). Domina en este campo de la delincuencia profesional por aversión al trabajo el instinto de imitación, es así que el desorden moral y la corrupción de las clases altas, detentadoras del poder y la riqueza, contribuye en gran medida al mantenimiento del parasitismo social. La falta de personalidad propia de las clases sociales normales hace que el asocial trate de responder por imitación desde su estado de impotencia y miseria. La personalidad atrofiada del asocial se encona en los mismos sentimientos de codicia y tendencia a la acumulación de riquezas, respondiendo así con las formas negativas del delito a la solución del problema de sus necesidades vitales (94). Destaca entre estos profesionales del delito patrimonial la variedad de formas en que se manifiesta su propia delincuencia, llegando a formarse verdaderos especialistas en una concreta y específica actuación criminal, haciendo del delito profesión que requiere una técnica especializada, hasta tal punto que se da el caso de delincuentes que atentan en una determinada forma contra el patrimonio; por ejemplo, el autor de continuados robos violentos, que no son capaces, sin embargo, de engañar o defraudar a otra persona, y viceversa. Con ello entramos de lleno en los tipos sociológico-criminales, que, según Exner, se obtienen merced a la inclusión de la forma de manifestación externa de la carrera del delincuente (95).

En la mayoría de estos delincuentes encontramos rasgos somato-síquicos característicos, ya señalados por César Lombroso (96), así como un especial desarrollo de las facultades intelectivas y volitivas. Se observa entre los tipos de criminales violentos (ladrones, etc.), como denotan una movilidad y energía para planear y llevar a cabo el delito, llegando a tomarlo como un verdadero trabajo honesto.

Pero es en la criminalidad patrimonial de tipo fraudulento en donde descuellan con tintes más diversos estas características que distinguen a estos grupos de delincuentes, y donde la gama de formas comisivas en que se concreta el fraude, escapa a toda visión humana que quisiera abarcarlas, resistiendo al cálculo más fino y concienzudo. La imaginación exhuberante de estos delincuentes, que sin poseer tan extraordinaria inteligencia como se ha creído y sostenido (97), no carecen de ingenio para aprovecharse, incluso crear la situación

(93) Vid. SEELIG, *ob. cit.*, pág. 78.

(94) SALILLAS, *ob. cit.*, págs. 367 y ss.

(95) EXNER, *Biología criminal*, trad. esp. de Juan del Rosal, Barcelona, 1957, págs. 344-345.

(96) C. LOMBROSO, *L'uomo delinquente*, Torino, 1924, especialmente pág. 58, por lo que respecta al tipo criminológico de los ladrones.

(97) Vid. HENTIG, *ob. cit.*, págs. 167-169.

Giorgio del Vecchio, abundando en este sentido, sostiene el pensamiento de que la maldad, en el fondo, no es más que una especie de estulticia, y la bondad una forma de inteligencia. Así, si bien observamos las pretendidas invenciones de los defraudadores, veremos que no son otra cosa que pequeñas aplicaciones de grandes invenciones ajenas. *La verità nella morale nel diritto*, Roma, 1951, págs. 72-73.

favorable y las más sutiles estratagemas para embaucar a sus víctimas. Su más genuina encarnación la tenemos en el tipo del estafador (98). Viviendo en el ocio, como otros tantos delincuentes patrimoniales, el defraudador patrimonial une a su natural ingenio cualidades específicas que hacen de su ilícita profesión casi una falaz obra de arte. Se asocian al arte del disimulo (99) el sentido selectivo al elegir sus propias víctimas, de las cuales explotan sus sentimientos y bajos instintos y debilidades, como fruto de un conocimiento bastante sólido de la naturaleza humana (100). Amoral por naturaleza, sabe adaptarse a todo carácter y condición de los hombres (101), procurando estar vinculado a las altas esferas de lo social, donde escoge sus formales amistades. Son unos consumados técnicos del delito. Verdaderos genios del mal —expresa Guarneri—, estos artistas de la delincuencia poseen en rara medida el don de la intuición no sólo en la construcción de delitos complicados de difícil ejecución, sino en el conocimiento de los hombres, haciéndoles servir a sus criminales fines (102). Entre los estafadores, tiene una importancia suma desde el ángulo de la sociología criminal el gran estafador, que actúa a la sombra de las grandes finanzas, el llamado *caballero de industria* (103). Engendro producido en el vasto y heterogéneo campo en que está montada la estructura de la economía moderna y el desenvolvimiento de la vida social y de las transacciones en la actual civilización, cuyas formas evolutivas han dado paso al auge de las relaciones asentadas en los valores y el crédito —economía crediticia—. En el mundo de los negocios merodean estos individuos que manejan grandes capitales llevando a cabo altas operaciones financieras, sutilmente planeadas, que bajo su normal apariencia esconden la simulación y el engaño delicadamente hurdados. La moral de la jungla que es la vida de los negocios, abre a cada paso las ocasiones para esta forma refinada de ataque al patrimonio de las personas (104) y las esperanzas de poderse librar de la inculpación y la pena, dado los reducidos y, por consiguiente, inservibles esquemas del Código penal (105) frente a las nuevas formas del fraude, nacidas

(98) Sobre el particular, véanse, entre otros trabajos científicos, EDGAR LENZ, *Der Betrogene*, Hamburg, 1961, dedicada al tema, y HENTIG, *ob. cit.*, págs. 155 y ss.

GUARNERI, *Truffatori*, en Diz. de criminología, Milano, 1943, págs. 1024-1025.

(99) En Hentig, el arte del disimulo encabeza los rasgos esenciales del estafador, *ob. cit.*, vol. III la estafa, pág. 156.

(100) Idem, págs. 61 y ss. y 167.

(101) Idem, págs. 94 y ss. y 13 y ss.

(102) GUARNERI, *ob. cit.*, pág. 1024.

(103) Vid. HENTIG, *ob. cit.* La estafa, págs. 32-36.

(104) Vid. OLOF KINBERG, *Les problèmes fondamentaux de la criminologie*, París, 1960, pág. 196.

(105) La falta de tutela penal de las nuevas situaciones nacidas con el auge y desenvolvimiento de la economía moderna ha llevado a algunos autores a proponer la creación de nuevos títulos dentro del Código penal que vengan a llenar estas exigencias que reclaman la realidad de la vida y las formas en que están estructuradas las relaciones jurídico sociales. Así, ORTEGO COSTALES en su *Ensayo sobre la parte especial del Derecho penal*, La Laguna, 1959, págs. 79-80.

al amparo de la constitución de entes ficticios, que sirven de losa fúnebre a la responsabilidad de sus miembros. El mismo poder económico de que gozan influye poderosamente en la paralización de los resortes de la propia justicia, lo que va en descrédito de las instituciones punitivas al contribuir así al robustecimiento de la posición que ve en el Derecho penal un derecho de tipo clasista (106). Son todos factores que favorecen el continuo crecimiento y desenvolvimiento de estos seres de ánimo frío y calculador cuyo asocial fingimiento tanto perjuicio ha traído al bienestar de la comunidad.

Es importante relacionar las formas de actividad productiva del hombre con las modalidades de delincuencia patrimonial. Los diferentes oficios y empleos en que se concreta la actividad laboral del ciudadano determinan también formas criminógenas y tipos delincuenciales característicos.

El estado actual de la economía agrícola reduce el marco delictivo entre los agricultores por lo que se refiere a la delincuencia contra el patrimonio, que queda reducida, poco más o menos, a algunos robos, hurtos simples, de más o menos entidad, daños y usurpaciones, predominando los tipos de delincuentes violentos contra las personas.

De entre los factores ambientales que ejercen un poder especial sobre las clases rurales destaca el educacional o formativo, sobre todo en aquellos lugares más apartados de los centros de cultura y enseñanza, quedando así alejados y en condiciones de vida pésimas. Esta situación, unida a un injusto tratamiento por las demás clases hacia el campesino en la Edad Media y entrada la Moderna, hacía de él como un objeto a merced de los poderes sociales (107). Hoy, por el contrario, la situación ha cambiado y el hombre del campo posee análogas libertades y garantías a las del resto de los consociados —o al menos, en el terreno de los principios, así se reconoce generalmente—, si bien, por lo que atañe al plano de las realidades concretas, queda mucho aún por hacer para llevar a la cultura y la nivelación social a las aldeas más remotas. En los demás obreros e industriales es preciso destacar las circunstancias de orden económico, condicionante, la percepción mínima de salarios, insuficientes para cubrir lo imprescindible en la satisfacción de las necesidades más vitales, que se ensanchan con el número de hijos (prole-tarismo), todo ello unido a las largas jornadas laborales, que apenas dejan resquicio al cultivo del espíritu, y la propia dureza del oficio, son factores todos que favorecen el aislamiento de la cohesión social, siendo poco propicio a la formación y sostenimiento de una escala de valores sociales (108), lo que se traduce en factores criminógenos que pueden conducir al delito patrimonial como solución a estas crisis.

(106) Extremo denunciado, con agudo sentido, por ANTOLISEI en *ob. y vol. cit.*, pág. 207.

(107) Vid. G. RADBRUCH-E. GWINNER, *Historia de la criminalidad*, trad. esp., Barcelona, 1955. pág. 308.

(108) Vid. OLOF KINBERG, *ob. cit.*, pág. 194.

Importancia más decisiva tiene el desempleo en la formación del tipo delictógeno, pues en ciertos temperamentos puede producir un impacto que lleve a asumir posiciones antagónicas con las valoraciones ético sociales, dando lugar al asocial que puede así abocar en el delito. Es de singular relevancia sociológica, puesto que es una situación que conduce, en las personas de escaso nivel cultural sobre todo, a la vagancia profesional, y de ahí al crimen patrimonial no hay más que un paso. Aparte de los problemas psicológicos de frustración (sensación de haber fracasado, de ineptitud, etc.), que no son de este lugar, el desempleo adquiere una mayor importancia cada día por el aspecto desorbitante que presenta; es un mal que, dada su magnitud y calidad humana y sociológica, no puede desconocerse, siendo uno de los problemas más angustiosamente apremiantes de cuantos tiene planteados la sociología, por lo que me parecen dignas de tenerse en cuenta las palabras de Hentig: "tenemos que censurar nuestra falta de planeamiento en los graves problemas de la población en el mundo económico que hemos inventado, que se exprime el cerebro para inventar nuevas máquinas ahorradoras de mano de obra, y nuestra inhabilidad general para hacer la tierra más habitable en todos sentidos" (109). Es esta, pues, una de las raíces sociocriminológicas de la profesionalidad criminal patrimonial.

Por último, hemos de hacer referencia a un grupo de delincuentes patrimoniales en los que influye el mundo circundante del ejercicio de su ocio o profesión. Son aquellos individuos que en la estructura social desempeñan puestos de confianza, o de responsabilidad, y que de este modo están cumpliendo una función beneficiosa a la comunidad con su labor. Es el mundo de los empleados y funcionarios que tienen a su cargo grandes sumas de dinero, y que están, frecuentemente, mal retribuidos. En épocas de crisis o apuros económicos, contando con la puerta abierta de la más próxima tentación, caen en el delito (110), que suelen ser, generalmente, distracción de fondos, apropiaciones indebidas, etc. En estos tipos criminógenos, su sino más destacado es la debilidad ante las sugestivas oportunidades representada por la conducta antipatrimonial. Po esa razón les clasifica Seelig como *delincuentes contra el patrimonio por escasa fuerza de resistencia*, en contraposición a los ya examinados delincuentes profesionales por aversión al trabajo (111). Es importante observar cómo la propia situación favorable a la ejecución del delito en estos delincuentes puede ser índice de una menor peligrosidad. Tal es el criterio de Altavilla (112), elogiado por Quintano, frente a la posición contraria de la doctrina jurisprudencial (113).

Hemos tratado de hacer una panorámica visión de los tipos crimi-

(109) Vid. HENTIG, *Criminología cit.*, pág. 252.

(110) Idem, págs. 269-271. Ver, además, OLOF KINBERG, *ob. cit.*, pág. 196.

(111) SEELIG, *ob. cit.*, págs. 125 y ss.

(112) ALTAVILLA, *La dinámica del delito*, II, Torino, 1953, pág. 337.

(113) Vid. QUINTANO, *Tratado cit.*, tomo II, pág. 87.

nógenos desde el factor económico social (114), entendido como actividad productiva, es decir, desde el mundo del trabajo que coloca al hombre en situaciones especiales, positivas o negativas, para la confrontación de los problemas vitales de la propia conservación y su capacidad de adaptación y cumplimiento de los fines sociales, afirmando su personalidad dentro de la comunidad organizada. Pero sería incompleta esta rápida ojeada de uno de los factores ambientales más importantes, si no se añadiera la no menos importante y fundamental valoración que corresponde otorgar al factor personal, radicado en la singular individualidad del delincuente en el momento histórico en que asumió la resolución delictiva. Pues es en el crisol de lo íntimamente personal donde, en definitiva, va a gestarse y tomar vida toda motivación criminal. Es, pues, imprescindible relacionarlo todo con la personalidad del delincuente, particularmente considerado en el caso concreto, punto este que ha sido ya tratado por la doctrina (115). La realidad nos muestra, con meridiana evidencia, que las mismas circunstancias y las idénticas situaciones son tomadas y vencidas o no, ne una y otra forma, por los diferentes individuos, incluso pertenecientes a una misma familia, a un mismo grupo, religioso, político, etc. Todo ello indica que es preciso estudiar cada caso como si fuese único, totalmente nuevo, estableciendo así el examen individual de forma clínica, que nos facilitará, a su vez, el tratamiento clínico de individualización, en la reforma moral y el proceso de adaptación y reintegración del delincuente al seno de la comunidad.

Sólo nos resta, al concluir este modesto examen de la realidad patrimonial, contemplada desde la eficiencia del amparo normativo que dispensa el precepto punitivo, sin despreciar la meditación de las causas que engendran el atentado a las situaciones determinadas por esta realidad humana y social que es el patrimonio de las personas, hacer una llamada a los aún están engarzados en la normalidad social, los que no han sido excluidos por la mácula del delito, a unirse en una actitud que redunde en el apartamiento de las causas del fenómeno asocial que nos ocupa. Y es que todos debemos contribuir con nuestra actitud al mejoramiento de las condiciones socioeconómicas, aportando, en la medida de nuestras posibilidades, nuestra coopera-

(114) La teoría que pretende ver en toda manifestación delictiva un fondo económico, con lo cual se erige dicho factor económico en único y exclusivo de la criminalidad, debe ser rechazada. En este sentido, son de gran interés las conclusiones a que llega López Rey sobre el particular, pues si bien reconoce ser este factor el más importante en una sociedad materialmente organizada, especialmente cuando lo es de tipo capitalista, una postura extremista en este punto la estima insostenible. LÓPEZ REY, *Introducción al estudio de la Criminología*, Buenos Aires, 1945, págs. 168-169.

(115) Vid. Fra. A. GEMELLI, *La personalità del delincuente nei suoi fondamenti biologici e Psicologici*, Milano, 1948, de modo particular, por lo que respecta a nuestro tema, son de interés las págs. 230 y ss. En nuestra doctrina destaca la valiosa aportación del profesor Del Rosal con la espléndida monografía sobre el tema: *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, Valladolid. 1953. Passim.

ción hacia la consecución del equilibrio, que permita una, cada vez mejor y más digna, existencia del pueblo, en donde se funden las ideas y los sentimientos más permanentes, que mantienen e impulsan la propia vida de la comunidad organizada. En primer lugar, y de modo especialísimo, corresponde a los *dirigentes*, sobre los que pesa el deber ineludible de procurar el bienestar de aquellos a quienes encauzan en la cotidiana labor de afirmar su personalidad y cumplir su misión como ciudadanos. Luego, a los más capacitados, que por su superioridad intelectual y su formación moral deben destacarse de los demás en el esfuerzo de promover el progreso y bienestar sociales. Y, en fin, cada uno desde su puesto, en la profesión u oficio que desempeña, ha de abrazar con alteza de miras su papel en el conjunto armónico que resulta de la variedad de menesteres originados y asignados, según las diversas aptitudes, a los diferentes individuos que forman y estructuran la propia comunidad. No le basta al labriego llegar al surco con el alba, es preciso que deje en la tierra retazos de su alma; el carpintero que talla el mueble ha de infundir al leno, con la energía de sus brazos, la noble visión de su función humana; el operario que construye la sólida armazón del nido humano ha de alzar su espíritu al compás del bloque que eleva, y el herrero, a cada golpe sobre su yunco, adiestrará la recia forja de sus mejores entrañas.

(116) Vid. DI TULLIO, *Principii cit.*, pág. 271 especialmente, y *Tratado de antropología criminal*, trad. esp. Buenos Aires, 1950, y JEAN PINATEL, *La Criminología*, París, 1960. Passim.